GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXII - BOGOTA, COLOMBIA, MAYO DE 1952 - NUMERO 2115

SALA PLENA

LOS EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL NO PUEDEN PRESENTAR POR SI MISMOS DEMANDAS DE INEXEQUIBILIDAD DE LEYES O DECRETOS

A pesar de que la Constitución, en su artículo 214, confiere a toda persona el derecho de accionar o pedir en materia de demandas de inconstitucionalidad, su ejercicio no deja de entrañar una actividad propia de la profesión de abogado y de constituir una gestión judicial, que se cumple ante la Corte. Por eso, los empleados de la Rama Jurisdiccional no pueden presentar personalmente esta clase de demandas, porque, por expreso mandato del artículo 160 de la Constitución Nacional y del 2º del Código Judicial, los cargos del orden judicial son "incompatibles con TODA PARTICIPACION en el ejercicio de la abogacía", y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 del C. J., "los empleados del orden judicial y los del Ministerio Público no pueden ser mandatarios de profesión en negocios de ninguna especie, ni abogar en asuntos judiciales ni administrativos, ni ejercer el cargo de albaceas o ejecutores testamentarios, aunque estén en uso de licencia. Cuando tengan que litigar en causa propia, deben constituir apoderado".

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena — Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

No por ser conferido a toda persona el derecho de accionar o pedir en materia de demandas de inconstitucionalidad, su ejercicio deja de entrañar una actividad propia de la profesión de abogado y de constituir una gestión judicial, que se cumple ante la Corte. El actor, a quien en esa clase de acciones la ley llama "demandante", y que es aquel "que reclama ante el Poder Judicial (en esos casos, ante la Corte) la eficacia de un derecho" (artículo 227 del C. J.), necesariamente tiene que observar y conocer ciertas reglas procedimentales y de derecho al proponer su demanda, pues la ley lo obliga, entre otras cosas, a determinar los textos constitucionales que considera infringidos y a expresar las razones de orden jurídico por las cuales los estima violados (artículo 2º, Ley 96 de 1936).

Ahora, por expreso mandato de los artículos 160 de la Constitución Nacional y 2º del Código Judicial, los cargos del orden judicial son "incompatibles con **toda participación** (subraya la Corte) en el ejercicio de la abogacía", y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 del C. J. "los empleados del orden judicial y los del Ministerio Público no pueden ser mandatarios de profesión en negocios de ninguna especie, ni abogar en asuntos judiciales ni administrativos, ni ejercer el

cargo de albaceas o ejecutores testamentarios, aunque estén en uso de licencia. Cuando tengan que litigar en causa propia, deben constituir apoderado". Resulta conforme a esos textos, que siendo, como es, el demandante en este asunto empleado de la rama jurisdiccional, a él le está vedado proponer acciones de la naturaleza de la presente, que envuelven una participación —como está dicho— en el ejercicio de la abogacía y que constituyen una gestión judicial.

En sentencia de 7 de septiembre de 1927, G. J., Tomo 33, pág. 215 dijo la Corte:

"La prohibición de abogar en negocios judiciales y administrativos (artículo 2126 del Código Judicial) o ejercer las funciones de abogado (artículo 512, Código Penal) impuesta por la ley a ciertos empleados, comprende cualquier acto o gestión judicial de tales empleados, en negocio propio o ajend, pues no establece la ley cuáles operaciones o gestiones son permitidas y cuáles están prohibidas".

Y en providencia de 4 de julio de 1934, de la Sala de Negocios Generales, se dijo:

"Sobre la prohibición de gestionar asuntos judiciales por parte de empleados judiciales, la Corte resolvió, en acuerdo de 12 de mayo de 1890, interpretando el artículo 216 del C. J. de entonces, que es igual al artículo 18 del actual, lo siguiente: Un empleado público de los designados en el artículo citado está, pues, inhabilitado para el ejercicio de las funciones de mandatario, apoderado, etc...., y de ahí se deduce que el juez que tenga conocimiento de que en alguno concurre la incompatibilidad en cuestión, no debe admitirlo como apoderado, patrón o abogado, de otro, ni tampoco a gestionar personalmente en causa propia". (G. J., Tomo XLI, pág. 243).

Por lo expuesto, la Corte decide que no es el caso de admitir ni de sustanciar la anterior demanda de inexequibilidad que ha propuesto el doctor Jesús Medardo Rivas Sacconi, actual Relator de la Corte.

Archívese el expediente.

Notifíquese.

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

CONSTANCIA

Acepto la doctrina del proveído anterior. Pero como lo expresé al discutirse en Sala el proyecto, se ha debido traer a los autos la constancia de que el demandante es empleado público, ya que él demandó "en ejercicio de la facultad que a todo ciudadano confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional".

Gerardo Arias Mejía

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. GUTIERREZ JIMENEZ

He firmado la decisión recaída en este asunto con salvamento de voto, porque en mi concepto, ha debido disponerse además, que se establezca la responsabilidad disciplinaria y aún penal en que hubiera podido incurrir el actor, por haber abogado en este negocio, siendo como es, empleado de la rama jurisdiccional, hecho que está expresamente prohibido por disposiciones constitucionales y legales.

Bogotá, diciembre 5 de 1951.

Luis Gutiérrez Jiménez

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RODRIGUEZ PEÑA

El ejercicio de la abogacía por funcionarios del Organo Judicial es una actividad no sólo prohibida por la ley, sino que como tal es susceptible de acarrear para el responsable sanciones disciplinarias y aún penales, tal como lo previenen los artículos 2º del Decreto número 3665 de 1950 y 179 del Código Penal.

El artículo 10 del Código de Procedimiento Penal dispone que todo funcionario que de cualquier modo tenga conocimiento de una infracción penal por la que deba procederse de oficio, está obligado a denunciarla a la autoridad competente, o a disponer su inmediata investigación si él mismo es el llamado a conocer.

Por consideraciones que respeto, pero que a mi entender pertenecen al juicio exclusivo del investigador, la Corte se ha abstenido de darle a estas disposiciones la aplicación —por lo demás muy sensible— que era de rigor en el presente caso, y con ello ha demeritado, por decir lo menos, el fundamento mismo de la decisión que tomó.

Esta la razón de mi disentimiento.

Bogotá, diciembre 5 de 1951.

Gualberto Rodríguez Peña

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR.—LA PRESENTACION DE DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD ES UNA PARTICIPACION EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA Y, POR TANTO, NO PUEDEN REALIZARLA LOS EMPLEADOS JUDICIALES

La demanda de inexequibilidad de una ley o un decreto, se propone ante la Corte, que es la cabeza de la rama judicial; aquélla constituye, por tanto, una típica gestión judicial.

A la vez, esa demanda o gestión judicial entraña una participación —lícita para todos los ciudadanos, pero vedada para el caso particular de los empleados judiciales— en el ejercicio de la abogacía.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Contra el auto de esta Sala por medio del cual se decidió que no es el caso de admitir y sustanciar la demanda que propone el doctor Jesús Medardo Rivas Sacconi para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 2º de la Ley 1ª de 1943, el señor Procurador General de la Nación ha interpuesto oportunamente el recurso de reposición a que se contrae el escrito precedente, el cual se pasa a resolver.

Dice el señor Procurador que no comparte la tesis de la Corte de que el ejercicio de la acción de inexequibilidad, que es una acción pública, sea equiparable a la de cualquiera otra de las acciones que por expreso mandato constitucional necesitan, salvo contadas excepciones, ser impulsadas por medio de un profesional de derecho, y que de esa tesis se aparta, por dos motivos, a saber:

1º Porque la jurisprudencia de la Corte procediendo con criterio de amplitud, que él no comparte, ha aceptado que son titulares de la acción de inconstitucionalidad todas las personas, naturales o jurídicas, y que con esa tesis no se compadece la doctrina eminentemente restrictiva del auto que reclama, y

2º Que en su concepto los titulares de esa acción son todas aquellas personas que tengan la calidad de ciudadanos y que como el artículo 14 de la Carta define lo que por tal se entiende, le resulta incuestionable que aquel que tenga ese carácter y no lo haya perdido, tiene derecho a recurrir ante la Corte para que se pronuncie sobre la inexequibilidad de una norma que considere contraria a la Constitución.

Añade finalmente, que una demanda de esa naturaleza no entraña, por el hecho de estar sujeto a determinados requisitos, una actividad propia del ejercicio de la profesión de abogado, pues la acción en referencia es algo inherente a la calidad de ciudadano, sea éste profesional o no, habitante de la ciudad o del campo.

Que además en el caso de autos se echa de menos la constancia de que el actor sea Relator de la Corte.

Se considera:

No ha incurrido la Corte en el error —que parece atribuírle el señor Procurador— de insinuar siquiera que la acción de inexequibilidad deba o tenga que ser impulsada por medio de un profesional en derecho; por el contrario, ha sido lo suficientemente clara y categórica al decir, siguiendo su doctrina tradicional en la materia, que esta acción está conferida "a toda persona". Y ha expresado además, y en ello se reafirma, que al demandante doctor Rivas Sacconi, por ser Relator de la Corte y, de consiguiente, empleado judicial, le está vedado expresamente proponer por sí mismo acciones de esa naturaleza, que envuelven o entrañan una participación en el ejercicio de la abogacía y que constituyen una gestión judicial.

Parece que este último extremo, que sirve de fundamento al auto recurrido y al cual no alude en su escrito el señor Procurador, es obvio y que no necesita de razones para demostrarlo: la demanda se propone y tramita ante la Corte, que es la cabeza de la rama judicial; aquélla constituye, por tanto, una típica gestión judicial.

A la vez, esa demanda o gestión judicial entraña una participación —lícita para todos los ciu-

dadanos pero vedada para el caso particular de los empleados judiciales— en el ejercicio de la abogacía, desde luego que a quien la propone la ley lo llama "demandante", que es aquel "que reclama ante el Poder Judicial (en este caso ante la Corte), la eficacia de un derecho" (art. 227 del C. J.); que para cumplirla o llevarla a cabo es necesario conocer y observar ciertas reglas de carácter legal e invocar razonamientos de orden jurídico y de fondo a fin de demostrar la incompatibilidad de la ley con los preceptos o principios constitucionales. Esa es una actividad o gestión que natural e indudablemente encaja, no —por ejemplo— dentro de las ramas de la ciencia llamadas medicina, química, agronomía, ingeniería o astronomía, sino precisamente dentro de la abogacía, que es la ciencia de las leyes, y quien la lleva a cabo participa con ello, en el ejercicio de esa profesión.

Las acciones populares o públicas, ya sean civiles o administrativas, están también conferidas a toda persona; pero no puede desconocerse por ese motivo que, quien pide —por ejemplo— la nulidad de un acto administrativo como contrario a la Constitución o la ley; quien sostiene el juicio; solicita y hace practicar pruebas; alega verbalmente en audiencia pública o por escrito, está desarrollando una actividad que, no por lícita, deja de participar del ejercicio de la abogacía.

A los nacionales colombianos les están constitucionalmente reservados los derechos políticos y todo el que tenga esa calidad puede ejercitar la integridad de esos derechos, salvo la función del sufragio y la capacidad para ser elegido popularmente, que se reserva a los varones mayores de veinte y un años; pero cuando el nacional colombiano es empleado público ya le queda, mientras tanto lo sea, cercenada la esfera de acción de sus derechos políticos, pues la ley le prohibe, entre otras cosas, intervenir en actividades políticas, menos en la de usar del derecho de sufragar.

Cosa análoga le ocurre al ciudadano, a quien la Constitución le confiere el derecho para demandar la inexequibilidad de las leyes, pues cuando él desempeña un cargo judicial o del Ministerio Público no puede ejercitar personalmente ese derecho, porque la ley le impide gestionar asuntos judiciales y "toda participación", sea mediata o inmediata, directa o indirecta, clara o velada, en el ejercicio de la abogacía.

Y los textos que prohiben esa participación son, entre otros, los siguientes:

Los artículos 160 de la Constitución y 2º del C. J., que prescriben que esos cargos "son incompatibles con **toda participación** (subraya la Corte) en el ejercicio de la abogacía".

El artículo 18 del C. J. que dispone que "los empleados del orden judicial... .no pueden.... abogar en asuntos judiciales ni administrativos... aunque estén en uso de licencia. Cuando tengan que litigar en causa propia, deben constituir apoderado".

El artículo 179 del Código Penal que define y sanciona como delito el que "los empleados judiciales o los agentes del Ministerio Público fueren mandatarios en asuntos judiciales o administrativos o abogaren en ellos, aunque estén en uso de licencia".

Y finalmente, el Decreto número 3485 de 1950, "por el cual se establecen unas incompatibilidades", que en su artículo 5º dispone que "ningún empleado de entidades oficiales... podrá gestionar en nombre propio o de terceros... ante los funcionarios de la rama jurisdiccional, de lo contencioso-administrativo o del trabajo... sin perjuicio de que pueda constituir apoderado cuando tenga que gestionar en asunto propio".

Por último, si a la Sala le fuere dado ignorar procesalmente que el demandante desempeña el cargo de Relator de la Corte, no obstante que ella misma lo designó como tal, en autos obra ya, mediante certificación de la Secretaría, la prueba de ese hecho.

Por las precedentes consideraciones, no se accede al recurso de reposición que en el anterior escrito ha propuesto el señor Procurador General de la Nación.

Notifíquese.

Manuel José Vargas — Gerardo Arias Mejía. Francisco Bruno—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alejandro Camacho Latorre—Luis E. Cuervo—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—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

SE DECLARAN INFUNDADAS UNAS ACUSACIONES CONTRA UNOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena — Bogotá, veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

La Sección de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia envió a esta Corte, para la correspondiente investigación, las cartas originales que aparecen firmadas por "Francisco A. Guerrero"; y en las cuales se acusa a los Magistrados del Tribunal Superior de Pasto, doctores Ricardo Martínez Muñoz, Jorge Córdoba y Ulpiano Rueda La Rotta, de irregularidades en los nombramientos de Jueces en ese Distrito Judicial.

La acusación en cuestión, fechada en la ciudad de Pasto el día 18 de agosto de 1941, se resume en los siguientes párrafos que se copian de las cartas en mención:

"Todos los magistrados en los nombramientos de jueces municipales violaron el decreto ley últimamente expedido por medio del cual se daba prelación a los abogados y a los estudiantes que hubiesen terminado derecho para ser tenidos en cuenta, pues no se tuvo en cuenta la solicitud de los abogados ni la de los estudiantes de derecho y los jueces municipales fueron nombrados con criterio de compadrazgo y muchos de ellos recayeron en el cacique ignorante de cada pueblo. Ni aún los jueces de cabecera de Circuito del mismo Tribunal, estos nombramientos se hicieron en parientes de magistrados sin ningún conocimiento que tengan ellos sobre las leyes.

"Ahora pretenden proveer el Juzgado del Circuito de Samaniego interinamente con un escribiente del mismo Tribunal llamado Olmedo Quintero, auxiliar del Magistrado Ulpiano Rueda La Rotta y parientes por afinidad del Magistrado Ricardo Martínez Muñoz".

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3665 de 1950 y para que los señores Magistrados hicieran los descargos de los hechos imputados y presentaran las pruebas que tuvieren a bien, se comisionó al señor Fiscal de ese Distrito, para lo cual se envió el expediente original.

Los señores Magistrados presentaron su escrito en descargo, ante el señor Fiscal comisionado, en el que detallan su actuación y la del Tribunal en lo relacionado con la dicha elección de Jueces. Dicen así:

"La escogencia de candidatos se llevó a cabo con un criterio de selección. Todos los Jueces de Circuito, los Superiores y el de Menores, varios de ellos reelegidos, son abogados titulados y personas de reconocida solvencia intelectual y moral. En la elección de Jueces Municipales, el Tribunal se ajustó al Decreto reglamentario correspondiente. Se nombraron a los siguientes profesionales graduados: (se enumeran 13); y a muchos estudiantes que han terminado sus cursos de Derecho y han rendido, la mayor parte al menos, exámenes preparatorios de grado, a saber: (se hace la cita de 26 personas). Las restantes plazas, reducidas en su número, fueron provistas con personas de idoneidad y rectitud que habían desempeñado con anterioridad cargos públicos.

"En cuanto a la designación del doctor Olmedo Quintero para ocupar el Juzgado del Circuito Promiscuo de Samaniego, valga destacar que se trata de un distinguido elemento, que obtuvo con brillo su título profesional, según constancia que se adjunta, y que ha ejercido los cargos de Juez de Policía en esta ciudad y de Auxiliar del Despacho de los Magistrados Manuel María Montenegro, Carlos César Cerón, Luis Ponce Muriel, Manuel J. Triya y Ulpiano Rueda La Rotta, durante los últimos cuatro años.

"Queremos, finalmente, dejar expresa constancia de que ninguno de los funcionarios de la rama jurisdiccional del Distrito Judicial, tiene con los Magistrados del Tribunal el parentesco de que hablan los artículos 174 de la Constitución Nacional y 2º de la Ley 12 de 1945. Exigimos que se demuestre por el gratuito acusador, si es que existe, o por quien quiera hacerlo, un tan solo caso en contrario".

Con su escrito presentaron los señores Magistrados un certificado expedido por el Secretario General de la Universidad de Nariño, sobre la calidad de abogado titulado del doctor Olmedo

Quintero, cuyo nombramiento de Juez, como se vio atrás, fue una de las causas acusatorias.

El señor Fiscal, a su turno, solicitó y obtuvo de la Secretaría del Tribunal, copia autorizada de los Acuerdos correspondientes a la elección de Jueces Superiores, de Circuito y Municipales, nombramientos éstos que concuerdan con lo aseverado por los señores Magistrados acusados en su memorial de descargo.

Ante la observación que se hizo de que el firmante de las cartas acusatorias no era persona conocida, se dispuso comisionar, en esta ocasión, al señor Juez Superior de Pasto, a fin de que hiciera comparecer a su Despacho al firmante "Francisco A. Guerrero", y previa la identificación correspondiente le recibiera ratificación juramentada de las cartas-denuncios que dieron origen a estas diligencias, documentos que se enviaron originales para ese efecto.

Se quería que el denúnciante, además de identificarse como persona cierta y real, diera a su denuncio la solemnidad de la ratificación juramentada, y una oportunidad para que presentara las pruebas, si las tenía, de su acusación. El Juzgado libró boletas de citación y pidió el auxilio de la Jefatura de Seguridad de esa ciudad, con resultado negativo, según se lee de las constancias del expediente y lo informado por el señor Secretario del Juzgado.

Se ha hecho también acusación de intervención de los señores Magistrados en la elección de Secretarios y subalternos en los Juzgados de su jurisdicción, pero sobre esto tampoco se presentó prueba.

La Corte, en su deseo de investigar la veracidad de las acusaciones hechas por persona que firmó dos cartas bajo el nombre de "Francisco A. Guerrero", levantó un ya voluminoso expediente, del cual se sacan las siguientes conclusiones:

a) Que las acusaciones hechas a los señores Magistrados del Tribunal Superior de Pasto, doctores Ricardo Martínez Muñoz, Jorge Córdoba y Ulpiano Rueda La Rotta, son infundadas y temerarias.

b) Que la actuación de los señores Magistrados acusados, y en general, la del Tribunal Superior de Pasto, en la elección de Jueces de ese Distrito Judicial, está ceñida a las normas constitucionales y legales, y por encima de toda sospecha.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, DECLARA que son INFUNDADAS las acusaciones formuladas contra los señores Magistrados del Tribunal Superior de Pasto, doctores Ricardo Martínez Muñoz, Jorge Córdoba y Ulpiano Rueda La Rotta.

Envíese copia de esta providencia al Ministerio de Justicia —Departamento de Vigilancia Judicial— para efectos del artículo 8º del Decreto 3665 de 1950, y al Tribunal Superior de Pasto.

Hágase saber, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Gualberto Rodríguez Peña—Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Francisco Bruno. Alejandro Camacho Latorre — Pedro Castillo Pineda—Luis Enrique Cuervo—Luis A. Flórez—Alberto Holguín Lloreda — Agustín Gómez Prada. Luis Gutiérrez Jiménez — Rafael Leiva Charry. Pablo Emilio Manotas—Luis Rafael Robles—Manuel José Vargas—Angel Martín Vásquez—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en pdad.

SALA DE CASACION CIVIL

AL TENOR DEL ARTICULO 1521 DEL CODIGO CIVIL, HAY UN OBJETO ILICITO TANTO EN EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE VENTA DE UN INMUEBLE EMBARGADO, COMO EN SU REGISTRO. — LA CANCELACION DEL CREDITO Y EL CONSIGUIENTE LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO, NO HACEN CESAR EL INTERES DE QUIEN DEMANDA EN JUICIO LA NULIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DEL BIEN EMBARGADO.—LA CAUSAL SEXTA DE CASACION SE REFIERE A LA ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA ADJETIVA, Y NO PUEDE ADUCIRSE COMO REPARO A LA EXISTENCIA DEL DERECHO O DE LA ACCION DEL DEMANDANTE

1. — Es indiscutible que en Colombia el contrato de compraventa no es modo de transferir el dominio y que en este punto se diferencia sustancialmente nuestro derecho del francés. Sobra toda explicación o comentario al respecto, por ser algo elemental. Sin embargo, de que nuestro Código Civil no le dé al contrato de compraventa el efecto de transferir por sí solo el dominio, no se deduce que la prohibición de enajenar un bien no comprenda la de venderlo simplemente.

En efecto, enajenar un bien es transferir su propiedad por el titular a otra persona, bien sea a título oneroso o gratuito. Es decir, dentro del concepto jurídico de enajenación se comprenden todos aquellos actos en virtud de los cuales se realiza la transferencia del dominio de una persona a otra, por un acto de voluntad, llámese éste donación, venta, permuta. Por tanto, enajenar es el género, y estas últimas son las diversas especies o formas en que puede presentarse el propósito o la intención de enajenar.

Es cierto que tanto en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, como en los de carácter jurídico, entre éstos el de Escriche y el modernísimo "Diccionario de Derecho Privado", de la Editorial Labor (1950), redactado por un grupo de eminentes jurisconsultos españoles, se define la enajenación como el acto de transferir el dominio de una persona a otra. Mas no significa esto que porque en Colombia la venta por sí sola no produzca tales efectos, no esté comprendida dentro de la genérica prohibición de enajenar el bien embargado, que consagra el artículo 1521 del Código Civil.

Para la Corte no existe la menor duda que el sentido y alcance del citado texto, son los de prohibir todo acto por el cual se disponga del bien embargado para hacerlo salir del patrimonio de la persona que figura como dueña. Ahora bien: la transferencia del dominio del inmueble a virtud de venta, se verifica con el concurso de los dos actos consecuentes y sucesivos: el contrato mediante escritura pública y su registro. Tanto el primero como el segundo son indispensables para surtir esos efectos. Por tanto, en virtud de la terminante y genérica prohibición de enajenar las cosas embargadas, los dos actos, el contrato de venta y su registro, quedan afectados por ilicitud, en el caso de que se realicen sobre un bien embargado. De lo contrario, sería necesario admitir que el registro es completamente independiente del contrato, lo que no es posible, ya que para llevar a cabo aquél, es indispensable haber celebrado éste mediante escritura pública.

2.—El interés de quien demanda en juicio la nulidad del contrato de compraventa de un bien embargado y la consiguiente indemnización de perjuicios, no cesa ante la simple cancelación del crédito y el consiguiente levantamiento del embargo, porque aquél demanda la indemnización de perjuicios ocasionados con el contrato de compraventa, y ellos bien pueden subsistir, no obstante la extinción de la obligación principal por

pago efectivo. Además, la persistencia en llevar adelante la acción de nulidad, también sería justificable en interés de la moral y de la ley.

3.—Como lo ha dicho la Corte, en numerosas oportunidades: "La causal 6ª, reconocida por el artículo 520 del C. J., en cuanto se refiere a la ilegitimidad de personería, no puede aducirse como reparo a la existencia del derecho o de la acción en cabeza del demandante; tal circunstancia configura el fenómeno conocido con el nombre de legitimación para obrar, y es una de las condiciones de la acción, o sea, los requisitos indispensables para alcanzar sentencia favorable. Difieren estas condiciones de los presupuestos procesales, precisamente en la misma medida en que debe distinguirse la acción de la relación procesal. Las cuestiones de fondo (meritae causae) se llaman así en frente a los presupuestos procesales que son apenas necesarios para que en el proceso sobrevenga un fallo estimatorio de la demanda, ora rechazando, ora acogiendo sus peticiones. La personería cuya ilegitimidad anula lo actuado, es la tradicionalmente llamada adjetiva, presupuesto procesal denominado comunmente LEGITIMATIO AD PROCESSUM; la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción, condición aquélla, llamada LEGITIMATIO AD CAUSAM, y por algunos, personería sustantiva, es cuestión de fondo que debe dilucidarse en el fallo, y cuya existencia condiciona el éxito de la gestión actora, pero no la validez del procedimiento" (G. J., Tomo LXI, pág. 713).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, mayo tres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Por escritura pública número 1261 de 13 de diciembre de 1945, otorgada ante el Notario Primero de Neiva, Ascensión Rojas de Niño vendió a Secundino Rodríguez un inmueble que se hallaba fuera del comercio, a virtud de embargo preventivo decretado judicialmente e inscrito en el registro público. El acreedor de la vendedora, Juan de Dios Charry, que para seguridad de su crédito había solicitado y obtenido tal embargo, instauró demanda ante el Juzgado 1º del Circuito Civil de Neiva el 19 de noviembre de 1946. Por medio de apoderado solicitó entonces que se hicieran las siguientes declaraciones: **"Primera.**—Que está afectado de nulidad absoluta, en razón de lo ilícito del objeto, el contrato de compra-venta celebrado mediante escritura pública número 1261 de 13 de diciembre de 1945 otorgada ante la Notaría Primera de Neiva, registrada en este Circuito el 9 de febrero de 1946 en el Libro Primero página 105 del Tomo 1º bajo partida Nº 140, mediante la cual Ascensión Rojas de Niño vendió a Secundino Rodríguez un inmueble ubicado en la carrera 3ª de esta ciudad, entre calles 7ª y 8ª, distinguida la edificación con los números 7-56 y 7-58, y al cual se le asignó la siguiente alinderación: Por el norte, en una extensión de 18 metros lineales con propiedades de las siguientes personas: Segunda Jaramillo viuda de Parra, Jorge E. Cuenca, Serafín Tovar y con los herederos de la sucesión del señor Elí Bahamón; por el oriente, en una extensión de 22 metros 45 ctms, con propiedades del señor Rafael Luque; por el sur en una extensión de 18 metros con propiedades del comprador Rodríguez; y por el occidente, en una extensión de 24 metros con 25 ctms. con carrera 3ª en medio y edificio de las Galerías Municipales". **"Segunda.**—Que como consecuencia, deben ser canceladas las inscripciones que de dicha escritura obren en la Oficina de Registro de este Circuito. **Tercera.**—Que se condene a los demandados a indemnizar al señor Juan de Dios Charry los daños y perjuicios para él resultantes de la venta y tradición del inmueble relacionado en la primera súplica, conforme al justiprecio que de ellos se haga en el juicio. **Cuarta.**—Que los demandantes deben pagar las costas de este juicio, caso de oposición".

El personero judicial de los demandados contestó el libelo eludiendo el reconocimiento de que el inmueble embargado por Juan de Dios Charry fuera el mismo posteriormente objeto del contrato de compraventa celebrado entre aquéllos, Ascensión Rojas de Niño y Secundino Rodríguez. Y propuso como perentorias las siguientes excepciones: ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandante, ineficacia de la acción, inexistencia de la obligación, carencia de acción para demandar, pleito pendiente, compensación y petición antes de tiempo.

Con base en un detenido estudio de las pruebas, de las peticiones y alegatos de las partes, el juez del conocimiento desató la controversia el 23 de julio de 1947 por medio del siguiente proveí-

do: "declárase que está afectado de nulidad absoluta, en razón de lo ilícito del objeto, el contrato de compraventa celebrado mediante escritura pública número 1.261 de trece de diciembre de 1945 otorgada ante la Notaría Primera de Neiva, registrada en este Circuito el 9 de febrero de 1946 en el Libro Primero, página 105 del Tomo 1º, bajo partida número 140, mediante la cual Ascensión Rojas de Niño vendió a Secundino Rodríguez un inmueble ubicado en la carrera 3ª de esta ciudad, entre calles 7ª y 8ª, distinguida la edificación con los números 7-56 y 7-58 y al cual se le asignó la siguiente alinderación: Por el Norte, en una extensión de 18 metros lineales con propiedades de las siguientes personas: Segunda Jaramillo viuda de Parra, Jorge E. Cuenca, Serafín Tovar y con los herederos de la sucesión del señor Helí Bahamón; por el Oriente, en una extensión de 22 metros 45 centímetros, con propiedades del señor Rafael Luque; por el Sur, en una extensión de 18 metros con propiedad del comprador Rodríguez; y por el Occidente, en una extensión de 24 metros con 25 centímetros, con carrera 3ª en medio y edificio de las Galerías Municipales". 2º Como consecuencia de lo anterior, ordénase la cancelación de las inscripciones que del título en referencia obren en la Oficina de Registro de este Circuito. Con este fin, ofíciese al señor Registrador transcribiéndole lo pertinente de este fallo. 3º Condénase a los demandados Secundino Rodríguez y Ascensión Rojas de Niño, a indemnizar al señor Juan de Dios Charry, diez días después de ejecutoriada esta sentencia, los daños y perjuicios que el último haya podido recibir en razón a la venta y tradición del inmueble relacionado en el punto primero de esta providencia. Su importe será determinado al poner en ejecución la sentencia. 4º Las costas causadas en esta primera instancia del juicio son de cargo de los demandados. 5º Tómese copia de lo conducente en este proceso y pásese al señor Juez del crimen, a fin de que por éste se averigüe la responsabilidad penal en que hayan podido incurrir los demandados; y 6º No prosperan las excepciones propuestas por el demandado, por lo que en la parte motiva de este falllo se expuso".

La parte demandada apeló ante el superior. Durante el período de pruebas se trajo al expediente copia autenticada del auto de fecha 2 de agosto de 1947 por medio del cual el Juez Primero del Circuito Civil de Neiva decretó el desembargo del inmueble objeto de este juicio, en atención a que el crédito respectivo había sido cancelado. Con base en esta prueba de extinción de la obligación, el personero de los demandados alegó que la acción de nulidad del contrato de compraventa era improcedente y que el interés jurídico del demandante había desaparecido, si en algún momento existió. Era, pues, forzoso —a su juicio— declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación, propuesta desde la contestación de la demanda. Sobre el particular, dijo el Tribunal:

"Y no es óbice a la supervivencia del interés jurídico de que se trata, la actuación cumplida con posterioridad a la sentencia condenatoria de primera instancia proferida en este negocio, referente a la consignación que por la parte deudora se hizo en el juicio respectivo del valor total del crédito en él perseguido y declaración consiguiente del Juez Civil sobre desembargo del inmueble correspondiente, bien que para caer bajo un nuevo embargo dentro de la investigación criminal ordenada levantar contra la señora Rojas de Niño. Pues aún prescindiendo de esta última circunstancia, son claros la letra y el alcance del último inciso del art. 471 del Código Judicial, que expresa: "Las sentencias deben ser claras y precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes". Quiere ello decir que el sentenciador debe contraer y ajustar su fallo al problema planteado, tal como lo trazan y circunscriben la demanda y su respuesta, o, también, que como la sentencia decide respecto de una situación anterior al libelo, nada puede resolver sobre situaciones sobrevinientes, esto es, acaecidas con posterioridad a la presentación de la demanda. La siguiente doctrina de la H. Corte, sentada en Casación de 14 de marzo de 1946, LX Nº 2029, 2030 y 2031, es, al respecto, muy expresiva: Dice su extracto: "Puede suceder que con posterioridad a **la demanda** hayan ocurrido hechos que cambien la situación de las partes; pero los fallos de la instancia tienen que ser examinados respecto a los hechos ocurridos antes de la demanda y su respuesta. "Así que no es aceptable que se demande la declaración de nulidad de un acto que, si acaso, podrá ocurrir cuando se esté ventilando en segunda instancia el mismo juicio en el cual se pide la declaración de nulidad". "Por esto que para el señor apoderado de la demandante, doctor Arboleda, la dicha posterior actuación de pago y levantamiento del embargo sólo estaría evidenciando que la presente acción era eficaz, por cuanto en el actor concurría el derecho de velar por que la futura acción de cobro no fuera ilusoria en sus efectos, como trataba de hacérsele mediante el doloso traspaso de lo embargado. Y

que de ser ello así, el interés jurídico de su poderdante resultaba irrecusable. Lo tuvo —añade— y lo sigue teniendo. No importa que se le haya pagado. Ni ese hecho ni el posterior levantamiento del embargo sanean la nulidad absoluta acusada que la justicia está obligada inclusive a declarar de oficio".

El 10 de marzo de 1949, considerando el Tribunal que el inmueble objeto del embargo había quedado suficientemente identificado como el mismo a que se refiere este juicio, resolvió confirmar la sentencia materia de alzada en sus puntos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º, y revocar el punto 3º para en su lugar absolver a los demandantes del pago de perjuicios.

En desacuerdo con la decisión del Tribunal los demandados ocurrieron en casación. Como en la Corte el juicio ha tenido la tramitación legal requerida, se procede a fallar:

Las causales de casación propuestas

Primer cargo. Causal Primera del artículo 520 del Código Judicial.

Según el recurrente, "la sentencia es violatoria del artículo 1521, numeral 3º del Código Civil, por aplicación indebida, porque ha considerado que la venta de un bien raiz entraña la enajenación del mismo, y ello condujo a declarar nulo el contrato de compraventa contenido en la escritura número 1271, en virtud de que según la disposición citada hay objeto ilícito en la **enajenación** de las cosas embargadas ...Esto es que el H. Tribunal aplicó la citada disposición sustantiva a una hipótesis no contemplada por ella".

Para sustentar el cargo dice el demandante en casación: "La compraventa no conlleva enajenación, en nuestro derecho. Sólo genera la obligación de entregar, y es solamente en virtud de la tradición o entrega como se opera la enajenación, o sea el tránsito de la cosa del patrimonio del vendedor al patrimonio del comprador. La venta es solamente el título. Este título, aunque es traslaticio de dominio, no opera la enajenación sino cuando es concretado por el modo de adquirir el dominio llamado tradición. El título es la razón remota, en cuya virtud la tradición o entrega simbólica de la cosa, que se opera por medio de la inscripción en el registro, produce la enajenación. Pero la simple venta no es enajenación".

Y agrega que la involucración de estos conceptos elementales resulta evidente con la sola lectura de párrafos de la sentencia como el siguiente: "Si, pues, está demostrado ...que la señora Rojas de Niño enajenó el inmueble embargado, de **motu propio** o sea sin el consentimiento del Juez o de su acreedor al señor Secundino Rodríguez, según la escritura Nº 1.261, referenciada; y que la venta se llevó a efecto por la señora Rojas de Niño al señor Rodríguez con posterioridad al auto de embargo y de su inscripción, el interés jurídico del demandante Juan de Dios Charry, para su demanda de nulidad absoluta, por lo ilícito del objeto, de aquella venta, se pone de manifiesto...".

Concluye el recurrente manifestando que la confusión de conceptos ha llevado al Tribunal a formular en la parte resolutiva las declaraciones mal pedidas por el demandante.

Se considera:

El artículo 1521 del Código Civil, que el recurrente acusa como violado dice en su ordinal 3º: "Hay un objeto ilícito en la enajenación: 3º—de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello".

Según el recurrente, al aplicar el Tribunal este texto, ha dado a entender que "la venta de un bien raiz entraña la enajenación del mismo", porque la nulidad está en la enajenación y no en la venta, al tenor del transcrito ordinal 3º.

La sustancia y síntesis del argumento del recurrente consiste en diferenciar el alcance jurídico y legal de los términos "vender" y "enajenar". El último, según él, significa transferir realmente el dominio, mientras que el primero en nuestro sistema positivo únicamente significa otorgar el título traslaticio del dominio sin que éste por sí solo conlleve la tradición, la cual se realiza con la inscripción respectiva en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados. De esto concluye diciendo que el contrato de compraventa celebrado por los demandados no es nulo, porque la nulidad opera únicamente sobre la enajenación, o sea la transferencia del dominio, que con el solo contrato no se verifica cuando se trata de inmuebles.

Es indiscutible que en Colombia el contrato de compraventa no es modo de transferir el dominio y que en este punto se diferencia sustancialmente nuestro derecho del francés. Sobra toda explicación o comentario al respecto, por ser algo elemental. Sin embargo, de que nuestro Código Civil no le dé al contrato de compraventa el efec-

to de transferir por sí solo el dominio, no se deduce que la prohibición de enajenar un bien no comprenda la de venderlo simplemente.

En efecto, enajenar un bien es transferir su propiedad por el titular a otra persona, bien sea a título oneroso o gratuito. Es decir, dentro del concepto jurídico de enajenación se comprenden todos aquellos actos en virtud de los cuales se realiza la transferencia del dominio de una persona a otra, por un acto de voluntad, llámese éste donación, venta, permuta. Por tanto enajenar es el género y estos últimos son las diversas especies o formas en que puede presentarse el propósito o la intención de enajenar.

Es cierto que tanto en el diccionario de la Real Academia de la Lengua como en los de carácter jurídico, entre éstos el de Escriche y el modernísimo "Diccionario de Derecho Privado", de la Editorial Labor (1950), redactado por un grupo de eminentes jurisconsultos españoles, se define la enajenación como el acto de transferir el dominio de una persona a otra. Mas no significa ésto que porque en Colombia la venta por sí sola no produzca tales efectos, no esté comprendida dentro de la genérica prohibición de enajenar el bien embargado, que consagra el artículo 1521 del Código Civil.

Para la Sala no existe la menor duda de que el sentido y el alcance del citado texto, son los de prohibir todo acto por el cual se disponga del bien embargado para hacerlo salir del patrimonio de la persona que figura como dueña. Ahora bien: la transferencia del dominio del inmueble a virtud de venta se verifica con el concurso de los dos actos consecuentes y sucesivos: el contrato mediante escritura pública y su registro. Tanto el primero como el segundo son indispensables para surtir esos efectos. Por tanto, en virtud de la terminante y genérica prohibición de enajenar las cosas embargadas, los dos actos, el contrato de venta y su registro, quedan afectados por ilicitud en el caso de que se realicen sobre un bien embargado. De lo contrario, sería necesario admitir que el registro es completamente independiente del contrato, lo que no es posible, ya que para llevar a cabo aquél es indispensable haber celebrado éste mediante escritura pública.

Como la Corte ha dicho, no cabe sostener "que lo prohibido es sólo la enajenación y que en el presente juicio lo demandado es la nulidad de la venta, porque el artículo 1866 del Código Civil sólo permite la venta de las cosas corporales o incorporales cuya enajenación no esté prohibida por la ley, y el 1523 de la misma obra establece que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Mientras la permanencia del embargo registrado el 2 de julio de 1930 hiciera de las cosas embargadas un objeto ilícito de enajenación, se conservaba la prohibición terminante de hacer la tradición de lo vendido y era de estricta aplicación para el Registrador el artículo 43 de la Ley 57 de 1887, a menos que se tratara de un contrato celebrado entre terceros que no derivan su título del ejecutado o demandado, caso en el cual el registro podía hacerse por virtud del artículo 42 de la Ley 95 de 1890". (Casación 27 de marzo de 1936. G. J. N° 1911, pág. 735).

En resumen, al tenor del artículo 1521 del Código Civil, ordinal 3º hay un objeto ilícito tanto en el otorgamiento de la escritura pública de venta como en su registro; o dicho de otra manera, lo hay en la enajenación que comprende, en este caso, el otorgamiento del título y su registro, los dos actos que concurren a producir la transferencia del dominio.

En materia de enajenación de bienes muebles vemos que la tradición del dominio a título de venta se realiza mediante el contrato y la entrega de la cosa por alguno de los medios que señala el artículo 754. De ser cierta la tesis del recurrente, tendríase que solamente sería nula la tradición, es decir la entrega material o la simbólica de la cosa. Pero salta a la vista que tal conclusión es inaceptable, ya que fundamentalmente hay que considerar como afectado de tal nulidad el contrato de venta a cuyo título se verificó esa tradición.

Precisamente, la diferencia que existe entre el Código de Napoleón y el de Bello en materia de efectos del contrato de compraventa, sirve para acabar de entender el por qué no puede aceptarse tesis distinta de la acogida por el Tribunal, o sea, que la ilicitud comprende tanto el contrato como la tradición de la cosa. En efecto, como en el Código francés la venta es título y modo al mismo tiempo, y por tanto transfiere por sí sola el dominio, el artículo 152 de nuestro Código, dentro de ese sistema afectaría de nulidad simplemente el contrato (título y modo) de venta de las cosas embargadas. Se comprendería así tanto al título como al modo, que allí están identificados en el solo acto del contrato. Nuestro Código Civil se separó del francés, como ya se ha dicho, en cuanto no le da al contrato de venta valor de modo para transferir por sí solo el dominio, y exige que se proceda, si se trata de inmuebles, al registro como tradición sui géneris, o al empleo de alguno de los medios indicados en el ar-

tículo 754, si de muebles. La nulidad de la "enajenación" ya no comprende pues entre nosotros la del solo contrato.

La conclusión que de tales diferencias y similitudes se desprende, es, en el sentir de la Sala, que en Colombia como en Francia el legislador ha querido sancionar con nulidad por ilicitud en su objeto, tanto el título como el modo para cualquiera enajenación de cosas embargadas. Lo que sucede es que en Francia únicamente se necesita decretar la nulidad del contrato, por encontrarse en él refundidos título y modo; al paso que en Colombia se necesita aplicar tal nulidad tanto al contrato como a su tradición, por estar separados el título y el modo.

De lo expuesto se tiene que obró bien el Tribunal al considerar aplicable al caso de autos el artículo 1521 y al deducir de éste que tanto el contrato de compraventa celebrado por los demandados, como su registro, quedaron afectados de nulidad por objeto ilícito.

No prospera el cargo.

Segundo cargo.—Causal Primera del artículo 520 del Código Judicial.

A juicio del recurrente, a la "aplicación indebida del artículo 1521, numeral 3º, llegó el Tribunal como consecuencia de interpretación errónea o de no aplicación (infracción directa), de los artículos 1849, 1857, 1880, 740, 749, 756, 759 y concordantes del Código Civil".

El cargo lo fundamenta así: "La demanda se dirigió a obtener la nulidad de la compraventa celebrada mediante la escritura Nº 1261, y **como consecuencia** la cancelación de su registro, y la sentencia así lo declaró. Ahora bien la acción no podía prosperar sino en cuanto pidiera la cancelación del registro porque éste es el que hace la enajenación. Estuvo mal pedida la cancelación del registro, por consecuencia de "nulidad" del contrato contenido en la escritura de compraventa, pues este contrato no es nulo, como que no implica la enajenación del inmueble. Sin embargo, a pesar de estar mal pedida, era el caso de declarar la nulidad de la inscripción, por ser una nulidad absoluta y procedente de un objeto ilícito. Pero la nulidad del contrato no debió declararse, como quiera que éste es válido y confiere al comprador, que es un tercero, el derecho a exigir la entrega de la cosa una vez que desaparezca el embargo. Es válido el contrato de venta del bien embargado, pues no implica la enajenación de éste, ni perjudica al acreedor en cuyo provecho se decretó el embargo, sino que apenas crea un derecho eventual a la entrega de la cosa para el comprador, condicionado al levantamiento del embargo. ...Con la teoría del juzgador de instancia, habría que comunicar los embargos a todos los Notarios y éstos tendrían que vetar las escrituras de los bienes que resultaron afectados por un oficio de cualquier juzgado, control que sería ni más ni menos que imposible. Pero dentro del sistema de nuestro Código el control es sencillo, pues se hace por medio del registro, ya que es éste el que opera la enajenación, pues el contrato de compraventa sólo genera una obligación personal. La obligación de entregar".

Con el propósito de hacer notar cuál es la naturaleza jurídica del contrato de compraventa en nuestro Derecho y sus diferentes características en el Código Civil Francés, cita el recurrente pasajes de algunas obras de Planiol y Ripert, de Josserand, de Alessandri Rodríguez y de Fernando Vélez, y concluye: "De todo esto se deduce que si la venta de cosa ajena es válida, pues no implica enajenación, sino cuando más el compromiso de adquirir para entregar, a fortiori, la venta de cosa embargada también es válida, pues no implica enajenación, sino el compromiso de entregar una vez que termine el embargo, tanto más cuanto que éste es una situación de suyo interina o transitoria que necesariamente debe desembocar en una de estas dos formas: 1ª En que sea levantado y quede sin traba alguna el derecho del dueño de la cosa vendida, y 2ª—En que sea rematada ésta o adjudicada al acreedor en cuyo provecho se hace el embargo, y aún en este caso extremo sería válida la venta, pues vendría a equivaler a la de cosa ajena.... Aplicó mal, pues, el fallador de Instancia el numeral 3º del artículo 1521 del C. C., al declarar la nulidad de la venta consignada en la escritura Nº 1261 citada, tal como se le pidió en la demanda, pues debió limitarse a declarar nulo el registro de ese acto. Eso sí idependientemente y de oficio, por ser una nulidad absoluta, y no como consecuencia de la primera petición.

Se considera:

Se reduce este cargo a sostener que la nulidad contemplada en el artículo 1521 del Código Civil, solamente afecta el registro del contrato de compraventa, pero no a éste; y que al haber decretado el Tribunal la de ambos actos, confundió el régimen francés de la compraventa con el colombiano, violando así por aplicación indebida el dicho texto y consecuencialmente los restan-

tes artículos del mismo Código citados por el recurrente.

Ya en el estudio del cargo anterior se dijo que en concepto de la Sala el artículo 1521 del Código Civil, en su ordinal 3º, le da el carácter de objeto ilícito tanto al contrato o título como a la tradición, mediante los cuales se produce la transferencia del dominio. Igualmente el artículo 1866 del C. C. sólo permite la venta de las cosas corporales o incorporales cuya enajenación no esté prohibida por la ley, de manera que prohibida ésta se entiende prohibida aquélla; además de que el 1523 ibidem dispone que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley. Por consiguiente no es necesario abundar en más consideraciones para rechazar la tesis expuesta aquí. Debe hacerse notar sí, que la violación del art. 1521 del Código Civil la determina el recurrente como consecuencia de la interpretación errónea o de la falta de aplicación de los artículos 1849, 1857, 1880, 740, 749, 756, 759 del Código Civil.

Los artículos 1849, 1857 y 1880 del Código Civil se refieren al contrato de compraventa, y dicen en qué consiste, desde cuándo se reputa perfecto y cuáles son las obligaciones del vendedor. La cita tiene por objeto sostener que el Tribunal le dio a este contrato efectos de modo, sin caer en cuenta de que apenas es un título traslaticio de dominio, y que por ende confundió el régimen francés con el nuestro en este particular. Los artículos 740, 749, 756 y 759 del mismo Código reglamentan la materia de la tradición como modo de adquirir el dominio, y su cita tiene la misma finalidad que la de los anteriores.

Es decir, la violación de todos o algunos de los textos referidos, se hubiera producido de ser cierto que dándole el artículo 1521, ordinal 3º, el alcance de afectar de ilicitud tanto el título como el modo para la transferencia del dominio, se le hiciera producir a la venta efectos de modo con desconocimiento del régimen sobre tradición imperante en nuestro Código. Pero como ya se vio que lejos de significar tal cosa, la interpretación dada por el Tribunal al tan citado artículo 1521 está de acuerdo con el claro sentido del texto y con la explícita finalidad perseguida por el legislador, los argumentos del recurrente quedan sin base alguna.

No hubo, pues, violación de ninguno de los textos citados, y el cargo carece de fundamento.

Tercer cargo.—Causal Primera del artículo 520 del Código Judicial.

"Acuso la sentencia por ser violatoria del principio de los presupuestos procesales, que son formas esenciales del procedimiento. Y también como violatoria de los artículos 329, 342, 343 y concordantes del C. J. que son leyes sustantivas del procedimiento. No consideró el Tribunal la prueba de que el juicio de Juan de Dios Charry contra la señora Ascensión Rojas de Niño feneció por pago íntegro del crédito con sus intereses y costas, pago que hizo Secundino Rodríguez, tan pronto como fue liquidado por el juzgado competente, y de que el embargo que pesaba sobre el inmueble, materia de la venta cuya nulidad se demandó en este juicio, fue levantado, por consecuencia de haberse extinguido aquella obligación. Dicha prueba —que es plena, pues consiste en certificación del Juez del conocimiento— obra a folios 6 y vta. del cuaderno de pruebas de la parte demandante en la segunda instancia. El Tribunal no entra a conocer de ese hecho, por pensar que, siendo posterior a la contestación de la demanda, era ajeno a la litis pendencia... Es ésta una manera mecánica de aplicar el artículo 471 del C. J. y la doctrina de la H. Corte que transcribe el fallo en estudio. Porque, además de que el evento de cancelación del embargo se produjo dentro de un juicio ameritado así en la demanda como en la contestación, de modo que las incidencias y resultas de aquél afectaban la sustancia jurídica de esta controversia, al extinguirse por pago efectivo la obligación que originó el embargo, y al ser cancelado éste, caduca ipso jure el interés jurídico, y por consiguiente la personería sustantiva del demandante en esta acción. O sea que tan pronto como se extinguió el interés jurídico de la parte demandante, dejó de existir su capacidad para impulsar la acción, es decir que desapareció virtualmente esa parte en el juicio. Y es inconcebible que un juicio contencioso pueda continuar sin una de las partes y en perjuicio exclusivo de la otra. Fue así como falló en la segunda instancia uno de los presupuestos esenciales del litigio. De otro lado de acuerdo con el artículo 329 del C. J. todo hecho en cuya virtud las leyes declaran extinguida la obligación si alguna vez existió, constituye excepción perentoria, que debe ser declarada de oficio, conforme al 343. Aunque no hubiera sido propuesta la excepción (que sí lo fue desde la contestación de la demanda, como la de ilegitimidad sustantiva de la personería y la de inexistencia de la obligación) al sobrevenir el pago y el desembargo, se produjo un hecho en cuya virtud la ley desconoce la existencia de toda obligación entre mis mandantes y el señor Charry, con respecto al

bien que había sido objeto de embargo en juicio promovido por éste. O sea una excepción perentoria que debió ser declarada. Incurrió, pues, el fallador de instancia en violación directa, por no aplicación, del principio de los presupuestos procesales, de un lado, y de otro, de las citadas disposiciones positivas, y tanto aquél como éstas, constituyen "ley sustantiva" para los efectos del recurso especial y extraordinario de casación, pues tutelan derechos objetivos y no meramente formales de las partes".

Se considera:

Para rechazar este cargo es suficiente observar que ni la violación del principio de los presupuestos procesales, ni de los artículos 329, 342 y 343 del C. J., está erigida como causal de casación. Estos últimos textos se refieren a las excepciones perentorias y dicen en qué consisten y cómo y cuándo debe el juez considerarlas y declararlas probadas; pero de ninguna manera cabe alegar tales textos en casación en forma independiente, pues si el Tribunal dejó de considerar como probada una excepción perentoria el recurrente debe señalar los textos sustantivos violados como consecuencia de tal omisión y determinar, además, el carácter de tal violación. Entonces hay lugar a causal pero en virtud de la infracción de esos textos legales sustantivos y no de los procesales. Los que señala el recurrente en esta ocasión se limitan a definir el significado de algunos vocablos y a dar normas al Juez para actuar en el juicio y para proferir la sentencia. De otra parte, como los principios de derecho se concretan en textos legales, cuando la sentencia quebranta alguno de aquéllos es indispensable que el recurrente determine con precisión los preceptos sustantivos vulnerados por incidencia lógica. En los artículos del Código Judicial invocados simplemente se dice qué se entiende por excepciones perentorias y cómo y cuándo ha de considerarlas el juez. Así por lo dicho, y a manera de ejemplo, si el fallo dejó de considerar una excepción de pago, la causal debe apoyarse en la violación de los artículos pertinentes del C. Civil sobre la materia a que se refieren los títulos 14 a 19 del Libro 4º; si dejó de considerar la de prescripción, han de citarse como violados los textos del mismo Código Civil sobre el particular. La Corte ha dicho en numerosas ocasiones que los preceptos sustantivos son aquellos que establecen los derechos y obligaciones de las personas.

Cuarto y quinto cargos.—Causales Sexta y Primera del artículo 520 del C. Judicial, respectivamente.

Los presenta el recurrente así: "Las razones expuestas en el cargo anterior, configuran también el motivo del numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial. Porque al tenor del artículo 448 ibidem, la ilegitimidad de la personería induce nulidad en las actuaciones del juicio en que intervenga la parte sin personería. Desde el preciso momento en que llegó a los autos la prueba de la cancelación del crédito y del levantamiento del embargo, la parte demandante quedó sin personería legítima en este juicio, y por lo mismo en la actuación subsiguiente, inclusive el fallo mismo de la segunda instancia, se incurrió en la causal 2ª de nulidad del artículo 448. Por lo mismo este motivo es suficiente para que sea invalidada la sentencia. Y ello es tan claro que no requiere comentario. La insistencia en la acción por parte del demandante Charry después de habérsele pagado el crédito con sus intereses y costas y de haberse levantado el embargo, no es sólo temeraria, sino que configura un caso preciso de abuso del derecho, sea porque se haya inspirado en el propósito de perjudicar a los demandados, o simplemente por falta de interés o de causa petendi. Pues si su derecho se había realizado a plenitud, y si la función precautelativa del mismo, que cumpliera el embargo, carecía ya de objeto, la continuación del litigio sólo tenía como fin perjudicar a un tercero de buena fe, o sea al comprador Secundino Rodríguez. Pedir sin interés jurídico, o pedir en solo perjuicio de otro y sin provecho propio, son medios abusivos del derecho, conforme a la teoría aceptada por los tratadistas y por la jurisprudencia, en desarrollo de la norma positiva de que los principios del derecho y la equidad natural deben inspirar las decisiones judiciales. Al declarar el fallador de la segunda instancia, en forma favorable a las peticiones de la parte demandante, después de haber perdido ésta el interés en la litis, y cuando ya la decisión sin ceder en beneficio para dicha parte, sólo incidía en perjuicio para el tercero demandado, prohijó el referido abuso del derecho. Ello induce violación de una máxima universal de derecho que, con mayor eficacia que las simples disposiciones positivas, es causal de casación. Tal la que dice que "el derecho de cada uno termina donde empieza el de los otros". Ver artículos 4º y 5º de la Ley 153 de 1887. Por tal motivo acuso también el fallo".

Se considera:

Estuvo en lo cierto el Tribunal cuando dijo que de conformidad con el artículo 471 del Código Judicial la sentencia nada puede resolver en relación con hechos o situaciones posteriores a la demanda y su respuesta que modifiquen los términos del problema, tal como quedan planteados en la litis contestatio. De otra parte, el interés jurídico del demandante no tenía por qué cesar ante la simple cancelación del crédito y consiguiente levantamiento del embargo, pues estaba reclamando el pago de perjuicios causados con el contrato de compraventa y ellos bien podían subsistir, no obstante la extinción de la obligación principal por pago efectivo. Además, a juicio de esta Sala la persistencia en llevar adelante la acción de nulidad también sería justificable en interés de la moral y de la ley. Por otro aspecto, aún habiéndose abstenido el demandante de impulsar la actuación judicial, ésta habría proseguido de oficio, desde luego que el pago de la deuda y el levantamiento del embargo respectivo no producían el efecto de sanear la nulidad absoluta ya reconocida y declarada en el juicio. Es verdad que el demandante habría podido paralizar la continuación del proceso si hubiera desistido formalmente de la demanda, pero a proceder así no estaba obligado por mandato de la ley ni por razones de carácter moral.

Es bien claro que el numeral 2° del artículo 448 del Código Judicial se refiere a la ilegitimidad de la personería adjetiva. La causal de nulidad invocada por el recurrente se basa en que el demandante en este juicio quedó sin acción o sin legitimación para obrar; es decir, que perdió el derecho o la personería sustantiva para obtener declaración favorable a sus pedimentos, desde el instante en que cancelado el crédito a su favor se levantó el embargo del inmueble que le servía de garantía. Y éste no es el caso previsto en la causal 6ª de casación. En efecto: "La causal 6ª, reconocida por el artículo 520 del C. J., como lo ha dicho la Corte en numerosas oportunidades, en cuanto se refiere a ilegitimidad de personería, no puede aducirse como reparo a la existencia del derecho o de la acción en cabeza del demandante; tal circunstancia configura el fenómeno conocido con el nombre de legitimación para obrar, y es una de las condiciones de la acción, o sea, los requisitos indispensables para alcanzar sentencia favorable. Difieren estas condiciones de los presupuestos procesales, precisamente en la misma medida en que debe distinguirse la acción de la relación procesal. Las cuestiones de fondo (**meritae causae**) se llaman así en frente a los presupuestos procesales que son apenas necesarios para que en el proceso sobrevenga un fallo estimatorio de la demanda, ora rechazando, ora acogiendo sus peticiones. La personería cuya ilegitimidad anula lo actuado es la tradicionalmente llamada adjetiva, presupuesto procesal denominado comúnmente **legitimatio ad processum**; la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley le concede la acción, condición aquélla, llamada **legitimatio ad causam,** y por algunos personería sustantiva, es cuestión de fondo que debe dilucidarse en el fallo, y cuya existencia condiciona el éxito de la gestión actora, pero no la validez o regularidad del procedimiento". (Sentencia, 31 de enero 1947, LXI, 713).

Ya se dijo atrás que la violación de una máxima de derecho debe incidir en el quebranto de una disposición legal sustantiva, y que el recurrente está sujeto en ese caso no sólo a señalar con exactitud el texto vulnerado, sino a exponer las razones en que apoya la acusación, si pretende hacerla prosperar. En el último cargo no se cita ningún precepto legal relativo a este punto, que el recurrente considere infringido expresamente.

No son admisibles los cargos.

Por 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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el 10 de mayo de 1949.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en oportunidad el expediente al Tribunal de origen.

Alfonso Bonilla Gutiérrez—Gerardo Arias Mejía—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Emilio Prieto H., Ofl. Mayor.

EL ARTICULO 474 DEL C. J. NO IMPIDE QUE UNA SENTENCIA FIRME SE PUEDA TENER COMO PRUEBA EN JUICIO DISTINTO, SEGUIDO CONTRA UNA PERSONA QUE NO FUE PARTE EN EL QUE SE PROFIRIO ESA SENTENCIA.—CUANDO PUEDE PROSPERAR EN CASACION EL CARGO POR INDEBIDA APLICACION DEL ARTICULO 702 DEL C. J.

1.—Lo que el artículo 474 del C. J. estatuye e impide es que las sentencias firmes dictadas en un juicio se opongan como cosa juzgada en otro con el propósito de extinguir o enervar la acción que éste se propone, cuando no se reúnen los requisitos que esa norma contempla; pero no que las sentencias judiciales puedan aducirse y utilizarse en calidad de prueba contra quien no fue parte en la controversia en que ella se profirió y que se tenga por tal mientras éste no le oponga otro elemento de convicción que destruya su fuerza probatoria. Así, si A en juicio contra B obtiene sentencia definitiva en que se le reconoce como titular del dominio de determinado inmueble, esa sentencia puede después utilizarla en juicio reivindicatorio contra C, y ella debe ser estimada como prueba del dominio para vencer a C, mientras éste no le contraponga otra prueba que acredite su mejor derecho, tal como sería un título de dominio o una posesión material anteriores. Es decir, la sentencia es admisible y opera como prueba; no en calidad de cosa juzgada.

2.—Como lo ha dicho la Corte: "Cuando un fallador aplica el artículo 702 del C. J., obra dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica, y para que pueda modificarse la apreciación del Tribunal en este caso, es necesario que haya interpretado equivocada o erróneamente las pruebas que figuran en autos. En otros términos, para que pueda prosperar en casación el reparo consistente en que el Tribunal aplicó indebidamente ese artículo, es indispensable que se demuestre que el Juez no tuvo en cuenta la calidad, número, fama o ilustración de los testigos cuyas deposiciones le sirvieron de prueba, incurriendo, por lo tanto, con este proceder, en error de hecho en su apreciación, o que prescindió de ellas, siendo el caso de tenerlas en consideración".

(Casación de 10 de septiembre de 1942, G. J., Tomo LIV bis, pág. 72).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Daniel Flórez, José Guillermo Grimaldo, Pío B. Poveda, Félix Murillo y otros demandaron por medio de apoderado y ante el Juez Civil del Circuito de Purificación, a Liborio Molano Cuenca, Jorge Gaitán, Manuel Molano Cuenca, Florentino y Manuel Bárcenas, Roberto Devia, Ricardo, Tomás y Modesto Bocanegra, Sara Cuenca Villaveces y Jesús Cuenca de Pinzón, a fin de que en sentencia definitiva se hagan, entre otras, las siguientes declaraciones:

"**Segunda.**—Que se declare por usted por los trámites de la vía ordinaria que pertenece por accesión a los señores Daniel Flórez, José Guillermo Grimaldo, Pío Poveda, Rosa María Poveda, Eva Poveda v. de Castro Herrán, estos tres últimos en común y proindiviso como propietarios y poseedores inscritos y materiales de los lotes números 3, 2, 1, B; 2º y 1º de la división material del globo de tierras denominado Vegas de Arada, aumentados dichos lotes con los aluviones del río Magdalena, parte de la nueva isla formada en la banda oriental del río Magdalena, denominada impropiamente Isla del Fraile, recostada a tierra firme de Arada, por acceder parte de dicha isla a los predios o heredades de la ribera oriental de dicho río, de los cuales son mis poderdantes dueños, en la proporción que señala el Código Civil o sea en la parte comprendida entre las líneas de demarcación de sus predios prolongadas directamente hasta la isla, sobre la superficie de ella y hasta las aguas mayores del río Magdalena, siendo linderos generales de toda la isla, los siguientes: (aquí ellos).

"**Tercera.**—Que pertenecen también a los mismos demandantes Daniel Flórez, José Guillermo Grimaldo, Pío Poveda, Rosa María Poveda y Eva Poveda de Castro Herrán, estos tres últimos en común y proindiviso, por accesión y como propietarios riberanos en sus lotes o predios ya relacionados, el cauce abandonado del brazuelo del río Magdalena que separaba en 1931 los lotes de la Arada de los de la nueva Isla que los demandados denominan sin serlo Isla del Fraile, y los demás cauces abandonados que separaban nuevas islas o formaciones, todo dentro de las respectivas líneas de demarcación de sus predios prolongadas directamente hasta el agua y sobre su superficie; lo mismo que pertenecen a los mismos y en la misma proporción de sus líneas de demarcación hasta el agua, los acrecentamientos de tierra que ha tenido la isla anteriormente relacionada por aluvión o sea por el lento e imperceptible retiro de las aguas.

"**Cuarta.** — Que pertenecen a mis poderdantes los señores Daniel Flórez, Pío Poveda, Rosa María Poveda y Eva Poveda de Castro Herrán, estos tres últimos en común y proindiviso como propietarios de los lotes B y 3 de la división del predio Vegas de Arada, la nueva isla denominada San Eloy ocupada por la señorita Liboria Molano en la proporción que señala la ley o sea, en la parte comprendida entre las respectivas zonas de demarcación de los lotes o predios ya relacionados, prolongadas directamente hasta la isla, sobre la superficie de ella y hasta las aguas altas del río Magdalena, y que pertenecen también a los mismos y en la misma proporción los cauces abandonados que separaban nuevas formaciones lo mismo que los acrecentamientos de tierras que ha tenido dicha isla por aluvión, también en sus líneas de demarcación hasta el agua, siendo los linderos de esta isla, los siguientes: (aquí ellos).

"**Quinta.**—Que en consecuencia, los demandados o sea la comunidad de la Isla del Fraile, están obligados a entregar a mis poderdantes, dentro del término de seis días, o del que señale la ley o fije usted, las zonas ocupadas por ellos comprendidas dentro de las respectivas líneas de demarcación de los lotes de mis mandantes, prolongadas directamente hasta la isla, sobre su superficie y hasta las aguas altas del río Magdalena, zonas éstas que pueden alinderarse así: (aquí ellos).

"**Sexta.**—Que asimismo la señorita Liboria Molano, como poseedora de la Isla de San Eloy y a que se refiere la petición cuarta, está obligada a entregar a mis poderdantes Pío Poveda, Rosa María Poveda, Eva Poveda v. de Castro Herrán y Daniel Flórez, los tres primeros en común y proindiviso, dentro del término de seis días o del que señale la ley o fije usted, la zona ocupada por ella dentro de la respectiva línea de demarcación de los lotes 3 y B, prolongadas directamente hasta la isla sobre su superficie y hasta las aguas altas del río Magdalena, zona que puede alinderarse así: (aquí ellos).

"**Séptima.**—Que se condene a los demandados al pago de los frutos naturales y civiles que la cosa haya producido antes y después de la contestación de la demanda, al pago de los perjuicios y al de las costas del juicio".

Subsidiariamente pidieron que se hicieran otras declaraciones.

Como hechos de la demanda se expusieron, entre otros, los que en seguida se copian:

"2º Los demandantes son dueños y poseedores inscritos y materiales del terreno denominado 'Vegas de Arada o Isla de Jenaro (sic) Montalvo', adquiridos por Montalvo por compra al Municipio de Purificación, según consta de la escritura número 111 de 5 de septiembre de 1873, predio éste que fue partido en 1931 en juicio divisorio seguido en el Juzgado del Circuito de Purificación y que está protocolizado.

"3º Los demandantes, mediante títulos inscritos y en cadena perfecta, son los dueños y propietarios actuales y poseedores materiales de los lotes números 3, 2, B y 2' y 1' de la división del predio de Vegas de Arada e Isla de Jenaro Montalvo, lotes situados en la banda oriental del río Magdalena.

"4º Estos lotes fueron adjudicados así: A Daniel Flórez como cesionario de Félix Murillo los marcados con los números B, 2 y 2' (en el fondo estos dos últimos constituyen uno solo); a José Guillermo Grimaldo los marcados con los números 1 y 1' (también en el fondo uno solo); y a Pío Poveda, Rosa María Poveda y Eva Poveda de Castro Herrán, en común y proindiviso, el marcado con el número 3. Los linderos de estos lotes constan en las respectivas hijuelas que se acompañaron con la demanda, y a ellos me remito.

"5º La Isla denominada hoy impropiamente del Fraile y la de San Eloy, no sólo están recostadas a las tierras de Arada, sino que en su situación actual algunas partes de ellas están unidas y confundidas con los lotes de propiedad de mis mandantes por haberse secado los brazuelos del

río Magdalena que los separaban y por haberse acrecentado por aluvión los lotes de mis mandantes.

"6º Las islas ya relacionadas, no sólo están recostadas a tierra firme de Arada (banda oriental) sino que están separadas de la tierra firme de Iguá y Margarita, de las cuales la antigua Isla del Fraile era una accesión, por las aguas mayores del río Magdalena, correspondiendo por este hecho tales islas a los propietarios de la banda oriental conforme lo prevé en forma muy clara el numeral 3 del artículo 726 del C. C., inciso 1º.

"7º En 1873, fecha de la venta hecha por el Municipio de Purificación a Jenaro (sic) Montalvo del predio Vegas de Arada y de la Isla de Jenaro Montalvo, las aguas mayores del río Magdalena corrían dejando una isla, la del Fraile, en su banda occidental, pegada a tierra firme de Iguá y Margarita, y dos islas, Isla de Felipe Murillo e Isla de Jenaro Montalvo, pegadas a tierra firme de Arada, y entre estos dos grupos de islas, corrían las aguas mayores del río.

"8º El río en forma lenta e imperceptible, y violenta en sus crecientes, fue recostándose sobre la Isla del Fraile, hasta que al cabo de los años ella desapareció desintegrada completamente, y las aguas mayores del río vinieron a ocupar la zona donde antes se encontraba la isla, recostándose dichas aguas mayores contra tierras firmes de Iguá y Margarita, posición ésta que es la actual.

"9º A medida que el río se recostaba contra dicha isla y la batía o la desintegraba completamente no dejando partículas de ella, surgieron como consecuencia natural del aluvión (es decir del barro arrastrado por la corriente) nuevas formaciones en la orilla opuesta, formaciones éstas que no obstante no pertenecer a los propietarios de la antigua Isla del Fraile y de los terrenos de tierra firme de Iguá y Margarita (el Fraile se repite no era cosa (sic) que una accesión de tierra firme y así lo adquirió el señor Francisco Cuenca en juicio seguido en uno de los Juzgados del Circuito del Tolima), fueron ocupadas por los demandados o sus causahabientes a medida que se iban formando pequeñas islas y aluviones, ocupación ésta irregular que ha dado origen a esta demanda, que en el fondo es también reivindicatoria.

"10º Al batir las aguas del río Magdalena la Isla del Fraile y al recostarse dichas aguas mayores hacia la banda occidental ocupando como lecho del río el lugar donde se encontraba antes dicha isla, no sólo como consecuencia natural del arrastre de tierras (barro), surgieron nuevas formaciones en la banda opuesta, sino que los antiguos brazuelos que separaban las islas de Felipe Murillo y Jenaro Montalvo, banda oriental, de la tierra firme de Arada, fueron quedando en seco, accediendo sus cáuces, como era natural, a los propietarios de dicha banda oriental, acrecentando el predio de Arada y dando origen a los lotes 1 y B, de la división de dicho predio, que, como ya se dijo, se partió en 1931.

"11º Las aguas mayores del río son los límites que separan los predios de Arada (banda oriental) ya que las islas de Felipe Murillo y Jenaro Montalvo desaparecieron, de los de Iguá y Margarita (banda occidental). La Isla del Fraile pertenecía a los propietarios de Iguá y Margarita, como accesión de tierra firme, luego al desaparecer, las nuevas formaciones surgidas en la margen opuesta, productos de la erosión de las tierras de los predios aledaños y del lento e imperceptible retiro de las aguas, lo mismo que los cauces abandonados de los brazuelos del río y los nuevos aluviones que acrecentaban las islas que se iban formando, pertenecen a los propietarios de la ribera donde se formaron las islas y se acrecentaron sus terrenos.

"12º Todos los terrenos que forman la Isla San Eloy y la impropiamente llamada el Fraile, son de aluvión, es decir, corresponden a nuevas formaciones que surgieron en la banda oriental a medida que las aguas mayores del río Magdalena se recostaban hacia la banda occidental, dejando en seco el cauce mayor del río y acrecentando las nuevas islas que en parte ocupan el lugar de las antiguas de Felipe Murillo y Jenaro Montalvo, situadas en la banda oriental".

Los demandados contestaron la demanda oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas; proponiendo varias excepciones; afirmando que la Isla del Fraile existe actualmente, como que tiene más de cincuenta años de formada, y admitiendo simplemente que ha variado de situación, debido al cambio del curso del río Magdalena.

Tramitado el juicio, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de tres de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, por la cual declaró no probadas las excepciones propuestas y absolvió a los demandados de los cargos que se les formularon, sin costas.

Por apelación concedida a ambas partes conoció del negocio el Tribunal Superior de Ibagué, el que en sentencia de veinte (20) de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) revocó la

apelada, declaró no probadas las excepciones; resolvió que pertenecen a Rosa María Poveda, Eva Poveda v. de Castro Herrán —propietarias en común y proindiviso del lote número 3 del predio La Arada— y a Daniel Flórez —propietario de los lotes 2 y 2' del mismo predio— los terrenos denominados San Eloy, formados por aluviones y cauces secos y abandonados del río Magdalena, que han accedido a los mencionados lotes en la proporción señalada por la ley; que Liboria Molano, poseedora material de San Eloy debe restituírlo a los citados demandantes, junto con sus frutos; que aquélla tiene derecho a retenerlo hasta que se le abonen las mejoras plantadas, y que no hay lugar a hacer las demás declaraciones de la demanda ni a condenación en costas.

En esa sentencia, el Tribunal hizo relación de todas las pruebas aportadas al debate por demandantes y demandados, de lo que resulta del contenido de ellas, y al hacer referencia a la testifical que había citado, dice:

"En lo que respecta al punto o puntos donde empezaron a presentarse las nuevas formaciones aluvionales, poco es lo que esclarecen los testigos presentados por las partes, pues como ya se vio, algunos hablan del sitio donde antiguamente se encontraba la Isla Jenaro Montalvo y otros de la continuación de la Isla del Fraile y de la accesión lenta e imperceptible de dicho predio, a medida que se iban modificando sus extremos, por el cambio de curso del río. Es prudente hacer notar que algunos narran la ocupación de esos nuevos terrenos por parte de los Grimaldos, Povedas y Murillo, al paso que en la inspección ocular se constató que los primeros no ocupaban, y precisamente por ello han instaurado esta acción. También afirman algunos testigos, que la Isla del Fraile fue batida totalmente, pero para dicho suceso, señalan una época muy anterior a la fecha en que se practicaron pruebas en el litigio definido por la sentencia de que se habló en el numeral b), en el que se constató que tales terrenos no habían desaparecido.

"Ante la falta de claridad de los testimonios, procede el esclarecimiento de este tópico con base en las demás pruebas. En la diligencia de inspección ocular se constató —y así aparece en el croquis elaborado por los peritos ingenieros que coincide con el elaborado en diligencia de igual índole practicada en la primera instancia— que los terrenos en disputa están constituídos por tres porciones: San Eloy, unida a tierra firme y poseída por la señorita Liboria Molano y otras personas que no son partes en esta litis; la pequeña isla poseída en su totalidad por Daniel Flórez y, la parte sur de una isla de mayor extensión cuya posesión detentan Daniel Flórez, Liboria Molano y los Bárcenas; y que, la pequeña isla y la parte sur de la otra, están divididas por un brazuelo que tiende a cegarse. Esta topografía está indicando claramente que las dos primeras porciones no han sido una prolongación de la Isla del Fraile ni acceden este predio; porque el cegamiento del brazo divisorio, está indicando que las dos porciones isleñas tienden a unirse como consecuencia del ensanchamiento de ambas por el cambio de cauce del río y que tuvieron su origen en formaciones independientes, y la tierra de San Eloy separada de la Isla del Fraile por los brazuelos y la isla pequeña, tampoco puede considerarse como accesión de aquélla pues su situación geográfica está indicando lo contrario. Así debieron estimarlo los mismos co-propietarios del Fraile, al no incluir este terreno en la partición material.

"Resumiendo puede decirse, que lo observado en la inspección ocular respecto de la actual situación topográfica y geográfica, y lo admisible de la prueba testimonial, demuestran plenamente que la tierra de San Eloy y la pequeña isla constituyen formaciones independientes y definidas, con relación a la parte sur de la isla grande, y que por consiguiente, su situación jurídica, difiere para los propietarios respectivos del Fraile y La Arada".

Al estudiar las excepciones observa que la sentencia del mismo Tribunal de 23 de febrero de 1934, proferida en juicio ordinario que siguieron Julián Molano, Manuel Cuenca y otros contra José María Bravo, en que éste fue condenado a restituir varias porciones de terreno ubicadas en la antigua Isla del Fraile, no tiene en el presente pleito la fuerza de cosa juzgada, por cuanto que ninguno de los actores es causahabiente de aquél, por lo cual estima no probada la excepción que con ese fundamento se propuso y en cuanto a las demás, sobre acumulación indebida de acciones, llegó a la misma conclusión. Después, aplicando lo estatuído en los artículos 720 y 726, incisos 3º, 4º y 5º del C. C., dijo:

"...ya se vio que la tierra llamada San Eloy unida en la actualidad a tierra firme de Arada, no podía ser considerada como formación aluvional que accediera a la Isla del Fraile, porque su simple situación géográfica está demostrando lo contrario. Sea que esta porción de terreno hubiera empezado a formarse como isla o como aluvión

de tierra firme para ir ensanchándose o modificándose hasta adquirir la forma en que actualmente se encuentra, ella debe acceder a los propietarios riberanos de La Arada.

"La pequeña isla poseída por Daniel Flórez, también se dijo que no podía ser tenida como aluvión de la Isla del Fraile, sino como una nueva formación que surgió donde antiguamente se encontraba la Isla de Jenaro Montalvo. Debe pues estimarse que accede a las propiedades riberanas más cercanas, que son las de La Arada.

"En lo que respecta a la isla de mayor extensión, es prudente hacer notar que la parte sur tiene que ser considerada como un solo cuerpo con el resto. Sobre su formación ya se puso de presente la discrepancia existente entre los actores y demandados. La afirmación de los primeros de que la Isla cuya propiedad le fue reconocida en 1865, a Francisco Cuenca, fue batida en su totalidad, y que la que existe hoy es una nueva formación, no tuvo una demostración eficaz, ya que los testimonios que se relacionan con este punto están en contradicción con lo dicho en la sentencia que se profirió en el juicio adelantado contra José María Bravo, en el que se estableció la no desaparición de la "Isla del Fraile".

"Para que las declaraciones de accesión a que se refieren las peticiones Segunda y Tercera de la demanda, fueran viables, lo mismo que la consecuencial de restitución o sus accesorias correspondientes, se requería que los actores hubieran destruído la presunción que surge de la realidad topográfica que da lugar a que se estime que se presenta accesión a la isla de los aluviones que están haciendo parte de ella, con pruebas irrefutables, que demostraran que dichos aluviones habían tenido formación independiente y que su unión se había operado a merced del cegamiento de brazuelos, cuyos cauces descubiertos debían repartirse entre los propietarios riberanos e isleños.

"La oposición a la entrega, a que se refiere la súplica Primera, no se comprobó que se hubiera formulado ni que la entrega de los respectivos lotes se hubiera verificado. No es pues el caso de que el Tribunal haga tal declaración, ni de que estudie la excepción relacionada con la misma.

"Visto quedó ya, que a Pío B. Poveda no le fue adjudicado ningún lote o derechos en las porciones que se formaron en la partición de "La Arada", y que en la hijuela respectiva, aparece que a él se le adjudicó en el paraje denominado "Arenosa de los Galindos", y por lo tanto la accesión de "San Eloy" a los predios de "La Arada" en nada puede beneficiarlo.

"La tierra de 'San Eloy' no es en la actualidad una isla, y por consiguiente procede la súplica subsidiaria formulada para el caso de que este terreno formara parte integrante de tierra firme y la consecuencial correspondiente.

"A pesar de haberse dicho que la pequeña isla poseída por Daniel Flórez, debía considerarse como accesión de 'La Arada', sobre ella no debe hacerse ningún reconocimiento, ya que él no se pidió en súplica separada, sino que se incluyó en la relacionada con la parte sur de la Isla del Fraile, que no procede. Quizá ello obedezca a que el demandante Flórez, propietario de los lotes 2 y 2' que en parte le enfrentan, se encuentra en posesión de ella".

Uno de los demandantes o sea José Gilberto Grimaldo interpuso contra ese fallo el recurso de casación, que hoy se procede a decidir.

Apoyándose en la causal primera del artículo 520 del C. J. el recurrente propone los cargos que a continuación se resumen y estudian.

Primer cargo. Dice el recurrente que el Tribunal declaró no probada la excepción de cosa juzgada, que se propuso con base en la sentencia de 23 de febrero de 1943, proferida en el juicio de los Molanos contra José María Bravo; pero que sin embargo de ello, opone dicha sentencia a la prueba testimonial aducida por los actores para demostrar la desaparición de la "Isla del Fraile", con el fin de quitarle su potencia demostrativa a esos testimonios, cuando tal sentencia y los elementos de convicción allegados al juicio en que ella se dictó no pueden servir de prueba en ningún sentido contra el demandante, que no fue parte en ese pleito; que esas irregularidades llevaban al Tribunal a desconocerle el alcance negativo que por todos sus aspectos tiene la mencionada sentencia, incurriendo con ello en un doble error de hecho y de derecho. "De hecho porque el sentenciador se equivocó notoriamente viendo una prueba donde no existe. Y de derecho también, porque el Tribunal le dio mérito probatorio a aquella sentencia, siendo así que no lo tiene por ningún aspecto. Con este doble error, el Tribunal violó, por falta de aplicación, la disposición sustantiva del artículo 474 del Código Judicial.

Se considera:

Conviene ante todo advertir que el fallo acu-

sado no le otorgó a la sentencia a que se refiere el recurrente la calidad o el valor de cosa juzgada en relación con la acción incoada en este pleito, pues precisamente en la parte motiva afirmó que no se reúnen los requisitos necesarios para que se configure la excepción de cosa juzgada propuesta por los demandados y en la resolutoria declaró no probada dicha excepción. Y además, como el sentenciador entró a decidir a fondo el litigio, es obvio que no le hizo surtir a la sentencia de 23 de febrero de 1934 que se cita, los efectos de la cosa juzgada, con lo cual se le dio aplicación a lo estatuído en el art. 474 del Código Judicial, que es la única disposición que como violada se señala, en el concepto de no haber sido aplicada.

Lo que esa norma estatuye e impide es que las sentencias firmes dictadas en un juicio se opongan como cosa juzgada en otro con el propósito de extinguir o enervar la acción que éste se propone, cuando no se reúnen los requisitos que esa norma contempla; pero no que las sentencias judiciales puedan aducirse y utilizarse en calidad de prueba contra quien no fue parte en la controversia en que ella se profirió y que se tenga por tal mientras éste no le oponga otro elemento de convicción que destruya su fuerza probatoria. Así, si A en juicio contra B obtiene sentencia definitiva en que se le reconoce como titular del dominio de determinado inmueble, esa sentencia puede después utilizarla en juicio reivindicatorio contra C y ella debe ser estimada como prueba del dominio para vencer a C, mientras éste no le contraponga otra prueba que acredite su mejor derecho, tal como sería un título de dominio o una posesión material anteriores. Es decir, la sentencia es admisible y opera como prueba; no en calidad de cosa juzgada.

A este respecto ha dicho la Corte:

"Aunque una sentencia (se trataba de un fallo de casación) no puede oponerse a terceros como cosa juzgada, ella puede presentarse en juicio por la parte favorecida como prueba de su derecho oponible que conserva su fuerza probatoria contra cualquiera, mientras no se contraponga prueba en contrario. Tal es el principio reconocido en cuanto a los efectos de la sentencia con relación a los extraños". (Casación 29 de julio de 1918, Tomo XXVII, pág. 28).

Y esto fue lo que hizo el Tribunal: La sentencia de 23 de febrero de 1934 dictada en juicio reivindicatorio de fecha 5 de mayo de 1919, propuesto por los Molanos y Cuencas contra Bravo reconoció a aquéllos el dominio por prescripción de la antigua "Isla del Fraile" y condenó al demandado como poseedor de determinadas porciones de esa isla, a restituírselas a los actores, y tomando esa sentencia como una presunción, por cierto muy racional, de la existencia cuando menos parcial de la isla sobre que versó la controversia, la opuso a la prueba testimonial del actor, que se enderezaba a probar la no existencia de dicha isla, para desvirtuarle o desconocerle la deficiente fuerza probatoria que en su concepto tenía, pues, en puridad de verdad, dicho fallo se usó como una razón adicional a este fin, ya que en párrafos anteriores el sentenciador había destacado la contradicción de los testimonios aportados por demandante y demandados y observado que ante "la falta de claridad" de ellos se hacía preciso esclarecer el punto "con base en las demás pruebas".

De lo expuesto se desprende que el juzgador no incurrió en el error de hecho que le atribuye el recurrente "de ver una prueba donde no existe", pues está dicho que la sentencia existe y puede ser apreciada como prueba, ni en el derecho de darle mérito probatorio a esa sentencia, "siendo así que no lo tiene por ningún aspecto", cuando está dicho que sí lo tiene mientras con otra prueba eficaz no se le contrarreste el que le corresponde.

No prospera, por tanto, el cargo.

Segundo cargo.—Dice el recurrente que las declaraciones de José María Bravo, Esteban Quiroga, Anacleto González, Hipólito Santos (fs. 13 a 29, c. número 5), José María Ruiz, Telésforo González, Juan de la Rosa Tovar y Marcelo Portela (fs. 5 a 12, c. número 10), Santos Camacho, Wenceslao Tovar y Justino Triana (fs. 71 a 76, c. número 10), acreditan satisfactoriamente que las tierras disputadas de la orilla oriental del río Magdalena, contiguas a La Arada, son las antiguas vegas de este nombre, e islas de Jenaro Montalvo, Felipe Murillo y otras, transformadas por el correr de los años y la acción de las aguas del río al retirarse sobre la banda occidental en nuevas formaciones que acceden a La Arada y que no son renovaciones o reapariciones de la antigua Isla del Fraile. Después extracta lo que cada uno de esos grupos de declarantes expresa; dice que ellos tienen mayor mérito probatorio que los aportados por la parte contraria para sostener que esas nuevas tierras son aluviones de la Isla del Fraile, y finaliza la acusación diciendo:

"...porque el Tribunal prescindió de apreciar la fuerza probatoria de los once testimonios que he dejado citados, incurrió en evidente error de hecho y de derecho con los cuales violó los artículos 697 y 702 del código judicial. El quebrantamiento de estos dos preceptos constitutivos de normas de carácter probatorio, llevó al sentenciador a violar también, por falta de aplicación, los artículos 719, 720, 723 y 724, primera parte del código civil, que regulan la propiedad de las tierras adquiridas por aluvión y de los cauces abandonados.

"El error es de derecho pues el sentenciador dejó de darles a las declaraciones el mérito legal que tienen a la luz de los preceptos adjetivos citados; y de hecho evidente, porque no vio la prueba que se infiere de las declaraciones".

Se considera:

Como acaba de verse la equivocación en que el recurrente apoya su acusación consiste en que "el Tribunal prescindió de apreciar la fuerza probatoria de los once testimonios que he dejado citados", incurriendo con ello en evidente error de hecho y de derecho; pero no hay tal, pues el sentenciador sí apreció y analizó esa prueba; la encontró no sólo en contradicción con la aportada por los demandados, sino también "falta de claridad". Tomando pie en esas circunstancias expresó que procedía esclarecer la cuestión debatida "con base en las demás pruebas", con lo cual siguió la regla final que en tales casos indica el artículo 702 del C. J. Por este aspecto la acusación no resulta fundada.

Ahora, como ya se insinuó, en este pleito se presentaron dos grupos de testigos contradictorios entre sí: el que menciona el recurrente y el traido por los demandados, que está integrado por los declarantes Roque Chico, Heriberto Urdinola, Guillermo Gaitán, Abraham Jiménez, Sergio Andrade, Fulgencio González, José Devia y Roque Yepes (fs. 12 a 13, c. número 3, y c. número 4), quienes en resumen dan cuenta de la preexistencia de la Isla del Fraile; de que ella no fue batida por el río en su integridad, y de su actual posición enfrentada a La Arada, por razón de un cambio de curso de las aguas.

En presencia de esa situación probatoria, bien podía el sentenciador usar de la amplísima facultad de apreciación que le confiere el artículo 702 del C. J., que inclusive lo autoriza para resolver si, para el fallo, es del caso prescindir de tales exposiciones. A este respecto ha dicho la Corte que "cuando un fallador aplica el artículo 702, obra dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica, y que para que pueda modificarse la apreciación del Tribunal en este caso, es necesario que haya interpretado equivocada o erróneamente las pruebas que figuran en autos. En otros términos, para que pueda prosperar en casación el reparo consistente en que el Tribunal aplicó indebidamente ese artículo, es indispensable que se demuestre que el Juez no tuvo en cuenta la calidad, número, fama o ilustración de los testigos cuyas deposiciones les sirvieron de prueba, incurriendo, por lo tanto, con este proceder, en error de hecho en su apreciación, o que prescindió de ellas, siendo el caso de tenerlas en consideraciones". (Casación, 10 septiembre 1942, LIV bis, página 72).

Y el criterio del sentenciador en el caso presente no puede ser rectificado, porque no es manifiesto que haya interpretado equivocada o erróneamente las aludidas declaraciones, pues en los autos no hay prueba alguna sobre que unos testigos tengan mejor calidad, fama o ilustración o mejor información o conocimiento de los hechos, que los otros. Todos al igual aseveran que los hechos que relatan les constan por percepción directa, por conocer desde hace mucho tiempo la región, o por ser oriundos de ella.

Y ni siquiera el frágil o inseguro criterio del número podría seguirse, ya que entre los once declarantes que cita el recurrente hay varios desechables. Tal ocurre con José María Bravo, que es cuando menos sospechoso, pues sostuvo pleito sobre la misma cosa hoy litigiosa con los actuales demandados, en el que decía ser dueño de ella y fue vencido; con Esteban Quiroga, quien está en contradicción con la mayoría de los testigos del actor, pues afirma la destrucción completa de las islas de "Jenaro Montalvo", "Felipe Murillo" etc., cuando los otros hablan de su parcial desaparición por las avenidas del río; con Anacleto González, que es contradictorio consigo mismo, pues por un lado afirma no haber conocido ninguna isla con el nombre del "Fraile" y por otra dice que los islotes ocupados por los demandantes son distintos de la "Isla del Fraile"; con José María Ruiz, que no conoce las tierras que se enfrentan a la "Arada" ni sabe sus linderos; con Telésforo González, Juan de la Rosa Tovar y Marcelo Portela, que a la par que adolecen de marcada vaguedad en sus dichos, los dos últimos hablan en 1948 de que la formación de los nuevos terrenos data de seis (6) a ocho (8) años y de ocho (8) a diez (10) años, cuando la mayoría de

los declarantes del actor señalan para ese suceso el año de 1932, aproximadamente. Se reducirían, por tanto, a cuatro los testigos utilizables del recurrente y serían así menores en número que los de los demandados.

De todo ello resulta que en casación se carece de base para rectificar el criterio del sentenciador y que, por el contrario, él debe ser respetado.

No prospera el cargo.

Tercer cargo. Dice el recurrente que el Tribunal guardó silencio sobre el valor probatorio tanto de las inspecciones oculares practicadas en primera y segunda instancia, como en los dictámenes periciales que las acompañaron; que esas pruebas, que cita y cuyo contenido extracta y transcribe en parte favorecen abiertamente la posición de los demandantes, "que han sostenido que lo que fueron terrenos de la antigua "Isla del Fraile", de la banda occidental del río Magdalena, actualmente constituyen el lecho de éste y nada tienen que ver con las nuevas formaciones de la banda oriental, que han acrecentado los terrenos de Arada. Desde que las zonas que en los croquis se denominan "San Eloy" y el "Fraile", son prolongaciones, con estrechas relaciones de continuidad constituídas por canales del río con tendencia a cegarse, de las tierras de Arada, que están ubicadas en lo que antiguamente fueran las llamadas "Vegas de Arada" e islas de Jenaro Montalvo y otras menores, no hay duda que tales nuevas formaciones, más sus naturales acrecentamientos por aluvión y por el abandono de los cauces, pertencen todas, incluyendo la porción excluída por el Tribunal, dentro de la cual hállase la zona reclamada por mi representado José Guillermo Grimaldo, al predio de Arada, porque lo prolongan sobre el río.

"El Tribunal ignoró completamente los prenotados elementos probatorios. Que de haberlos apreciado otra solución hubiérale dado a la demanda. en lo relativo a la zona que equivocadamente asignó a los demandados, por estimarla en condición de vestigio de la antigua Isla del Fraile, de los Cuenca.

"En razón de tal ignorancia el sentenciador incurrió en manifiestos errores de hecho y de derecho, mediante los cuales quebrantó en primer lugar, el art. 730 del C. J., relativo a la plena prueba de las actas de inspección ocular acerca de los hechos y circunstancias observadas por el Juez; y el art. 722 del mismo estatuto, disposición según la cual el dictamen uniforme de dos peritos hace plena prueba. Por no aplicar estas disposiciones al caso contemplado el sentenciador las quebrantó. Naturalmente semejante quebrantamiento le abrió la puerta a la violación de los artículos 720, 723 y 724 del C. C., concernientes al modo de adquirir por accesiones del suelo, por falta de aplicación".

Se considera:

La acción de dominio aquí incoada versa sobre dos porciones de terreno: una de ellas en la denominada nueva isla "San Eloy", ocupada por Liboria Molano, y la otra es la llamada "Isla del Fraile". El reconocimiento de dominio sobre la primera se pidió exclusivamente para los demandantes Daniel Flórez, Pío Poveda, Rosa María Poveda, y Eva Poveda de Castro Herrán, como poseedores de los lotes B y 3 de la división del predio "Vegas de la Arada" y la sentencia recurrida accedió a lo que éstos solicitaban. En la acción referente a la segunda porción de terreno, se pidió el reconocimiento de la propiedad para Daniel Flórez, José Guillermo Grimaldo, Pío Poveda, Rosa María Poveda y Eva Poveda de Castro Herrán como poseedores inscritos y materiales de los lotes números 3, 2, 1, B, 2' y 1' de la división material del globo de tierra denominado "Vegas de Arada" y la sentencia del Tribunal no accedió a lo que sobre ese particular se había solicitado. De esa sentencia el único recurrente es José Guillermo Grimaldo, por lo cual ella se encuentra ejecutoriada para los demás demandantes que no recurrieron, pues aquí aunque ha habido acumulación de acciones cada uno de los demandantes propuso el juicio como propietario individual de los respectivos lotes que les fueron adjudicados en la división de la comunidad de "La Arada". Queda, por tanto, bien esclarecido que Grimaldo, el recurrente, sólo tiene pretensiones de dominio en la porción de terreno denominada "Isla del Fraile".

Ahora, la controversia se ha trabado sobre estas dos tesis opuestas: Los demandantes aseveran que la antigua "Isla del Fraile", que pertenecía a los propietarios de las tierras firmes de Iguá y Margarita, desapareció totalmente al ser batida por las aguas del río Magdalena y al cambiar de curso el mismo río y al ocupar el lecho de éste el sitio en que se encontraba dicha isla y que lo que los demandados ocupan con la impropia denominación de "Isla del Fraile" no son sino nuevas formaciones aluvionales que acceden a las tierras firmes de La Arada; y los demandados afirman que la mencionada isla no fue batida en su integridad sino parcialmente al cambiar el curso

del río, y que la parte que de ella quedó ha sido acrecentada con los nuevos aluviones que ocupan y que les pertenecen como accesiones de la misma.

Por consiguiente, y como a los actores les incumbe la carga de la prueba, para que el cargo que se considera pueda prosperar y determine la casación parcial del fallo, es menester que de las pruebas que cita el recurrente como erróneamente apreciadas aparezcan plenamente establecidas aquellas circunstancias en que se apoya la demanda, y además, que el único recurrente, o sea José Guillermo Grimaldo, tiene en tierra firme de La Arada lotes de su propiedad que estén enfrentados a la llamada "Isla del Fraile", y que la comprendan en todo o en parte, en sus líneas de demarcación prolongadas hasta las mayores aguas del río.

Empero las pruebas que se citan no demuestran plenamente esas circunstancias, para que así se destaque un error de hecho manifiesto de parte del sentenciador que dé lugar a la casación del fallo recurrido. En efecto, la inspección ocular practicada en primera instancia, (f. 42 a 45, C. Nº 5), nada útil comprueba sobre aquellos particulares, pues el Juez apenas constató que la llamada "Isla del Fraile" se encuentra hoy en la banda oriental del río y no en la occidental en donde antes estaba, lo cual se explica fácilmente debido al cambio de cauce de las aguas mayores del río, que corrían antes entre esas islas y las tierras de La Arada y que hoy corren entre dichas islas y las tierras de Iguá y Margarita; mas allí no puede colegirse que la "Isla del Fraile" hubiera sido batida totalmente por las aguas. La observación sobre que el terreno controvertido es aluvional, a nada conduce porque en este pleito nadie discute que tales tierras no sean de esa calidad. El dictamen pericial de primera instancia (f. 47 y 48) no llegó a conclusión favorable para los actores, por el contrario los perjudica, ya que los peritos apenas afirman, después de sus observaciones sobre el terreno, que la Isla del Fraile "fue batida, si no en su totalidad, sí en gran parte", y basta que de ella hubiere quedado una porción por pequeña que fuere para que sus dueños conservaran su propiedad y adquirieran por accesión todos los terrenos aluvionales que la agrandaron (art. 723, numeral 5º del C. C.). Y en cuanto al tiempo de formación de la misma dijeron que "aparenta tener unos veinte años", "aún cuando el tiempo puede ser mayor, por razón de que en la primera capa no hay vegetación, debido a lo arenoso y pedregoso de ella". Si esta conclusión, no obstante su vaguedad, pudiera tomarse en cuenta sería en perjuicio de los actores que han encaminado sus pruebas a demostrar que dicha isla desapareció totalmente en 1931.

Iguales o análogas observaciones caben respecto a la inspección ocular de segunda instancia (f. 4 a 12, C. 10), pues allí apenas se lee al final de la página seis (6) que al cambiar las aguas mayores del río "tuvieron que ser batidas" "por lo menos en gran parte" las islas denominadas como "Vegas del Fraile" y ello no demuestra que lo hubieran sido en su totalidad o al menos no se puede desprender la conclusión evidente de que ello hubiere ocurrido así. El dictamen pericial que en esa diligencia está inserto tampoco lo demuestra, porque los peritos dicen, usando el plano que de dichas islas levantó el doctor Caicedo en el año de 1872, que la línea a que él se refiere cortaba entonces (en 1872) las aludidas islas y que ahora corta "las aguas altas del Magdalena en la parte sur y los terrenos de la Isla en la parte norte". Luego de esa conclusión, no es posible desprender el batimiento total sino parcial de la aludida Isla, con motivo del cambio de curso de las aguas. De otro lado, la observación que los peritos hicieron sobre la edad aproximada de la vegetación que encontraron en la Isla, no permite deducir que ésta sea de reciente formación, pues expresamente advirtieron que la "formación de la capa vegetal no nos permite formar juicio sobre su antigüedad dada su formación aluvional" y que la determinación de ese punto correspondía con mayor acierto "a los habitantes de la región". Es más, uno de los peritos al aclarar el dictamen (f. 17), expresó que es imposible geológicamente establecer la edad del terreno con una aproximación siquiera de cincuenta años, porque "se trata de terrenos íntegramente cultivados", cuya capa "ha sido removida constantemente por medio de las herramientas utilizadas en las siembras y desyerbas".

Como consecuencia de todo lo dicho resulta indiscutible que las pruebas que quedan analizadas y que citó el recurrente, no demuestran la desaparición total de la Isla del Fraile y que por consiguiente las zonas que ocupan los demandados no sean accesiones aluvionales de esa Isla.

Pero hay además una razón fundamental que determina no sólo la ineficacia del cargo sino también la de todo el recurso y ella es la siguiente: Ya se dijo que de los demandantes el único que recurrió contra el fallo es José Guillermo Grimaldo y que sus pretensiones de dominio se concretan a la llamada Isla del Fraile. Pues bien,

una de las pruebas que el recurrente invoca, como es el dictamen pericial de primera instancia, demuestra, como allí lo aseveran los expertos, que "los terrenos poseídos por los demandados se encuentran enfrentados a los lotes números 2 y 3 de La Arada, y son de aluvión (f. 47 v. C. número 5) y en el hecho cuarto de la demanda se asevera, y así resulta de las pruebas pertinentes, que José Guillermo Grimaldo es propietario de los lotes números 1 y 1' en que se partió el terreno de La Arada, y ello significa que ese recurrente no puede alegar dominio por accesión, en la Isla del Fraile, desde luego que no quedando enfrentados sus lotes a dicha Isla, las líneas de demarcación de éstos prolongadas hasta el río no la comprenden y esa es condición indispensable para que pueda reconocérsele en ella propiedad por accesión, según así se desprende de lo estatuído en los artículos 720 y 726, numeral 3º del C. C.

No prospera la acusación.

Cuarto cargo.—Dice el recurrente que, en contrario de lo que estimó el Tribunal, la situación topográfica de las tierras en disputa es elemento definitivo para demostrar la tesis de que los terrenos demandados son prolongación de La Arada, por accesiones y cegamientos de cauces, como se ve del plano levantado por el doctor Caicedo, en que las riberas de La Arada sobre el río la formaban vegas e islas, separadas por cauces menores del mismo río; que con el tiempo esas islas y cauces desaparecieron y hoy se ve todo constituyendo un solo globo, separado de La Arada por un brazuelo casi en seco; que es un hecho indiscutible que la Isla del Fraile, de Francisco Cuenca, que existió del lado occidental del río, fue batida por las aguas por lo menos en su mayor parte; que los demandados no aclararon cuál es esa parte, por lo cual es natural presumir que al retirarse el río a la banda occidental, los terrenos de la banda opuesta se acrecentaron con los cauces secos, más las nuevas formaciones aluvionales; que en consecuencia, "el Tribunal incidió en manifiesto error de hecho, consistente en haber formado una presunción sobre bases inexistentes, porque a ella ni remotamente da lugar la situación topográfica de las tierras revelada en los planos. La presunción, de surgir alguna, sería la contraria, igual a la que llevó al juzgador a reconocer accesión respecto a San Eloy y a la isla ocupada por Daniel Flórez. Por virtud de este manifiesto error, el Tribunal quebrantó el artículo 662 del C. Judicial, dado que se apoyó en una presunción manifiestamente desconectada del hecho en que se apoya. Con lo cual resultaron también violadas por falta de aplicación, las disposiciones sustantivas de los artículos 720 y 721 e inciso primero del 724, del Código Civil".

El cargo no prospera por las siguientes razones:

1ª Por la fundamental y decisiva que se expuso al final del estudio del cargo precedente;

2ª Porque la presunción sobre la realidad topográfica y geográfica a que alude el recurrente, la dedujo el Tribunal de lo que a su juicio resultaba de la inspección ocular de segunda instancia y de los croquis elaborados por los peritos que intervinieron en esa diligencia y en la de primera instancia, por lo cual era deber del recurrente atacar en casación la apreciación que sobre esas pruebas hizo el sentenciador, para alegar y demostrar que de ellas no resulta la presunción que desprendió;

3ª Porque la Isla del Fraile no está unida a la tierra firme de La Arada, como que de ésta la separa, según lo demuestra plenamente el dictamen pericial de primera instancia, un brazuelo del Magdalena "navegable en canoa", por lo cual los aluviones con que se acrecentó pertenecen a los propietarios de ella; y

4ª Porque así la antigua Isla del Fraile, de propiedad de los Cuencas, existió; si ella apenas fue batida por el río en su parte sur; si su parte norte quedó existente; si las aguas del río que la separaban de La Arada se retiraron paulatinamente a la margen occidental; si aún todavía dicha Isla está separada de La Arada por un brazuelo del mismo río navegable en canoa; y si su formación actual es aluvional, lo lógico es presumir que la parte que subsistió fue ensanchada por aluviones, los que pertenecen a los dueños de la antigua Isla (artículo 726, ordinal 5º, C. C.), y no a los demandantes.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veinte (20) de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, devuélvase, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente a la oficina de origen.

Pedro Castillo Pineda — Gerardo Arias Mejía. Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alberto Holguín Lloreda—Emilio Prieto H., Ofl. Mayor en ppdad.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 22 DE LA LEY 57 DE 1887. — CONFORME A ESTA DISPOSICION, LAS PARTIDAS DE ESTADO CIVIL EXPEDIDAS POR LOS NOTARIOS, NO PERDIERON EL CARACTER DE PRUEBAS PRINCIPALES. — CUANDO PUEDE HABER FALLOS POR APARIENCIA DE VERDAD PROBABLE POR VEROSIMILITUD. — PRUEBA DE HECHOS NOTORIOS. — NULIDAD POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA DE LA PARTE DEMANDADA.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 450, ORDINAL 4°, DEL CODIGO JUDICIAL

1.—El artículo 22 de la Ley 57 de 1887 no dispone otra cosa que otorgarle a las certificaciones de origen eclesiástico, la categoría y alcance probatorio de las que expiden los Notarios —la de pruebas principales del estado civil— que antes no tenían, y no puede colegirse de ese texto que, por el hecho de ese equiparamiento legal, las últimas pierdan su carácter de pruebas principales de los hechos constitutivos del respectivo estado civil.

2.—Los fallos o decisiones "por apariencia de verdad probable, por verosimilitud", tienen ocurrencia en los litigios en que la cosa o determinados hechos, han de estimarse como presuntos por el Juzgador y aunque quepan hipótesis contrarias a la presunta, una vez probados los hechos que constituyen la presunción, le dan oportunidad de aplicarla al juez; y en general, en todos los casos en que opera una presunción o ficción legal en cualquiera de las ramas del derecho.

3.—Como en el presente caso no se ventila una cuestión de dominio, para fijar en cabeza de quien se encuentra radicado, sino que se controvierten simples obligaciones personales que han podido producirse con ocasión de ese derecho, estima la Sala que el no haber negado el Municipio, por conducto de su representante legal, la exactitud de aquel hecho, por fuerza de las circunstancias de su notoriedad, por estar en el conocimiento e información de las personas, con relación al círculo social de la población de Salamina, en el momento de instaurarse la demanda y aún en el de la decisión, y siendo una cuestión no controvertida, no constituye propiamente una confesión, sino un medio de defensa de la entidad de derecho público. Reconocimiento, por notoriedad, que aunado a las otras pruebas que obran en el expediente y que tuvo en cuenta el Tribunal, son bastantes, en el presente caso, a establecer la evidencia de este extremo de la responsabilidad del Municipio.

4.—El ordinal 4º del artículo 450 del C. J., comprende dos situaciones procesales: cuando el que obra por otro carece de poder, interviniendo como agente oficioso, o cuando el mandato judicial es imperfecto legalmente. El indebidamente representado debe hacer una clara manifestación de que acepta la agencia oficiosa o el poder aparente o putativo. No es indispensable que el consentimiento sea expreso; bastaría que el interesado intervenga en una diligencia, reciba una notificación o dirija cualquier escrito al Juez, sin reclamar contra quien se ha arrogado su personería. En tales condiciones, la personería y, en consecuencia, la actuación procesal, se consolidan.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

El día lunes ocho de mayo de 1944, en las horas de medio día —once a doce a. m.— se reventaron las líneas conductoras de la energía eléctrica en la ciudad de Salamina, que parten de la casa de Luis Carlos Muñoz, situada en la prolongación sur de la calle real, hacia la de Salvador Osorio, a unos cuarenta metros hacia el occidente de la primera casa; los alambres cayeron al piso pantanoso y permanecieron en el suelo durante veinticuatro horas aproximadamente; al día siguiente martes nueve, el niño Pedro Nel Muñoz López, de siete años de edad, hijo legítimo de Berenice López, se colocó dentro de la zona de in-

fluencia de la corriente eléctrica, lo que observado por su madre Berenice, procedió a rescatarlo, pero con tan mala suerte, que tomó contacto con los alambres de electricidad, pereciendo casi instantáneamente.

El Municipio de Salamina, era dueño y explotaba económicamente, por administración directa, la Empresa de Energía Eléctrica que prestaba sus servicios de alumbrado, calefacción y refrigeración en el área urbana y en los extramuros de la ciudad, en aquella época y aún parece continuar prestando esos servicios.

La administración de la Empresa por el Municipio se ejercía entonces mediante un mecanismo simple administrativo, sin que sus trabajadores tuvieran las nociones de orden técnico suficientes para su manejo, y desprovista de los elementos necesarios que requiere una empresa de esta naturaleza, para disminuir la peligrosidad de sus actividades en un momento dado, y poder prevenir los accidentes que en un funcionamiento irregular pudieran llegar a presentarse.

En la fecha de la demanda, era fama pública en la ciudad de Salamina, que el mal servicio de la Planta Eléctrica del Municipio, obedecía exclusivamente a la negligencia, inadecuada y antitécnica administración; pues, frecuentemente, se presentaban amagos de accidentes graves e intermitencias en el servicio de energía por inactividad de la Planta Generadora, debido a la ignorancia de quienes estaban encargados de su manejo.

Esa desafinada administración de la empresa, naturalmente peligrosa en sus actividades, produjo sus dañosos efectos, según afirmación del demandante, el día nueve de mayo de 1944, a las nueve de la mañana, al consumarse la muerte, por electrocución, de la señora Berenice López de Muñoz, esposa de Luis Carlos Muñoz y madre de cuatro hijos, insuceso que causó graves perjuicios materiales y morales al nombrado Muñoz y a sus menores hijos.

Luis Carlos Muñoz en su propio nombre y como representante de sus menores hijos, demandó al Municipio de Salamina, representado por su Personero Municipal, ante el Juez del Circuito de ese lugar, para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primero.—Que el Municipio de Salamina debe pagar a Luis Carlos Muñoz y a sus hijos menores, o a quien represente sus derechos en todo o en parte, la suma de veintisiete mil trescientos setenta y cinco pesos ($ 27.375.00), o lo que se fije mediante asesoría de peritos nombrados al efecto, como valor de perjuicios materiales sufridos por los demandantes, por el lucro cesante que les ocasionó la muerte de la señora Berenice López de Muñoz... ($ 27.375.00) tasados a razón de cinco pesos diarios ($ 5.00) durante quince años.

"Segundo.—Que debe pagar asimismo la suma de trescientos pesos ($ 300.00) por concepto de daños materiales por dinero que fue necesario invertir para el pago de médico, práctica de necropsia y entierro.

"Tercero.—Que asimismo debe pagar la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) o lo que se fije mediante la colaboración de peritos debidamente posesionados, como valor de los perjuicios morales sufridos por mis mandantes, consistentes dichos perjuicios en los hechos enumerados en el numeral **décimosexto** de la parte motiva de esta demanda.

"Cuarto.—Que debe pagar el demandado a mis mandantes los intereses legales de estas sumas desde el día en que se notifique esta demanda, hasta la fecha en que se verifique el pago... Son en total: $ 52.675... sin la liquidación de intereses".

El Municipio demandado contestó la demanda por conducto del Personero Municipal, oponiéndose a las pretensiones de los demandantes, aceptando unos hechos y negando la mayoría de los consignados en el libelo; y presentó pliegos de excepciones dilatorias y perentorias.

Desató el Juzgado Civil del Circuito de Salamina la controversia en sentencia de septiembre veintidós de mil novecientos cuarenta y siete, con las declaraciones siguientes:

"1º Se declaran no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada.

"2º El Municipio de Salamina es responsable de los perjuicios materiales ocasionados al señor Luis Carlos Muñoz García y a sus menores hijos Pedro Nel, Luis Alberto, María Elcida y Margarita Muñoz López, con la muerte de la señora Berenice López de Muñoz, perjuicios que le serán pagados a ellos o a quien represente sus derechos.

3º Los perjuicios materiales de que se habla en el numeral anterior, se regularán por el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J., de acuerdo con las bases establecidas en la parte motiva de esta providencia. Dentro de ellos habrán de incluírse los gastos de médico, necropsia y entierro, hechos por los demandantes.

4º El Municipio de Salamina es civilmente responsable de los perjuicios morales subjetivos oca-

sionados al señor Luis Carlos Muñoz García y a los menores Pedro Nel y Luis Alberto Muñoz López por la muerte de la señora Berenice López de Muñoz, que les serán pagados a ellos o a quien represente sus derechos.

5º Condénase al Municipio de Salamina al pago de la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) para los señores Luis Carlos Muñoz García y sus menores hijos Pedro Nel y Luis Alberto, por concepto de los perjuicios de que trata el punto 4º de la parte resolutiva de este fallo, los cuales se distribuirán de la siguiente manera: dos mil pesos ($ 2.000) para Luis Carlos Muñoz García, y de a quinientos pesos ($ 500) para cada uno de los dos menores.

6º Se absuelve al Municipio de Salamina del pago de perjuicios distintos de los que se han reconocido.

Apelada esta resolución por las partes, el Tribunal de Manizales en fallo de siete de junio de 1949, la confirmó, con las modificaciones siguientes:

"**Primera.**—Los perjuicios materiales que debe pagar el municipio de Salamina, según lo dispuesto en el numeral segundo de la parte resolutiva de tal sentencia, se regulan de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J., y de conformidad con las bases fijadas por el Tribunal en la parte motiva de esta sentencia. Dentro de ellos habrá que incluir los gastos de médico, necropsia y entierro, hechos por los demandantes; y

Segunda.—Lo que debe pagar el mismo municipio de Salamina, según el numeral cuarto de la parte resolutiva de la misma sentencia, por razón de perjuicios morales subjetivos, no es la cantidad de tres mil pesos, como lo dispone el numeral quinto de la misma, sino la suma de dos mil pesos, así: $ 1.500.00 para el demandante Luis Carlos Muñoz, y $ 500.00 para sus menores hijos Pedro Nel y Luis Alberto, o sea, de a $ 250.00 para cada uno de éstos. Sin costas".

Como fundamentos principales de su decisión, el Tribunal consignó los que adelante se expresan, en síntesis, y que han sido objeto de ataques en la demanda de casación:

En el juicio aparece demostrado, dijo el sentenciador:

"1º Que el día lunes ocho de mayo de 1944, y como consecuencia de la caída de un árbol, se reventaron unos alambres que conducían la luz eléctrica en el municipio de Salamina, en el extremo sur de la población, y en el trayecto comprendido entre las casas de los señores Luis Carlos Muñoz y Salvador Osorio, los que duraron tendidos en el suelo hasta el día siguiente, martes, a las diez u once más o menos; hecho acreditado con las declaraciones de la señora Teresa López de Valencia y Salvador Osorio, que resumiéndolas transcribe la sentencia, para conceptuar:

"Las declaraciones citadas no dan campo para deducir, ya que sólo sobre ello no existen otras pruebas, si fue la derribada de un árbol por el señor Salvador Osorio, como lo afirma la señora López de Valencia, o la caída de un brazo de tal árbol, como lo dice dicho Osorio, lo que ocasionó la ruptura de la línea; pues lo único que resulta ser cierto, según tales declaraciones, es el hecho de que las línas se reventaron y cayeron al suelo, el lunes ocho de mayo de 1944, por motivo o por razón de la caída del árbol o brazo de él, como acordemente lo dicen tales testigos".

Que los extremos de la caída de las líneas y su permanencia en el suelo hasta el día siguiente martes, no sólo los afirman los testigos antes citados, sino muchos otros que las vieron tendidas en el suelo, tales como Santiago Gallego, Pablo Blandón, Juan M. Muñoz y Bernardo Ospina, Juan Esteban López, Rafael Henao, Trinidad Cardona, María de los Angeles López, Herminia Osorio, quienes a la vez dan cuenta de la forma como la señora Berenice López de Muñoz fue cogida por la corriente eléctrica que circulaba por los alambres, y cómo, por esta circunstancia, se produjo su muerte.

Que la muerte de la señora López de Muñoz, está plenamente demostrada con la partida de defunción expedida por el Notario de Salamina, las declaraciones de los doctores Fabio Isaza Duque y Néstor Botero de la Calle y el dictamen médico pericial, rendido por los doctores Hernando Duque Maya y el primero de los nombrados antes, lo mismo que ella se produjo por electrocución, el día nueve de mayo de 1944, causada por el contacto con las líneas de la Empresa de Energía Eléctrica de Salamina, que ese día se hallaban en el suelo en el lugar donde tuvo ocurrencia el accidente.

En cuanto a la responsabilidad, que cabe al Municipio de Salamina, en el accidente, como dueño y administrador de la Empresa de Energía Eléctrica, por su mal funcionamiento en esa época, su falta de cuidado, vigilancia e incapacidad técnica de los trabajadores, y mala administración en general, dan cuenta, además de los testi-

monios citados, los de los señores Félix A. Duque, Félix A. Restrepo y doctor Jaime Mejía y la inspección ocular practicada por el Juez de Salamina, en asocio de los peritos Bonel Mejía y Aníbal Loaiza, el día trece de junio de 1946, así como el dictamen de estos últimos, que en su parte pertinente reproduce la sentencia. Que, demostrados el abandono, poco cuidado y la mala administración que la empresa tenía en los primeros meses del año 1944 y concretamente, en la época en que se produjo el insuceso de la muerte de la señora Berenice López de Muñoz, no queda duda de que "es sobre tal empresa sobre la cual debe recaer la culpa del daño o perjuicios causados con la muerte de la señora Berenice López de Muñoz, culpa que necesariamente pesa sobre el municipio de Salamina como dueño y administrador de tal empresa, propiedad y administración de la cual hablan los testigos citados, y demostrada además con lo siguiente:

"a) Con la contestación dada al **hecho primero** de la demanda, en la cual se acepta por el representante del municipio, ser éste el dueño y administrador directo de tal empresa;

"b) Con los alegatos presentados por el abogado del municipio, y pruebas pedidas por sus representantes, tanto en la primera como en la segunda instancia, alegatos y pruebas en las cuales trata dicho apoderado y representante de demostrar la inculpabilidad del municipio, pero sin tratar de negar o desconocer que éste es el dueño y administrador directo de dicha empresa; y

"c) Con algunas de las pruebas aducidas por los representantes de la entidad demandada, como puede verse de las declaraciones de los señores José J. Osorio y Conrado Gallego, quienes preguntados por el mismo representante del municipio, "afirman como empleados de la Empresa de Energía Eléctrica y como administrador de ésta respectivamente, lo que allí se expresa".

Agrega el Tribunal: "El artículo 270 del C. J. a que se refiere el apoderado, dice que: los Agentes del Ministerio Público no pueden 'absolver posiciones, y sus confesiones no perjudican a la parte que representan', pero este Tribunal entiende que tal disposición se refiere a las confesiones que hagan en posiciones, dado que se absuelvan. Por lo demás, y en el supuesto de que el Tribunal esté errado en esta interpretación, la verdad es que, como se ha dicho, la propiedad y administración de la empresa por el municipio, sí aparece acreditada con las otras pruebas que se han mencionado.

"Como según el artículo 762 del C. C., 'el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo', apareciendo como aparece demostrado ser el municipio quien administra la empresa y la explota, y a quien todos consideran como dueño de ella, y no apareciendo prueba alguna que haga ver lo contrario, hay que aceptarlo así, pues ya se vio cómo los mismos empleados que trabajaban en ella, en la época de la muerte de la señora López, dicen que tal empresa, o las líneas de ella, sí han pertenecido al municipio de Salamina.

"Según el artículo 2341 del C. C., el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; y según el artículo 2347, toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

"Esta responsabilidad no cesa, según el citado artículo, sino cuando con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho. Por regla general, dice el artículo 2356, "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

"Se puede ser responsable por acción, o por omisión; el que ejecuta el acto es responsable por acción; el que pudiendo evitarlo, pudiendo hacerlo, no lo evitó, es responsable por omisión. A los casos hace alusión el artículo 2341 del C. C. citado, al hablar de delito o culpa; el primero lo comete el agente que obra; la segunda, quien pudiendo obrar no obró, para evitar el primero; por ello hablan los artículos 2346, 2356 y 2359 de "negligencia", término éste que significa descuido, omisión, falta de aplicación".

Considera el Tribunal, que de acuerdo con los principios anteriores y con el examen de las pruebas, hubo abandono, descuido y negligencia por parte de la empresa en el accidente que le ocasionó la muerte a la señora Berenice López de Muñoz, porque "pudiendo retirar las líneas de los puntos por donde éstas pasaban, no se hizo, sabiendo, como debían saberlo sus empleados, que el solo hecho de asegurar, suspender, o pasar tales líneas por debajo de árboles, constituía amenaza, peligro para la ruptura de ellas; sabiendo o debiendo saber, por las anomalías constantes que se presentaron en el servicio de la luz el día ocho, en las horas de la tarde, y de que dan cuenta algunos testigos, que algún daño le había ocurrido, y no haber entrado a investigar sus causas; y sabiendo como debían saberlo también dichos empleados, que rotas las líneas el día ocho, no po-

dían dejarse tendidas en el suelo hasta el día nueve, porque ello constituía grave peligro para las personas.

"De acuerdo con el artículo 2356 del C. C., en armonía con el 604 del mismo, y según doctrinas de la Corte, que así lo han interpretado, existe en estos casos una presunción de culpabilidad en contra del municipio, que en el presente no ha logrado ser desvirtuada por éste, ya que no demostró ni hizo por demostrar que por su parte se hubiera puesto todos los medios indispensables para prevenir y evitar el suceso, pues al contrario, ya se ha visto cómo era de mal administrada la empresa en aquel tiempo, cómo eran de malos los servicios de luz y energía, y cuál el abandono y descuido de los empleados que la manejaban, como lo afirman muchos de los testigos citados, entre ellos los señores Luis Villegas M. y Gonzalo Mejía J., quienes dicen entre otras cosas: 'los empleados que se tenían en esa época eran poco celosos del cumplimiento de sus deberes' ".

Considera el Tribunal, que el Municipio de Salamina, como dueño y administrador de la Empresa de Energía Eléctrica, sí es responsable de los perjuicios que en este juicio se cobran.

"El señor Luis Carlos Muñoz, quien confirió poder en su propio nombre y en el de sus hijos, todos menores, para demandar en este juicio, ha comprobado con las correspondientes partidas notariales, ser el esposo legítimo de la señora Berenice López, y ser los hijos, en cuyo nombre confirió también poder, fruto de su matrimonio con la señora López".

En seguida entra el Tribunal a estudiar la cuestión relativa a los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, comprendidos dentro de la doctrina del artículo 2356 del C. C. extendiéndose en consideraciones al respecto, pero que no han sido objeto de reparos en la demanda de casación.

El recurso

Recurrido en casación el fallo del Tribunal de Manizales, por la entidad demandada, y tramitado el recurso, la Sala procede a dictar la decisión del caso.

Con invocación de las causales primera y sexta del artículo 520 del C. J., se acusa la sentencia recurrida "por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas con lo cual se violó la ley sustantiva, y por haberse incurrido en la causal de nulidad consistente en la falta de personería de la parte demandada, o sea la causal 2ª contemplada en el artículo 448 del C. J., nulidad que no ha sido saneada de conformidad con la ley".

En cuatro capítulos está dividida la acusación: los tres primeros, incorporan los cargos hechos con fundamento en la causal primera, y el último los de la sexta, y que serán estudiados en el orden de su presentación así:

Capítulo primero

"Error de derecho en la apreciación de los certificados acompañados a la demanda para acreditar el carácter de cónyuge del señor Luis Carlos Muñoz de la señora Berenice López y de nacimiento de Pedro Nel y Luis Alberto Muñoz que reclaman como hijos del matrimonio anterior. Les dio el Tribunal un valor que no tienen".

Los fundamentos del cargo pueden sintetizarse así: "Al promover el juicio el señor Muñoz en su nombre y en el de sus menores hijos, de quienes afirma ser padre legítimo, debió cumplir con el precepto del artículo 231 del C. J., y demostrar su calidad de cónyuge y la de padre de los menores a quienes decía representar.

Que antes de la vigencia del artículo 19 de la ley 92 de 1938, el medio principal para demostrar el estado civil de las personas era el previsto en el artículo 22 de la ley 57 de 1887, esto es, con las certificaciones que, con las formalidades legales, expidan los respectivos párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales.

Reproduce el recurrente el texto del artículo 18 de la ley 92 de 1938, para afirmar "que los certificados notariales demuestran el estado civil para las personas casadas, nacidas o muertas con posterioridad a la vigencia de la ley, pero no para los matrimonios, nacimientos o defunciones celebrados o acaecidos con anterioridad a dicho artículo. Para los anteriores a la vigencia de la ley sigue rigiendo el artículo 22 de la ley 57 de 1887.

Que como las actas notariales acompañadas, demuestran que los actos a que ellas se refieren se celebraron y acontecieron en fechas anteriores a la de la vigencia de la ley 92 de 1938, deben establecerse con certificaciones de origen parroquial. Para fundamentar esta conclusión, estudia el recurrente el contenido del precepto del artículo 38 del Decreto 540 de 1934, en relación con el 632 del C. J. y el 17 del Concordato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Santa Sede, aprobado por la ley 35 de 1888 y el 2º de la ley 95 de 1890, y con fundamento en este razonamiento, concluye:

"A consecuencia del error de derecho explicado

el Tribunal violó los siguientes artículos: el 22 de la Ley 57 de 1887 que no aplicó al caso del pleito; el 19 de la Ley 92 de 1938 que aplicó indebidamente, lo mismo que el 38 del Decreto 540 de 1934; el 79 de la Ley 153 de 1887 que no tuvo en cuenta. También violó el 17 del Concordato aprobado por la Ley 35 de 1888 que no tuvo en cuenta.

"Y si la sentencia tuvo en cuenta para dar valor a los certificados notariales el artículo 38 del Decreto 540 de 1934, a consecuencia del mismo error de derecho violó los artículos 11 y 12 de la Ley 153 de 1887 que no tuvo en cuenta, porque si los hubiera tenido no habría aplicado el Decreto 540 que no es Decreto Legislativo, ni le habría dado más valor que a las leyes.

"El Tribunal también dejó de aplicar los artículos 342 y 343 del C. J. pues ha debido declarar existente la excepción de ilegitimidad de personería sustantiva del actor".

Se considera:

Al formalizar su acusación, transcribe el recurrente, parcialmente, el texto del artículo 22 de la Ley 57 de 1887, omitiendo la parte de la disposición que asimila las certificaciones que expidan los Curas Párrocos respecto de nacimientos, o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia Católica, a las expedidas por los Notarios, sobre los mismos actos; y bajo esta consideración mutilada del precepto, lo hace operar en el sentido de restarle todo valor probatorio, desde la vigencia del estatuto legal citado, a las copias de las actas de inscripción del registro civil de las personas, expedidas por los funcionarios encargados por la ley de llevarlo. Cuando el artículo 22 citado, no dispone otra cosa, que otorgarle a las certificaciones de origen eclesiástico la categoría y alcance probatorio de las que expidan los **Notarios —la de pruebas principales del estado civil— que antes no tenían, y sin que pueda colegirse de ese texto, que por el hecho de ese equiparamiento legal, las últimas pierdan su carácter de pruebas principales de los hechos constitutivos del respectivo estado civil.**

El estatuto anterior a la Ley 92 de 1938, tenía establecido un sistema mixto del registro del estado civil de las personas, y según el cual por un lado lo llevaban los Notarios, y, del otro, los Curas Párrocos. Al primero se le denomina registro civil, y al segundo, registro eclesiástico, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 409 del C. C. en relación con los hechos constitutivos de ese estado antes del 1º de septiembre de 1853, que permite comprobarlos en caso necesario, con las copias de las partidas de nacimiento o bautismo, defunción o matrimonio inscritos en los libros que llevaban al efecto los ministros del culto católico antes de aquella fecha y mediante el procedimiento allí indicado.

Las medidas tomadas por el legislador después de 1853, en relación con las pruebas del estado civil, tienden a reconocer la eficacia de la prueba, a facilitar su producción respecto de épocas en que en unas ocasiones predominaba el criterio del registro civil y en otras, el del registro eclesiástico ya que en la práctica sólo los párrocos en unos casos, llevaban los libros de registro de ciertos hechos constitutivos de ese estado, y en otros los funcionarios encargados por la ley para tales fines.

Al unificarse la legislación nacional, y dada la confusión reinante por la disparidad de criterios con respecto al alcance de las certificaciones provenientes ya del registro civil, ya del registro eclesiástico, se dispuso que: "se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil respecto de nacimientos, o matrimonios o defunciones de personas bautizadas o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones expedidas con las formalidades legales por los respectivos Sacerdotes Párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales". Además, se estableció que esas certificaciones se asimilan a las expedidas por los Notarios para el efecto de poder ser rechazadas, o redargüidas, o suplidas en los mismos términos, y se prescribió que los libros parroquiales no pudiesen ser examinados por la autoridad civil sin previo mandato judicial, en los mismos casos en que aquéllo podía hacerse en las Notarias. En otros términos, se estableció una completa identidad entre unas y otras partidas o actas en cuanto a su categoría y alcance probatorio.

En el caso controvertido, se acompañaron como pruebas del matrimonio contraído por Luis Carlos Muñoz y Berenice López y de nacimiento de Pedro Nel y Luis Alberto Muñoz, certificaciones expedidas por el Notario del Circuito de Salamina, tomadas de las actas inscritas en los libros correspondientes, y con todas las formalidades legales. Y no hay constancia en los autos de que exista contradicción entre estas actas del registro civil y otra de extracción eclesiástica, ni que hayan sido redargüidas como tales, evento en el cual es posible hacer distinciones en el origen de la partida con el fin de determinar la preeminen-

cia de la una o de la otra, particularmente, en lo atinente a la de matrimonio, pues, en el cuerpo de ésta se hace constar que el acto se celebró ante el cura Párroco respectivo, y presenciado por el Notario que expidió la certificación, quien en cumplimiento del mandato legal hizo la inscripción en el registro civil. Es decir, que existen los dos registros autorizados por la ley, el civil y el eclesiástico y una cualquiera de las dos actas, o mejor, una de sus copias expedida por el funcionario o el sacerdote Párroco, respectivo, produce los efectos de probar plenamente el estado de casado de Luis Carlos Muñoz con Berenice López, y el nacimiento de Pedro Nel y Luis Alberto Muñoz, menores en nombre de quienes demanda su padre, de conformidad con lo estatuído por los arts, 347 del C. C., 22 de la ley 57 de 1887 y 2º de la ley 95 de 1890.

Así las cosas, el Tribunal de Manizales, no le dio a las certificaciones expedidas por el Notario del Circuito de Salamina, un valor probatorio distinto del que tienen asignado en la ley, ni dejó de aplicar el art. 22 de la ley 57 de 1887, por cuanto las copias de las partidas del registro del estado civil a que este precepto se refiere, no excluye que ese estado se demuestre con las certificaciones tomadas de las actas del registro civil, que con autorización de la ley, llevan los Notarios, más, cuando esas partidas no han sido redargüidas de falsas ni de contradictorias de las asentadas en el registro eclesiástico; ni violó las otras disposiciones citadas por el recurrente, porque no tenían imperio para el caso de la controversia.

En consecuencia se rechaza el cargo.

Capítulo segundo.

"Error de hecho en la apreciación de las declaraciones, dictamen pericial e inspección ocular en la segunda instancia, de acuerdo con la formulación de los cargos en las letras siguientes:

"A) Error de hecho en la apreciación de las declaraciones de Teresa López, Salvador y Herminia Osorio, de las cuales se deduce que no es imputable al municipio la responsabilidad sino al señor Salvador Osorio".

Este cargo se fundamenta con la transcripción del salvamento de voto del Magistrado doctor González.

"B) Si el Tribunal cometió un evidente error de hecho al apreciar las declaraciones de que hablé en la letra A), consecuencialmente, cometió otro error evidente de hecho al dar por probada la muerte por electrocución de la señora Berenice López para declarar responsabilidad al municipio, cargando esta electrocución al descuido de tal entidad por no haber arreglado las líneas eléctricas reventadas inmediatamente y haberlas dejado así del ocho al nueve de mayo".

"El error estuvo en la apreciación de las declaraciones de Teresa López y Salvador Osorio relacionadas con las de Santiago Gallegos, Pablo Blandón, Juan M. Muñoz, Bernardo Ospina, Juan Esteban López, Rafael Henao, Trinidad Cardona y Herminia Osorio, agregado a esto el dictamen pericial rendido por los doctores Hernando Duque Maya y Fabio Duque Isaza".

Sustenta el cargo el recurrente, manifestando que ninguno de los declarantes tuvo el cuidado o precaución para dar cuenta al municipio del daño en las líneas, que Osorio que debió hacerlo se excusó por haberse sentido un malestar estomacal, para luego afirmar que estuvo esa tarde pendiente de avisarles a los transeúntes el peligro existente; que en una ciudad tan extensa como Salamina, no es fácil darse cuenta inmediatamente cuando se revientan unas líneas, máxime cuando ésto no produce ningún trastorno en las plantas generadoras; que el peligro no era tan grave desde el momento que otras personas que se enredaron en las cuerdas, según el dicho de los testigos, no sufrieron ninguna lesión corporal.

"En estas cuestiones de responsabilidad —dice el recurrente— es preciso no perder de vista la causalidad, y nadie puede negar que si la caída de las líneas ocurrió por un hecho que no estaba bajo el control del municipio, como fue la reventada de las líneas por la caída del árbol que cortó Osorio, mal puede hacerle responsable. Otra cosa fuera si el árbol lo hubiera tumbado un empleado municipal. En estas condiciones poco importa para el caso del pleito que la señora Berenice hubiera muerto por electrocución, por nerviosidad o por los setenta cálculos biliares que tenía en la vesícula".

"C) Error de hecho en la apreciación de las declaraciones de Santiago Gallego, Pablo Blandón, Félix A. Duque, doctor Jaime Mejía, Gonzalo Mejía J. y dictamen pericial de Bonel Mejía y Aníbal Loaiza, con las cuales pruebas se ha querido demostrar que la empresa de energía de Salamina estaba por esos tiempos muy mal administrada, pues el Tribunal deduce de tales declaraciones y experticios que la mala administración municipal "de la Empresa de Energía Eléctrica, la cual como se verá, no funcionaba, en la época del accidente, en la forma cuidadosa y nor-

mal requerida en una empresa de tal naturaleza", es la responsable del accidente ocurrido a la señora Berenice López".

"D) Error de hecho en la falta de apreciación de la inspección ocular practicada el 9 de marzo de 1948 en la segunda instancia y del dictamen de los peritos en relación con las declaraciones de los señores Conrado Gallego, José J. Osorio y Santiago Gallego. No tuvo en cuenta para nada estas pruebas de las cuales se deducen estos hechos de gran importancia para demostrar la inculpabilidad del municipio, en el caso de que existiera acción contra él y que el Tribunal ha debido examinar, toda vez que en su concepto sí existe acción contra el municipio.

1º—En el lugar del accidente no hay camino público ni senda ninguna frecuentada; sólo existe una senda que parte en dirección Oriente-Occidente y que sirve de entrada al predio de Salvador Osorio (Inspección ocular);

2º—Por ese lugar no pasan líneas primarias, sino secundarias y en concepto de los testigos anotados la corriente de éstas no es suficiente para electrocutar a una persona. Confirma ésto el hecho de que en la tarde del 8 de mayo varias personas se enredaron en las cuerdas sin sufrir menoscabo alguno;

3º—La instalación eléctrica a partir del transformador era de propiedad de Salvador Osorio y servía para llevar luz a su finca únicamente. Luego era él quien más cuidado debía tener en la conservación de las líneas, y ya se vio cómo fue Osorio quien sin prudencia alguna cortó el árbol causante del daño y cómo fue negligente para avisar a las autoridades lo acaecido.

"Si el Tribunal aprecia estas declaraciones y la inspección y relaciona ésto con las afirmaciones de Teresa López y Salvador Osorio que afirma aquélla y confiesa éste que él fue quien cortó el árbol, habría deducido con tdoa evidencia que la imputabilidad y consiguiente responsabilidad no era del municipio de Salamina, sino de quien además de ser dueño de la instalación no cuidó de ella, sino que obrando imprudentemente cortó el árbol que reventó las líneas.

"A consecuencia de los errores de hecho anotados en las letras A), B), C) y D) del presente capítulo el Tribunal violó por haberlos aplicado indebidamente los Arts. 2341, 2343, 2347, 2356 y 2360 del C. C. y 95 del C. Penal; y por no haberlo aplicado el 343 del C. J. que da derecho a la parte demandada para que el Juez declare probadas las excepciones que aparezcan en el expediente".

Se considera:

El Tribunal partió del hecho cierto y acreditado en los autos, que el día lunes ocho de mayo de 1944, y como consecuencia del derrumbe de un árbol, se desprendieron unos alambres que conducían la energía eléctrica en el municipio de Salamina, en el extremo sur de la población, y en el trayecto comprendido entre las casas de los señores Luis Carlos Muñoz y Salvador Osorio, los que duraron tendidos en el suelo hasta el día siguiente, martes, diez u once de la mañana, más o menos, y que ese día al enredarse la señora Berenice López con éstos, la corriente eléctrica que circulaba por ellos, le produjo la muerte.

La caída del árbol y la consecuencial de las líneas, como la permanencia de éstas, tendidas en el suelo por un espacio considerable de tiempo, son hechos no discutidos y que aceptan las partes; difieren en cuanto a la causa determinante del desprendimiento de las líneas que conducían la energía. El demandante sostiene que, el mal estado de éstas y la caída del árbol ocasionalmente, por entre cuyas ramas pasaban los alambres, fue la causa de ese desprendimiento; el demandado por su parte, afirma que fue el corte del árbol por acción de Salvador Osorio, lo que causó la ruptura. El Tribunal sentenciador, por su parte, no acepta ni una ni otra situación, porque las pruebas allegadas a los autos con esa finalidad, no dan margen para deducir con plena convicción, cuál de las dos causas señaladas, fue en realidad la determinante de la ruptura de las líneas, pues, la disparidad de las dos únicas declaraciones que hablan de este hecho no lo prueban. En efecto, Salvador Osorio afirma que el derrumbe de un brazo del árbol en las horas de la mañana del día lunes 8 de mayo de 1944, lo que ocasionó la caída de las líneas al suelo, que él, para evitar mayores peligros, cortó por la tarde el otro brazo, y cuando las líneas ya se hallaban tendidas en el suelo; en cambio, la señora López de Valencia, dice que la ruptura se produjo en las horas del medio día al cortar Osorio el árbol.

Ante la ausencia de pruebas, realmente convincentes, el Tribunal optó por una análisis de las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al insuceso de la muerte de la señora Berenice López, por electrocución, con base en los hechos demostrados en el proceso, como el descuido general existente en la administración técnica de la Empresa de Energía Eléctrica en ese entonces; la incapacidad técnica de los emplea-

dos a su servicio, la falta de vigilancia y revisión de las líneas, la existencia de los árboles en el sitio del accidente y su paso por entre las ramas; la permanencia de éstas tendidas en el suelo de un día para otro y su levantamiento posterior al accidente, todo a través de las pruebas testimonial, inspecciones oculares y dictámenes periciales, practicadas a solicitud de las partes y con el fin de establecer la verdad de los hechos alegados como fuente de los derechos del actor y como medios de defensa de la empresa demandada.

Pero, como las pruebas no le produjeron la convicción completa, hubo de recurrir entonces, al "fallo por apariencia de verdad probable por verosimilitud". Decisiones que tienen ocurrencia en los litigios en que la cosa o determinados hechos, han de estimarse como presuntos por el Juzgador y aunque surjan hipótesis contrarias a la presunta, una vez probados los hechos que constituyen la presunción, le dan oportunidad de aplicarla al juez; y en general, en todos los casos en que opera una presunción o ficción legal en cualquiera de las ramas del derecho.

Tal es, la situación procesal del caso sub-judice. No existiendo pruebas que produjeran en el sentenciador la convicción plena de cuál fue la causa real, determinante de la ruptura de las líneas que conducían la energía eléctrica, por un lado, pero por otro, siendo las actividades desarrolladas por la Empresa de Energía Eléctrica, de las específicamente consideradas como peligrosas, y patentizando el mal comportamiento general y anónimo de sus servicios y no habiendo acreditado ésta, el acaecimiento del caso fortuito, ni la fuerza mayor, ni la intervención del elemento extraño hubo de aplicar el instrumento de técnica jurídica, la presunción de culpabilidad en contra de la empresa, como lo dice el Tribunal, "de acuerdo con el Art. 2356 del C. C. y según doctrina de la Corte que así lo ha interpretado, como que existe en estos casos una presunción de culpabilidad en contra del municipio, que en el presente caso no ha logrado ser desvirtuada por éste".

Evidentemente, la Corte (sentencia de agosto 17 de 1950, G. J. 2085 Tomo LXVII) dijo: "Enseña el Art. 2341 del C. C. que "El que ha cometido un delito o culpa, es obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

"En la doctrina de esta disposición se halla comprendida, en principio, la responsabilidad de las personas morales por razón de los actos culposos de sus agentes, ejecutados en ejercicio de sus funciones. Porque, como lo enseñan los hermanos Mazeaud: "El agente de la administración es el órgano de la persona moral pública. y toda persona moral debe responder de los actos de sus órganos, porque son sus propios actos, como toda persona física responde del movimiento de sus manos. Cuando el agente de la administración obra en su condición de agente, es la persona moral pública quien obra. Esta norma resulta de la concepción misma de la personalidad moral: la persona moral obra por medio de sus órganos; los actos de éstos son sus propios actos, y a este título debe responder".

El derecho privado funda esta responsabilidad en el mismo principio de culpa, probada o presunta, que determina la de la persona física, por la negligencia o descuido en la escogencia de los agentes del servicio, "culpa in eligendo" o por falta de vigilancia y cuidado en la forma como dichos agentes cumplen su función, "culpa in vigilando". El derecho administrativo en cambio refiere tal responsabilidad, al simple hecho del perjuicio individual producido por el acto de la administración, porque dada la forma reglamentaria como ésta debe proveer los cargos y la forma como el agente está llamado a cumplir su función, no cabe sostener la imprevisión o negligencia en que la culpa consiste. "La falta del servicio público —sostiene Pablo Duez— no está necesariamente ligada a la idea de falta de un agente determinado e identificado. Para que aparezca la falta de un servicio público no es preciso que determinados funcionarios señalados por sus nombres hayan cometido la culpa. Es suficiente al respecto patentizar un mal comportamiento general y anónimo del servicio al que pueda imputarse el daño causado; establecer que el servicio es defectuoso, sea en su organización, sea en su funcionamiento, y que el daño proviene de ese defecto. Lo cual ni impide que el irregular funcionamiento del servicio obedezca a una falta personal del agente encargado de obrar, y que también resulte comprometida en este caso la responsabilidad de la Administración".

Este litigio fue desatado por el Tribunal, dándole aplicación a la presunción existente en contra de la empresa por la naturaleza de peligrosidad en sus actividades no destruída en el proceso, y en esta situación procesal hay imposibilidad técnica para producirse la evidencia o lo manifiesto del error de hecho en la apreciación de la prueba. En estos casos, por lo regular, lo que ocurre es una discrepancia entre el juicio del senten-

ciador con el del recurrente, no la disparidad con la realidad procesal, que es en definitiva lo que constituye el error de hecho. Tal es, lo que acontece en este pleito, y como los cargos que se han dejado estudiados son conexos, dependientes del primero, el éxito o el fracaso de éste conlleva el de los otros. Circunstancia ésta que ha permitido a la Sala estudiarlos en conjunto, así como ordenar su rechazo en la misma forma.

Capítulo tercero.

Por haber apreciado la contestación de la demanda en el hecho primero como una prueba del dominio del municipio dándole el valor de confesión, violó los Arts. 170 y 604 a 606 del C. J. que no aplicó debidamente al caso del pleito por la interpretación errónea.

"No probado uno de los extremos de la acción, el Tribunal violó por indebida aplicación los arts. 2341, 2350 y 2356 del C. C.".

En resumen, la fundamentación del cargo consiste: en que se demandó al municipio de Salamina exponiendo como hecho primero y fundamental que él es dueño de la Empresa de Energía Eléctrica, y que al contestar la demanda el señor Carlos Tobón, diciéndose Personero del Municipio, asintió dicho hecho.

Que en primer lugar no está acreditado el carácter de Personero que tuviera el señor Tobón. Además, las confesiones que hagan los Agentes del Ministerio Público no perjudican a la parte que representan.

"Al tener en cuenta el Tribunal —dice el recurrente— la aseveración del señor Tobón como prueba de que el municipio es dueño de la empresa de energía eléctrica, dio a su confesión un valor que no podía darle, pues de acuerdo con el Art. 170 no pueden confesar. Y restringir el radio de acción de la confesión a la que se haga exclusivamente en posiciones es limitar el alcance de la ley. Claramente dice el Art. 170 que "no pueden absolver posiciones, y sus confesiones no perjudican a la parte que representan".

"La propiedad de los inmuebles se demuestra por escrituras públicas, Leyes, Ordenanzas o acuerdos. Al dar el Tribunal por probada la propiedad del municipio sobre la Empresa Eléctrica de Salamina por la confesión de Carlos Tobón cometió error: o de hecho o de derecho. El de hecho está en que quien confesó no era Personero de Salamina o al menos no se demostró que lo fuera al contestar la demanda, y, por tanto, hay que considerar que su confesión como agente del Ministerio Público no existe; de derecho, porque si en realidad era Personero, los agentes del Ministerio Público no pueden confesar y darle valor es reconocerle el valor que no tiene".

"Pero sea que exista el uno o el otro error, según el punto en donde se coloque la Corte, hay que concluir que uno de los extremos de la demanda —el que el municipio sea dueño de la Empresa— no está demostrado".

Se considera:

No prospera el cargo por las siguientes razones:

1ª—La acción que se ventila en este juicio, es innegable que está encaminada y tiene como única finalidad, conseguir el pago de una suma de dinero como indemnización, por concepto de perjuicios materiales y morales, causados con la muerte de la señora Bereniče López, por electrocución, a su cónyuge sobreviviente y a sus menores hijos, de la Empresa de Energía Eléctrica de Salamina, por culpa extracontractual; y dirigida contra este municipio, por ser de su pertenencia esa Empresa y explotarla económicamente con la prestación de servicios de alumbrado, calefacción y refrigeración, representados por el Personero Municipal, señor Carlos Tobón, a quien se señaló como la persona que desempeñaba ese cargo en la fecha de la demanda y de su admisión y quien recibió la notificación en tal carácter y contestó el libelo en los términos que aparecen en los autos.

2ª—De la contestación al hecho primero de la demanda, ha deducido el recurrente contra la sentencia, el cargo de entrañar una confesión, no permitida a los Agentes del Ministerio Público en representación de las entidades de derecho público, según los términos del artículo 170 del Código Judicial por haber tenido en cuenta el Tribunal el asentimiento a ese hecho, para dar por demostrado el extremo de la propiedad de la empresa en cabeza del municipio de Salamina, a lo cual se observa:

En realidad, no se adujo como prueba, "el medio específico probatorio que judicialmente corresponde para acreditar el dominio de los bienes raíces, o sea el respectivo instrumento público debidamente registrado, en que conste el derecho de dominio del Municipio de Salamina sobre la Empresa de Energía Eléctrica en la fecha del accidente, a pesar de que la demanda subordinó expresamente a esta calidad la culpa de donde se hace provenir la obligación indemnizatoria que se demanda". Pero como antes se expresó, "en el presente caso no se ventila una

cuestión de dominio para fijar en cabeza de quien se encuentre radicado, sino que se controvierten simples obligaciones personales que han podido producirse con ocasión de ese derecho", estima la Sala que el no haber negado el Municipio, por conducto de su representante legal, la exactitud de aquel hecho, por fuerza de las circunstancias de su notoriedad, por estar en el conocimiento e información de las personas, con relación al círculo social de la población de Salamina, en el momento de instaurarse la demanda y aún en el de la decisión, y siendo una cuestión no controvertida, no constituye propiamente una confesión, sino un medio de defensa de la entidad de derecho público. Reconocimiento, por notoriedad, que aunado a las otras pruebas que obran en el expediente que tuvo en cuenta el Tribunal, y no atacadas por el recurrente, son bastantes, en el presente caso a establecer la evidencia de este extremo de la responsabilidad del municipio.

En tal virtud, por ninguno de los aspectos contemplados en la impugnación, a través del cargo que se estudia, puede infirmarse la sentencia, y se rechaza íntegramente.

Capítulo último.

Subsidiariamente, se acusa el fallo, "por haberse incurrido en el juicio en la nulidad consistente en la falta de personería de la parte demandada, o sea la causal segunda contemplada en el artículo 448 del C. J., nulidad que no ha sido saneada de conformidad con la ley".

"El numeral 3º del Art. 179 del C. J. dice que es función de los Personeros Municipales representar en juicio a los respectivos municipios. El artículo 169 de la Ley 4ª de 1913 da a los Consejos, en su numeral 3º, la función de nombrar a los Personeros Municipales y éstos de acuerdo con el numeral 11º del artículo 184 de la Ley 4ª de 1913, deben ser posesionados por los Alcaldes. Luego de acuerdo con estas disposiciones, el único medio de acreditar la calidad de Personero Municipal de Salamina y, por tanto, la personería de la parte demandada en este juicio, era presentando la copia del nombramiento del señor Carlos Tobón para Personero y su posesión ante el Alcalde.

Que, además de la actuación del señor Tobón, como Personero del Municipio de Salamina, actuaron otras personas que no acreditaron esa calidad, y, el señor Emilio Correa, que sí la acreditó, y el señor Rogerio Echeverri en la segunda instancia, no ratificaron lo actuado por sus antecesores y que en presencia de las disposiciones citadas, la Corte tiene que reconocer la nulidad alegada en casación.

Se considera:

El ordinal 4º del artículo 450 del C. J. comprende dos situaciones procesales: Cuando el que obra por otro carece de poder, interviniendo como agente oficioso, o cuando el mandato judicial es imperfecto legalmente. El indebidamente representado debe hacer una clara manifestación de que acepta la agencia oficiosa o el poder aparente o putativo. No es indispensable que el consentimiento sea expreso; bastaría que el interesado intervenga en una diligencia, reciba una notificación o dirija cualquier escrito al Juez, sin reclamar contra quien se ha arrogado su personería. En tales condiciones la personería y en consecuencia, la actuación procesal, se consolidan. Tal es lo que ocurre en el presente juicio, los Personeros que acreditaron esa calidad respecto del Municipio de Salamina, suscribieron memoriales y notificaciones que implican una ratificación de lo actuado por sus antecesores, consolidándose así la personería con la actuación, y desapareciendo la posible nulidad por ilegitimidad de la personería de la entidad demandada a que alude el recurrente.

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 proferida por el Tribunal Superior de Manizales con fecha siete (7) de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949).

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—Güalberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.

Emilio Prieto H., Oficial Mayor.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS—DIFERENCIAS ENTRE LA INSPECCIÓN OCULAR PRACTICADA DENTRO DE UN JUICIO Y EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL REALIZADO EXTRAJUDICIALMENTE — VALOR DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN OTRO JUICIO

La prueba de la inspección ocular, como lo enseña el artículo 724 del C. J., es la que, a petición de parte o de oficio, ordena hacer el Juez, acompañado de peritos o testigos, con el objeto de examinar las cosas o hechos litigiosos, o relacionados con el debate, con el fin de juzgar con más acierto.

Cuando se habla de peritos o testigos, no puede ser indiferente nombrar testigos en vez de peritos, cuando la naturaleza de las cosas exija que se nombren éstos y no aquéllos. Así, pues, si el hecho requiere algunos conocimientos especiales, el Juez debe nombrar peritos que lo acompañen y ejecuten a su vista la operación necesaria, como si se tratara de reconocer, por ejemplo, los errores de construcción de un edificio que se dice es un peligro para el predio vecino, o de saber la dirección y longitud de una línea divisoria. Si el examen no exigiere tales conocimientos profesionales, bastará al Juez que se asocie de testigos, como cuando se trata de hacer derribar los árboles que uno hubiere plantado a menor distancia de la pared divisoria de aquella que permite la ley.

La inspección ocular es un medio probatorio que permite al Juez ponerse en relación directa con las cuestiones que se pretende demostrar pericial o testificadamente, dándole ocasión y manera de realizar observaciones personales respecto de los hechos y circunstancias litigiosas que le sirvan de orientación y base para sentenciar acertadamente, las cuales, consignadas en el acta cuando la inspección se ha practicado dentro del juicio, hacen plena prueba.

No sucede lo mismo con el reconocimiento judicial, que se verifica sin otra intervención que la del solicitante, con peritos o testigos que el Juez designa libremente. Esta inspección extrajudicial, practicada a virtud de lo dispuesto en el art. 732 del C. J., que autoriza a cualquier interesado para pedir fuera de juicio, a título de abonamiento probatorio, la práctica de diligencias de tal índole sobre hechos o cosas determinadas, 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.

2—Las pruebas legalmente practicadas en un juicio son aceptables en otro, y esto, porque las pruebas elaboradas legalmente, son actos jurídicos auténticos, que demuestran la realización de ciertos hechos determinados como suficientes para producir efectos también determinados.

3.—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 suficiente del hecho culposo, del daño sufrido y de la relación de causalidad que liga la culpa y el daño.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

En la carrera diez y ocho, entre calles diez y nueve y veinte de la ciudad de Pereira, posee el señor Teófilo Duque una casa de dos pisos, la cual estuvo ocupada, en calidad de arrendatarios, la parte alta, por el señor Félix Zuluaga Gómez y su familia y la planta baja por el señor Bernardo Salazar Toro, con su almacén "El Triunfo", de colchonería, batán, cristalería y otros artículos de diversa índole. A continuación de esta casa, o sea en el cruce de la carrera diez y ocho con la calle diez y nueve, la Sociedad de

Comercio Mowerman Hnos., construía con anterioridad al veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, un edificio de varios pisos.

Habiendo sido víctimas de frecuentes daños por las aguas lluvias que penetraban a las habitaciones y locales ocupados por la familia Zuluaga y por el señor Salazar con motivo de la nueva edificación de los nombrados Mowerman Hnos., "que permitía y ocasionaba el desplazamiento de las aguas lluvias hacia la casa y el local mencionados", los arrendatarios nombrados resolvieron ocurrir a la Policía a fin de que se conminara a los propietarios de la obra en construcción, para que mediante procedimientos adecuados, evitaran los perjuicios que se venían causando al inmueble que tenían en arrendamiento.

La Oficina de Policía, mediante la comprobación de los hechos, previno a los constructores se abstuvieran de los actos de perturbación indicados, bajo multa, en caso de reincidencia.

No obstante lo anterior, los señores Mowerman Hnos., continuaron la obra sin preocuparse de la prevención "no sólo en la forma que la habían llevado anteriormente, sino también con culpable descuido y omitiendo las precauciones necesarias para que las aguas lluvias no siguieran penetrando en la casa ocupada por Zuluaga y Salazar".

Entre los actos que posteriormente se realizaron y que vinieron a agravar la penetración de las aguas lluvias a la edificación vecina, se señala el hecho de que con motivo de la construcción de un muro de ladrillos en la referida obra de los señores Mowerman y en la parte contigua al tejado de la casa ocupada por los demandantes, se obstruyó con residuos de cemento, arena y balasto la canal que recogía las aguas lluvias, y lo que fue más grave aún "quitaron una parte de las tejas que cubrían la casa ocupada por Zuluaga y Salazar, en la parte contigua a la edificación mencionada, hechos que se realizaron con anterioridad al veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis".

Como consecuencia necesaria de las circunstancias anotadas y del estado de la edificación de los señores Mowerman Hnos., que tenía a la intemperie un planchón de concreto, a un nivel un poco superior al tejado de la casa lesionada y "en condiciones que permitían el desplazamiento de las aguas lluvias hacia el tejado de dicha casa", se produjó el veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, en las horas de la noche, y en la madrugada del día veintidos del mismo, con ocasión de un fuerte aguacero, una grave inundación, tanto en la parte alta de la casa ocupada por la familia Zuluaga, como en el piso inferior de la misma, que utilizaba con su comercio, el señor Salazar.

El agua que penetró a la habitación referida inutilizó o averió, los muebles, enseres y mercancías que tenía el habitante del primer piso e igualmente, gran parte de materiales, mercancías y diferentes artículos del arrendatario de la planta baja.

Sostienen los proponentes del pleito que debido a la inundación producida por las causas señaladas, el señor Zuluaga se vio obligado en la misma noche del veintiuno de noviembre a desocupar la casa y trasladarse a un hotel, con su familia no obstante que una de sus hijas se encontraba enferma de gravedad; y que por su parte, el dueño del almacén señor Salazar tuvo necesidad de trasladar su mercadería a otro lugar y suspender ventas, con notable quebranto para sus intereses. Que la inundación trajo la consiguiente avería de muebles, enseres, útiles y mercancía de los habitantes de uno y otro piso.

Con apoyo en estos antecedentes, los señores Félix Zuluaga Gómez y Bernardo Salazar Toro, por medio de apoderado, demandaron a la Sociedad en cuestión, para que se le condene a pagar a cada uno de los demandantes, la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00), o la que se determine en el curso del pleito, por los perjuicios ocasionados por razón de las acciones y omisiones culposas de parte de los demandados o de sus obreros o dependientes, de que se ha hablado y por las costas del juicio.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento falló con fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, condenando a la Sociedad demandada al pago de los perjuicios causados, los cuales se justipreciarán en el incidente sobre cumplimiento de la sentencia, al tenor del artículo 553 del C. J.

La sentencia recurrida

En desacuerdo con el fallo anterior, los demandados apelaron para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, a donde fueron enviados los autos, el Tribunal, a su vez, pronunció sentencia con fecha veintisiete de julio de mil novecienots cuarenta y ocho, por la cual absuelve a los demandados de los cargos propuestos.

Los actores ocurrieron, a su turno, en casación, recurso que, preparado en forma debida, se encuentra para ser decidido.

Sostiene el Juzgador que "la relación de causalidad entre la culpa que se atribuye a los señores Mowerman y la inundación de que fueron víctimas los demandantes", no se halla claramente demostrada con el carácter de exclusividad exigida y con la vinculación de causa a efecto, porque en los testimonios aportados se advierte "notoria y sospechosa conformidad entre las preguntas y las respuestas formuladas", lo que lo lleva a desecharlas, por no ser responsivos, como lo quieren los artículos 687 y 688 del C. J., que los declarantes presentados para señalar las posibles causas de la inundación como pudieron ser la obstrucción de la canal de conducción de aguas lluvias con materiales desprendidos de la obra, el haber removido unas cuantas tejas o haber desentejado una parte del techo del edificio lesionado y el desprendimiento de aguas de la plantabanda o ferroconcreto del techo de la nueva construcción hacia la casa vecina, no dice haber presenciado ninguno de tales hechos que las inspecciones oculares practicadas por la Policía a las diez y media de la mañana del día siguiente a la inundación por el Juzgado Civil del Circuito a las tres de la tarde de ese mismo día, "fueron diligencias extrajudiciales, practicadas por tanto, sin audiencia de los demandados y **de las cuales ninguna ratificación se hizo en el curso del proceso,** por lo cual, o ningún valor probatorio ofrecen estas diligencias extrajudiciales, porque ni el Juez, ni el Inspector, ni los peritos tienen conocimientos de Ingeniería de construcción, o siquiera aptitudes o aficiones conocidas en las actividades propias de esta rama de la ciencia de la Ingeniería.

Dice que, por otro aspecto, la pretendida obstrucción de la canal y el levantamiento de tejas en un sector del techo, como causas generadoras de la inundación quedaron descartadas ante la propia observación del Juez y los peritos al formalizar la diligencia, ya en las horas de la tarde del día veintidós de noviembre, en que se presentó un nuevo aguacero dando lugar a que penetraran otra vez las aguas a la casa no obstante que la canal había sido limpiada y el techo suficientemente separado; y porque ciertas hojas de zinc que defendían la pared divisoria del señor Duque fueron separadas a medida que la obra en construcción se adelantaba, lo cual quita toda exclusividad en la participación culposa o negligente que hubieran podido tener los demandados.

Por último, observa el Tribunal que como factor determinante de la inundación imputable a los constructores del edificio de Mowerman, sólo queda en pie el cargo de "la construcción antitécnica o defectuosa del planchón del ferroconducto en la parte superior del edificio y esta falta de técnica en la construcción de drenajes adecuados y suficientes a encauzar grandes volúmenes de agua provenientes de aguaceros torrenciales, no se halla demostrada en el presente caso como debiera estarlo con el dictamen de expertos constructores"; que no se estableció que los peritos que intervinieron en la diligencia tuvieron conocimiento sobre el particular. Que, por el contrario, quien dirigió la obra es un experto, el ingeniero Roberto Sicard.

Concluye el Tribunal sosteniendo que "no está demostrado el elemento culpa, que la obligación de indemnizar no ha surgido con la claridad necesaria", todo lo cual lo condujo a revocar la providencia apelada, y en su lugar a absolver a los demandados. Sin costas.

En desacuerdo, los demandantes ocurrieron en casación. Ante la Corte, se presentó en oportunidad la demanda requerida y estando sustanciado el recurso, se pasa a fallar.

Las causales de casación propuestas

Con fundamento en el numeral primero del artículo 520 del C. J., el apoderado de los recurrentes acusa la sentencia por error de derecho y de hecho en la apreciación de ciertas pruebas que enumera y comenta, lo cual llevó al Juzgador a violar a su juicio los artículos 2341, 2342, 2347 y 2359 del C. C., arts. 662, 665, 668, 693 y 697 del Código Judicial, por falta de aplicación o interpretación errónea.

Señala como pruebas mal apreciadas: la diligencia de inspección ocular llevada a cabo por la Inspección Segunda Municipal de Armenia, el día tres de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, en el juicio de Policía que los mismos demandantes propusieron a la Sociedad de Mowerman Hnos. por motivo de perturbaciones en sus residencias, ocasionados por la obra en construcción; la copia de la diligencia de inspección ocular practicada extrajudicialmente por el Juzgado Civil del Circuito de Armenia y las declaraciones de varios testigos, que se nombran. También considera errada la apreciación de una carta con respecto al carácter que le atribuye el Tribunal, de ingeniero de la obra, al doctor Sicard, a quien se

asigna la dirección técnica de la edificación que ha dado origen a la demanda de perjuicios.

Dice que la inspección ocular practicada por los funcionarios de la Policía en la querella de tal índole propuesta contra los propietarios de la obra en construcción, no es una prueba sumaria, porque se practicó con citación y audiencia de los demandados.

Que rechaza el fallo, injustificadamente, las declaraciones de varios testigos que presenciaron cómo las aguas lluvias se dirigían del techo del edificio hacia la casa de los damnificados, porque en su concepto sólo podrían admitirse en caso de ser expertos en la ciencia de la Ingeniería.

Que no le dio ningún valor a la inspección judicial efectuada antes del juicio, sin citación de la contraparte, "porque ni el Juez, ni el Inspector, ni los señores peritos tienen conocimientos en ingeniería de construcción o siquiera aptitudes o aficiones conocidas en las actividades propias de esta rama de la ciencia". Porque sin prueba alguna que lo autorizara, el sentenciador dio por demostrado que "quien planificó la construcción y dirigió la obra de los señores Mowerman hasta en sus menores detalles, fue el ingeniero Roberto Sicard, ampliamente conocido en Armenia como experto en construcciones".

Que el Tribunal considera no demostrados los hechos, de haberse obstruído la canal de la casa ocupada por los demandantes, con elementos desprendidos de la obra nueva, y no establecido, que los obreros levantaron o desentejaron parte del techo del edificio inundado a inmediaciones de la edificación referida, porque los testigos no declararon haber visto caer los materiales, o a los obreros desentejando, siendo así que por diversos indicios están demostrados esos hechos, tales como la situación de la canal que recogía las aguas, pegada al muro en construcción, que necesariamente era receptáculo de los materiales desprendidos, la observación hecha en la inspección ocular al día siguiente de la inundación, donde se vieron obreros de los señores Mowerman, limpiando tal canal y arreglando el techo, es decir, rehaciendo el entejado.

Porque el personal de la inspección ocular pudo observar de **visu** la obstrucción de las canales y la parte levantada del tejado, a inmediaciones de la obra.

Que el Tribunal considera que la penetración de las aguas se ocasionó por haber quitado y vendido el señor Zuluaga unas hojas de zinc que cubrían las paredes de la casa, siendo así que el personal de la inspección ocular, hizo constar que: "En la parte alta de dicha casa de habitación ocupada por el señor Félix Zuluaga G. y su familia, el Juzgado constató que ocho cuartos que quedan situados hacia la parte norte de la edificación, están completamente inundados de agua, que del **cielo raso** cae dicho elemento en forma permanente y que la pared del mismo costado norte, en la pieza o cuarto que da a la carrera diez y ocho, principalmente, estaba completamente empapada del mismo líquido, **el cual caía, como ya se dijo, del cielo raso al piso,** y de éste, al piso de abajo ocupado por el almacén del señor Bernardo Salazar mojando las mercaderías ya detalladas, existentes en el mismo" (fs. 3 in fine y vto,. cuaderno número 1º).

Y para mayor abundamiento, en el acta de la referida inspección se lee a fs. 4 vto.: "Durante la práctica de la diligencia, cayó un nuevo aguacero, y el Juzgado y los peritos pudieron apreciar, por nueva visita hecha al edificio a solicitud del doctor Ospina Lozano, que a raíz de la lluvia **arreció la caída del agua del cielo raso de la casa de habitación del señor Teófilo Duque**, arreciando al mismo tiempo la caída del agua al almacén del señor Bernardo Salazar".

Que las copias de las diligencias ante la Policía no fueron apreciadas por el Tribunal.

Para resolver, **se considera:**

La prueba de la inspección ocular como lo enseña el artículo 724, es la que, a petición de parte o de oficio ordena hacer el Juez, acompañado de peritos o testigos, con el objeto de examinar las cosas o hechos litigiosos, o relacionados con el debate, con el fin de juzgar con más acierto.

Cuando se habla de peritos o testigos, no puede ser indiferente nombrar testigos en vez de peritos, cuando la naturaleza de las cosas exija que se nombren éstos y no aquéllos. Así, pues, si el hecho requiere algunos conocimientos especiales, el Juez debe nombrar peritos que lo acompañen y ejecuten a su vista la operación necesaria, como si se tratara de reconocer, por ejemplo, los errores de construcción de un edificio, que se dice es un peligro para el predio vecino, o de saber la dirección y longitud de una línea divisoria. Si el examen no exigiera tales conocimientos profesionales, bastará al Juez que se asocie de testigos, como cuando se trata de hacer derribar los árboles que uno hubiere plantado a menor distancia de la pared divisoria de aquélla que permite la ley.

La inspección ocular es un medio probatorio que permite al Juez ponerse en relación directa con las cuestiones que se pretende demostrar pe-

ricial o testificadamente, dándole ocasión y manera de realizar observaciones personales respecto de los hechos y circunstancias litigiosas que le sirvan de orientación y base para sentenciar acertadamente, las cuales consignadas en el acta cuando la inspección se ha practicado dentro del juicio, hacen plena prueba.

No sucede lo mismo con el reconocimiento judicial, que se verifica sin otra intervención que la del solicitante, con peritos o testigos que el Juez designa libremente. Esta inspección extrajudicial practicada a virtud de lo dispuesto en el artículo 372 del C. J., que autoriza a cualquier interesado para pedir fuéra de juicio, a título de abonamiento probatorio la práctica de diligencias de tal índole sobre hechos o cosas determinadas, 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.

Esto sentado sobre el reconocimiento judicial o inspección ocular, ya con respecto a la practicada en juicio, o a la llevada a cabo como diligencia sumaria, se tiene que el Tribunal de Pereira apreció erradamente la efectuada antes de promoverse la demanda, a virtud de solicitud de los lesionados, porque sin versar esa prueba sobre hechos que exigieran conocimiento o prácticas especiales, consideró que la practicada extrajudicial, "muy o ningún valor probatorio ofrecen estas diligencias extrajuicio respecto a la imputación de los daños sufridos (sic) a acciones u omisiones de los señores Mowerman, en su aspecto general", porque ni el Juez, ni el Inspector, ni los peritos tienen conocimiento de ingeniería de construcción o siquiera aptitudes o aficiones conocidas en las actividades propias de esta rama de la ciencia; y esto, porque como puede observarse del acta respectiva, se trataba simplemente de examinar si la casa de dos pisos, que sufrió la inundación por las lluvias, presentaba los rastros del agua que había penetrado en ella, cuestión de simple observación, como la de que el líquido se introdujo por los tejados del edificio; que una canal que servía para encauzar la corriente, estaba obstruída con materiales desprendidos del edificio vecino, que el techo de la misma casa aparecía en cierta parte levantado, sus tejas habían sido removidas, y en fin, que el planchón de concreto armado del edificio de los demandados, en toda su superficie descubierto, presentaba señales de haber vertido sus aguas sobre la casa vecina, hecho este último que pudo observarse de visu por el Juez, pues en el momento de la práctica de la inspección, se presentó un nuevo aguacero permitiendo al Juez y a los peritos el conocimiento directo de cómo las aguas lluvias que caían sobre el predio vecino lesionaban el ocupado por los demandantes.

Cometió, pues, error de derecho el Tribunal, al no apreciar o darle valor al aludido reconocimiento, por cuanto "ni el Juez, ni el Secretario, ni los peritos tenían conocimientos de ingeniería", hecho que no pudo tampoco presumir el juzgador, porque no hay constancia de ello.

También erró el Tribunal al considerar que para la apreciación de la prueba practicada extrajudicialmente, se requiere su ratificación en el artículo 732 del C. J., que dice: "También se puede pedir por cualquier interesado la práctica, fuéra de juicio, de inspecciones oculares sobre hechos o cosas determinadas y sin otra intervención que la del solicitante, el Juez y los peritos o testigos que éste designe libremente. La diligencia así practicada constituye una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados".

También cometió error de hecho el Tribunal, al rechazar por no haber sido ratificadas en el pleito las diligencias de policía sobre perturbación con la construcción del edificio de los Mowerman, las cuales fueron adelantadas con audiencia de la sociedad demandada y dentro del juicio respectivo de policía, cuyas copias, en forma legal, fueron traídas a los autos.

Las pruebas legalmente practicadas en un juicio son aceptables en otro, y esto, porque las pruebas elaboradas legalmente, son actos jurídicos auténticos que demuestran la realización de ciertos hechos determinados como suficientes para producir efectos también determinados.

Lo dicho es bastante para casar la sentencia, por error de hecho y de derecho en la apreciación de las referidas pruebas, que llevó al Tribunal a violar las disposiciones sustantivas que atrás se mencionan.

Como fundamento de la sentencia de instancia, se tiene en cuenta lo siguiente:

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 suficiente del hecho culposo, del daño sufrido y de la relación de causalidad que liga la culpa y el daño.

a) De la inspección ocular extrajudicial practicada por el Juzgado del Circuito de Armenia, al día siguiente de la inundación, aparece que el agua penetró por los cielos rasos de la casa ocupada por los demandantes; que el tejado, en la parte que da al edificio de los demandados, presentaba señales de haber sido separado en ese día; que el señor Cristóbal López, obrero del edificio, declaró que la canal del tejado la habían hecho limpiar también en las horas de la mañana; que las aguas que se depositan en el planchón de cemento que como techo cubre el edificio de Mowerman Hnos., que está construído a un nivel superior de la casa de Duque, corren necesariamente hacia el costado inmediato a la casa damnificada. Dice la diligencia: "El Juzgado en asocio de los peritos, constató que la plancha superior del edificio en construcción de los señores Mowerman Hnos., plancha actualmente a la intemperie, se halla inundada por las aguas lluvias, las cuales, por falta de desagüe apropiado, caen en parte al tejado de la casa del señor Teófilo Duque, y que tales aguas vinieron a ser encauzadas hacia la calle, por la construcción del tramo de muro de adobe ya mencionado líneas arriba, no sin que las mismas tuvieran acceso al tejado por los espacios dejados para la construcción de pilastras de ferroconcreto...".

b) Durante la práctica de la diligencia —dice el acta respectiva— "cayó un nuevo aguacero y el Juzgado y los peritos pudieron apreciar, por nueva vista hecha al edificio a solicitud del doctor Ospina Lozano, que a raíz de la lluvia que caía en esos momentos, aumentó también la caída del agua del cielo raso de la casa de habitación del señor Teófilo Duque, aumentando al mismo tiempo la penetración de agua al almacén del señor Bernardo Salazar.

c) En la misma inspección, se hizo constar que el agua había "encharcado" todo el piso inferior, por donde se inició la diligencia, "mojando las mercaderías en general, tales como colchones de paja, almohadas, artículos de cuero, cabuya, paja; una existencia de paja de basto, cobijas de lana, telas para colchón, forros de almohada, cubiertas para peinillas, algodón para colchones, lazos, alpargatas, empaque de cabuya, enjalmas", etc.

d) Que el piso inferior de la casa, "ocho cuartos que quedan situados hacia la parte norte de la edificación, están completamente inundados de agua, que del cielo raso cae dicho elemento en forma permanente y que la pared del mismo costado norte, en la pieza o cuarto que da a la carrera diez y ocho, principalmente, estaba completamente empapado del mismo líquido, el cual caía como ya se dijo del cielo raso del piso de éste", etc. En dicho segundo piso, observó el personal de la inspección, que el agua, además de empapar pisos y paredes, humedeció o mojó mercancías del señor Zuluaga, los muebles, vestidos, camas, tendidos, cuadros de pared, etc., pertenecientes al ajuar de la familia y que las piezas de la casa quedaron completamente inhabitables.

e) Ante la Oficina de Policía de Armenia, los mismos demandantes propusieron una acción de amparo, a fin de evitarse los daños que luégo se consumaron. En efecto, con fecha tres de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, se solicitó se conminara a los constructores del edificio Mowerman Hnos., para que se abstuvieran de los actos de perturbación ocasionados con la fábrica que levantaban, colindando con el edificio del señor Duque, y previo el reconocimiento del caso y con audiencia de la sociedad demandada, así se dispuso.

f) En la inspección ocular, que se llevó a cabo en la mañana del día de la inundación, o sea el veintidós de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, a las diez de la mañana, el señor Inspector de Policía y los peritos que lo asesoraron, pudieron cerciorarse también de que el agua penetraba a las habitaciones por los cielos rasos y que todas las piezas del primero y segundo piso se encontraban "encharcadas"; que las lluvias produjeron daños, que se detallaron, en los útiles, enseres, vestidos, muebles y mercancías de uno y otro piso; que una parte del tejado de Duque se encontraba descubierto, pues se habían levantado las tejas, y un obrero de los señores Mowerman Hnos., y por cuenta de ellos, se ocupaba en repararlo. Trasladado el personal de la diligencia al edificio en construcción, de allí pudo observar que las canales de la casa de Duque estaban obstruídas con residuos de materiales desprendidos de la obra en construcción; que en esos momentos, un obrero de la misma fábrica se encargaba de hacer la limpieza de la referida canal, "la que apenas estaba destapada en un tramo de dos o tres varas, aproximadamente"; se observó, además —agrega la diligencia— "que una parte del tejado de la casa habitada por el señor Zuluaga y familia, en el costado norte de la misma, estaba al descubierto en casi toda su extensión y en un tramo de vara y media, más o menos, tejado que en el momento de la diligencia se estaba refaccionando o rehaciendo por obreros de la construcción de Mowerman Hnos., según lo manifiestado por los obreros mismos", etc. Se

observó igualmente que las aguas lluvias que caían y que recogía el planchón de cemento que cubría el edificio en construcción, eran susceptibles de filtrarse y encauzarse hacia la casa habitada por el señor Félix Zuluaga, "siendo ésta la causa, lo mismo que la obstrucción de la canal del tejado de la casa y la falta de las tejas de que atrás se habló, de la inundación de la casa del señor Zuluaga y del local ocupado por el señor Bernardo Salazar".

En concepto de la Sala, los hechos observados en las dos inspecciones oculares practicadas, tanto en la realizada por la Inspección de Policía, como la efectuada por el Juez del Circuito, que luégo fue del conocimiento, corroborados los hechos observados en ellas por numerosos testigos, es prueba suficiente de los daños ocasionados y de las causas de la inundación de los dos pisos de la casa del señor Duque, ocupados por los demandantes, dentro de la facultad de apreciación que al Juez en instancia le otorga el artículo 732 del C. J.

Los exámenes y comprobaciones realizadas por el Inspector de Policía y por el Juez, de que se ha hablado sobre los hechos que aparecen observados y que no exigen conocimientos especiales, sino que por estar sujetos a los sentidos, son susceptibles de ser percibidos en la forma en que lo fueron, mueven a la Sala a considerar demostrados tales hechos, como la obstrucción de la canal que recogía las aguas de la casa perjudicada, el haberse desentejado un gran trecho del tejado de la misma; haber presenciado el personal de la diligencia, que obreros de los demandados limpiaban las canales y rehacían el entejado; el haber observado que las aguas del planchón que cubría la nueva construcción de los demandados, se dirigían o corrían hacia el lado de la casa del señor Duque, vertiéndose por allí una gran cantidad, dada su superficie; que tal planchón o techo no tenía otro desagüe; que las aguas que penetraban al mismo inmueble, lo fueron por el techo, lo cual se observó por el Juez de la inspección, por haber llovido fuertemente durante ella. Que en el planchón o cubierta del edificio de Mowerman Hos. se levantaba al día siguiente de la inundación, un murito para prevenir que las aguas continuaran derramándose sobre el predio ocupado por los demandantes.

Los daños sufridos como son el haberse mojado en el primer piso mercancías de varias clases, que se señalan, y en el segundo igualmente algunas mercaderías, útiles, muebles, vestidos y toda clase de enseres, también están suficientemente establecidos, pero la estimación hecha por los peritos no puede aceptarse, por carecer de fundamentación el dictamen y no haberse éste perfeccionado legalmente.

Expresan los demandados, que pudo existir culpa concurrente de los demandantes, por cuanto alguno de ellos quitó unas hojas de zinc que cubrían lateralmente la pared de la casa; mas, observa la Sala, que tales hojas metálicas fueron separadas a medida que la pared divisoria entre el edificio nuevo y el en que se causó el perjuicio, se iba levantando; luego carecía de utilidad tal cubierta, pues la casa contigua venía a defenderse por este costado, con el muro de la nueva edificación y porque, como ya se vio, en la inspección ocular se hizo notar que la inundación o penetración del agua, se verificaba por el techo de la casa ocupada por los demandantes.

No están establecidos los perjuicios reclamados por el señor Zuluaga, ni encuentra la Sala demostradas las circunstancias o situaciones que le permitieran estimarlos.

Que los demandantes señores Zuluaga y Salazar sufrieron perjuicios con la inundación de sus locales, está suficientemente establecido con las diversas inspecciones oculares practicadas.

Los perjuicios, pues, habrán de estimarse en el incidente sobre cumplimiento de la sentencia, al tenor del artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta para ello los deterioros y pérdidas ocasionados por una parte al señor Zuluaga en ciertas mercaderías, en los muebles, enseres y útiles de la casa, en ropa y demás elementos que al efecto se demuestre, lo mismo que los gastos de traslado de la familia a un hotel la noche del accidente y la diferencia de arrendamiento entre sus antiguas habitaciones y las ocupadas en el hotel.

En cuanto a la indemnización correspondiente al señor Bernardo Salazar Toro, comerciante que ocupaba la planta baja del edificio inundado, ésta se contraerá a las mercancías y artículos de diversa índole que le fueron dañados o averiados, al arrendamiento pagado como depósito de sus mercancías y las utilidades que hubiera dejado de percibir por motivo del cierre de su almacén y suspensión de sus ventas.

En cuanto a las excepciones propuestas, sólo merece considerarse como tal, la ilegitimidad sustantiva en la personería de los demandados, por cuanto se sostiene que la obra la construía el ingeniero doctor Sicard, quien debía responder de los daños. La Corte al respecto considera que la acción fue bien dirigida, al proponerse contra los dueños de la obra que ocasionó los perjuicios, no

sin dejar constancia de que no se demostró que el doctor Sicard fuera en realidad su contratista. Se declaran, pues, no probadas las excepciones alegadas.

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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de fecha veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, y en su lugar, reforma la de primera instancia en el sentido de condenar a los demandados al pago de los perjuicios de que se ha hecho mérito, sobre las bases relacionadas en la parte motiva de este fallo, y sin exceder de la suma de cinco mil pesos para cada uno de los demandantes según los términos de la demanda.

Sin costas en la primera y en la segunda instancia.

Sin costas en el recurso.

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. El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS. —IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION CONTRA SENTENCIAS TOTALMENTE ABSOLUTORIAS.—CUANDO PUEDE HABER ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE INDICIOS—LA SENTENCIA QUE DECLARA LA SIMULACION DE UN CONTRATO, NO AFECTA LOS DERECHOS DEL TERCERO ADQUIRENTE DE BUENA FE

1. — Si el juzgador no apreció la prueba, mal pudo cometer error de derecho, si no llegó a calificar el mérito de ella.

El error de hecho es la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno.

En general, puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba, cuando se le da determinada fuerza que la ley no le atribuye, se desconoce la que sí le asignó, o se permite su producción sin llenar los requisitos legales, aplicándole luego una fuerza estatuída sólo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley. No se trata en tal caso de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley.

2.—Cuando se trata de valorar 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 el artículo 662 del C. J., 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.

Por eso, cuando el cargo es por error de derecho en la apreciación de la prueba, y se trata de la estimación de indicios, no es posible hacer en casación una nueva apreciación de ellos, porque se convertiría la Corte en Juez de tercera instancia.

3.—La incongruencia de un fallo no es entre la parte motiva y la resolutiva, sino entre lo resuelto por éste en su fondo y lo pedido en la demanda.

4.—Cuando la sentencia es totalmente absolutoria, no procede la segunda causal de casación, porque la absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos de súplica de la demanda.

5.—El tercero de buena fe, que ateniéndose al acto ostensible, compra una cosa que fue adquirida simuladamente por su antecesor en el dominio de ella, no es perjudicado por la sentencia que declara la simulación, porque si por una parte el tercero no tiene por qué estar al corriente, ni saber de las estipulaciones secretas pactadas entre los antecesores del dominio que ha adquirido, por la otra, la seguridad y estabilidad de las convenciones, sería imposible. Quien compra una cosa se atiene, cuando el contrato consta en escritura pública, a lo que han declarado las partes, aun cuando no sea cierto, y por eso enseña el artículo 1934 del C. C., que si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario, sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esa prueba, habrá acción contra terceros poseedores, y en tratándose de bienes muebles, por lo mismo que ese contrato no requiere escritura pública, si el que debe una cosa mueble a plazo o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe (artículo 1547 ibidem).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

De la escritura pública número 1236, debidamente registrada, otorgada ante el Notario Primero de la ciudad de Tunja el 10 de diciembre de 1943, aparece que el señor Temístocles Nariño vendió a Proto Jacinto Suárez, una casa de habitación y un lote de terreno con algunas edificaciones, situados en el área urbana de la aludida ciudad.

Consta también que el nombrado Suárez vendió a Jesús Ramírez Hidalgo, por la escritura número 307, celebrada ante el Notario Cuarto de la ciudad de Bogotá, lo mismo que había adquirido por el instrumento inmediatamente anterior.

Con la expresa manifestación de que el contrato efectuado según la escritura primeramente designada, es ficticio, por haberse obtenido la transferencia de los bienes que allí se señalan, mediante engaño y sin que hubiera precio, ni entrega de la cosa vendida, el nombrado Temístocles Nariño demandó a Suárez, para que se declarara simulado el contrato en referencia.

Esta demanda fue reformada en el término debido, en el sentido de dirigirla de igual manera contra el citado Jesús Ramírez Hidalgo, afirmándose que el contrato Suárez-Ramírez, que recoge la escritura 307, es igualmente simulado.

Con fundamento en los hechos anotados, se pidió la declaración de simulación absoluta de tales contratos y como consecuencia, que los bienes en cuestión no habían salido del patrimonio de Nariño, debiéndose ordenar la cancelación en la respectiva Notaría de una y otra escritura, lo mismo que sus inscripciones en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

El señor Juez del conocimiento falló con fecha veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y seis, declarando probada la excepción de "petición de un modo indebido".

Apelada por el demandante Nariño la providencia anterior, el Tribunal la revocó y en su lugar dispuso:

1º "El contrato de compraventa contenido en la escritura número 1236 pasada en la Notaría Primera de Tunja el diez (10) de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943) en la cual Temístocles Nariño dijo vender a Proto Jacinto Suárez los bienes allí especificados es simulado y en consecuencia tales bienes no han salido del patrimonio del señor Temístocles Nariño.

2º "El señor Notario Segundo de Tunja procederá a cancelar la citada escritura y el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito cancelará las respectivas notas de registro. Para el efecto se librarán los despachos correspondientes.

3º "No es el caso de declarar la simulación del contrato contenido en la escritura número 307 de 27 de enero de 1944 otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá. Sin costas".

Al hacer el examen de las pruebas, dice el Tribunal haber encontrado "sólidos fundamentos para concluir que la confesión de la simulación hecha por Suárez y acreditada con testigos, se halla respaldada por circunstancias indiciales suficientemente capaces de formar convicción sobre el hecho de la simulación". Agrega que "en el fallo que se profiera no habrá de dictarse condena contra el demandado Jesús Ramírez Hidalgo, porque en el proceso no se adujo la prueba suficiente para la simulación del contrato contenido en la escritura número 207 (debió citarse la 307) de 27 de enero de 1944". **"Pero es obvio** —dice— **que declarada la ficción del primer contrato, tal declaración producirá las consecuencias que le sean propias".**

En desacuerdo con este nuevo proveído, tanto el demandante Nariño, como los demandantes Suárez y Ramírez Hidalgo, recurrieron en casación.

El recurso ante la Corte ha sido debidamente formalizado y siendo la oportunidad legal, se pasa a fallar.

CAPITULO I

Cargos del demandante

Acusa por la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J., por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y señala como violados, los artículos 1502, 1515, 1524, 1740, 1849 del C. C., y los artículos 662, 663, 664 y 665 del Código Judicial.

a) Errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Dice que, para abstenerse de fallar lo pertinente a la simulación demandada del contrato de compraventa entre Suárez y Ramírez Hidalgo, a que se contrae la escritura número 307, declara el Tribunal que "en el proceso no se adujo la prueba suficiente sobre la simulación". Sostiene que

como en el juicio sí existe tal prueba, erró de hecho el juzgador, por no haberlas apreciado.

A su entender, tales pruebas son:

1.—El precio vil que figura en las cartas de Nariño a Suárez y de éste a Ramírez Hidalgo está demostrado con los certificados del avalúo catastral ($ 30.000.00) y lo que aparece de las escrituras registradas, donde se hizo la venta por ocho mil pesos ($ 8.000) y nueve mil pesos ($ 9.000), respectivamente.

2.—Porque Suárez y Ramírez se contradicen al absolver posiciones, ya que Suárez expresa haberle prestado a Ramírez parte de la suma precio de lo comprado y Ramírez manifiesta no saber que Suárez carecía de dinero. Dice el recurrente, que si le tomó a Suárez en préstamo una suma, a éste debía constarle "que carecía de dinero".

3.—Que tanto en la escritura número 1238, como en la 307, se dijo que los vendedores hacían entrega real de lo vendido a los adquirentes y, sin embargo, preguntado en posiciones Suárez si era cierto que nunca había entrado en posesión de lo comprado, declaró que tal hecho no era cierto, pues él había tomado posesión de la casa y por eso se había pasado a ella, ignorando que en lo adquirido había otras edificaciones. Que lo mismo contesta Ramírez, y sin embargo, entablaron acciones para adquirir la posesión de lo que aparentemente compraron.

4.—Dice que el Tribunal dejó de apreciar el hecho establecido en el proceso, de que cuando se efectuaba la entrega judicial de la casa en el juicio de Ramírez contra Suárez, éste abrió el portón de la calle con una llave, pero no tenía la del contraportón, necesitándose un cerrajero para poder penetrar al interior, lo que bien está diciendo que no estaba en posesión.

b) Error de derecho en la apreciación de pruebas

En cuanto al error de tal especie, expresa que el Tribunal no tuvo en cuenta las reglas procesales sobre apreciación de indicios. Que el Tribunal sostiene que se ve obligado a absolver al demandado Ramírez, pasando por alto las pruebas que se dejaron enumeradas, de donde claramente se desprende la simulación del contrato Suárez-Ramírez.

De nuevo hace la lista de las pruebas atrás enumeradas, que a su juicio demuestran la simulación, tales como lo relativo al precio vil en las compras, la contradicción de los demandados, la connivencia y acuerdo entre ellos, pues cuando Ramírez demandó la entrega, Suárez aceptó los hechos de la demanda; el haber dejado a Nariño en posesión de sus fincas por más de dos años, etc., etc.

Se considera:

Acusa el recurrente la sentencia por error de hecho, "por no haber estudiado y apreciado jurídicamente la prueba presentada para demostrar la simulación del contrato consignado en la escritura número 307 por la cual Suárez vendió a Ramírez Hidalgo las fincas materia del pleito". También ataca la providencia por error de derecho, "por falta de apreciación de esas pruebas". Lo que es contradictorio, pues si el juzgador no apreció la prueba, como lo sostiene, mal pudo cometer error de derecho, si no llegó a calificar el mérito de ella.

"El error de hecho —ha dicho esta Sala— es la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno.

"En general puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba, cuando se le dá determinada fuerza que la ley no le atribuye, se desconoce la que sí le asignó, o se permite su produceión sin llenar los requisitos legales, aplicándole luego una fuerza estatuída sólo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley. No se trata en tal caso de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley".

El Tribunal hace un examen muy detallado de las pruebas presentadas al juicio, que son las mismas que señala como no apreciadas el recurrente. De su estudio, dedujo que estaba demostrada la simulación del contrato que aparece celebrado entre Temístocles Nariño y Proto Jacinto Suárez según la escritura número 1236, pero no encontró prueba suficiente para condenar al tercero que a su turno compró a Suárez lo que éste había adquirido de Nariño.

Analiza el recurrente cada una de las pruebas que tuvo en cuenta el sentenciador, para concluir que también se demostró la simulación del contrato entre Suárez y Ramírez Hidalgo, tales como los certificados de catastro y la escritura de venta número 307, para deducir que la enajenación se hizo por un precio vil; las escrituras números 1326 y 307, en relación con las posiciones absueltas por los demandados, para hallar contradicción en sus declaraciones; el hecho de haber expresado en las mismas escrituras la entrega de los bienes traspasados y, sin embargo,

aparece que Ramírez Hidalgo demanda a Suárez para que le entregue lo vendido, etc. Es decir, busca el recurrente un nuevo estudio y valoración de pruebas, lo cual no es posible sino al través de un error manifiesto de hecho o de derecho, en el examen de los elementos de juicio que sirvieron al juzgador para fallar, lo cual no aparece demostrado.

Pero, sobre toda consideración, cuando se trata de valorar 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. J., 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.

Ahora bien: si se considera que el cargo es por error de derecho en la apreciación de la prueba, tratándose, como se trata, de la estimación de indicios, no es posible hacer en casación una nueva apreciación de ellos, porque se convertiría la Corte en Juez de tercera instancia.

Sobre el particular, ha dicho la Sala en otros fallos:

"'Los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión las confía la ley al Juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primemente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación". (Sentencia de 30 de octubre de 1935, GACETA JUDICIAL, Tomo 43, página 327). Y en otra parte: "El Juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y precisión según las relaciones y conexiones entre los hechos que las constituyen y los que se trata de averiguar". (Sentencia de 1º de diciembre de 1938, GACETA JUDICIAL, Tomo 47, página 461).

No habiéndose, pues, demostrado que se dejaron de apreciar algunos indicios, o que los establecidos no fueron valorados legalmente, el cargo no puede prosperar y, por consiguiente, se declara infundado.

c) Causal segunda

No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Dice que el fallo consigna en su parte motiva que **"es obvio que declarada la ficción del primer contrato tal declaración producirá las consecuencias que le sean propias".** Mas, como en la parte resolutiva, que es donde se precisan los alcances y efectos del fallo, se inhibió de declarar la simulación del contrato contenido en la escritura número 307 de 1944, considera que el Tribunal ha dictado sentencia deficiente, porque no hizo la deducción pedida y probada como principal. Expresa que la demanda primitiva se reformó para incluir como demandado a Ramírez Hidalgo, quien se hizo parte en el pleito; que en la notificación de la demanda se pidieron las declaraciones, no sólo contra Suárez, sino también contra su comprador.

Se considera:

Con respecto a la demanda de simulación propuesta contra Suárez y Ramírez Hidalgo, en relación con la venta que el primero le hizo a éste por la escritura número 307, de los bienes adquiridos de Nariño, expresó el juzgador en el punto tercero de su fallo, lo siguiente, como aparece de los antecedentes de este negocio:

"3º No es el caso de declarar la simulación del contrato contenido en la escritura número 307 de veintisiete de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá".

Lo que en buena lógica, equivale a negar la simulación demandada con respecto a dicho acto.

Verdad es que, aparentemente, pudiera pensarse que existe contradicción entre esta resolución y la frase que apunta el recurrente, de que "es obvio que declarada la ficción del primer contrato tal declaración produciría las consecuencias que le sean propias"; pero tal situación no daría lugar a la causal segunda, porque la incongruencia de un fallo no es entre la parte motiva y la resolutiva, sino entre lo resuelto por éste en su fondo y lo pedido en la demanda. (Casación, Tomo 48, número 1949, de agosto de 1936, pág. 474).

Cuando la sentencia es totalmente absolutoria no procede, por otra parte, la segunda causal de

casación, porque la absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos de súplica de la demanda. (Casación, Tomo 49, pág. 833).

En el presente caso, se demandaron dos contratos: el celebrado por el demandante y Proto Jacinto, y el efectuado por éste con Ramírez Hidalgo. Del parágrafo tercero de la sentencia del Tribunal, se deduce claramente la negativa de la acción interpuesta en esta parte de la demanda. No cabe, pues, la incongruencia.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

CAPITULO II

Recurso de los demandados Suárez y Ramírez Hidalgo

Con fundamento en la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J., acusa el apoderado de los demandados en el pleito, la sentencia, por violación de ley sustantiva.

Dice el Tribunal, a pesar de que expresó que no había lugar a condenar al señor Ramírez Hidalgo, "porque en el proceso no se adujo prueba suficiente", sin embargo, afirmó inmediatamente después, que "es obvio que declarada la ficción del primer contrato tal declaración producirá las consecuencias que le sean propias". A su entender, estas anunciadas consecuencias las consignó en la parte resolutiva del fallo, cuando decide: a) que tales bienes no han salido del patrimonio del señor Temístocles Nariño; y b) que debe cancelarse la escritura otorgada por Nariño a Suárez y su correspondiente registro.

Que la declaración de que los bienes demandados no han salido del patrimonio de Nariño, produce, a su vez, la invalidación del contrato Suárez-Ramírez; que indica esto tanto como negar el origen del derecho de Ramírez, estableciendo solución de continuidad en la cadena de titulación a que corresponde la escritura de Ramírez, con lo cual se le somete a la inseguridad.

El error jurídico del juzgador se desprende de que, a pesar de declarar que el contrato contenido en la escritura número 307 no es simulado, sin embargo, lo somete a las consecuencias de un acto simulado y deja al comprador Ramírez como simple poseedor, y en imposibilidad de poder hacer valer su derecho de dominio, con efectos **erga omnes.**

Señala como violado, el artículo 1766 del C. C., en cuanto establece que los convenios privados contrarios a lo que se expresa en una escritura pública, no pueden perjudicar a terceros, cuando no se deja constancia alguna escrita, de lo cual pueden tener conocimiento éstos. Que Ramírez se atuvo al acto ostensible. Señala igualmente como violados, los artículos 669, 740, 752, 756, 1602, 1759, 1766, 1849, 1893, 1934, 2613, 2676, 2681 del Código Civil.

Se considera:

Se observa, con la simple lectura del cargo, que el motivo de casación alegado se fundamenta en lo expresado por el Tribunal, en la siguiente frase de la parte motiva: "Es obvio que declarada la ficción del primer contrato tal declaración producirá las consecuencias que le sean propias".

Tal concepto del Tribunal es bastante impreciso y ha debido solicitarse su aclaración en el término legal.

El haber sido adoptada esta conducta por el Tribunal, no alcanza, con todo, a dar motivo de casación, comoquiera que la parte resolutiva aparece completa, a pesar de que en la considerativa se consignó lo ya expresado.

La fuerza de la cosa juzgada no dimana de la parte resolutiva de la sentencia, no sin dejar constancia, de que para analizar el alcance de aquélla, haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta.

Ya la Corte ha expresado su concepto en relación con las sentencias sobre simulación y los efectos contra terceros, en la sentencia que en seguida se reproduce, por dejar ésta definitivamente establecidos los alcances del fallo sobre simulación.

"Tanto en el fenómeno de la nulidad como en el de la simulación, los terceros se atienen al acto ostensible y son amparados por su buena fe. La nulidad judicialmente pronunciada dá acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales (artículo 1748 del Código Civil), y cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras (artículo 1749 ibid.).

"En la simulación es mucho más restringido el principio, y el tercero de buena fe, que ateniéndose al acto ostensible, compra una cosa que fue adquirida simuladamente por su antecesor en el dominio de ella, no es perjudicado por la sentencia que declara la simulación, porque si por una parte el tercero no tiene por qué estar al corriente, ni saber de las estipulaciones secretas pactadas entre los antecesores del dominio que

ha adquirido, por la otra, la seguridad y estabilidad de las convenciones sería imposible. Quien compra una cosa se atiene, cuando el contrato consta en escritura pública, a lo que han declarado las partes, aun cuando no sea cierto, y por eso enseña el artículo 1934 de la obra citada, que si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario, sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esa prueba habrá acción contra terceros poseedores, y en tratándose de bienes muebles, por lo mismo que ese contrato no requiere escritura pública, si el que debe una cosa mueble a plazo o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe (artículo 1547 ibidem). El tercero, en el caso de que celebre un contrato que debe constar por escritura pública, se atiene, como se dijo, a lo ostensible de los títulos o escrituras que se le presenten, y de ese modo sabe las limitaciones, gravámenes y condiciones que pesen sobre la cosa que adquiere; por eso el artículo 1548 ibid. enseña que si el que vende 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, principio éste que condiciona: la resolución y rescisión de las donaciones entre vivos según el artículo 1489 ibid.; los efectos del pacto de retroventa contra terceros (art. 1940 ibid.); el derecho sobre la cosa que se hipoteca (artículo 2441 ibid.), el derecho del comprador sobre la cosa comprada, que no queda limitado por el contrato de arrendamiento celebrado anteriormente por el vendedor, cuando ese contrato no consta por escritura pública (artículo 2020 ibid.).

"Y todo lo anterior se inspira en el principio protector de la buena fe que ampara a los terceros, y en el mismo texto de la Ley (artículo 2577), que obliga a hacer constar por escritura pública todo acto relativo a enajenación o mutación de la propiedad de inmuebles, constitución de hipotecas, imposición de gravámenes, responsabilidad de servidumbre, y generalmente todo contrato o acto entre vivos, que ponga limitaciones al derecho de propiedad sobre inmuebles.

"Ni las declaracionse de los contratantes, ni las escrituras privadas hechas por éstos para alterar lo pactado en escritura pública, producen efecto contra terceros, sino en el caso de que se haya tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz (artículo 1766), porque entonces los terceros tienen una fuente auténtica de información y conocen las variaciones que al primitivo contrato han hecho los contratantes.

"Resolver o sentenciar que un contrato es nulo o es simulado, porque el contrato anterior está afectado de nulidad o de simulación, es violar todos los principios y normas que acaban de exponerse y confundir los efectos de la nulidad o de la simulación, respecto de los terceros. Si A y B celebran un pacto que es nulo, si C adquiere de B lo que fue objeto del contrato con A, no se puede concluir que porque el contrato celebrado entre A y B es nulo, lo sea por eso sólo también el pacto que celebraron B y C. Lo mismo puede decirse respecto de la simulación". (GACETA JUDICIAL, número 1993 a 1995, Tomo 55, págs. 20 a 21. Sentencia del 10 de febrero de 1943).

En la providencia recurrida, materia del recurso que se estudia, de una manera terminante se expresa que no es el caso de decidir la simulación demandada del contrato efectuado entre Suárez y Ramírez Hidalgo, o lo que es lo mismo, negó la simulación alegada, de lo cual se desprende que el adquirente señor Ramírez es un tercero, contra quien no tiene ningún efecto la simulación declarada del contrato por el cual el vendedor se hizo a la propiedad de las fincas que le fueron transmitidas luego por la escritura número 307.

No interesa, en relación con el carácter de dueño del adquirente Ramírez, que se haya declarado ineficaz el contrato Nariño-Suárez, en el cual, por motivo de la simulación absoluta declarada, las cosas vuelven a su estado anterior, dando lugar a la cancelación de la escritura de contrato y su registro.

Para los efectos de acreditar su dominio, a Ramírez le basta el título de su propiedad, debidamente inscrito, y la sentencia en que se dispuso que no había lugar a considerar simulado tal acto.

Los derechos del tercero que adquirió la finca no pueden llegar hasta impedir que se decrete la simulación del contrato por el cual adquirió la misma cosa materia del litigio su vendedor.

No habiéndose infringido en forma alguna los preceptos señalados, se declara sin fundamento 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 Colom-

bia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, en el ordinario propuesto por Temístocles Nariño contra Proto Jacinto Suárez y Jesús Ramírez Hidalgo.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo.

Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.

El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS ORIGINADOS EN EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. — PARA REALIZAR LA RESTITUCION DE LA COSA RRENDADA, NO SE REQUIERE PODER ESPECIAL DEL ARRENDATARIO

1.—La restitución de la cosa arrendada es un hecho, el cual puede realizar cualquier comisionado del arrendatario, a quien éste haya autorizado de palabra o por escrito. No se necesita un poder especial para el caso, ni se necesita que la restitución sea realizada por el propio arrendatario, ni por uno de los directores de la compañía, cuando ésta es la que figura como arrendataria.

2.—Si el hecho de la restitución no se realiza por culpa del arrendador, el arrendatario se salva de responsabilidad comprobando que estuvo listo a hacer la entrega de la cosa arrendada.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Cine Colombia, S. A., sociedad comercial domiciliada en Medellín, celebró un contrato de subarriendo con Pedro Vallejo, sobre un local con muebles y enseres, para servicio de teatro, situado en la ciudad de Pasto.

Cine Colombia debía restituir a Vallejo el objeto del subarriendo el día 18 de enero de 1944. Y como éste considera que tal cosa no se cumplió, ni se cumplieron algunas otras obligaciones a su favor, presentó demanda ordinaria contra aquella sociedad comercial, ante el Juzgado Segundo del Circuito de Medellín, en la cual se exigen varias declaraciones, entre ellas, como principales:

a) Que Cine Colombia S. A. no cumplió con la obligación de entregar el Teatro el día 18 de enero de 1944.

d) Que aquella compañía no cumplió con la obligación de exhibir en el Teatro, llamado "Ariel", por un año, dos placas con aviso de la Casa Víctor, a lo cual se obligó en carta de 23 de febrero de 1941.

e) Que Cine Colombia S. A. incumplió el contrato de 5 de agosto de 1939, pues "no puso en la administración del Teatro Ariel la diligencia y cuidado a que estaba obligado por razón del contrato".

Y por todo ésto y otros motivos, pide indemnización de perjuicios.

El Juzgado, en sentencia de diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis absolvió al demandado, después de afirmar que "está acreditado que Cine Colombia mediante su intermediario y en gestión particular solicitó de Vallejo que recibiera el teatro el 18 de enero, y que se excusó Vallejo de recibirlo", y después de afirmar también que "en el expediente hay constancia de que el arrendamiento fue cumplido puntualmente de acuerdo con la estipulación del contrato celebrado entre Vallejo y Cine Colombia", y que "no encuentra razón alguna imputable a Cine Colombia; que pueda quedar encajada dentro de las disposiciones legales sobre culpa o descuido, como lo pretende el demandante que se haga".

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, confirmó la absolución pronunciada por el Juzgado, después de decir que Cine Colombia "sí cumplió lo pactado, o al menos se allanó a ello, sin que le fueran aceptados por el señor Vallejo los medios adecuados que Cine Colombia propuso para que dicha entrega se cumpliera normalmente". Y en cuanto a lo demás de la demanda, el Tribunal dice que Cine Colombia "debe ser absuelta de los cargos que se le han formulado", pues las razones de la absolución del Juzgado "tienen sólido respaldo probatorio".

La parte de Vallejo se alzó en casación, y se entra a estudiar este recurso.

Casación

Tres cargos hace el recurrente-actor a Cine Colombia, y al rededor de ellos desarrolla sus acusaciones contra la sentencia del Tribunal "por error evidente de hecho y de derecho en la apre-

ciación de la prueba con que Cine Colombia pretendió acreditar el cumplimiento de sus obligaciones; por falta de apreciación de las pruebas con que el actor demostró a su vez el incumplimiento de tales obligaciones por la entidad demandada; y por aplicación indebida de la misma ley sustantiva y consecuencial falta de aplicación de la que correspondía al caso que se viene debatiendo; todo de acuerdo con la causal primera del artículo 520 ordinal 1° del C. J.". Esos cargos son, según las peticiones de la demanda expuestas atrás:

1—No haber cumplido aquella Compañía con la obligación de restituir el objeto del subarriendo (letra a) de la parte petitoria de la demanda);

2—No haber exhibido en el Teatro Ariel unas placas-avisos (letra d).

3—No haber puesto en la administración del Teatro Ariel la diligencia y cuidado a que estaba obligado (letra c).

Fuéra de estos tres capítulos de acusación, en la demanda de casación se encuentra otro, sin mención en la parte petitoria del libelo, pero que se enuncia como un cargo contra la sentencia del Tribunal, el cual puede expresarse así:

4—Perspectivas del recurrente contra la Universidad de Nariño.

Se va a examinar cada uno de estos capítulos, haciendo estudio dentro de ellos de las disposiciones sustantivas que en concepto del recurrente fueron violadas por el Tribunal.

1º—Restitución:

El recurrente considera que no hubo restitución por parte de Cine Colombia, y que se violaron por el Tribunal varias series de textos legales al considerar en la sentencia que sí hubo restitución, como se ve en los siguientes enunciados de la demanda de casación:

Violó el Tribunal, dice el recurrente, los artículos 2469, 2471 y 2475 del C. Civil "porque admitió un contrato de transacción entre **actor** y **demandado,** atribuyéndole a don Luis Jiménez una calidad jurídica que no tenía, como que ni representaba a Cine Colombia como órgano ni como mandatario, ni en caso alguno había recibido facultad expresa para **transigir,** por lo cual, si fuera exacto, no habría ocurrido entre las partes sino con un **tercero.** Y porque la transacción sobre derechos ajenos no vale" (subraya el recurrente).

Sobre este mismo tema, ampliándolo, había dicho el recurrente: el pretendido cumplimiento de restituir por parte de Cine Colombia, "o por lo menos la buena disposición en que estuvo de cumplirla", la funda la sentencia "en un supuesto acuerdo entre las partes" que acepta con base en las siguientes pruebas: "el dicho de don Luis Jiménez, los testimonios de Aníbal Aguirre y Julio Jiménez, que ratifican la aseveración de don Luis, la confesión de Pedro Vallejo, y el **ofrecimiento de entrega** hecho por el doctor Osorio Gil, **representante de Cine Colombia"** (el subrayado es del recurrente).

Dice en seguida el recurrente que en la apreciación de estas pruebas el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho, al aceptar o dar por demostrado que en las conversaciones de Luis Jiménez con Vallejo, en la noche del 18 de enero de 1944, aquél hubiera actuado como órgano de la persona moral Cine Colombia, o como mandatario suyo, únicas calidades que hubieran podido permitirle sostener acertadamente al sentenciador la celebración de un arreglo entre "actor y demandado", como se asevera en el fallo.

Y termina con estas afirmaciones:

En parte alguna aparece probado que don Luis Jiménez obrara allí en representación de Cine Colombia.

Don Pedro Vallejo en parte alguna de sus posiciones confesó que Jiménez hubiera querido hacerle la entrega.

Don Pedro Vallejo, en posiciones, manifestó solamente "que tampoco aceptó la verdad de esa misma afirmación respecto de Osorio Gil, de quien dijo le había estado ofreciendo la entrega en términos informales y carentes de seriedad, y que él no la aceptó entre otras razones porque para el 23 de enero estaba ya vencido el término para la restitución".

Algunas otras consideraciones hace el recurrente, con base en el concepto de que la restitución no se realizó; y fuera de aquellos textos legales que se consideran violados, cita otros, todo lo cual no necesita examen, ante la exposición que del caso se va a hacer.

La sentencia del Tribunal dijo sobre restitución: Cine Colombia "sí cumplió lo pactado, o al menos se allanó a ello, sin que le fueran aceptados por el señor Vallejo los medios adecuados que Cine Colombia propuso para que dicha entrega se cumpliera normalmente. Posteriormente celebraron actor y demandado **el arreglo** de que en seguida se da cuenta" (subraya la Sala).

En seguida la sentencia dice: "En efecto, el señor Luis Jiménez, quien a partir del 15 de sep-

tiembre de 1943 tenía el carácter de arrendatario del inmueble en donde ha venido funcionando el teatro, por convenio con la Universidad de Nariño, que es la dueña de él (Escritura Nº 650 de 22 de julio de 1943), y desde el 12 de noviembre del mismo año, hasta el 19 de enero del siguiente (1944), de administrador del teatro ARIEL por acuerdo con Cine Colombia, manifiesta, y su dicho aparece ampliamente respaldado por los señores Julio Jiménez y Aníbal Aguirre, que él en su carácter de administrador del teatro y en presencia de los señores Jiménez y Aguirre, quiso hacerle al señor Vallejo P. entrega del teatro, pero que éste manifestó que si le daban la suma de cinco mil pesos en que estimaba el valor de los muebles y enseres, no exigía esa entrega, cantidad que a la postre se rebajó a la de cuatro mil pesos. Este convenio evidencia que Cine Colombia no incumplió en lo más mínimo sus obligaciones para con el demandante; lo que igualmente se comprueba con las posiciones que absolvió éste y con las gestiones que al respecto llevó a cabo a nombre de Cine Colombia el señor doctor Jorge Osorio Gil. Puede concluirse que con este convenio quedaron canceladas todas las situaciones entre las partes que pudieran generar obligaciones para las mismas".

El demandado —Cine Colombia— celebró con el demandante —Pedro Vallejo— un contrato de sub-arriendo, que consta en el documento de 5 de agosto de 1939, cuyo plazo debía vencer el 18 de enero de 1944 y el cual versa sobre el Teatro Ariel de Pasto, sobre las dotaciones y anexidades del inmueble y sobre "los muebles y enseres tales como silletería de la Sala, bancas de gradería situadas en la localidad de preferencia y galería, instalaciones sanitarias, aparatos telefónicos, marco de pantalla, mesa para enrrollar películas, etc." (hecho tercero de la demanda), todo lo cual forma parte del contrato, según la cláusula novena del citado documento.

Esto, pues, ha debido entregar Cine Colombia el día 18 de enero de 1944, porque la obligación principal del arrendatario, fuera de pagar el precio o renta, es entregar la cosa arrendada una vez cumplido el plazo del contrato. "El arrendatario es obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento", dice el artículo 2005 del C. Civil; y el artículo 2006 siguiente expresa que "la restitución de la cosa raiz se verificará desocupándola enteramente, poniéndola a disposición del arrendador y entregándole las llaves, si las tuviera la cosa".

La restitución es un hecho, el cual puede realizar cualquier comisionado del arrendatario, a quien éste haya autorizado de palabra o por escrito. No se necesita un poder especial para el caso, ni se necesita que la restitución sea realizada por el propio arrendatario, ni por uno de los Directores de la Compañía, cuando ésta es la que figura como arrendataria.

Pero es natural que si el hecho restitución no se realiza por culpa del arrendador, el arrendatario se salva de responsabilidad comprobando que estuvo listo a hacer la entrega de la cosa arrendada.

¿Cumplió Cine Colombia con la obligación de restituir, o al menos se prestó a ello, y Vallejo no aceptó, como lo expresa el Tribunal? Si esto ocurrió, sobra el estudio de las cuestiones colaterales que el recurrente plantea.

El señor Luis Jiménez era administrador del teatro, por delegación de Cine Colombia, en la fecha en que esta compañía debía hacer la restitución. En documento firmado por aquél y por ésta, se lee que "Cine Colombia delega en Jiménez la administración del Teatro Ariel". En ese documento se dice que Cine Colombia "es actualmente arrendatario del Teatro Ariel, arrendamiento que termina el 18 de enero de 1944". Y refiriéndose a este contrato, dice la cláusula novena de aquel documento, que Jiménez conoce tal contrato celebrado con Vallejo, "y se compromete a cumplir todas y cada una de las obligaciones que en tal contrato constan". En dicho documento se expresa que el contrato con Jiménez dura hasta el 18 de enero de 1944, como ya se anotó. (fol. 126 C. 3º). De esta suerte, cuando el día 18 de enero de 1944 Jiménez ofreció entregar el teatro a Vallejo, aquél no sólo tenía en sus manos el teatro, pues lo ocupaba materialmente (hecho 17 de la demanda) sino que era Administrador de él por negocio con Cine Colombia, y estaba obligado a hacer la entrega, por convenio con esta compañía, ya que Jiménez debía cumplir todas las obligaciones estipuladas en el contrato de subarriendo, entre las cuales estaba como una de las principales restituir el inmueble. Fuera de ésto, en el Hecho Duodécimo de la demanda se afirma que Jiménez era Administrador Delegado de Cine Colombia en la administración del teatro, y se reconocen "las relaciones de dependencia" entre Jiménez y esta Compañía.

Mayor título para hacer la restitución, y mayor autorización, no se pueden exigir; y es entonces infundado que la parte actora niegue el hecho del ofrecimiento de entrega, con el argu-

mento de que Jiménez no era mandatario especial de Cine Colombia, ni era uno de los directores de esta Compañía, ni tenía especial poder para la entrega.

Y que Jiménez ofreció a Vallejo entregarle el teatro, no queda duda. Dice Jiménez:

a) Que el día 18 de enero de 1944 era Administrador del Teatro Ariel;

b) Que en esa fecha "obrando como administrador delegado del Teatro Ariel se trasladó al apartamento del Hotel Niza que ocupaba el señor Pedro Vallejo con el fin de hacerle entrega del Teatro Ariel";

c) Que esto tuvo lugar el 18 de enero del año citado, en presencia de Julio Jiménez y Aníbal Aguirre;

d) Que Vallejo le manifestó "que él desistiría de exigir la entrega si le pagaba la suma de $ 5.000 por no exigirme dicha entrega, dejándome a mí el goce del teatro, y de ser éste el precio de los muebles y enseres de propiedad de Vallejo en el mencionado teatro";

e) Que en vista del alto precio, dice Jiménez, "prefería entregar el Teatro a Vallejo y lo invité a trasladarme a dicho local para practicar la entrega".

f) Que al oir ésto Vallejo, dijo que "prefería oir de mis labios una propuesta antes que recibir el local".

g) Que en vista de la negativa de Vallejo para recibir el teatro "empezamos a tratar del negocio y después de varias propuestas y contrapropuestas formalizamos un contrato de compra de los muebles y enseres del Teatro por $ 4.000, y **para no entregarlo y continuar** yo en el goce del mencionado local como arrendatario directo..." (La Sala subraya).

h) Que después se formalizó el contrato por medio de un documento "en el cual consta la adquisición indefinida del teatro como de los muebles y enseres de dicho local". (fol. 105 y v. C. 3).

Las declaraciones de los dos testigos que se impusieron de este negocio y del ofrecimiento de Jiménez para entregar el teatro, coinciden en sus líneas generales con lo depuesto por Jiménez; y el recurrente afirma que lo expresado por Luis Jiménez "fue ratificado" por los testigos Aguirre y Julio Jiménez.

Son entonces tres declaraciones contextes sobre este hecho simple, que es el que intersa establecer para el caso: que Luis Jiménez ofreció a Vallejo entregarle el local, precisamente en la fecha en que se cumplía el subarriendo y en que había de parte de Cine Colombia la obligación de restituir, y Vallejo no aceptó el ofrecimiento.

Mas se puede decir que sí lo aceptó. Ya está expresado que el contrato de subarriendo versó sobre un local para teatro y sobre los muebles —silletería de la Sala, bancas de gradería, etc.— es decir, sobre las dos cosas, las cuales se complementan entre sí. Los muebles de un teatro son parte esencial de él, en forma que sin ellos, no puede decirse que se trata de un teatro. Si uno de los objetos del contrato —los muebles— fue entregado, hay que presumir que el otro lo fue también. Fuera de que si Vallejo vendía los muebles y enseres el día 18, fecha en que debía realizarse la restitución, ponía al arrendatario en la imposibilidad de entregar el local "desocupándolo enteramente", como lo exige el artículo 2006 del C. Civil, pues los muebles y enseres no se podían sacar de ese local, porque éste y aquéllos constituían el objeto del contrato, y no era posible, en el día, separar lo uno de lo otro. Además, Vallejo vendió los muebles a condición de que Jiménez se quedara en el local.

Conviene insistir en lo siguiente: el ofrecimiento de entrega del local lo hacía Luis Jiménez, administrador del teatro por delegación de Cine Colombia, y lo hacía quien en el momento de ese ofrecimiento ocupaba el teatro por convención con aquella firma. Jiménez no necesitaba entonces obrar "como órgano, empleado o mandatario" de Cine Colombia, como lo exige el recurrente. Fuera de que en el contrato con esta firma Jiménez se comprometió a cumplir todas las obligaciones del subarriendo, entre las cuales estaba la de restitución. Del ofrecimiento hecho por Jiménez no se hace franca negación; se niega sí la facultad que éste tuviera para hacer ese ofrecimiento. Y es preciso tener presente que Vallejo aceptó los $ 4.000 como valor de los muebles "para no entregar el teatro", según se dice en la declaración de Jiménez, ratificada por otras dos declaraciones. Con lo cual Vallejo estaba confesando que el ofrecimiento de entrega se le había hecho.

Ni por haber aceptado el Tribunal el ofrecimiento de Jiménez como hecho por el mismo interesado, se pueden tener como violados los textos legales sobre transacción, como lo anotá el recurrente, porque de transacción no se habló en la sentencia, y porque la transacción es un contrato, mientras que la entrega o restitución es un hecho no susceptible de transacción ya que llegada la terminación del plazo del contrato

de arrendamiento, se restituye o no se restituye su objeto. En ésto no hay una cuestión controvertida o dudosa, lo cual es de la esencia de la transacción (G. J. XXXVI, pág. 302). La transacción, como se dice, es un contrato, y para realizarlo sí hubiera necesitado Jiménez poder especial. Mas no se trataba de un contrato.

Ni se puede alegar parcialidad en la declaración de Jiménez, porque si se descalificara ésta, quedarían otras dos contextes, las de Julio Jiménez y Aguirre, quienes afirman lo del ofrecimiento hecho por Jiménez.

Poco después del 18 de enero estuvo en Pasto el doctor Osorio Gil, y todavía insistió ante Vallejo que recibiera el teatro, sin duda porque éste seguía sosteniendo que no se le había entregado. Vallejo no niega aquel nuevo ofrecimiento sino que dice que consideró que la propuesta no se le hacía en serio, y que la hubiera aceptado si se le hubiera hecho oportunamente. Con este ofrecimiento de quien sí era un dependiente o empleado de Cine Colombia, como lo acepta el actor, quería demostrar esta compañía su buena voluntad de cumplir ante Vallejo sus compromisos, su buena y franca disposición sobre la restitución.

Ante lo expuesto, no es posible modificar la apreciación que hizo el Tribunal acerca de que de parte del Cine Colombia se pusieron los medios para entregar el teatro, por lo cual éste no incurrió en responsabilidad como subarrendatario de Vallejo. Y quiere ésto decir que en concepto de la Sala, el Tribunal no violó los textos legales que el recurrente cita.

2º—Placas-avisos:

Sobre ésto dice la sentencia del Tribunal, que el señor Joaquín Cújar, apoderado del señor Vallejo, dio orden de retiro de las placas, y que el mismo Vallejo dijo en posiciones que el 24 de febrero de 1943, o en fecha oportuna, recibió la oferta de Cine Colombia de continuar el servicio gratuito de las placas o vidrios de su propaganda.

El recurrente objeta:

Que es verdad que por un desacuerdo entre el agente de la Casa Víctor y el administrador del teatro, aquél avisó a éste el retiro de las placas, pero que el Tribunal no podía reconocer que dicha manifestación implicara un desistimiento o renuncia de Vallejo, pues que ni Cújar había sido acreditado como representante de Vallejo ante Cine Colombia, ni en el supuesto de reputarlo tal por ser agente de la Casa Víctor, esa calidad conllevara la potestad de desistir en nombre de Vallejo, con quien la compañía había contraído una obligación, de acuerdo con el artículo 2158 del C. Civil. Y dice el recurrente que por este doble error el Tribunal violó los artículos 1605, 1613, 1614 y 1615 del C. Civil, en cuanto exoneró a Cine Colombia de la obligación de indemnizar. Y agrega: ni vale la pena de argüir que con posterioridad la compañía hubiera expresado ante Vallejo su voluntad de cumplir, pues "no hay prueba de que Vallejo no hubiera aceptado, es decir, de que la oferta hubiera sido seria y formal; fuera de que la propuesta ya está expresando el incumplimiento por parte de Cine Colombia".

Cújar declaró que se ocupa en Pasto como agente de la Casa Víctor de Cali, y que los negocios que tiene con Vallejo se limitan a los ordinarios por ser éste uno de los dirigentes de aquella casa y que fue su empleado cuando el señor Vallejo fue agente de la misma casa Víctor en Pasto. Y Cújar dice además que escribió la carta sobre suspensión de las placas-avisos.

Además, en posiciones confiesa Vallejo que Cújar era su representante, pues al contestar a una pregunta, dijo: "Mi representante señor Cújar recibió el transformador de los varios que yo entregué a Cine Colombia" (Cuad. 6º fol. 21 v.).

De otro lado, en papel con membrete de la Casa Víctor, y en su calidad de representante de Vallejo, Cújar pidió el retiro de toda placa de la Casa Víctor que se ha estado corriendo en la pantalla".

¿Si pues Cújar era el representante de Vallejo, según ambos lo afirman, debería o no atenderse esa orden? Claro que sí.

Pero preocupado Cine Colombia con el asunto, dio a poco cuenta a Vallejo de la orden que había recibido de Cújar, y le dice que "está dispuesto a continuar pasándole los vidrios de la casa Víctor en nuestro teatro". Y Vallejo no desautoriza la orden de retiro dada por su representante, no obstante que confiesa haber recibido la carta de Cine Colombia (fol. 99 C. 2); y se queda sin dar contestación a esa carta, tratando así de abrir campo a una reclamación, que según lo expresado, aparece no sólo infundada sino injusta.

3º—Mala administración del Teatro:

Dice el recurrente que sobre este punto la sentencia incurrió en doble error de hecho y de derecho, porque dejó de apreciar unas pruebas, y

por "vincular el interés exclusivo de Vallejo al mínimun de la renta estipulada, cuando de conformidad con el artículo 1603 del C. C., los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella". Y acusa la sentencia por violación de los artículos 1605, 1613, 1614 y 1615 del C. Civil.

Sobre la cuestión a estudio dijo el Tribunal: por lo que atañe a este cargo, basta anotar lo tardío de la reclamación que debió formularse, si a esto tenía derecho el reclamante, al tiempo de recibir el perjuicio; pero ocurre que la merma del producido de Cine Colombia, de la cual deriva o pretende derivar perjuicios para sí el señor Vallejo, no aparece suficientemente acreditada, y además, Cine Colombia disfrutaba de absoluta autonomía para administrar el negocio, para lo cual le bastaba pagar el mismo arrendamiento de $ 277 por cada cuatro semanas.

El documento firmado entre Cine Colombia y Vallejo da a leer, como estipulaciones principales:

a) Que entre las dos partes se celebró un contrato de arrendamiento del teatro Ariel de Pasto;

b) Que "el precio o canon de arrendamiento del teatro y sus anexidades será el equivalente a un veinte por ciento de las entradas brutas". Y agrega la cláusula Tercera: "En el supuesto de que ese veinte por ciento no ascendiere a la cantidad de $ 277 en cada período de cuatro semanas, la Empresa le completará lo que quede faltando. Esto quiere decir que el arrendador tendrá un mínimun de $ 277 por cada cuatro semanas";

c) El arrendador puede ejercer control "para efectos de establecer la cuantía del arrendamiento, es decir, para constatar y comprobar el monto de las entradas", y el arrendatario facilitará los libros y documentos pertinentes;

d) El arrendatario se obliga a conservar la cosa arrendada en buen estado, haciéndole las reparaciones locativas necesarias de acuerdo con las leyes civiles;

e) El arrendatario se obliga a devolver la cosa arrendada al vencimiento del contrato, así como sus dependencias, en el mismo buen estado en que las recibe;

f) Se obliga también el arrendatario a exhibir un mínimo de quince funciones; y

g) Es potestativo del arrendatario tomar o rechazar los empleados u obreros que a bien tenga.

Se dice en el hecho séptimo de la demanda que "la administración del teatro se puso a cargo de personas, como un señor Salazar, un señor Ortiz, etc., administraciones que tuvieron un malísimo resultado".

Y en las peticiones de esa demanda está la siguiente: Que se declare que Cine Colombia "no puso en la administración del Teatro Ariel la diligencia y cuidado a que estaba obligado por razón del contrato".

Ante lo dicho hasta aquí, surge esta pregunta: ¿cuál es la cláusula o cláusulas sobre administración del teatro que Cine Colombia no cumplió? No aparecen del documento. Este dá razón de un contrato de arrendamiento, con unas obligaciones por parte de la compañía arrendataria, obligaciones que la ley establece: pagar el precio, conservar la cosa, devolverla en buen estado; y con otras condiciones extrañas a las obligaciones legales del arrendatario: exhibir cierto número de películas, hacer concesión al arrendador de ciertas boletas de entrada, pasarle por la pantalla unos avisos, etc. Nada se habla sobre las condiciones de administración del teatro, lo que quiere decir que el arrendatario tenía completa autonomía en cuanto a esa administración; tan completa, que estaba facultado para tomar o rechazar los obreros que a bien tuviera. Si un señor Salazar, o un señor Ortiz, de que sin nombres habla el demandante, resultaron malos administradores, el arrendatario estaba en libertad de conservarlos o destituirlos. La administración era, pues, una cuestión que incumbía al arrendatario; y si por resultados de una descuidada administración los productos resultaban escasos, el arrendador tenía la prerrogativa de un ajuste para completar la suma de $ 277 por cada cuatro semanas, que era a la postre el valor del arrendamiento. Si pues el cánon de arrendamiento hubiera sido completamente eventual y contingente, derivado del producido en forma de porcentaje, todavía podría tener alguna razón el actor al exigir buena administración para alcanzar con ello más alto porcentaje; pero si el valor del arrendamiento era en realidad fijo por lo bajo, y si en el documento nada se dijo sobre administración, ni la ley impone normas al arrendatario sobre este punto, es en vano que se pretenda atribuir responsabilidad a Cine Colombia por una administración descuidada, administración en que esta sociedad gozaba de plena libertad según lo dijo muy bien la sentencia.

Cuanto se diga, pues, sobre mala administración del teatro, no puede constituir un cargo contra la sentencia del Tribunal; y menos puede

constituirlo si se tiene en cuenta que conforme al documento sobre subarriendo, el único control que podía ejercer el arrendador era el de examinar libros y papeles "para constatar y comprobar el monto de las entradas".

No prospera este cargo.

4º—Perspectiva del actor contra la Universidad:

Dice el recurrente que el sentenciador ha hecho una alusión específica, en cuanto a que la no restitución colocó al actor en la imposibilidad "de no poder hacer efectivo su contrato con la Universidad de Pasto", por lo cual "estima necesario acusar también el fallo, como lo hago, por violación de la ley sustantiva, proveniente dicha violación, de error evidente de hecho y de derecho en la apreciación de los testimonios de los doctores Jorge Moncayo Guerrero y Francisco de P. Santander; y de falta de apreciación de la prueba que contradice lo aseverado por estos dos caballeros". Y termina el cargo considerando como violados los artículos 1605, 1613, 1614, 1615 y otros del C. Civil.

Cuando Jiménez ofrecía entregar el teatro a Vallejo, ya tenía celebrado un contrato de arrendamiento con la Universidad de Nariño, la cual pasó a ser dueña de ese inmueble antes de tal contrato. Vallejo había estado tratando con la Universidad sobre el negocio de una prórroga de arrendamiento en relación con el mismo teatro, y sostiene Vallejo que dicha institución le había aceptado el negocio, y que no obstante, contrató después con Jiménez. Y dice Vallejo en síntesis: Si Cine Colombia me hubiera hecho entrega del teatro, yo lo hubiera ocupado, y me habría puesto así en buenas condiciones de exigir a la Universidad el cumplimiento del contrato de prórroga, tomando en ese caso el papel de demandado, porque la cosa estaba en mi poder. Y como por la no entrega perdí esas oportunidades, sufrí un grave perjuicio.

Pero la argumentación, como se ve, parte de la base de que la restitución a que estaba obligado Cine Colombia no se realizó, lo cual, como se ha visto, no es así, y entonces aquella argumentación carece de fuerza jurídica.

La sentencia, en una simple alusión, como bien lo expresa el recurrente, dijo al respecto: "Para terminar, en atención a que el señor Vallejo pretende hacer responsable a Cine Colombia de que la Universidad de Nariño no le hubiera prorrogado el contrato de arrendamiento del local del Teatro Ariel, es bueno recordar aquí lo que exponen los doctores Santander y Moncayo Guerrero en relación con la propuesta que Vallejo hizo a la Universidad, de la cual fueron sus Rectores".

Ciertamente, se trata de una cuestión incidental,, pues aquí se habla de un negocio o contrato entre Vallejo y la Universidad de Nariño, mientras que el presente juicio se refiere a acusaciones de Vallejo contra Cine Colombia por violación de un contrato entre esta sociedad y el mencionado Vallejo. Aquéllo nada tiene que ver con ésto, porque en tal contrato ni siquiera se hace mención de la Universidad, por lo cual un cargo contra la sentencia que no definió cuestión alguna relacionada con la Universidad, es cargo inoperante. Para llegar a esta conclusión bastaría con tener en cuenta que en la demanda de Vallejo nada se pidió en relación con la Universidad.

El apoderado del recurrente dice: "Siendo como es evidente que la falta de tenencia material del Teatro por parte de Vallejo para el 18 de marzo de 1944, lo colocaba en situación desventajosa para obtener el cumplimiento del contrato que la Universidad de Nariño le desconocía, como que le cambiaba su posición de posible demandado por la de demandante, y que la no tenencia **obedeció precisamente al incumplimiento de Cine Colombia de restituir el teatro el** día **18 de enero,** al desconocer ese estado de cosas el Tribunal violó los artículos citados" (subraya la Sala).

A lo cual se observa: Cine Colombia sí cumplió con la condición de restituir; el Tribunal no desconoció el estado de cosas del recurrente, porque nada definió sobre ellas; y por último, lo que es más decisivo, cuando Vallejo le vendió a Jiménez, por $ 4.000, los muebles y enseres del teatro, fue a condición de que Jiménez se quedara en el local, lo cual quiere decir que Vallejo renunciaba en esa forma a cualquier perspectiva sobre arrendamiento del local.

El Tribunal no violó tampoco los artículos del Código Civil citados por el recurrente, y ni éste ni los otros cargos contra la sentencia pueden prosperar.

Vale decir que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de fecha veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, lo cual se decide administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

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.

CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS — LA MUERTE DE UNA DE LAS PARTES EN JUICIO NO AFECTA SU PERSONERIA SUSTANTIVA Y SI SE TRATA DEL DEMANDANTE, NO HACE DESAPARECER SU DERECHO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION, SI YA SE HA TRABADO LA LITIS — EL MANDATO JUDICIAL NO EXPIRA POR LA MUERTE DEL DEMANDANTE

1—La simple manifestación hecha por el recurrente en la enunciación del cargo, según la cual la sentencia "contraría la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea por equivocada apreciación de las pruebas, habiendo incurrido el fallador en error de hecho y de derecho", no es suficiente. En primer término porque deja al juzgador sin saber cuál sea el sentido del error que se imputa respecto de cada prueba, y porque, en segundo lugar, no se determina expresamente la relación que pudo quedar establecida entre tal error y la violación de las normas legales sustantivas señaladas en el cargo. Sólo cuando el recurrente demuestre un error evidente en los autos que envuelva violación de la ley, o un error de derecho que implique el mismo quebrantamiento, el recurso de casación prospera. Una vaga referencia a las pruebas desestimadas o mal apreciadas, es impertinente, porque el recurso de casación no tiene por objeto revisar el pleito ni realizar un nuevo análisis general de las pruebas. Puesto que tal recurso no es una tercera instancia y se limita al examen de la sentencia en sus relaciones con la ley, la acusación de error en la prueba, no puede tener un carácter general y abstracto; el recurrente debe precisar cada error y demostrar que ha incidido indirectamente en la violación de determinadas disposiciones legales sustantivas. Sobre el particular es abundante la jurisprudencia de la Corte.

2—La personería sustantiva de una de las partes en juicio, no sufre menoscabo por el hecho de la muerte de la persona demandante o demandada después de trabada la litis contestatio. Este echo posterior puede plantear un problema de representación para el apoderado, con referencia naturalmente a la personería adjetiva, pero de ninguna manera puede alterar la litis contestatio ni hacer desaparecer el derecho del demandante, cuando éste es el que murió, para ejercer su acción.

3—El mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal, según el claro tenor del artículo 264 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, mayo siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Por escrito de 12 de junio de 1946, el apoderado de Isabel Gómez v. de Martínez, demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá a la "Empresa Eléctrica Industrial del Quindío", representada por Emiliano Laserna como su gerente o propietario, para que se hicieran las siguientes declaraciones: "**Primera.**—La 'Empresa Eléctrica Industrial del Quindío', representada por el señor Emiliano Laserna en su condición de Gerente o de propietario exclusivo, y en este caso el señor Laserna directamente, es culpable del accidente ocurrido el día veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y seis en la carrera novena de esta ciudad, y en el cual perdió la vida la menor Isabel Martínez Gómez como consecuencia de haberse puesto en contacto con los cables eléctricos caídos sobre dicha vía y de propiedad de esa Empresa. — **Segunda.**—Como consecuencia de la anterior declaración, la Empresa demandada o el señor Emiliano Laserna como su exclusivo propietario, es responsable de los perjuicios que se ocasionaron a la demandante con ocasión del mismo accidente, así los de orden moral como los materiales. — **Tercera.**—En armonía con las declaraciones procedentes, la Empre-

sa demandada o su propietario señor Emiliano Laserna, está obligado a pagar a la demandante la suma de veinticinco mil pesos como indemnización correspondiente a los perjuicios materiales y morales que se le ocasionaron con el accirente culpable, o en su lugar, la suma que legalmente se determine dentro del juicio; y **Cuarta.** La Empresa demandada o en su lugar el señor Emiliano Laserna en calidad de propietario, está obligado a pagar las costas del juicio en caso de oposición".

El actor fundamentó su demanda en los hechos que a continuación se sintetizan así: la "Empresa Eléctrica Industrial del Quindío", representada por el señor Emiliano Laserna en su calidad de dueño o gerente, explota en la ciudad de Calarcá una planta de energía eléctrica; la misma empresa, por contrato con aquel Municipio, presta sus servicios de alumbrado en las calles y plazas de dicha ciudad, y para ello lo mismo que para el suministro de luz y fuerza a los particulares, ha instalado postes que sostienen las líneas distribuidoras de energía eléctrica; varios de los postes utilizados para las canalizaciones aéreas son de hierro, pero en algunos sectores urbanos dichos postes son de guadua, con lo cual la citada empresa ha creado serios peligros para los habitantes de aquella ciudad, ya que la guadua no ofrece resistencia ni seguridad alguna para sostener el peso de los cables; en la forma últimamente indicada, instaló la empresa redes de distribución en el Barrio Valencia de dicha ciudad, en sector correspondiente a la carrera 9ª; el día martes 28 de mayo de 1946 uno de los postes puestos allí, debido a que se encontraba podrido por su base, no pudo resistir el peso de los cables y cayó con éstos sobre la vía pública; a eso de las cinco de la tarde del miércoles siguiente, la niña Isabel Martínez Gómez salió de su casa de habitación en dirección al sitio donde se encontraban caídos los cables eléctricos y al cruzar la vía y hacer contacto con ellos murió electrocutada; la niña tenía en la fecha de su muerte ocho años de edad, era hija de Miguel Martínez Fonseca e Isabel Gómez, se encontraba en perfectas condiciones de salud y según el acta de necropsia "en buenas condiciones de vida tendría una supervivencia de cincuenta años"; con ocasión de dicho accidente, la señora Isabel Gómez v. de Martínez en su condición de madre legítima de la menor, sufrió graves perjuicios tanto de orden moral como material, perjuicios que el demandante aprecia en la suma de veinte mil pesos; el accidente fue ocasionado por culpa de la Empresa, ya que los cables caídos se pusieron al alcance de la menor y faltó diligencia y vigilancia por parte de tal empresa para hacer la reparación necesaria, pues el poste indicado estaba en tierra desde el día anterior a la fecha del accidente.

El apoderado de Emiliano Laserna contestó la demanda aceptando algunos hechos, negando otros y oponiéndose a las declaraciones solicitadas. Propuso además la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda "y toda otra que en el curso del juicio resultare probada".

El Juez **a quo** puso fin a la primera instancia en providencia de 10 de septiembre de 1947, cuya parte resolutiva dice: "**Primero.** — La Empresa Eléctrica Industrial del Qundío, representada por el señor Emiliano Laserna en su carácter de propietario, es responsable del accidente ocurrido el día veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, en la carrera 9ª de esta ciudad, y en el cual perdió la vida la menor Isabel Martínez Gómez como consecuencia de haberse puesto en contacto con los cables eléctricos caídos sobre dicha vía y de propiedad de esa Empresa. — **Segundo.**—Como consecuencia de la anterior declaración, la Empresa demandada o el señor Emiliano Laserna como su exclusivo propietario, es responsable de los perjuicios que se causaron a la demandante con ocasión del mismo accidente, asi los de orden moral como los materiales. — **Tercero.**—De conformidad con las declaraciones que preceden la Empresa demandada o su propietario señor Emiliano Laserna, está obligado a pagar a la demandante y al subrogatario doctor Alfonso Restrepo Botero, las siguientes cantidades: tres mil ochocientos pesos m./l. ($ 3.800) por concepto de perjuicios materiales; y mil doscientos pesos m./l. ($ 1.200) como reparación respecto a los perjuicios de orden moral. El pago se hará dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria de esta sentencia, en la siguiente proporción: a la señora Isabel Gómez v. de Martínez, el setenta por ciento (70%) de las cantidades prenombradas, y al doctor Alfonso Restrepo Botero el treinta por ciento (30%) restante. — **Cuarto.**—No aparece demostrada ninguna excepción. — **Quinto.** Sin costas".

La sentencia acusada

Ambas partes apelaron de la anterior sentencia ante el Superior. En las dos instancias se practicaron las pruebas pedidas por los litigantes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Perei-

ra desató la controversia en fallo fechado el 13 de julio de 1948, cuya parte resolutiva se transcribe: "**Primero — Confírmase** el ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia proferida en este juicio por el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá el diez (10) de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947). — **Segundo. REVOCASE** lo resuelto en los ordinales segundo y tercero de la misma sentencia, y en su lugar SE CONDENA a la 'Empresa Eléctrica Industrial del Quindío', representada por el señor Emiliano Laserna en su carácter de propietario, a pagar la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) por concepto de perjuicios morales, a la señora Isabel Gómez viuda de Martínez o a quienes sus derechos representen, con la advertencia de que de dicha suma se deducirá un treinta por ciento (30%) para el doctor Alfonso Restrepo Botero en su calidad de subrogatario o cesionario de la demandante señora Isabel Gómez viuda de Martínez. — **Tercero.**—SE ABSUELVE a la parte demandada de los demás cargos formulados en la demanda. — **Cuarto.**—SE CONFIRMAN los ordinales cuarto y quinto de la parte resolutiva de la sentencia apelada; y **Quinto.**—Sin costas en esta instancia".

El recurso

Contra esta sentencia interpuso el demandado recurso de casación. Cumplido el trámite legal de rigor, procede la Corte a decidir.

Primer cargo.—Expresa el recurrente: La "sentencia contraría la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea por equivocada apreciación de las pruebas, habiendo incurrido el fallador en error de hecho y de derecho, dando lugar al recurso al tenor del artículo 520 del Código Judicial. Señalo como violados por la sentencia recurrida, en primer término, los artículos 2341, 2347 y 2357 del Código Civil".

En seguida reproduce un largo párrafo del alegato del apoderado de Emiliano Laserna ante el Juez del conocimiento, cuyo contenido puede resumirse así: La inspección ocular practicada por el Juzgado prueba suficientemente que los postes destinados al sostenimiento de las líneas eléctricas tienen resistencia adecuada para el fin a que se les destina; al mantener la Empresa de energía sus líneas sobre posterías **adecuadas,** no puede imputársele negligencia o descuido y por consiguiente no hay lugar a hacerla responsable de ningún accidente, pues todo el que ocurra queda colocado dentro de la esfera o categoría jurídica de lo imprevisto. De ser cierto lo afirmado por algunos declarantes de que una línea estuvo por el suelo durante varios días en una de las calles de Calarcá, habría que admitir como cierto también que en dicha ciudad no hubo autoridad, vigilancia de policía y ciudadanos responsables que advirtieran y evitaran el peligro.

Agrega el recurrente que por tratarse de un hecho "imprevisto, fortuito" en que intervino además descuido o culpa de la víctima y de las personas encargadas de su vigilancia, no era el caso de aplicar el artículo 2341 del Código Civil. En la inspección ocular —dice textualmente— se demostró que la Empresa mantiene sus postes y demás enseres en buen estado y permanente vigilancia. Atribuir la caída de una línea a una determinada causa sin que le conste al testigo de manera cierta, es una apreciación improbable que no puede ser motivo suficiente para un fallo condenatorio y que también dará motivo a la casación por apreciación errónea de una prueba".

El accidente tuvo ocurrencia porque la niña Isabel Martínez transitaba sola por la calle y cogió con las manos el alambre. La imprevisión y culpa de la víctima es tan evidente que el Tribunal ha debido aplicar los artículos 2347 y 2357. Como no los tuvo en cuenta, es patente la violación de tales textos.

En forma aislada y sin expresar ninguna opinión personal, manifiesta el recurrente que existe jurisprudencia de la Corte en contra de la admisibilidad del riesgo creado en nuestro derecho positivo. De la cita de la sentencia respectiva no deduce ninguna consecuencia concreta.

Se considera:

En resumen, el recurrente acusa la sentencia por violación de los artículos 2341, 2347 y 2357 del Código Civil, como consecuencia del error en que incurrió el Tribunal al hacer una equivocada apreciación de las pruebas. En efecto, en primer término sostiene en el cargo que "no aparece en parte alguna del expediente la prueba de que la Empresa Eléctrica Industrial del Quindío hubiera tenido previamente a este hecho alguna noticia de la caída de esta línea"; y en la transcripción que a continuación hace de parte del alegato del demandado en la primera instancia, menciona **la inspección ocular** practicada por el Juzgado, con el objeto de atribuirle capacidad para demostrar que los postes de guadua podían resistir

adecuadamente el peso de las líneas eléctricas: luego, del mismo alegato de instancia extracta conceptos encaminados a restarle fuerza a las declaraciones de quienes afirmaron que la línea estuvo caída por varios días. De estos testigos dice que no pueden ser creídos "porque tales declarantes revelarían ser personas a quienes nada importa la defensa de la vida humana", "personas carentes del más mínimo concepto de convivencia social, razón por la cual el dicho de los mismos carece de credibilidad". Finalmente afirma el recurrente que en la citada inspección se comprobó que la empresa mantenía los postes y demás enseres en buen estado y bajo permanente vigilancia, que la misma inspección y las declaraciones de los testimos demuestran cómo la línea pasaba a "competente" distancia del lugar del tránsito, y que el poste que la sostenía estaba detrás de la cerca y en lugar no accesible a los transeúntes.

Son las anteriores las únicas referencias que en materia probatoria se hacen en el cargo y con ellas pretende el recurrente haber demostrado que el Tribunal incurrió en la causal primera del artículo 520 en relación con la apreciación de las pruebas. Pero salta a la vista, en primer término, que el recurrente no menciona los nombres de los declarantes a que se refiere, ni examina el contenido de sus declaraciones. Para que en este punto el cargo tuviera fundamento sería necesario que se hubiesen determinado con exactitud los testimonios que el Tribunal interpretó erróneamente y la naturaleza de tal error, es decir, si fue de derecho o de hecho manifiesto en los autos. Por ejemplo, dice el recurrente que la niña transitaba sola por la calle y que puso las manos en la línea caída con grave imprevisión y culpa de su parte; pero ni siquiera menciona los elementos probatorios que demuestren tal afirmación y que hubieran podido ser mal apreciados o dejados de apreciar por el Tribunal. Aparte de que las pruebas no fueron surtidas y determinadas con precisión por el recurrente, dando la explicación del alcance del error respecto de cada uno de ellos, no aparece en el cargo razonamiento alguno enderezado a indicar las consecuencias que hubiera podido tener ese error sobre lo resolutivo del fallo.

La sola referencia a la inspección ocular para afirmar que ella comprueba ciertas circunstancias, no configura tampoco de manera completa el cargo que se formula, porque no se dice si el error cometido en la apreciación del acto fue de derecho o de hecho, ni tampoco se hizo el análisis de la prueba para demostrar la verdad de tales afirmaciones. La transcripción del alegato de instancia hecho por el recurrente, no llena las exigencias que en esta materia impone el artículo 520 del Código Judicial.

Para que un cargo por error en la estimación de la prueba pueda prosperar, debe el recurrente indicar si se incurrió en falta de apreciación o en apreciación errónea, y si tal error fue de derecho o de hecho manifiesto; en ambos casos está obligado a exponer en forma clara y expresa los fundamentos del cargo, analizando concretamente cada una de las pruebas respecto a las cuales se haya cometido el error.

La simple manifestación hecha por el recurrente en la enunciación del cargo, según la cual la sentencia "contraría la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea por equivocada apreciación de las pruebas, habiendo incurrido el fallador en error de hecho y de derecho", no es suficiente. En primer término porque deja al juzgador sin saber cuál sea el sentido del error que se imputa respecto de cada prueba, y porque en segundo lugar no se determina expresamente la relación que pudo quedar establecida entre tal error y la violación de las normas legales sustantivas señaladas en el cargo. Sólo cuando el recurrente demuestre un error evidente en los autos que envuelva violación de la ley, o un error de derecho que implique el mismo quebrantamiento, el recurso de casación prospera. Una vaga referencia a las pruebas desestimadas o mal apreciadas es impertinente porque el recurso de casación no tiene por objeto revisar el pleito ni realizar un nuevo análisis general de las pruebas. Puesto que tal recurso no es una tercera instancia y se limita al examen de la sentencia en sus relaciones con la ley, la acusación de error en la prueba no puede tener un carácter general y abstracto; el recurrente debe precisar cada error y demostrar que ha incidido indirectamente en la violación de determinadas disposiciones legales sustantivas. Sobre el particular es abundante la jurisprudencia de la Corte.

Desde otro punto de vista se observa que tal como está planteado el cargo no aparece clara y manifiestamente que el Tribunal haya incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas que sirvieron de fundamento a su decisión, y menos aún que hubiera incurrido en error de derecho, cuyo pretendido significado ni siquiera lo explica el recurrente. Por lo tanto, no es el caso de entrar a considerar si hubo violación de

los artículos del Código Civil citados, ya que esto sólo tendría lugar al haberse demostrado la existencia de error de derecho o de hecho manifiesto, en la apreciación de las pruebas.

Se rechaza, pues, el cargo.

Segundo cargo.—En concepto del recurrente el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar la prueba de la personería sustantiva del demandante. Este cargo lo sustenta diciendo que la demandante falleció en el curso del juicio y que quien la representaba en él siguió actuando como curador **ad litem** de los hijos de aquélla, menores adultos, y como apoderado de los mayores de edad, sin pedir a nombre de sus poderdantes y representados por la sucesión respectiva. "Las pruebas —concluye— presentadas para justificar esta representación de la herencia, o del interés en ella, así como la personería con que siguió actuando el doctor Restrepo no correspondía a su situación jurídica en el juicio, incurriendo los falladores de segunda instancia, en su sentencia, al reconocer una situación falsa del apoderado, en error de hecho y de derecho, que hace igualmente casable la sentencia debatida". No señala los textos violados a consecuencia de los errores de hecho y de derecho.

Se considera:

Las razones de este cargo estriban en que por **haber muerto la señora** Isabel Gómez v. de Martínez, se extinguió la personería sustantiva de la parte demandante y que por ende el apoderado suyo, ya con poderes de los herederos o hijos de aquélla, ha debido pedir a nombre de la sucesión o herencia de la fallecida y no en el propio de los nuevos poderdantes.

En este cargo no se mencionan siquiera las normas legales que pudieron haber sido violadas por la sentencia del Tribunal, y se plantea en cambio, una cuestión no tratada durante la segunda instancia (habiéndose podido debatir en ella), que constituye en casación un medio nuevo, como tal inadmisible.

Lo dicho sería suficiente para rechazar el cargo, pero no sobra observar de paso que éste no resiste el menor análisis, por ninguno de sus aspectos. En primer término, la personería sustantiva de la parte demandante no podía sufrir menoscabo alguno por el hecho de la muerte de la señora Gómez de Martínez, porque la **litis contestatio** se había trabado ya y el juicio se encontraba en la segunda instancia. Ese hecho posterior podía plantear un problema de representación para el apoderado con referencia naturalmente a la personería adjetiva, pero de ninguna manera podía alterar la **litis contestatio** ni hacer desaparecer el derecho de la demandante para el ejercicio de su acción.

En realidad, ni siquiera se necesitaba que los herederos de la demandante muerta otorgaran poderes a quien la representaba en el juicio, porque el mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal, según el claro tenor del artículo 264 del Código Judicial.

Decir que a partir del fallecimiento de la demandante el apoderado debía haber pedido para la sucesión o herencia, equivale tanto como a afirmar que en tal evento puede procederse a reformar la demanda, ya que el **petitum**, como es obvio, se encuentra no en los alegatos sino en el libelo cabeza del juicio. Tal pretensión es, pues, sencillamente absurda.

No es procedente el cargo.

Por 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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 13 de julio de 1948.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

LA HIJUELA ES TITULO SUFICIENTE PARA COMPROBAR EL DOMINIO EN UN JUICIO, CUANDO A ELLA NO SE OPONGA OTRO TITULO ANTERIOR.—EL CERTIFICADO DEL REGISTRADOR NO CONSTITUYE EL TITULO MISMO Y SOLO PUEDE SER PRUEBA COMPLEMENTARIA

1—Al "dueño" que quiere demostrar "propiedad", le toca probar su derecho, pero exhibido el título, no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro del título, es anterior a la posesión del reo. Si se pidiese esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la "probatio diabólica", que el buen sentido rechaza por innecesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares.

A "contrario sensu", cuando una de las partes en el juicio reivindicatorio, presenta como título una hijuela extraída de un sucesorio, o de uno de división de comunidades, sociedades, etc., entonces, esa hijuela no vale por sí sola para justificar la radicación del derecho de dominio en la persona que la aduce, si al mismo tiempo no acompaña el título de adquisición del causante, ya se trate de la sucesión, o de la comunidad, o sociedad. Esto porque el heredero, particularmente, por virtud de ficción legal, se confunde con el causante, se consideran una misma persona.

2.—Conforme al texto del artículo 765 del C. C., son títulos traslaticios de dominio los actos legales de partición, y, por lo tanto, hay que considerar que la hijuela es título suficiente para comprobar dominio, siempre que a ésta no se oponga otro título anterior, pues en este evento hay que recurrir a los títulos anteriores de la hijuela. Esto mismo sucede con los demás títulos traslaticios de dominio, cuando a ellos se opone otro título anterior, así sea la mera posesión, que funda la presunción de ser el dueño, mientras no se pruebe lo contrario. Además, de conformidad con el artículo 752 del C. C., si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa entregada por él, o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición, otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada.

3. — Para comprobar el dominio en un juicio reivindicatorio, debe presentarse la prueba específica correspondiente, la escritura pública registrada, según los términos del artículo 630 del C. J.; y no el certificado del Registrador, que es un elemento complementario de los títulos que requieren la solemnidad del registro, pero que en ningún caso constituye el título mismo, y que sólo excepcionalmente puede servir de prueba supletoria de éste, en el evento del artículo 2675 del C. C., comprobándose, previamente, las situaciones allí previstas.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Por escritura 4268 de 17 de octubre de 1944, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, el doctor José María Córdoba compró a la señora María Elena Sánchez V. de Acosta, todos los derechos y acciones que ésta poseía en el inmueble urbano que en ese instrumento se determina; en el juicio de sucesión de Gumercindo Acosta, que cursó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, en la partición de los bienes relictos, y como consecuencia de aquella compraventa, se adjudicó al doctor Córdoba el inmueble en referencia, según escritura 647 de 13 de febrero de 1947. Acosta parece haber adquirido el mismo inmueble, por adjudicación hecha en el sucesorio de Ana Rodríguez de Acosta, y ésta por compra a Juan Rodríguez, mediante escritura 515 de 22 de marzo de 1922, quien a su vez había comprado a don Leo S. Kopp en 1916.

Por otra parte, Jesús Rodríguez alega estar po-

seyendo el inmueble desde 1922 y ser dueño de la edificación.

El doctor José María Córdoba, en su propio nombre, demandó ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá a Jesús Rodríguez, para que con su audiencia se declarara que él es el dueño del inmueble urbano consistente en una casa, ubicada en esta ciudad en la carrera 16, y distinguida con los números 51-13 a 51-19, comprendido dentro de los siguientes linderos: "Oriente, con la carrera 16; norte, con propiedad de Luis Carlos Bravo, antes del general Varela; sur, con la sucesión de Alejandria V. de Sánchez; y occidente, con propiedad de Jesús Rodríguez"; y se condene al demandado a su restitución y al pago de los frutos desde el día en que acredite su posesión; en subsidio, desde la notificación de la demanda, más las costas del juicio.

Este proceso fue reconstruído por el Juzgado del conocimiento, por desaparición en el incendio del Palacio de Justicia, el 9 de abril de 1948, fecha para la cual ya se había dictado sentencia de primer grado —1º del mismo mes y año— absolviendo al demandado de todos los cargos formulados en ella. Apelada que fue, por el demandante, mereció la confirmación del Tribunal Superior de Bogotá, según resolución de 11 de agosto de 1949.

En los motivos de su resolución, el Tribunal no encuentra debidamente comprobados los requisitos o condiciones que integran la acción de dominio o reivindicatoria incoada, concretamente, los relativos al dominio del demandante y a la identificación del inmueble objeto de tal acción. En cuanto al primero de los elementos, consideró que con la copia de la hijuela extraída del juicio de sucesión de Gumercindo Acosta, protocolizado bajo la escritura 647 de 13 de febrero de 1947, se comprueba que la casa materia del litigio le fue adjudicada al doctor Córdoba; pero, como no se acreditó, legalmente, que Acosta hubiera adquirido dicho inmueble por adjudicación en el sucesorio de Ana Rodríguez, por cuanto, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá y la copia parcial de la escritura 647 de 13 de febrero de 1947, donde se habla de que el juicio de sucesión de Ana Rodríguez fue iniciado de oficio por el Síndico del Impuesto de Sucesiones, no consta sino la iniciación de tal juicio, no que se hubiera efectuado la partición y adjudicación de bienes, ni mucho menos la protocolización y registro del mismo; y que como esta última copia, fue traída a los autos irregularmente, agregada al expediente sin previa solicitud, ni admitida como prueba, mal puede prestar fe en el proceso.

En resumen: "Que la adjudicación que se le hizo a Córdoba en la sucesión de Gumercindo Acosta no tiene asidero legal, puesto que no se ha acreditado el derecho de dominio que tuviera Acosta en el bien adjudicado".

En cuanto al segundo elemento, el Tribunal estima que ella —la identificación— no fue posible, a pesar de la diligencia de inspección ocular practicada con tal finalidad en la segunda instancia, donde el propio sentenciador, hubo de hacer constar: "la imposibilidad en que se encontró el personal de la diligencia en la determinación del lindero occidental del inmueble".

Que el demandado, por otra parte, tampoco demostró su dominio sobre el inmueble discutido, pero como el actor reconoció la posesión de aquél, en las posiciones absueltas a petición suya y a partir del año de 1930, hay que concluir que: "si el derecho de dominio del doctor Córdoba proviene de la adjudicación que se le hiciera en el juicio de sucesión de Gumercindo Acosta en el año de 1946, y no habiéndose determinado ni probado el derecho que Acosta tuviera en la mencionada casa, es lógico que la posesión ininterrumpida que desde el año de 1930 ha tenido Jesús Rodríguez del inmueble; lo acredita como titular de un derecho preferente, pues la posesión que de ella tiene es anterior al título de adjudicación que exhibe el actor. Además, como el poseedor se reputa dueño mientras no se demuestre lo contrario, "el demandado en este juicio debe reputarse como tal, pues el actor no ha probado el derecho que tenga al dominio del inmueble".

El recurso

La decisión del Tribunal de Bogotá, fue recurrida en casación por el demandante y tramitado debidamente el recurso, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente.

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J. y "por ser la referida sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa y violación indirecta de los artículos 669, 673, 789, 2526, 2641 y 2664 del C. C., 632 y 635 del C. J.", se formulan cinco cargos, de los cuales cuatro se refieren a la prueba del dominio exhibida por el actor y el último a la de la identificación del inmueble objeto del litigio.

La Sala estudia estos cargos en el orden de su

presentación, comenzando por los que constituyen el primer grupo.

Primer cargo.—Escritura hijuela

Después de una serie de consideraciones sobre los elementos que integran la acción de dominio o reivindicatoria, alcance probatorio de la escritura 647 de 13 de febrero de 1947, en relación con la posible participación del demandado en el juicio de sucesión de Gumercindo Acosta, de donde derivó el actor la hijuela que exhibe como título de dominio y con la copia de la 515 de 22 de marzo de 1922, por la cual Juan Rodríguez vende a Ana Rodríguez el bien que se pretende reivindicar, se concreta el cargo así:

"Tenemos, pues, en la hijuela presentada como título por el demandante, además del valor que le corresponde como escritura pública debidamente legalizada, que hay otros factores que acrecientan su valor probatorio: a) El haber actuado el demandado en la sucesión donde se obtuvo la hijuela; b) El haber aportado el título originario del causante, en la forma antes dicha. Con todo, el H. Tribunal desestimó el aludido título e incidió en un error de derecho, según se dijo, de tal manera que la sentencia proferida viola las disposiciones ya citadas, por aplicación indebida en el caso de este pleito, disposiciones principalmente contenidas en los artículos 669, 673, del C. C., 598, 663, 664 y 630 del C. J.

Segundo cargo.—Certificado del Registrador

"Acuso también la sentencia —dice el recurrente— en cuanto desestimó el certificado expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá, relacionado con el bien reivindicable, por ser dicha desestimación errónea o falta de apreciación como prueba". Señala como disposiciones violadas todas las que enumera al principio de la casación principalmente, los artículos 2641 y 2664 del C. C.

Extiéndese, el recurrente, en la sustentación del cargo, en consideraciones sobre el valor probatorio de los certificados expedidos por los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados, para deducir que, la inscripción que contiene el expedido por el del Circuito de Bogotá, y que reza en su punto segundo: "Que Gumercindo Acosta, adquirió por adjudicación en la sucesión de Ana Rodríguez, iniciada en el Juzgado 1º Civil del Circuito el ocho de julio de 1927, "es título suficiente de propiedad del causante Acosta"; y "plena prueba del dominio de parte del demandante, además, de las otras probanzas aducidas, documento que no tuvo su plenitud legal en el fallo recurrido".

Cargo tercero.—Suficiencia del título

Este cargo se hace consistir en la violación expresa por la sentencia del "artículo 635 del C. J., como también el artículo 632, C. J., porque se abstuvo de reconocer como prueba o suficiencia del título registrado la adjudicación del demandante acompañada del respectivo certificado del registrador", con lo cual incidió el Tribunal en un doble error: de hecho, por omisión de la escritura hijuela del demandante, el certificado del registrador y las demás pruebas incidentales; de derecho, por no haber dado a tales documentos el valor legal que le asignan los artículos 632 y 635 del C. J.

Cuarto cargo.—Carencia de pruebas del demandado

Este reparo se reduce: "a la violación de la ley, proveniente de falta de aplicación e interpretación errónea de los artículos 946 y 2526 del C. Civil".

Dice el recurrente, que en el proceso no hay títulos en pugna entre el demandante y demandado para acreditar el dominio; que en cuanto a los del primero ya se ha hablado en los cargos anteriores y en cuanto a los del segundo, éste confesó en posiciones no tenerlos a su favor ni por adjudicación ni por compra. Que esta aseveración constituye una presunción en cuanto a la certeza del título del demandante, complementada con las pruebas plenas de que antes se ha tratado, más cuando el demandado ni siquiera alegó prescripción adquisitiva o expectativa respecto de ese derecho.

La demanda de casación, estudia además, las declaraciones tomadas en el año de 1928, protocolizadas en 1939 y presentadas al juicio por Rodríguez, con el fin de establecer su derecho de dominio sobre las edificaciones, para aceptar el concepto del Tribunal de que: "el demandado tampoco ha acreditado su derecho de dominio sobre el mencionado inmueble" y que "habiendo el demandante presentado desde la primera instancia su escritura, acompañada del respectivo certificado de libertad, al demandado correspondía en alguna forma desvirtuar dichos documentos. No obstante, no presentó ni siquiera una

excepción, ni incidente o articulación alguno en contrario".

Se considera:

La transcripción de los apartes sustanciales de los cargos, permite observar las fallas de técnica de que adolece la acusación en general, y reducir el problema planteado en el recurso extraordinario de casación, a resolver en síntesis la siguiente cuestión:

Si el actor demostró haber adquirido el inmueble que pretende reivindicar, con la adjudicación que de él se le hizo en el juicio de sucesión de Gumercindo Acosta, según la respectiva hijuela-escritura 647 de 13 de febrero de 1947, y en presencia de la posesión anterior del demandado, a la fecha del registro del título de esa adjudicación y sin requerir la "probatio diabolica", debió demostrar también como lo exige el sentenciador, el domnio de su causante, sobre el inmueble objeto de la reivindicación incoada.

Esta cuestión ha sido ya resuelta por la Corte en otras ocasiones, y esta entidad se ha inclinado por la tesis afirmativa, teniendo en cuenta:

a) Que las nociones de "dueño" y de "propiedad" que contienen los artículos 946 y 950 del C. C., respectivamente, son figuras esencialmente relativas. El dominio es un derecho sin respecto a determinadas personas, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o contra derecho ajeno; la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o "erga omnes". Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia absolutoria proferida en el juicio de esta cláse no constituye título de propiedad para el demandado absuelto.

b) "Al dueño" que quiere demostrar "propiedad" le toca probar su derecho, pero exhibido el título, no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro del título es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la "probatio diabolica", que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares".

"A contrario sensu", cuando una de las partes en el juicio reivindicatorio, presenta como título una hijuela extraída de un sucesorio, o de uno de división de comunidades, sociedades, etc., entonces, esa hijuela no vale por sí sola para justificar la radicación del derecho de dominio en la persona que la aduce si al mismo tiempo no acompaña el título de adquisición del causante, ya se trate de la sucesión, o de la comunidad, o sociedad. Esto porque el heredero, particularmente, por virtud de ficción legal, se confunde con el causante, se consideran una misma persona.

c) Conforme al texto del artículo 765 del C. C., son títulos traslaticios de dominio los actos legales de partición, y por lo tanto, hay que considerar que la hijuela es título suficiente para comprobar dominio, siempre que a ésta no se oponga otro título anterior, pues en este evento hay que recurrir a los títulos anteriores de la hijuela. Esto mismo sucede con los demás títulos traslaticios de dominio, cuando a ellos se opone otro título anterior, así sea la mera posesión, que funda la presunción de ser el poseedor dueño mientras no se pruebe lo contrario. Además, de conformidad con el artículo 752 del C. C., si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa entregada por él, o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada.

A las anteriores consideraciones, se agregan estas otras, concretamente con los cargos que se estudian.

Si es cierto que el actor presentó como prueba de la propiedad de su causante Gumercindo Acosta, un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá, en el cual se halla la tradición del inmueble en litigio, éste certificado no constituye el medio legal probatorio suficiente, eficaz para producir la finalidad perseguida, pues, ventilándose una clara acción de dominio, que busca la restitución de un inmueble, debió presentar la prueba específica correspondiente, la escritura pública registrada, según los términos del artículo 630 del C. J.; y no el certificado del Registrador, que es un elemento complementario de los títulos que requieren la solemnidad del registro, pero, que en ningún caso, constituye el título mismo, y que sólo excepcionalmente, puede servir de prueba supletoria de éste, en el evento del artículo 2675 del C. C., comprobándose, previamente, las situaciones allí previstas.

El mismo razonamiento le es aplicable a los cargos sobre suficiencia del título, exhibido por

el actor, y la carencia de pruebas del demandado. Debiéndose presentar el título escriturario correspondiente a la propiedad del causante Acosta, no se hizo, y el certificado del Registrador no lo reemplaza, o como ya se ha dicho lo suple en este caso.

No se diga, que en los autos hay pruebas de que el demandado Rodríguez intervino en el juicio de sucesión de Gumercindo Acosta, donde el actor obtuvo la hijuela de la adjudicación del inmueble discutido, porque tales probanzas lo que demuestran es, precisamente, todo lo contrario, que no se le permitió esa intervención, por no tener la calidad de heredero que invocaba, quedando en tales condiciones, como simple tercero, en relación con los interesados en aquel juicio. Así las cosas, la cartilla de adjudicación al doctor Córdoba, por sí sola, no forma prueba de su dominio sobre el inmueble que pretende reivindicar frente a Rodríguez. De ahí, la exigencia del sentenciador del complemento de esa prueba con los títulos, o el título que el causante poseía sobre el inmueble, sin llegar a la "probatio diabolica", pues bastaba la presentación de la prueba de la adquisición por parte de Gumercindo Acosta, base principal del planteamiento de la cuestión litigiosa y de donde partió el actor para pedir la declaración de dominio y la consiguiente restitución del inmueble.

Finalmente, por lo que respecta al reparo sobre participación del demandado Rodríguez, en el juicio de sucesión de Gumercindo Acosta, debe anotarse que ni en la demanda, ni en los alegatos de conclusión, ni en las instancias, aparece planteado ni discutido tal hecho, sino que ha sido en la demanda de casación, cuando por el actor recurrente se ha traído a discusión esa circunstancia, que por tratarse de un punto, no de puro derecho, sino de apreciación de la prueba, constituye un clásico medio nuevo, y bastaría este considerando para rechazar el cargo.

En tal virtud, se rechazan los cargos contenidos en los capítulos Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de la demanda de Casación, que, globalmente, se han dejado estudiados.

En cuanto al cargo del capítulo Quinto, relativo a la falta de identificación del inmueble objeto de este litigio, que halló el Tribunal, a través de la inspección ocular, la Sala se abstiene de considerarlo, porque aún en el caso de su prosperidad, no tiene incidencia en la parte resolutiva del fallo, pues la Corte habría de llegar a la misma conclusión absolutoria del sentenciador de instancia, con base en las consideraciones que le sirvieron para rechazar los cargos anteriores. Esto es, que el actor de acuerdo con las leyes y las doctrinas citadas, no ha acreditado el dominio que como elemento esencial exige el artículo 946 del C. C., para la prosperidad de la acción reivindicatoria.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 11 de agosto de 1949, originaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictada en este juicio.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.
El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

ACCION DE SIMULACION — LOS INDICIOS DEBEN SER AVALUADOS EN SU CONJUNTO — CUANDO LA ERRONEA APRECIACION DE INDICIOS PUEDE FUNDAR LA CASACION DE UN FALLO

1—Es tesis aceptada la de que si el sentenciador estudia separadamente varios indicios y los rechaza, porque aisladamente son insuficientes, pero sin examinar si con una debida coordinación y análisis, todos juntos suministran una convicción, no sólo incurre en una apreciación errónea, sino en error de derecho atacable en casación. Porque los indicios deben ser avaluados en conjunto, y sólo su conexión, siendo graves y precisos, induce a una estimación final sobre el hecho que indican o presumen.

2—Defiriendo la ley al convencimiento del sentenciador en lo tocante a la estimación de la prueba de indicios, no cabe acusar en casación por error al respecto, sino en los excepcionales casos en que el Tribunal falte manifiestamente a la lógica, deduciendo de ciertos antecedentes indiciales, algo que carece de vinculación de causalidad con ellos, o de los que dé por probados sin estarlo, o prescinda de los comprobados en forma de que, al haberlos tomado en cuenta, la deducción habría sido distinta.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

Consta por escritura pública número 372 de 25 de agosto de 1945, de la Notaría del Espinal, que la señora Otilia Pérez viuda de Ramírez vendió a su hijo Enrique Ramírez Pérez, varios derechos en bienes raíces, que poseía en comunidad, por la suma de ochocientos pesos ($ 800.-00), que la vendedora declara tener recibidos de su comprador "en cuotas de dinero efectivo, dadas en varias ocasiones y anteriormente (sic), así como en los gastos que está verificando el comprador por razón de la enfermedad que la aqueja, todo lo cual ha sido liquidado a satisfacción, sin quedarle saldo alguno pendiente a su favor".

Por libelo de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y siete, ante el Juzgado Civil del Circuito del Espinal, Eulogio, Enriqueta y María de los Angeles Ramírez, por medio de apoderado, demandaron a su hermano Enrique, para que por sentencia se declare que es relativamente simulado el contrato de compraventa recogido en la escritura citada 372; que como consecuencia de tal solicitud, se disponga que dichos bienes pertenecen a la sucesión de Otilia Pérez de Ramírez; que el acto verdadero que se propusieron realizar los comparecientes, es una donación, que por no haberse celebrado con los requisitos legales y contravenir lo dispuesto en los artículos 1244, 1245 y 1246 del C. C., tan sólo puede entenderse realizada simplemente hasta la cuarta parte de libre disposición de que válidamente podría disponer su madre legítima, de los bienes relacionados, debiéndose reintegrar a la sucesión las tres cuartas partes restantes, para ser distribuídas entre los herederos legítimos de la referida señora Pérez de Ramírez; que se ordene al demandado devolver los bienes con sus frutos y perjuicios, por el acto en cuestión, y que en consecuencia de todo ello, se ordene cancelar el título simulado y su registro.

Como hechos fundamentales de su acción, refieren los actores en el pleito que catorce días antes de su fallecimiento, estando la señora Pérez de Ramírez gravemente enferma y aún con síntomas de perturbación mental, su hijo Enrique se hizo otorgar donación de todos los bienes de su madre, con perjuicio del derecho herencial de sus demás hermanos, simulando una venta por un precio ínfimo, como es la suma de ochocientos pesos ($ 800.00), que no entregó el comprador, ya que con aquel contrato se disfrazaba la donación del total de los mismos al supuesto comprador; que existiendo más hijos legítimos, como son los demandantes, y no habiéndose cumplido con las formalidades legales necesarias para efectuar un acto gratuito de tal

cuantía que lesiona sus derechos de legitimarios, es nulo en la proporción superior a la cuarta parte de esos haberes, de que podía sólo disponer libremente la donante; que el aparente comprador no tenía bienes de fortuna, pues su empleo, que era el de agente de policía, sólo le permitía devengar una asignación mensual de cincuenta y cinco pesos ($ 55.00) y carecía, por lo demás, de todo otro patrimonio.

El demandado contestó oponiéndose a la demanda, negando todos sus hechos, con excepción del parentesco que los liga, manifestando que el contrato de compraventa es perfecto, cierto, real y verdadero; que el precio estipulado se pagó y que la demanda propuesta para la sucesión de la madre carece de interés, como quiera que ella no dejó bienes al morir.

Agotada la tramitación de primer grado, el Juzgado del conocimiento, en sentencia de veintiocho de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, declaró la simulación de la venta y en consecuencia, que son de propiedad de la mortuoria de la señora Pérez de Ramírez, la mitad de los derechos proindiviso, que aparecen vendidos por la escritura número 372, por tratarse de una donación que no podía realizarse sino hasta la mitad de los bienes de la demandante; y dispuso, no obstante tal declaración, la cancelación del registro de dicho instrumento y condenó en costas.

Sentencia acusada

Apeló de esta providencia el apoderado de la parte demandante y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, al cabo de la actuación corresponiente a la segunda instancia, en fallo de veintiseis de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, revocó la recurrida y absolvió al demandado de todos los cargos propuestos.

El Tribunal, luego de algunas consideraciones sobre los principios generales de la simulación como figura jurídicamente lícita y no inductiva por sí mismas del fenómeno de la nulidad, de sus principales divisiones en absoluta y relativa, advierte que en el caso en estudio se trata de una simulación relativa, llamada también parcial o disimulación, en que se pide la prevalencia del acto oculto, para que se declare la ineficacia del aparente, consignado en la escritura pública que se demanda. Observa, para los efectos de la prueba que pueden emplear los actores para demostrar los hechos fundamento de su acción, que éstos no se presentan como continuadores de la persona del causante a ejercitar la acción en los mismos casos en que éste la hubiera podido y querido ejercitar, sino como herederos que atacan un acto que estiman se verificó en fraude de sus derechos herenciales, porque se demeritan y merman sus legítimas. Es decir, asumen para este efecto, el carácter de terceros y con interés directo para ejercitar la acción y alegar su calidad de legitimarios de Otilia Pérez, lo cual les permite acudir, para la demostración de los hechos de la demanda, a todos los medios probatorios, sin la limitación de la contraprueba escrita, o de otra de igual significación legal.

Hace luego el sentenciador el examen detallado de todos y cada uno de los indicios que se consideran demostrados en el informativo, tales como el pequeño sueldo que devengaba el agente Ramírez, quien también probó aumento en su asignación y poseer algunos semovientes, el no haberse contado el dinero en presencia de Notario, el relativo al valor de la venta de los inmuebles por la suma de ochocientos pesos ($ 800. 00) y la estimación pericial de los mismos, que alcanzó a la de mil setecientos pesos ($ 1.700.00); la circunstancia de haberse firmado la escritura en la casa donde residía la vendedora, quien se hallaba enferma; en fin, el parentesco entre los contratantes; el no haber aparecido otros bienes al fallecer la señora Pérez. Observa lo referente a la vida económica de la misma y sus pequeñas actividades comerciales, que no eran otras que las de vivandera.

Acepta que en el momento de firmar la escritura de venta, no se entregó dinero, pero encuentra demostrado que el comprador sostiene que el precio fue cubierto con anterioridad en varias partidas, entre ellas, el pago de médico y enfermero, pago que halla establecido. Con respecto al estado mental, dice el Tibunal que, si bien el enfermero habla de perturbaciones de tal naturaleza, el médico que la asistió lo niega.

Para concluir, afirma el juzgador que no están probados cuatro de los indicios señalados como fundamento de la simulación y que los restantes "no alcanzan la categoría de graves, precisos y conexos que exige la ley, porque no demuestran sin lugar a duda la simulación que se alega, y de ellos pueden deducirse varias conclusiones satisfactorias, no relacionadas con la simulación". Para el Tribunal, los hechos indiciarios, tomados aisladamente o en conjunto, no conducen a la convicción jurídica de que entre los otorgantes se realizó un acto de donación bajo

el disfraz de compraventa. Que aún pudiera llegarse hasta suscitar dudas acerca de la verdadera intención de los contratantes, lo que no autorizaría, por esta sola circunstancia, para hacer las declaraciones impetradas.

El recurso:

Se encuentra a consideración de la Corte este negocio, que hoy se decide por estar legalmente preparado, a virtud del recurso de casación propuesto por los demandantes.

Se funda en la causal primera del artículo 520 del C. J. y 1766 del C. C. y se formulan contra la sentencia, los siguientes reparos, a saber:

A) Violación de los artículos 593 y 665 del C. C. en el examen de la prueba indicial aportada al juicio, al proponerse "encontrar la simulación a través de una pretendida relación directa entre ella y los hechos analizados, con olvido de que la prueba por indicios es por su naturaleza indirecta, olvidando también que es compleja y no simple, y finalmente, sin detenerse el fallador a considerar que el poder de convicción de este medio de prueba, radica no tan sólo en la fuerza demostrativa de cada uno de sus elementos aisladamente considerados, sino principalmente y por sobre todo, en la conexión y correspondencia de todos ellos entre sí, en orden a la estructuración de una figura jurídica dada".

Se alega que es tesis aceptada por la Corte, la de que si el sentenciador estudia separadamente varios indicios y los rechaza porque aisladamente son insuficientes, pero sin examinar si con una debida coordinación y análisis, todos juntos suministran una suficiente convicción, no sólo incurre en una apreciación errónea, sino en error de derecho, atacable en casación, porque los indicios deben ser avaluados en conjunto, y sólo su conexión, siendo graves y precisos, induce a una estimación final sobre el hecho que indican o presumen.

Señala como elementos mal apreciados, por ser, a su juicio, claros y precisos, y que en conjunto llevan al ánimo del juzgador la convicción de la simulación que se demanda, entre otros, el resultante del precio vil fijado en la escritura de compra por el demandado, de todos los bienes de la madre, señalado en ochocientos pesos ($ 800.00), cuando el valor real de la operación es de mil setecientos cincuenta pesos y treinta centavos ($ 1.750.30); la circunstancia establecida y no apreciada, de que el demandado no denunciaba renta, demostrando con ello su precaria situación económica; el mal estado de salud de la vendedora, establecido con testimonios que demuestran su agotamiento físico y ninguna autonomía en su voluntad, que hicieron propicio el terreno para que el hijo lograra la donación de todos sus bienes; las anteriores, antiguas y constantes manifestaciones de la presunta vendedora, de que sus modestos haberes eran para sus hijos; la redacción un tanto mañosa de la escritura, en cuanto a la forma del pago del precio; las presunciones de donación resultantes de haberse celebrado el contrato entre madre e hijo, establecidas por la ley 63 de 1936, **et sic de coeteris.**

B) Error de hecho en la apreciación de los indicios, que el Tribunal declaró como no probados, que lo llevó a violar el artículo 66 de la ley 63 de 1936, 606 y 665 del C. J. sobre el valor de la prueba de confesión, y 645, en armonía con el 1759 del C. C., en cuanto al recibo del impuesto de donaciones firmado por el demandado e inserto en la escritura número 372, que no fue tomado en cuenta.

Dice que el Tribunal, al no tener en cuenta el precio bajo señalado en la compraventa, en relación con el verdadero valor señalado a la finca, no sólo dejó de apreciar tal prueba, sino la resultante de las exposiciones de los testigos Domingo Murillo, Guillermo Osorio, quienes afirman que por la época del contrato, la hectárea de terreno en las comunidades enajenadas, valía a quinientos pesos ($ 500.00) hectárea, lo que produce mayor desproporción en el precio.

No tuvo en cuenta el juzgador —agrega— la situación de inferioridad para expresar libremente su voluntad, en que se encontraba la señora Pérez, en presencia de su hijo y dada la enfermedad que la aquejaba. Ni el dicho del propio facultativo que la asistía, quien declara que "la enfermedad agobió rápidamente a la paciente".

Para resolver, se considera:

La Sala expresa, que es tesis aceptada la de que, si el sentenciador estudia separadamente varios indicios y los rechaza, porque aisladamente son insuficientes, pero sin examinar si con una debida coordinación y análisis, todos juntos suministran una convicción, no sólo incurre en una apreciación errónea, sino en error de derecho atacable en casación. Porque los indicios deben ser avaluados en conjunto, y sólo su conexión, siendo graves y precisos, induce a una

estimación final sobre el hecho que indican o presumen. (G. J., Tomo 43, pág. 327).

Pero no puede decirse, que en el presente caso, el sentenciador haya incurrido en ese error, porque sí estudió las pruebas de presunción e indicios, llegando a la conclusión de que no estaban demostrados los hechos relacionados, ya con el estado mental de la vendedora, o con la fama pública de ser simulado el contrato efectuado con su hijo sobre venta de ciertos derechos, o la falta de capacidad económica del adquirente y su imposibilidad para poseer la suma que cubrió como precio, y en fin, lo reducido del valor señalado a los bienes, etc. Con respecto a estos dos últimos hechos, encontró el Tribunal, que el sueldo del agente, que se lo cubrían en dinero, deduciéndole una parte módica por alimentación, vestido, etc., le permitía haber ahorrado una suma que completó con algún ganado que poseía. Que dado que los derechos adquiridos eran en comunidad, en que su estado de indivisión desvaloriza la propiedad, el precio de ochocientos pesos no le parecía efectivamente reducido. Agrega que los restantes indicios no alcanzan la categoría de graves, precisos y conexos, porque no demuestran, sin lugar a duda, la simulación que se alega y de ellos pueden deducirse varias conclusiones satisfactorias, no relacionadas con la simulación.

Por regla general, dice el artículo 665 del C. J., los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad precisión y conexión las confía la ley al Juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación.

Finalmente, llega el juzgador a la conclusión, después de un estudio muy detallado de la prueba, "que los hechos indiciarios tomados aisladamente o en conjunto, no llevan a la convicción judicial de que entre los contratantes Ramírez y Pérez de Ramírez se llevó a cabo una donación bajo el disfraz de una compraventa".

Lo expresado indica que no puede prosperar el cargo referente al error de hecho o de derecho, en la apreciación de las pruebas, de cuyo análisis el Tribunal deduce no estar acreditada con la prueba indicial aducida, la simulación alegada.

Acerca de esto último, se recuerda que, defiriendo la ley al convencimiento del sentenciador en lo tocante a la estimación de la prueba de indicios, no cabe acusar en casación por error al respecto, sino en los excepcionales casos en que el Tribunal falte manifiestamente a la lógica, deduciendo de ciertos antecedentes indiciales, algo que carece de vinculación de causalidad con ellos, o de que los dé por probados sin estarlo, o prescinda de los comprobados en forma de que, a haberlos tomado en cuenta, la deducción habría sido distinta. Nada de ésto ocurre en la presente causa.

Los artículos 606, 632, 647, 665, 669 y 697 del C. J. son disposiciones sobre el valor de las pruebas, que no tienen **per se** el carácter de sustantivas, así como los artículos 1758 y 1759 del C. C., sobre qué es un instrumento público y su valor probatorio. Tales preceptos no dan por sí solos base para casar una sentencia, sino que es preciso que de la violación de una de esas disposiciones, resulte infringida la otra norma sustantiva, por no haberse aplicado, o haberse aplicado erróneamente una de orden procesal.

Se citaron como normas sustantivas violadas, los artículos 742 y 743 del Código Civil, de las cuales se deduce que para que la tradición sea válida, debe ser hecha voluntariamente por el tradente, o su representante y consentida por el adquirente o representante. Pero ya se vio que no se demostró el estado o la circunstancia que pudiera dar lugar a considerar la falta de voluntad de la vendedora para enajenar, ni motivo alguno para deducir que no hubo en los contratantes intención, en la señora Pérez de Ramírez de vender, ni en su hijo la de comprar.

El artículo 1766 del C. C., también mencionado entre los violados, hace ver qué requisitos ha de llenar una contraescritura pública para que tenga alcances contra terceros la alteración de lo pactado en instrumento público, a tiempo que en su inciso primero, niega tal alcance contra éstos a lo que en tal sentido acuerden los contratantes por escrito privado, lo que, al entender de la Corte, como se ha expresado, **a contrario sensu,** indica que entre los contratantes sí tienen eficacia en tal sentido, los convenios de esta clase o índole.

Aquí, si bien se trata de terceros interesados en descubrir el contrato que se dice oculto o disimulado y que lesiona su legítima hereditaria, ya se vio que tal cosa no pudo demostrarse, porque

a juicio del juzgador, la prueba indiciaria no fue suficiente, y tal concepto no puede variarse en casación, por no haberse demostrado un error evidente en su apreciación.

Hace el recurrente especial capítulo de acusación, del hecho de que el comprador, por ser hijo de la vendedora, se allanó a pagar el impuesto de donaciones, siendo así que, si se trataba de una verdadera venta, y no simulada, no había por qué cubrir tales derechos. El Tribunal, con sano criterio, consideró que la presunción de donación de que habla el artículo 66 de la ley 63 de 1936, es para los efectos fiscales, y que siendo bastante difícil y demorado el trámite para probar contra la presunción, en la mayoría de los casos, los interesados cubren el impuesto, circunstancia que pudiera tenerse, a lo sumo, como un indicio más, no como prueba de confesión.

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 Ibagué, de fecha veintiseis de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

REQUISITOS DE LA COSA JUZGADA — OBJETO Y CAUSA DEL JUICIO — CONTRATO DE PRENDA

Para que la cosa juzgada surta efectos en otro juicio, se requiere —como lo estatuye claramente el artículo 474 del Código Judicial— que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera, y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes.

El objeto de la demanda consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman de la justicia, y por causa debe entenderse el hecho jurídico que sirve de fundamento a la pretensión. El hecho jurídico es el mismo, cuando en el nuevo juicio se aduce el mismo hecho específico ya invocado en el anterior.

2—Tratándose de créditos dados en prenda, cabe dentro de la concepción de acto conservatorio la obligación del acreedor prendario de cobrar oportunamente los créditos o frutos del crédito y de ejercitar contra el deudor moroso las acciones judiciales tendientes a asegurar el pago puntual del crédito, para evitar que éste se merme o perjudique por razón exclusiva de su renuencia a cumplir este acto de conservación.

Pero siendo la prenda un contrato bilateral, es indudable que la primera noción elemental que de una convención de esta índole se desprende, es la de dar y dar, vale decir, hacer un cambio, obtener una equivalencia. Como quiera que de todo contrato bilateral nacen obligaciones recíprocas, presididas por un elemental concepto de justicia conmutativa en el campo de las relaciones económicas, pugnaría con naturales principios de equidad y sería absurdo jurídicamente, permitir que una vez creadas por la expresa voluntad de las partes, pudieran vivir y progresar y ser exigibles con absoluta independencia la una prestación de la otra que le sirve de equivalencia. Antes bien, si hacemos de esa contraprestación o contravalor, como dicen los economistas, un elemento esencial del contrato bilateral, se llega a tener hasta la noción de causa como factor de validez del pacto, para que el contratante cumplido obligue a su contraparte a cumplir su respectiva prestación, a fin de impedir un enriquecimiento sin causa.

En presencia de un pacto bilateral y real como el de prenda, cuyo carácter accesorio es manifiesto, ya que tiende exclusivamente a asegurar el exacto cumplimiento de una obligación principal a la que accede, es lógico y jurídicamente exacto que todas las obligaciones del acreedor prendario están acompasadas al hecho de que el deudor que constituyó la prenda haya cumplido fiel y oportunamente sus recíprocas prestaciones.

Para asegurar este equilibrio entre las partes vinculadas por una relación jurídica bilateral, el legislador ha consagrado sanciones eficaces que doten a las obligaciones que de ella nacen, de fuerza coercitiva y operante. Los artículos 1546 y 1609 del C. C., entre otros, son instrumentos jurídicos que cumplen a cabalidad estos fines y proporcionan al contratante cumplido, medios eficaces para obtener el aniquilamiento de la convención o para constreñir al deudor moroso a cumplir su prestación.

Fielmente interpretado, el artículo 1609 mencionado eleva a la categoría de norma estos principios. Si en el pacto no se ha determinado cuál de las prestaciones debe cumplirse primero, cualquiera de las partes puede negarse a hacerlo, mientras la otra, a su vez, no cumpla o se allane a cumplir lo debido. Y en tal evento, si el contratante renuente pretende obligar a la otra a rendir su contraprestación, ésta puede rehusar su obligación, fundada en tales principios de equidad y en el artículo 1609 que los consagra, reteniendo provisionalmente la prestación que se impuso contractualmente. De ahí nace la llamada excepción de inejecución, derivada del contrato no cumplido y denominada "exceptio non adimpleti contractus", fundada en esas normas

de justicia conmutativa y en aquella que preside la vida de los negocios bilaterales, consistente en que cada parte es acreedora de la otra.

3—No es requisito indispensable para poder exigir el pago de lo que el gestor adeude como consecuencia del ejercicio de un mandato, la rendición o discusión previa de las cuentas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Los antecedentes de este pleito, propuesto por José Gabriel Quintana M. contra el National City Bank de New York, Sucursal de Bogotá, los relata así el Tribunal Superior de esta ciudad en su sentencia de diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve:

"El 17 de noviembre de 1931 el señor José Gabriel Quintana M. se obligó por medio de documento a pagar al National City Bank de New York o a su orden, en sus oficinas de Bogotá, el 25 de noviembre de 1931, la suma de veinte mil quinientos cuarenta y nueve dólares oro americano, en moneda de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda colombiana que tenía recibidos en mútuo desde mucho antes del 25 de septiembre de 1931, pues ese préstamo con sus garantías se había venido renovando parcialmente según consta en el documento de 9 de abril de 1931.

"En garantía **prendaria** del crédito el deudor Quintana entregó al Banco acreedor varios automóviles y dos volquetas, aparte de créditos representados en letras al cobro de clientes suyos cuyo monto nominal ascendía a cuarenta mil ochocientos sesenta y dos pesos con noventa y nueve centavos m. c.

"Como el referido deudor no pagara oportunamente, el Banco, ejercitando acciones legales de cobro coercitivo, llevó a remate por conducto del Martillo de la Bolsa de Bogotá S. A. los automóviles que aquél le había dado en prenda y dejó perjudicar en su poder y consumarse la prescripción cambiaría de las letras empeñadas.

"Por estas causas y con base en los hechos que expresa el correspondiente libelo de demanda, Quintana inició ante el Juzgado del Circuito de esta ciudad juicio ordinario de mayor cuantía contra el National City Bank de Nueva York, debidamente representado, con el fin de obtener la **nulidad** del remate de ocho vehículos automotores, verificado en el Martillo de la Bolsa de Bogotá S. A. el día 16 de enero de 1933 y, como consecuencia de esa nulidad, obtener una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por ese remate.

"Con independencia de esas pretensiones el demandante Quintana dedujo también en aquel juicio contra el Banco acreedor, una acción de perjuicios derivada de culpa contractual, encaminada a que se condenara al National City Bank, Sucursal de Bogotá, a pagar al demandante dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los daños y perjuicios que le causó por su culpa o negligencia en la cobranza de las letras y pagarés que el demandante dio en prenda a dicha entidad Bancaria, endosados para su cobro y con obligación de aplicar el importe a la extinción de la deuda, y que por culpa o negligencia del Banco demandado se han convertido en incobrables (Súplica 9ª de la demanda).

"La causa correspondiente se adelantó y feneció en primera instancia ante el Juzgado 6º Civil de este Circuito, en segunda instancia en este Tribunal, y en recurso de Casación ante la H. Corte, y fue decidida mediante las respectivas sentencias definitivas de 4 de julio de 1939, 9 de junio de 1942 y 27 de mayo de 1943. De dichos fallos interesa destacar ahora que motivaron en capítulo especial el extremo litigioso referente a la **culpa contractual** del Banco por el concepto de la falta de cobro oportuno de las letras y pagarés que el demandante le había entregado en prenda. La sentencia de primera instancia y la de la Honorable Corte Suprema con que terminó el litigio concluyeron al efecto reconociendo a favor del Banco demandado la excepción perentoria de contrato no cumplido, **non adimpleti contractus,** en razón de que si bien es cierto que el Banco descuidó el cobro oportuno de la prenda crediticia, el deudor Quintana estaba a su turno constituído en mora de cumplir sus compromisos con el Banco; por ello en la precitada sentencia de casación la Corte falló en instancia, casando la sentencia del Tribunal y reformando la del Juzgado, para fallar en definitiva el pleito mediante una absolución total de las dos entidades demandadas, puesto que decidió así: "No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en el libelo inicial de cuyos cargos se absuelve a los demandados". Copias debidamente autenticadas de las referidas sentencias obran en este juicio, traídas en forma legal por la parte demandada. (C. Nº 6).

I. — **Objeto de este pleito**

La demanda con que el señor José Gabriel Quintana M., mayor y de esta vecindad, acciona de nuevo por medio de apoderado especial contra la misma entidad denominada The National City Bank of New York, Sucursal de Bogotá, **absuelta**, totalmente en la controversia ordinaria anterior, solicita:

"**Primera.**—Que la entidad demandada National City Bank of New York, Sucursal de Bogotá, violó los contratos de mútuo con garantía prendaria constituídos en esta ciudad, por documentos otorgados por mi mandante José Gabriel Quintana M. a favor del mencionado Banco, de 9 de abril de 1931, de su renovación de 9 de julio del mismo año, de 17 de noviembre del citado año, cuyo plazo fue prorrogado por acreedor y deudor de común acuerdo en nota extendida y firmada al pie de este último documento el 24 de diciembre de 1931; y el consignado en la escritura Nº 393 de 23 de abril de 1931, otorgada ante el Notario 3º de este Circuito por mi poderdante Quintana M., a favor de la señora Lucrecia Sabogal de Laverde y del señor Bernardo Laverde, cedidos a dicho Banco, por las siguientes razones:

"a) Por no haber oportunamente iniciado las medidas coercitivas legales del caso tendientes a la efectividad de las letras que recibió en prenda para abonar al expresado crédito, de acuerdo con lo pactado en el documento del 17 de noviembre de 1931.

"b) Por no haber respetado la ampliación implícita del plazo estipulado en la obligación prendaria por efectos de la obligación que se impuso el Banco del cobro de los créditos que tenía en prenda para cubrirse del resto pendiente de su acreencia con mi poderdante Quintana M.

"c) Por la violación del embargo y depósito judicial constituído de los automóviles y volquetas que habían sido entregadas al depositario nombrado señor Arturo Quintana y que se encontraba por tanto bajo su absoluta responsabilidad, ordenando romperlos por debajo para penetrar en ellos y mandarles hacer otras llaves para abrirlos, contra expresa voluntad y consentimiento del depositario quien conservaba las llaves de éstos y se opuso abiertamente a tales actos de atropello y violación del depósito.

"d) Por no haber cumplido con la obligación que se impuso de cobrar las letras y créditos dados en prenda y destinado el valor de éstos al pago de la deuda sino que con prescindencia de esta obligación procedió a demandar a mi mandante señor José Gabriel Quintana M., y a pasar al Martillo de la Bolsa de Bogotá, los automóviles y volquetas también pignorados, para su remate.

"e) Porque la obligación que consta en documento de 17 de noviembre de 1931, firmado en esta ciudad por el señor José Gabriel Quintana M. como deudor de la cantidad de veinte mil quinientos cuarenta y nueve dólares, oro americano y a favor del National City Bank of New York, de Bogotá, quedó modificada, tanto en la forma del pago de la deuda, como en el plazo determinado para su pago al someterse o sujetarse a la obligación contraída por el Banco del cobro de las letras y créditos materia de la prenda y destino del valor de éstas al pago y reducción de la expresada deuda.

"f) Porque mi nombrado poderdante señor José Gabriel Quintana M. no estaba en mora de pagar la cantidad debida, ni de intereses, al National City Bank of New York de esta capital, según la obligación constituída en documento de 17 de noviembre de 1931, firmada en esta ciudad, cuando el Banco ordenó disponer de los automóviles y volquetas, dados en prenda; y cobró la acreencia pues tanto el plazo, como el pago de la deuda estaban sujetos a la obligación del Banco del cobro de las letras y créditos prendarios; el destinar su valor al pago y reducción de la cantidad debida.

"g) Porque con el valor de las letras y créditos que tenía en prenda el National City Bank of New York de Bogotá, por la cantidad de cuarenta mil ochocientos sesenta y dos pesos moneda corriente, era más que suficiente para cubrir la deuda del Banco, o al menos reducir al extremo tal cantidad, si hubiese el Banco cumplido con la obligación de cobrar tales letras y créditos destinando el valor de éstas al pago de la deuda de veinte mil quinientos cuarenta y nueve dólares oro americano.

"h) Por haber dispuesto a su arbitrio y en beneficio propio exclusivamente, por un precio ínfimo, con manifiesto perjuicio de su deudor, de los automóviles y volquetas, objeto también de la prenda de los contratos mencionados; y de exigir el pago de su acreencia sin haber promovido las acciones conducentes a la efectividad y pago de las letras materia de la prenda para cubrir la deuda pendiente de mi poderdante.

"i) Por violación expresa al mandato de la Ley 37 y Decretos Ejecutivos números 711 y 945 de 1932; por caso omiso al requerimiento de pago de

tal suma que le hizo mi representado Quintana M. por medio del Notario 1º de este Circuito, como consta de la escritura pública número 1921 de 26 de diciembre de 1932; y de proceder a disponer de la prenda, prescindiendo de la rebaja o del plazo establecido en la citada Ley y Decretos.

"j) Por violación del precepto 15 de la Ley 37 de 1932 en su inciso final que establece: que la suspensión de los remates se aplicará a los casos de venta de la prenda comercial, agraria o industrial. El Banco, pues, al dejar de cumplir con las obligaciones legales que impuso la citada Ley 37 la violó abiertamente, y esto con detrimento del patrimonio de mi mandante.

"k) Por haber hecho efectivo, coercitivamente, el título de crédito otorgado a favor del Banco y a cargo de Quintana; por haber violado el contrato de mandato que vincula al Banco con Quintana.

"**Segunda.**—Que como consecuencia de la declaración anterior, por alguna o algunas de las razones expuestas, se condene a la nombrada entidad bancaria, National City Bank of New York de Bogotá, a lo siguiente:

"a) A pagar a mi representado José Gabriel Quintana M. seis días después de ejecutoriada la sentencia, el valor de las letras o créditos que el Banco recibió en prenda de Quintana M. y que se obligó a cobrar para abonar al crédito que Quintana M. restaba por pagar al Banco entonces, o sea el día 17 de noviembre de 1931, como consta en dicho documento; deducida la cantidad pactada de honorarios y las costas de los juicios.

"b) A reconocer y pagar a Quintana M. los intereses comerciales estipulados o legales correspondientes a todas y cada una de las letras y créditos, o sea la cantidad que representan dichas letras o créditos, desde que se hicieron exigibles, hasta cuando el Banco pague a Quintana M. el valor de las letras y créditos, objeto de la prenda.

"c) La restitución y entrega por la sociedad bancaria demandada a mi representado José Gabriel Quintana M. seis días después de ejecutoriada la sentencia, de los automóviles y volquetas materia de la prenda, perfectamente nuevos, conforme a sus marcas, números, modelos, dimensiones, capacidad, forma y condiciones establecidas en el contrato de prenda, que son:

1 Limousine 7 pasajeros motor número 30756 HC carrocería número 40374 marca "Stutz".

1 Turismo 5 pasajeros, motor 28200HC, carrocería número 28194, marca "Black Hawk".

1 Victoria-Coupé, 2 pasajeros, motor Nº 92812-HC, carrocería Nº 71683, marca "Stutz".

1 Chantilly Sedán 5 pasajeros, motor número 28217-HC, carrocería número 28216, marca "Black Hawk".

Chatilly-Sedan 5 pasajeros, motor Nº 28137-HC, carrocería Nº 28119, marca "Black Hawk".

1 volqueta 3 toneladas, motor número 159226, chasís número 17161.

1 volqueta 2 toneladas, motor número 169670, chasís número 14180, marca "Sterling".

"Y en caso de que el Banco no cumpla oportunamente, dentro del plazo que el Juzgado le señale, con esta obligación de hacer, sea condenado a indemnizar al demandante el valor en que sean estimados los correspondientes perjuicios en el curso de este juicio, y en su defecto, mediante la regulación observada por el artículo 553 del C. J.

Estos perjuicios de orden material, se objetivan y consisten en los siguientes:

"a) La venta de los automóviles a precio vil; b) La persecución vejatoria que padeció Quintana en la Bolsa; c) El haber dejado perjudicar la cuantiosa cartera que le estaba pignorada; d) El haber privado a Quintana de la posibilidad de haber efectuado, por la vía ejecutiva, las letras e instrumentos negociables, constitutivos de la prenda, y cuyo valor en cartera es la suma de cuarenta mil ochocientos sesenta y dos pesos, noventa y nueve centavos ($ 40.862.99) m. c.

"d) A pagar a favor de mi representado Quintana M. las costas del juicio, si hubiera oposición".

Primeras subsidiarias

"En subsidio de las peticiones anteriores, solicito se hagan a favor de mi poderdante José Gabriel Quintana M. y en contra del National City Bank of New York, Sucursal de Bogotá, las condenaciones siguientes:

"a) A pagar a mi representado Quintana M., seis días después de ejecutoriada la sentencia, en esta ciudad, la cantidad de treinta y nueve mil ochocientos sesenta y tres pesos con noventa y nueve centavos moneda legal ($ 39.863.99), correspondiente al valor pendiente de las letras o créditos dados en prenda para Quintana M. al Banco, deducidos los gastos de su cobranza, que son y figuran en el contrato mutuo prendario de 17 de noviembre de 1931.

"b) A pagar a mi poderdante Quintana M. los intereses legales de la cantidad de treinta y nueve mil ochocientos sesenta y tres pesos con no-

venta y nueve centavos moneda legal, desde el 17 de noviembre de 1931, hasta cuando el Banco pague a mi poderdante Quintana M. la expresada cantidad.

"c) A pagar a mi representado José Gabriel Quintana M. seis días después de ejecutoriada la sentencia, en esta ciudad, la cantidad de cuarenta y tres mil doscientos pesos moneda legal, valor de los automóviles y volquetas que recibió el Banco en prenda de Quintana M. y que tenían éstos en la época y a tiempo en que el Banco ordenó disponer de ellos o venderlos; y en defecto de esto, el precio comercial de dichos efectos mediante la respectiva tasación pericial.

"d) A pagar a favor de mi poderdante Quintana M. los intereses legales de la cantidad de cuarenta y tres mil doscientos pesos moneda legal, desde el 16 de enero de 1933, en que dispuso el Banco demandado de los carros dados en prenda, hasta cuando la denominada entidad bancaria pague a mi representado la cantidad antes expresada.

"e) A pagar las costas del juicio si hubiere oposición.

"Segundas subsidiarias

"En subsidio de las peticiones subsidiarias anteriores, solicito se hagan a favor de mi poderdante José Gabriel Quintana M. y en contra de la entidad bancaria demandada The National City Bank of New York de Bogotá, las condenaciones siguientes:

"a) A pagar a mi nombrado representante (sic) José Gabriel Quintana M., seis días después de ejecutoriada la sentencia, en esta ciudad, la cantidad de ciento sesenta mil pesos moneda legal, en que se estiman los perjuicios materiales sufridos por mi poderdante señor José Gabriel Quintana M. por causa de la violación del contrato de prenda por el Banco demandado; o la que se estime por peritos en el juicio.

"b) A pagar a favor de mi poderdante José Gabriel Quintana M. la cantidad de dos mil pesos moneda legal en que se estiman los perjuicios morales, ocasionados a mi representado Quintana M. por los actos ejecutados por la entidad demandada The National City Bank of New York de Bogotá, que acabó con su crédito y reputación comercial y el buen nombre que tenía y de que gozaba como comerciante cumplido y correcto en sus operaciones y que arruinó completamente su personalidad comercial y moral; o la que se estime y fije por medio de peritos en el término de prueba del juicio".

Hechos

"1º Que por medio de los documentos de 9 de abril, 9 de julio y 17 de noviembre de 1931 y el que aparece en la escritura número 393 de 23 de abril del año mencionado, otorgada en la Notaría 3ª de este Circuito, mi poderdante José Gabriel Quintana M. recibió en mutuo, desde antes del día 25 de septiembre del citado año, del National City Bank of New York de Bogotá, la suma de veinte mil quinientos cuarenta y nueve dólares, oro americano, en moneda de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda de oro colombiano del peso y ley especificados en el actual Código Fiscal, con intereses a la rata del 9% anual, en el plazo estipulado, y en caso de mora y durante ella, intereses al 12% anual.

"2º Que como garantía de la cantidad mutuada, intereses y costas de las obligaciones anteriores, mi mandante José Gabriel Quintana M. dio y el Banco recibió en calidad de prenda, desde el mes de junio de 1930, conforme al contrato de fecha 9 de abril de 1931 y de su renovación de 9 de julio del citado año, letras al cobro a cargo de clientes de mi representado Quintana por la suma total de cuarenta mil ochocientos sesenta y dos pesos veinte y ocho centavos, moneda corriente; letras y créditos que fueron cedidos para el cobro y registrados en los libros del Banco, determinados anteriormente; como también, automóviles y volquetas, que relaciona y determina el contrato de 17 de noviembre de 1931 y cuyo importe de compra fue la cantidad de cuarenta y cinco mil pesos moneda legal, especificados anteriormente.

"3º Que de acuerdo con el contrato de mutuo con prenda, celebrado ante el National City Bank of New York de Bogotá y José Gabriel Quintana M., el nueve de abril de 1931, y las renovaciones del mismo contrato de nueve de julio de 1931, y de 17 de noviembre de 1931, de 24 de diciembre de 1931 y el de la escritura número 393 de 23 de abril de 1931, otorgada ante el Notario Tercero de este Circuito, el Banco acreedor tenía simultáneamente el derecho y la obligación de abonar, con imputación al crédito, todas las sumas, y cualquier suma que, procedente de los cobros, y producido de la cartera pignorada, recaudara; imputación o abono que debía efectuar contra el recibo o recaudo de los producidos de dicha cartera. Así las cosas, y por cuanto el Banco acree-

dor no rindió en ninguna ocasión al señor Quintana cuenta alguna sobre el movimiento de la prenda, y sobre las imputaciones de abonos, que con base en dicho movimiento, debía ser al crédito, y por cuanto ese movimiento no recibió nunca aprobación del señor Quintana, cuando el Banco en seis de febrero de mil novecientos treinta y dos dio aviso a Quintana de que la prenda sería enviada al Martillo, no tenía a su favor, el Banco, crédito exigible, ejecutivamente a cargo del deudor Quintana, pues no estaba determinado el saldo líquido, exigible de la obligación contractual que los vinculaba.

"4º Que por cuanto el 16 de enero de mil novecientos treinta y tres, el Banco acreedor subastó en el Martillo de la Bolsa de Bogotá, la prenda constituída a su favor por Quintana, consistente en los ocho automotores determinados y especificados en el contrato prendario, sin que para este día hubiese saldo líquido a cargo de Quintana, y a favor del Banco, en razón del contrato prendario que los vinculaba; inexigibilidad de dicha obligación en cuanto ilíquida, ya que Quintana no tenía noticia ni había recibido cuenta del Banco sobre el movimiento de la cartera pignorada, que debía cobrar o abonar a su producido al crédito, el Banco con este hecho concreto de su conducta, al hacer efectivo por sí y ante sí contra Quintana, un crédito que no arrojaba saldo líquido, no podía cobrarse coercitivamente, violó la ley del contrato que lo vinculaba para con Quintana.

"5º Que esta conducta del Banco, violatoria del contrato de mutuo prendario, violatoria de la ley bancaria, y de los derechos del deudor Quintana, determinó perjuicios en el patrimonio de Quintana, susceptibles de estimación pecuniaria.

"6º Que el Banco ha continuado, y continúa hoy, reteniendo en su poder los títulos de la cartera que le fue pignorada y el Banco no ha ejercitado acción alguna legal tendiente a hacerse efectivos los valores de dicha cartera por cuanto tiene en su poder los títulos respectivos.

"7º Que el Banco, al aceptar el contrato de mutuo con garantía prendaria, a más de acreedor se constituyó en mandatario especial de Quintana, para el cobro y administración de la cartera que le fue entregada en prenda, y el Banco no cumplió con ninguna de las obligaciones que el contrato de mandato le impuso, violando así por omisión y negligencia, el contrato que los vinculaba.

"8º Que el National City Bank of New York de esta ciudad recibió de mi mandante Quintana M. las prendas a que se refiere el documento del 7 de noviembre de 1931, desde el mes de junio de 1930.

"9º Que los gastos ocasionados por el mantenimiento y conservación de la prenda, como pago de arrendamiento de garage, traslado de un lugar a otro de los automotores, como los gastos que ocasionara la cobranza judicial de las letras y créditos dados en prenda, eran por cuenta de mi poderdante Quintana M.

"10º Que el plazo de contrato de mutuo con garantía prendaria a que se refiere el documento de fecha 17 de noviembre de 1931 fue prorrogado de común acuerdo entre el National City Bank of New York de esta ciudad, como acreedor y mi mandante José Gabriel Quintana M. como deudor, por nota puesta y firmada al pie de dicho documento el 24 de diciembre de 1931, hasta el día 23 de enero de 1932.

"11º Que el National City Bank of New York de esta ciudad, sin cumplir la obligación que contrajo por su parte del cobro de las letras y créditos prendarios y destinar el valor de éstos al pago y reducción de la cantidad debida por mi mandante José Gabriel Quintana M. ordenó disponer, el 6 de febrero de 1932, de los automotores materia de la prenda, por un precio ínfimo con exclusivo beneficio de tal entidad bancaria demandada.

"12º Que el Banco, estando embargados y depositados judicialmente los automotores objeto de la prenda, ordenó disponer de ellos y violentar el secuestro judicial, tomándolos de hecho y haciéndolos romper por debajo para penetrar dentro de éstos, a abrirlos y a hacerles otras llaves, sin consentimiento y contra expresa voluntad del depositario nombrado.

"13º Que el Banco, en forma alguna, contestó al requerimiento que le hizo mi representado José Gabriel Quintana, para el pago de la acrencia prendaria, por medio del Notario 1º de este Circuito, el 26 de diciembre de 1932, como consta de la escritura número 1921 que acompaño con esta demanda.

"14º Que el National City Bank of New York de Bogotá, obró con absoluto desacato de la Ley 37 y decretos ejecutivos números 711 y 949 de 1932, al cobrar la cantidad debida sin sujetarse al descuento del 30% del valor de la acreencia, o al plazo de tres años que la Ley y Decretos mencionados establecían.

"15º Que el National City Bank of New York de Bogotá, se obligó a cobrar y hacer efectivas las letras y créditos que recibió en prenda como garantía de la cantidad que le debía mi repre-

sentado José Gabriel Quintana M. y destinar el valor de dichas letras y créditos al pago de tal acreencia, como consta del documento firmado en esta ciudad el 17 de noviembre de 1931 por el referido Banco.

"16º Que el National City Bank of New York de Bogotá, no cumplió con la obligación que se impuso de cobrar las letras y créditos que recibió de mi mandante José Gabriel Quintana M. en prenda; y destinar su valor al pago o reducción de la acreencia, conforme al documento firmado en esta ciudad el 17 de noviembre de 1931; y por la omisión de tal cobro de esas letras y créditos prescribieron y se hicieron incobrables, por haber transcurrido más de cuatro años desde que se hicieron exigibles; y el Banco no hizo diligencia alguna para interrumpir su prescripción.

"17º Que el plazo de la obligación firmada por mi poderdante José Gabriel Quintana M. al National City Bank of New York de Bogotá, consignada en documento de 17 de noviembre de 1931 prorrogada el 24 de diciembre del mismo año, quedó sujeto al cobro y pago del valor de las letras y créditos que debía hacer el Banco para cubrir con tal valor la mencionada acreencia o reducir el monto de ésta.

"18º Que el National City Bank of New York, Sucursal de Bogotá, por la obligación que se impuso del cobro de las letras y créditos que tenía en prenda y destinar su producto a reducir la cantidad debida o al pago de ésta, carecía de derecho para demandar y exigir el pago de tal deuda, a mi mandante José Gabriel Quintana.

"19º Que el National City Bank of New York, Sucursal de Bogotá, dispuso, sin poder hacerlo en forma alguna, de la prenda de los carros, automóviles y volquetas, antes de haber cobrado las letras y créditos prendarios que se obligó a cobrar, y destinar al pago de la acreencia; para saber si alguna cantidad o deuda quedaba pendiente a cargo de mi mandante José Gabriel Quintana M. y a favor del nombrado Banco.

"20º Que la obligación consignada en el documento de fecha 17 de noviembre de 1931, firmada en esta ciudad por mi poderdante José Gabriel Quintana M. como deudor de la cantidad de veinte mil quinientos cuarenta y nueve dólares, oro americano, en moneda de los Estados Unidos de América, y a favor del National City Bank of New York de esta ciudad, quedó reformada tanto en la forma del pago de la deuda, como del plazo fijado para dicho pago, pues se sujetó a la obligación contraída por el Banco del cobro de las letras y créditos materia de la prenda y destino de su valor al pago y reducción de la expresada deuda.

"21º Que mi poderdante José Gabriel Quintana M. no estaba obligado a pagar al National City Bank of New York de Bogotá, la cantidad de veinte mil quinientos cuarenta y nueve dólares, oro americano, en moneda de los Estados Unidos de América, que consta en el documento firmado en esta ciudad el 17 de noviembre de 1941, hasta tanto no hiciera el cobro dicho Banco de las letras y los créditos objeto de la prenda y destinar su valor al pago y reducción de la cantidad debida, pues, el Banco se obligó a la cobranza de la cartera, y aplicar el producido de dicha cartera al pago parcial del crédito mutuario a cargo de Quintana M.

"22º Que mi poderdante José Gabriel Quintana M. no estaba en mora en el pago de la cantidad debida, ni de intereses, al National City Bank of New York de Bogotá, conforme a la obligación consignada en documento de 17 de noviembre de 1931 firmada en esta ciudad, cuando el Banco dispuso de la prenda de los automóviles y volquetas y exigió el pago de tal acreencia, pues tanto el plazo, como el pago de la deuda, están sometidos a la obligación del Banco de cobrar las letras y créditos de la prenda y destinar su valor al pago y reducción de la cantidad debida.

"23º Que el National City Bank of New York de Bogotá, sin tener en cuenta sus obligaciones impuestas en el documento de 17 de noviembre de 1931, firmado en esta ciudad, de cobrar las letras y créditos de la prenda y de aplicar el producto de éstas, una vez cobradas, al pago y reducción de la acreencia, exigió el pago de la deuda y procedió a disponer de los carros, automóviles y volquetas objeto también de la prenda, el 6 de febrero de 1932.

"24º Que con el valor de las letras y créditos que tenía el National City Bank of New York de Bogotá, en prenda como garantía de la deuda, o sea la cantidad de cuarenta mil ochocientos sesenta y dos pesos, moneda corriente, cubría suficientemente la deuda del Banco; o por lo menos se habría reducido tal acreencia a una suma ínfima, si el Banco hubiere cumplido con la obligación del cobro de tales letras y créditos materia de la prenda y destinar el valor de éstas al pago de la acreencia, que era de veinte mil quinientos cuarenta y nueve dólares, oro americano.

"25º Que el National City Bank of New York de Bogotá, al obrar contra mi mandante José Ga-

briel Quitana M. como obró, exigiendo el pago de la cantidad debida sin haber cumplido por su parte con la obligación del cobro de las letras y créditos y destinar su valor al pago de la acreencia, al proceder a disponer de la prenda de los carros automotores, por un precio ruín y ridículo, en su propio y exclusivo beneficio, causó gravísimos perjuicios a mi representado Quintana M. en la cantidad de ciento sesenta mil pesos ($ 160.000.00) moneda legal, que son los perjuicios mínimos que le ocasionó y en que se estiman tales perjuicios.

"26º Que el National City Bank of New York de Bogotá, quebrantó profundamente, con su proceder indebido contra mi mandante José Gabriel Quintana M. su crédito y reputación comercial que tenía y gozaba como comerciante de esta capital, como en el exterior, causándole la ruina total de sus negocios, que lo condujo y llevó a la paralización completa de todas sus actividades ocasionándole con esto perjuicios morales que se estiman en la cantidad de cuarenta mil pesos moneda legal".

"Por auto del 16 de julio de mil novecientos cuarenta y siete el Juzgado Tercero Civil de este Circuito admitió la demanda y ordenó correr traslado al señor representante de la entidad demandada por el término legal, quien la contestó oportunamente por medio de apoderado legal manifestando que se opone a las declaraciones pedidas en la demanda porque el Banco no ha violado ninguno de los contratos de mutuo que cita el demandante, los que a su vez se encuentran insolutos debido a que el señor José Gabriel Quintana no ha reintegrado al Banco las cantidades que recibió de él a título de mutuo; alegando que el Banco demandado tiene a su favor la excepción de contrato no cumplido reconocida por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de fecha 27 de mayo de 1943, la que hallándose ejecutoriada pone el sello de la **cosa juzgada** sobre el negocio, y especialmente sobre la mora en que se halla el demandante, por lo que opone a lo sustancial de la acción las referidas excepciones de contrato no cumplido por el demandante y de cosa juzgada".

El Juez del conocimiento cerró la primera instancia del proceso con la sentencia de 17 de noviembre de 1948, en la que decidió:

"1º No es el caso de atender ninguna de las solicitudes de la demanda;

"2º Decláranse probadas las excepciones de "contrato no cumplido" y de "cosa juzgada", propuestas por el National City Bank of New York, en relación con algunas de las peticiones del libelo, respecto de las cuales se hizo alusión en la parte motiva;

"3º Sin costas".

En la parte motiva de su sentencia el Juzgado estimó que con relación a la petición primera principal de la demanda estaba probada la excepción de contrato no cumplido por cuanto Quintana tenía plazo para cumplir las obligaciones del contrato de mutuo, hasta el 24 de enero de 1932, y ni dentro de ese plazo ni después pagó la totalidad del crédito ni sus intereses. Con respecto a esa misma acción halló comprobada la excepción de cosa juzgada, con base en la sentencia de la Corte de 27 de mayo de 1943.

Por esas razones estimó que no podía prosperar el motivo de violación del contrato contenido en las letras a), d) y e).

Refiriéndose al motivo de incumplimiento de que trata la letra k), sobre violación del contrato de mandato de que allí se habla, dice que si éste se hace consistir en el cobro de las letras dadas en prenda, en tal caso el Banco tiene a su favor las excepciones de contrato no cumplido y de cosa juzgada, por lo cual tampoco prospera el aparte k).

Los demás motivos de incumplimiento indicados en las letras restantes de la súplica primera los encontró infundados.

La petición segunda principal la declaró infundada por las razones que expuso al desechar la primera.

Con relación a las súplicas subsidiarias a) y b) declaró también probadas las excepciones de contrato no cumplido y de cosa juzgada.

Sobre las peticiones subsidiarias c) y d) encontró probada la excepción de cosa juzgada. Las demás las reputó infundadas.

Apelado ese fallo por el demandante, el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del recurso, lo confirmó en su referida sentencia del 17 de octubre de 1949.

Al examinar las conclusiones del Juzgado dice el Tribunal, entre otras cosas, invocando los artículos 473 y 474 del C. J., que, dado que en el presente caso no se presenta duda de ningún género sobre identidad de las partes tanto en el presente juicio como en el anterior ya mencionado, el punto litigioso "se reduce a confrontar si el objeto, o materia de la acción de responsabilidad contractual, decidido en aquella sentencia de 27 de mayo de 1943 es idéntico al que se propone en las peticiones de la demanda inicial de este segundo juicio" y después afirma que "de

la referida confrontación resulta que en el pleito anterior de Quintana contra el Banco, la acción de perjuicios contractuales derivados de la culpa o negligencia de la entidad demandada en el cobro de las letras y documentos que dicho deudor le dio en prenda, quedó enervada o destruída ante la **exceptio non adimpleti contractus,** reconocida expresamente en las sentencias del Juzgado y de la Corte, con base en que "el día 26 de enero de 1932 el señor Quintana quedó constituído en mora de cumplir su obligación de devolver el dinero prestado por el National City Bank, pues en dicho convenio se presentaron al tiempo la exigibilidad y la mora en virtud de haberse acordado un término preciso para el pago", apreciación que el Juzgado fundó en las siguientes razones:

"Los créditos le fueron dejados en prenda al Banco con obligación de cobrarlos, el 17 de noviembre de 1931.

"Pero el 24 de diciembre de 1931 se prorrogó expresamente el contrato que debía vencer el 25 de noviembre anterior.

"Por tanto, el National durante el período comprendido entre el 17 de noviembre al 24 de diciembre de 1931 estuvo en obligación de cobrar los créditos, aun cuando no se dijo expresamente en qué época debía proceder a hacerlo.

"Posteriormente, en virtud de la prórroga, al Banco se le prolongó esta obligación hasta el 26 de enero de 1932.

"Pero acontece que en esta fecha incumplió Quintana sus obligaciones, de suerte que el Banco no estaba obligado a cumplir las suyas. Por esta razón a pesar de no haber cobrado los créditos, no está obligado a pagar perjuicios por tal omisión, desde el momento que poseía a su favor la **exceptio non adimpleti contractus.**

"Este hecho exceptivo favorable al Banco aparece claramente en el expediente, motivo por el cual el Juzgado debe obrar en conformidad con él a pesar de no haberlo alegado oportunamente el reo, pues el artículo 343 del C. J. faculta al juzgador para reconocer las excepciones que aparezcan en el juicio cuando no hayan sido presentadas como defensas para enervar la acción por parte del demandado".

Más adelante agrega:

"Ahora; en la petición **Primera** de la demanda de este juicio vuelve el actor Quintana a plantearle a la justicia la violación por parte del Banco del referido contrato del 17 de noviembre de 1931, en los siguientes conceptos que visiblemente se identifican con lo ya fallado definitivamente y con fuerza de cosa juzgada: a) Por no haber oportunamente iniciado las medidas coercitivas legales del caso tendientes a la efectividad de las letras que recibió en prenda para abonar al expresado crédito, de acuerdo con lo pactado en el documento del 17 de noviembre de 1931.

"b) Por no haber respetado la ampliación implícita del plazo estipulado en la obligación prendaria por efectos de la obligación que se impuso el Banco del cobro de los créditos que tenía en prenda para cubrirse del resto pendiente de su acreencia con mi poderdante Quintana M.

"...d) Por no haber cumplido con la obligación que se impuso de cobrar las letras y créditos dados en prenda y destinado el valor de éstos al pago de la deuda, sino que con prescindencia de esta obligación procedió a demandar a mi mandante señor José Gabriel Quintana M. y a pasar al martillo de la Bolsa de Bogotá, los automóviles y volquetas pignorados, para su remate.

"f) Porque mi nombrado poderdante José Gabriel Quintana M. no estaba en mora de pagar la cantidad debida, ni de intereses, al National City Bank of New York, de esta capital, según la obligación constituída en documento de 17 de noviembre de 1931, firmada en esta ciudad, cuando el Banco ordenó disponer de los automóviles y volquetas dados en prenda, y cobró la acreencia, pues tanto el plazo como el pago de la deuda estaban sujetos a la condición del Banco del cobro de las letras y créditos prendarios; y el destinar su valor al pago y reducción de la cantidad debida'.

"A propósito de este aparte del **petitum** se observa que según términos del contrato de 17 de noviembre de 1931, el Banco acreedor quedó facultado apenas para aplicar el producto de las letras, una vez cobradas, a reducir las obligaciones del deudor señor Quintana. En parte alguna de ese contrato figura la **condición** del cobro previo de las letras y créditos por el Banco, para que se hicieran exigibles de Quintana sus obligaciones de mutuario, como se afirma en varios **hechos** de la nueva demanda.

"Ocurre además que los restantes numerales de la petición **Primera** de esta nueva demanda, si bien tienden a ampliar el objeto litigioso común a los dos juicios y a oscurecer su identidad de fondo, sin embargo no podrían jurídicamente estimarse en esta decisión sin contradecir el fallo totalmente absolutorio anterior, recaído sobre la acción contractual, la acción extracontractual por abuso del derecho y la de nulidad del remate que se ventilaron y decidieron en el primer juicio.

Así, por ejemplo, en aquella acción sobre **nulidad del remate** se discutieron y decidieron cuestiones litigiosas idénticas en el fondo a las que se enuncian en los apartes 4º, 5º, 8º, 9º, 11º y 12º de los hechos de la demanda inicial de este juicio.

"Y, en general, dentro de la acción global de indemnización de perjuicios consecuencial a la de nulidad del remate y derivada de culpa extracontractual o abuso del derecho y de culpa contractual, que recibieron despacho absolutorio a favor del Banco en el primer pleito, se expresaron por el demandante en la demanda, se controvirtieron durante el plenario y se estimaron y decidieron en las correspondientes sentencias, los mismos tópicos o cuestiones de hechos y de derecho en que se sustentan la nueva demanda en su totalidad.

"Y si bien pudiera ventilarse en este nuevo juicio una acción **ex-mandato** de Quintana contra el Banco, que no hubiera sido materia del pleito anterior, en razón del encargo sobre cobro de las letras y pagarés que le entregó en prenda, la petición o peticiones referentes a ella quedarían también enervadas ante la excepción perentoria temporal de **petición antes de tiempo** o de modo indebido, fundada en que no aparece de autos que el mandante Quintana haya ejercitado ya contra dicha entidad la correlativa acción sobre rendición de cuentas, en cuyo fallo debería fijarse por anticipado la posición de las partes en razón de la ejecución de aquel mandato, base indispensable para la dilucidación adecuada de acciones de responsabilidad civil contractual derivadas de la administración del mandato, según lo tiene dicho la jurisprudencia.

"De manera que el sentenciador de este negocio se encuentra necesariamente vinculado a la fuerza legal obligatoria de la **cosa juzgada** dentro del juicio anterior, y por lo mismo, carece de finalidad y eficacia jurídicas el nuevo examen y calificación de los hechos, conforme al principio del artículo 473 del C. J., porque es imposible desconectar la nueva controversia de lo ya decidido en la anterior".

Al demandante se le concedió recurso de casación contra ese fallo, el que hoy se procede a decidir.

El recurrente con base en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, propone contra la sentencia los cargos que en seguida se resumen.

Primer cargo. El Tribunal quebrantó el artículo 471 del Código Judicial por cuanto en la parte resolutiva de la sentencia acusada no se hizo pronunciamiento sobre el punto litigioso relativo al mandato conferido por Quintana al Banco, al endosarle las letras y pagarés al cobro que se determinan en el documento de 17 de noviembre de 1931, pues el fallo de primera instancia hizo caso omiso del contrato de mandato que contiene **el endoso al cobro,** y el acusado se limitó a confirmarlo sin salvedad alguna.

Segundo cargo. El Tribunal infringió por aplicación indebida al caso de autos los artículos 473 y 474 del Código Judicial, al declarar probada la excepción de cosa juzgada y de contrato no cumplido por parte de Quintana, con relación al contrato de mandato, por el endoso al cobro de los prealudidos instrumentos negociables.

En la fundamentación del cargo afirma que del documento de 17 de noviembre de 1931, que en parte transcribe, resultan tres contratos: los de mútuo, prenda y mandato para el cobro de los citados instrumentos; que como se ve de las súplicas y hechos del libelo de la actual demanda, en ésta se reclaman perjuicios por haber violado e incumplido el Banco las obligaciones que contrajo como mandatario de Quintana para el cobro de las letras y pagarés, **endosados al cobro,** al no cobrarlos y dejarlos perjudicar por su culpa; que en el primer juicio se debatió lo relativo a los perjuicios causados por el Banco como acreedor prendario, pero nada relacionado con aquel otro punto; que por esos motivos no hay identidad de causa entre las dos acciones; que tampoco existe identidad de objeto, porque el de la primera fue el cobro de los perjuicios que se imputaban al Banco como acreedor prendario, y en la segunda, se trata del cobro de los perjuicios causados como mandatario, equivalentes al pago del valor de esos instrumentos que se han convertido en incobrables.

Añade que también es inoperante la excepción de contrato no cumplido, por la sencilla razón de que el contrato de mandato pactado entre las partes no está subordinado y es independiente del de mútuo, como que de ambos nacen obligaciones distintas, por lo cual el Banco no puede alegar excepciones procedentes del contrato de mútuo para excusarse del incumplimiento de las obligaciones que le impone el mandato.

Tercer cargo. El Tribunal infringió los artículos 1603, 1604, 1610, 1619, del Código Civil, los tres primeros por no haberlos aplicado al caso del pleito en relación con el mandato por haber declarado probadas las referidas excepciones y

haberlos interpretado erróneamente, y el último por haberse aplicado indebidamente. En su fundamentación expresa que está probado que el Banco no cumplió con sus obligaciones como mandatario, al no cobrar los referidos créditos; que este incumplimiento determinó el de Quintana sobre su obligación de pagar, pues si cobra, éste habría podido satisfacer su acreencia antes de que se venciera el plazo para ello, por lo cual el incumplimiento por parte del Banco dé sus obligaciones como mandatario, lo hace responsable de todos los perjuicios que causó; que el artículo 1609 resulta quebrantado por aplicación indebida, por cuanto Quintana no incumplió su obligación como mandante, desde luego que endosó y entregó los instrumentos, y si incumplió la de pagar, de ello es responsable el Banco por no haber ejecutado la suya como mandatario.

Cuarto cargo. El Tribunal quebrantó los artículos 9º de la Ley 26 de 1922; 39 y 40 de la Ley 46 de 1923; 331, 332, 346 y 418 del C. de Cº, 2142, 2155, 2158, 2183 y 2187 del Código Civil, por no haberlos aplicado al caso de la controversia, sobre lo cual dice que del documento de 17 de noviembre de 1931 aparece de manera expresa que las letras fueron endosadas al Banco para el cobro; que ese endoso restrictivo constituye un mandato, según las disposiciones de las leyes citadas; que conforme a las mencionadas del Código Civil y de Comercio el mandatario o comisionista que no cumple sus obligaciones, como sucede en el caso presente con las de cobrar el valor de los instrumentos, responde de los perjuicios que hubiere causado; que el Tribunal incurrió en error de hecho al no apreciar los puntos a), d) y e) de la súplica primera, y los hechos 9º, 7º, 11º, 15º, 16º y 18º de la demanda, de los cuales se ve que estaban encaminadas a obtener el pago de los perjuicios contractuales por violación del mandato.

Quinto cargo. Dice el recurrente que al estimar el Tribunal que el documento de 17 de noviembre contiene una facultad para el Banco de aplicar el producto de las letras, una vez cobradas, a reducir la deuda de Quintana y no una condición de cobro previo para que se hicieran exigibles las obligaciones de éste derivadas del mútuo, incurrió en error de hecho en la apreciación de la demanda y del contrato mencionado, pues es claro que el cobro previo surgía del mismo mandato y de las disposiciones citadas que le imponía esa obligación, por lo cual quebrantó las disposiciones sustantivas ya mencionadas; que al estimar el Tribunal que la acción ex-mandato quedaría también enervada por la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo o de modo indebido, con fundamento en que no aparece que el mandante Quintana, haya ejercido ya contra el Banco la correlativa acción sobre rendición de cuentas, violó los artículos 2166, 2181 y 2183 del C. C., por interpretación errónea, ya que tales preceptos no imponen al mandante la presentación previa de la demanda de cuentas para demandar del mandatario el pago de lo que le adeude por razón del mandato.

Sexto cargo. Dice que el Tribunal incurrió en error de derecho al no reconocerle al documento mencionado, a las posiciones absueltas por el Gerente del Banco que se acompañaron a la demanda y a la confesión del demandado al aceptar los hechos primero y segundo de la demanda, el valor que tienen de plenas pruebas, las que como tales demuestran la existencia del contrato de mandato de que se ha hablado, y el recibo y valor exacto de las letras y pagarés, y que a consecuencia de tales errores el Tribunal quebrantó "los artículos antes citados" y el 1769 del C. C., 597, 637 y 645 del C. J.

Séptimo cargo. Aquí sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en errores de hecho manifiestos en la apreciación de las antes citadas pruebas, al no ver que ellas comprueban los mismos hechos referidos, por lo cual violó, "en consecuencia las disposiciones sustantivas como generadoras del derecho del demandante".

Se considera:

El insuceso o prosperidad de los cargos cuyo resumen ha quedado hecho depende de que se encuentre o no probada la excepción de cosa juzgada a que se refieren las sentencias del Juzgado y Tribunal, pues si ella evidentemente existe, todos los cargos caen, ya que sabido es que el efecto primordial de dicha excepción es impedir que pueda ser juzgada de nuevo la misma cuestión que antes ya lo había sido; y si por el contrario, ella no se configura habría lugar a la prosperidad de alguno o algunos de esos cargos, que tienen un común fundamento de fondo, y al examen consiguiente, en instancia de la cuestión debatida.

A fin de proceder con método conviene dejar

sentados algunos principios generales que dominan la materia.

Para que la cosa juzgada surta efectos en otro juicio se requiere —como lo estatuye claramente el artículo 474 del Código Judicial— que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera, y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes.

El objeto de la demanda consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman de la justicia, y por causa debe entenderse el hecho jurídico que sirve de fundamento a la pretensión. El hecho jurídico es el mismo, cuando en el nuevo juicio se aduce el mismo hecho específico ya invocado en el anterior.

El recurrente sostiene que en el caso de autos no hay identidad de objeto porque en el primer juicio se le demandó al Banco como acreedor prendario, exigiéndosele responsabilidad como tal y en el presente se le demandan perjuicios por razón de un contrato de mandato que violó e incumplió, y que también falta la identidad de objeto, porque en aquél se reclamaban perjuicios como acreedor prendario y en éste se le exigen como mandatario. Que todo ello resulta de los puntos a), d) y e) de la súplica primera y de los hechos 7º, 9º, 11º, 15º, 16º y 18º de la demanda. Ninguna observación ha hecho —ni podría en verdad hacerse— sobre el requisito de la identidad jurídica entre los litigantes.

Para esclarecer esos puntos conviene confrontar los dos pleitos aludidos.

En el primero se invocaron, entre otros, los siguientes fundamentos de hecho, según resulta de las copias que obran a los folios 2 a 72 del cuaderno Nº 6:

Que por medio de documento de 17 de noviembre de 1931, Quintana se obligó a pagar al National City Bank of New York o a su orden el 25 de ese mismo mes la suma de veinte mil quinientos cuarenta y nueve dólares, oro americano ($ 20.549.00), o su equivalente en pesos colombianos, que tenía recibidos en mútuo "desde mucho antes del 25 de septiembre de 1931, con intereses al 12% anual";

Que allí se advirtió que seguirían "como garantía del principal e intereses y costas de las obligaciones anteriores" en calidad de prenda, letras al cobro de clientes de Quintana hasta un total de $ 40.862.99, letras que se encuentran registradas en los libros del Banco,... con facultad al Banco para aplicar el producto de las letras mencionadas, una vez cobradas, a reducir las obligaciones que le adeuda al Banco;

Que con fundamento en esos hechos Quintana, y con idependencia de otras peticiones sobre nulidad de unos remates, etc., pidió en la súplica novena que se condene al Banco a pagar al demandante "los daños y perjuicios que le causó por su culpa o negligencia en la cobranza de las letras y pagarés que dio en prenda a dicha entidad bancaria, endosándoselos para su cobro y con obligación de aplicar el importe a la extinción de la deuda, y que por culpa o negligencia del demandado se han convertido en incobrables".

El Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá en sentencia de 4 de julio de 1939, decidió el pleito y al estudiar lo relativo a la súplica novena, entre otras cosas dijo:

"En este asunto, precisamente se cobran perjuicios por una culpa negativa, "por la negligencia en cobrar las letras y pagarés que el demandante dio en prenda a dicha entidad Bancaria endosándoselas para su cobro y con obligación de aplicar su importe a la extinción de la deuda".

"Tratándose de créditos dados en prenda cabe perfectamente dentro de la concepción de acto conservatorio, la obligación del acreedor prendario de cobrar oportunamente los intereses o frutos de crédito y de ejercitar contra el deudor moroso las acciones judiciales tendientes a asegurar el pago puntual del crédito para evitar que éste se merme o se perjudique por razón exclusiva de su renuencia a cumplir este acto de conservación. Esta obligación pesará con mucho mayor gravedad sobre el acreedor prendario, —como el Banco— que se ha obligado expresamente a ejercitar, ese cobro. Pero siendo el contrato de prenda bilateral, de él nacen obligaciones recíprocas presididas por el elemental sentido de justicia que se traduce en el equilibrio contractual. Sería un absurdo jurídico pensar que las obligaciones de un lado subsistan y puedan hacerse efectivas con absoluta independencia la una prestación de la otra que le sirve de equivalencia, que sostiene la simetría contractual".

"El día 26 de enero de 1932 el señor Quintana quedó constituído en mora de cumplir su obligación de devolver el dinero prestado por el National City Bank, pues en dicho convenio se presentaron al tiempo la exigibilidad y la mora en virtud de haberse acordado un término preciso para el pago.

"Los créditos le fueron dejados en prenda al Banco con obligación de cobrarlos, el 17 de noviembre de 1931.

"Pero el 24 de diciembre de 1931 se prorrogó expresamente el contrato que debía vencer el 25 de noviembre anterior.

"Por tanto, el National durante el período comprendido entre el 17 de noviembre al 24 de diciembre de 1931 estuvo en la obligación de cobrar los créditos, aun cuando no se dijo expresamente en qué época debía proceder a hacerlo.

"Posteriormente, en virtud de la prórroga al Banco se le prolongó esta obligación hasta el 26 de enero de 1932.

"Pero acontece que en esta fecha incumplió Quintana sus obligaciones, de suerte que el Banco no estaba obligado a cumplir las suyas. Por esta razón a pesar de no haber cobrado los créditos luego, no está obligado a pagar perjuicios por tal omisión, desde el momento que poseía a su favor la **exceptio non adimpleti contractus.**

"Durante el período en que estuvo en la obligación de cobrarlos corrieron las vacaciones judiciales de 1931, época en que le era imposible incoar las acciones judiciales del caso, por otro aspecto, no habiéndose impuesto fecha para cobrar los créditos se presume que estaba obligado a hacerlo en cualquier momento mientras no se corriera el riesgo de su prescripción.

"Como en los pocos días en los cuales pesó sobre el Banco la obligación de cobrar los créditos, no había peligro de prescripción según sus fechas de vencimiento, es claro que ningún perjuicio puede resultarle al Banco por no haber iniciado el cobro inmediatamente. Y luego si con el transcurso del tiempo prescribieron ya el Banco no estaba obligado a cobrarlos, pues Quintana había a su turno incumplido sus obligaciones para con dicha entidad".

"Y aun cuando sucede que la violación de un contrato puede determinar responsabilidad extracontractual, en el caso de autos no acaece tal supuesto, porque el Banco únicamente podía haber cobrado los créditos, por virtud del contrato con Quintana, y es claro que su omisión no podía generar responsabilidad distinta de la contractual.

"Este hecho exceptivo favorable al Banco aparece claramente en el expediente, motivo por el cual el Juzgado debe obrar en conformidad con él a pesar de no haberlo alegado oportunamente el reo, pues el 343 del C. J. faculta al juzgador para reconocer las excepciones que aparezcan en el juicio cuando no hayan sido presentadas como defensa para enervar la acción por parte del demandado".

Con ese fundamento el Juzgado absolvió al Banco de lo pedido en la súplica novena, aunque profirió condena por otras peticiones.

El Tribunal de Bogotá, que conoció del negocio por apelación de ambas partes, lo decidió en sentencia de 9 de junio de 1942, y al referirse a la súplica novena dijo que ella se apoya en el hecho 41 del libelo, que reza:

"Así mismo el peticionario por culpa del National City Bank que no procedió en la cobranza de las letras y pagarés que aquél le dio en prenda con la diligencia y cuidado debidos, ha sufrido un perjuicio que estimó en la cantidad de cuarenta mil ochocientos sesenta y dos pesos con veinte y ocho centavos ($ 40.862.28).

Al estudiar lo relativo a esa petición dijo, entre otras cosas que conforme a lo estatuído en los artículos 591, 944, del C. de Cº y 1604 y 1606 del C. C., "el National estaba obligado a cobrar las letras y pagarés a cargo de deudores de Quintana, que éste le dio en calidad de prenda, y a practicar todas las diligencias necesarias para conservar los derechos del deudor", y más adelante, por estimar que los contratos de prenda y mútuo no son bilaterales, afirmó que no cabía la excepción reconocida por el Juzgado y condenó al Banco al pago de perjuicios por el concepto en cuestión.

Esa sentencia fue recurrida en casación por el Banco, la Corte, en la suya de 27 de mayo de 1943, la invalidó precisamente por aceptar que era procedente en el caso controvertido la excepción de contrato no cumplido, y con ese fundamento en instancia, absolvió al Banco de todos los cargos que se le formularon.

Ahora, en la súplica primera y en los apartes a), d) y e) de la misma que el recurrente indica como erróneamente apreciados se pide, como se vio al copiarlas, que el Banco "violó los contratos de mútuo con garantía prendaria" que constan en los documentos que allí se puntualizan (los mismos que sirvieron de base en el otro juicio), por las siguientes razones:

a) Por no haber oportunamente iniciado las medidas legales tendientes a la efectividad de las letras que recibió en prenda para abonar al expresado crédito;

d) Por no haber cumplido con la obligación que se impuso de cobrar las letras y créditos dados en prenda y destinado el valor de éstos al pago de la deuda, y

e) Porque la obligación que consta en el referido documento quedó modificada tanto en la forma del pago de la deuda como en el plazo al sujetarse la obligación contraída por el Banco al

cobro de las letras materia de la prenda y destino del valor de éstos al pago y reducción de la expresada deuda.

Y en los hechos noveno, séptimo, once, quince, diez y seis y diez y siete (9º, 7º, 11º, 15º, 16º y 17º) de la demanda, se afirma, en resumen, que el Banco al aceptar el contrato de garantía prendaria, a más de acreedor se constituyó en mandatario especial de Quintana, para el cobro y administración de la cartera dada en prenda; que no cumplió con las obligaciones que el mandato le impuso; que los gastos por el mantenimiento de la prenda y por la cobranza judicial eran por cuenta de Quintana; que el Banco sin cumplir la obligación que contrajo de cobrar las letras y créditos prendarios y destinar el valor de éstos al pago de la deuda, ordenó disponer el remate de los automotores en prenda; que el Banco se obligó a cobrar y hacer efectivas las letras y créditos y destinar su valor al pago de la acreencia; que el Banco no cumplió con esa obligación y por su omisión los créditos se hicieron incobrables; que el plazo de la obligación de Quintana quedó sujeto a la condición de que se habla en el aparte e).

En presencia de lo relatado cabe preguntar:

¿Qué se decidió en resumen en el pleito anterior? Que Quintana no podía demandar indemnización de perjuicios al Banco con motivo o por el hecho de no haber cumplido éste la obligación contractual que tenía de cobrar las letras endosadas para el cobro y dadas en prenda, por cuanto el demandante estaba en mora desde enero de 1932 de cumplirle al Banco la obligación de pagarle la integridad de la suma recibida en mútuo, conforme al citado contrato.

¿Qué se persigue, en resumen, en este juicio? Que se condene al Banco a indemnizar perjuicios por razón de no haberle cumplido al actor la obligación contractual que contrajo por el mencionado documento de cobrar las letras endosadas para el cobro y dadas en prenda al Banco, para asignar su valor a la cancelación de la deuda.

La causa o razón de pedir es, pues, en el fondo, idéntica en ambos casos.

Y como esa cuestión se juzgó en sentencia definitiva y ejecutoriada, en que se resolvió lo ya visto, quiere decir que en el presente juicio no puede volver a juzgarse la misma cuestión, por estatuirlo así los artículos 473 y 474 del C. J.

Pero se dice por el recurrente: es que aquí hay una diferencia sustancial; la presente acción se propuso invocando un contrato de mandato, que consta del propio documento, y la incoada en el otro juicio no tuvo esa causa pretendi. Empero ese es un juego, nada más que de palabras, que no altera el verdadero fundamento o esencia de la cuestión debatida en ambos juicios, pues la novedad que hoy ocurre es que al hecho jurídico que ahora sirve de base a la litis —no haber cobrado el Banco las letras que le fueron endosadas para el cobro y dadas en prenda— se le da la calificación de mandato, cuando allá se invocó el mismo hecho escuetamente, sin darle bautismo o calificación alguna. Y si entonces se hubiese querido encasillarlo dentro de alguno de los tipos de contratos o convenciones regulados por la ley, habría habido que llamarlo mandato o comisión, porque el endoso al cobro de un instrumento negociable, no es otra cosa jurídicamente considerada. Pero en ambos casos el hecho es el mismo; no lo modifica la calificación que hoy se le da; hay una coincidencia completa en el fondo en uno y otro pleito.

Se alega también por el recurrente que tampoco existe identidad de objeto porque el de la primera demanda fue el cobro de los perjuicios causados como acreedor prendario equivalentes al pago del valor de los instrumentos.

Se incide en la alegación precedente en el mismo juego de palabras, intrascendente en todo caso. En efecto, en el primer pleito se pidió indemnización de perjuicios y en el actual también se pide lo mismo. En éste, en la súplica segunda, se pide que se condene al Banco a pagarle al demandante el valor de las letras, más sus intereses comerciales o legales, y en la súplica novena de aquél, se pidió que se le condenara a pagarle el valor de los perjuicios, que el actor señaló en la suma de cuarenta mil ochocientos sesenta y dos pesos veinte y ocho centavos, que es precisamente el valor de las letras dadas en prenda, más los intereses estipulados en cada instrumento, lo que equivale a haber pedido lo mismo y a que haya de consiguiente, identidad de objeto.

Mas en el evento de que no hubiese identidad de causa petendi, porque los supuestos de hecho sean diferentes, y de que no haya tampoco identidad de objeto, entonces resulta que también la nueva acción fundada en el mandato está paralizada por la excepción de contrato no cumplido, reconocida como ya se vio por la sentencia de primera instancia, que el Tribunal confirmó sin salvedad alguna, y ello conduciría, aún en aquel evento, a que la sentencia recurrida no pudiera ser casada, porque se llegaría a la misma absolución pronunciada en favor del demandado.

En efecto, es verdad que el mandato es de suyo un contrato principal, no accesorio, que genera obligaciones propias, distintas de las que emanan del de mútuo; pero en el caso de autos, ese contrato no se contrajo en forma independiente, como que está relacionado y hasta subordinado al de mútuo: éste es su causa determinante; están estrechamente concatenados; sin éste no habría existido aquél; son un todo en el acuerdo de voluntades. El acreedor concede la cantidad mutuada, por cuanto que el deudor le da en garantía letras endosadas al cobro y lo faculta para cobrarlas y aplicar su valor, una vez cobradas, al pago del crédito. Así el acreedor garantiza más eficazmente sus intereses, pues ese acuerdo le facilita que la simple prenda de las letras pueda convertirse en algo más efectivo, en dinero con qué pagarse el crédito, total o parcialmente. Se ve una interdependencia entre ambos, que es completa. Puede afirmarse que las partes aceptaron y entendieron que sólo con ambas convenciones se asegura la equivalencia de las recíprocas prestaciones.

Y no es posible alegar que la obligación de Quintana de pagar el crédito, quedó subordinada al cobro previo de las letras por el Banco porque, como bien lo anota el Tribunal, esa condición no figura en el contrato y porque además en éste se expresó que ellas habían sido entregadas "con facultad del Banco para aplicar el producido de las letras mencionadas, una vez cobradas, a reducir las obligaciones que le adeudo al Banco". Es decir, contractualmente se convino en una facultad; no en una obligación. Ni mucho menos resulta del contrato que el cobro debía hacerse en determinado tiempo, pues en él no se fijó plazo para ello. Mas resulta claro que por razón del deber que el Banco tenía de conservar la prenda y evitar su deterioro, estaba obligado al cobro antes que la prescripción del instrumento cambiario se consumase, cosa ésta que no ocurrió antes sino después de caer el deudor en mora.

Conviene reforzar lo anterior, con lo dicho por la Corte en sentencia de 18 de noviembre de 1938 (G. J. T. XLVII, págs. 332 a 336). Ese fallo recayó sobre un problema que tiene marcada analogía con el presente, pues el pleito versaba sobre los perjuicios causados al demandante como deudor por la negligencia de que culpaba a su acreedor en mantener vivos y hacer efectivos unos créditos hipotecarios que le había dado en prenda. En esa decisión dijo la Corte:

"Tratándose de créditos dados en prenda —como en el caso de autos—, cabe dentro de la concepción de acto conservatorio la obligación del acreedor prendario de cobrar oportunamente los créditos o frutos del crédito y de ejercitar contra el deudor moroso las acciones judiciales tendientes a asegurar el pago puntual del crédito, para evitar que éste se merme o perjudique por razón exclusiva de su renuencia a cumplir este acto de conservación.

"Pero siendo la prenda un contrato bilateral, es indudable que la primera noción elemental que de una convención de esta índole se desprende es la de dar y dar, vale decir, hacer un cambio; obtener una equivalencia. Como quiera, que de todo contrato bilateral nacen obligaciones recíprocas, presididas por un elemental concepto de justicia conmutativa en el campo de las relaciones económicas, pugnaría con naturales principios de equidad y sería absurdo jurídicamente permitir que una vez creadas por la expresa voluntad de las partes, pudieran vivir y progresar y ser exigibles con absoluta independencia la una prestación de la otra que le sirve de equivalencia. Antes bien, si hacemos de esa contraprestación o contravalor, como dicen los economistas, un elemento esencial del contrato bilateral, se llega a tener hasta la noción de causa como factor de validez del pacto, para que el contratante cumplido obligue a su contraparte a cumplir su respectiva prestación, a fin de impedir un enriquecimiento sin causa.

"En presencia de un pacto bilateral y real como el de prenda, cuyo carácter accesorio es manifiesto, ya que tiende exclusivamente a asegurar el exacto cumplimiento de una obligación principal a la que accede, es lógico y jurídicamente exacto que todas las obligaciones del acreedor prendario están acompasadas al hecho de que el deudor que constituyó la prenda haya cumplido fiel y oportunamente sus recíprocas prestaciones.

"Para asegurar este equilibrio entre las partes vinculadas por una relación jurídica bilateral, el legislador ha consagrado sanciones eficaces que doten a las obligaciones que de ella nacen de fuerza coercitiva y operante. Los artículos 1546 y 1609 del C. C., entre otros, son instrumentos jurídicos que cumplen a cabalidad estos fines y porporcionan al contratante cumplido medios eficaces para obtener el aniquilamiento de la convención o para constreñir al deudor moroso a cumplir su prestación.

"Fielmente interpretado el artículo 1609 mencionado eleva a la categoría de norma estos prin-

cipios. Si en el pacto no se ha determinado cuál de las prestaciones debe cumplirse primero, cualquiera de las partes puede negarse a hacerlo mientras la otra a su vez no cumpla o se allane a cumplir lo debido. Y en tal evento, si el contratante renuente pretende obligar a la otra a rendir su contraprestación, ésta puede rehusar su obligación, fundada en tales principios de equidad y en el artículo 1609 que lo consagra, reteniendo provisionalmente la prestación que se impuso contractualmente. De ahí nace la llamada excepción de la inejecución, derivada del contrato no cumplido y denominada "exceptio non adimpleti contractus", fundada en esas normas de justicia conmutativa y en aquella que preside la vida de los negocios bilaterales, consistente en que cada parte es acreedora de la otra".

Y como el deudor y demandante está —como ya se advirtió— en mora de cumplir su obligación de pagar la integridad de la deuda desde el día 26 de enero de 1932, es claro de que aún en el caso de que el Banco hubiera incurrido también en mora de cobrar los créditos, éste tenía en su favor para defenderse en el presente pleito la exceptio non adimpleti contractus, que consagra el artículo 1609 del C. C.

Todo lo que acaba de decirse pone de manifiesto que lo cargos que ha formulado el recurrente no son admisibles y que deben ser rechazados, como en efecto se rechazan.

Resta sólo rectificar, por vía de doctrina, y sin que ello llegue a tener incidencia alguna en el fallo acusado, desde luego que la rectificación versa sobre una consideración incidental de aquél, lo que dijo el sentenciador sobre que la acción ex-mandato no puede ejercitarse o no es viable mientras no se haya ejercitado y definido previamente la acción de rendición de cuentas, a cuyo efecto es suficiente citar la sentencia de casación de 30 de junio de 1947, (T. LXII, pág. 481), en que la Corte estudió con detención el punto y decidió en resumen que "no es requisito indispensable para poder exigir el pago de lo que el gestor adeude como consecuencia del ejercicio de un mandato, la rendición o discusión previa de las cuentas".

Con fundamentos en 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 diez y siete (17) de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá.

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.

CUANDO SE REQUIERE, PARA COMPRO BAR EN JUICIO EL DOMINIO SOBRE UN INMUEBLE, EL CERTIFICADO DE QUE TRATA EL ARTICULO 635 DEL CODIGO JUDICIAL

El certificado de que trata el artículo 635 del C. J. sólo es necesario allegarlo en los casos en que la ley expresamente requiere un título registrado suficiente, y entre ellos no está comprendido ni el de reclamación de indemnización de los perjuicios ocasionados a un inmueble, ni aún aquellos en que se propone una acción reivindicatoria. Así lo ha sostenido reiteradamente la Corte, en varios fallos.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Guillermo Delgado propuso ante el Juez 3º Civil del Circuito de Bucaramanga juicio ordinario contra Carlos M. García para que se le condene a suspender toda clase de trabajos que perturben con su ruido la tranquilidad de los habitantes de la casa de su propiedad, situada en la esquina de la carrera 13 con la calle 38 de aquella ciudad, o que le ocasionen daños materiales a la misma casa y a indemnizarle los perjuicios materiales que con los aludidos trabajos le ha causado.

Tramitado el juicio con oposición del demandado, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 6 de septiembre de 1948, por la que condenó al demandado al tenor de lo pedido en el libelo, sin costas. La apelación que a éste se concedió llevó el negocio al Tribunal Superior de Bucaramanga, el que en sentencia de veinte y cuatro (24) de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), revocó la apelada y declaró probada "la excepción perentoria de falta de personería sustantiva en el demandante". No hizo condenación en costas.

En ese fallo el Tribunal, después de analizar los hechos y súplicas de la demanda y los fundamentos de derecho que se le asignan, llega a la conclusión de que no cabe duda alguna de que el actor ha propuesto su acción con base en la calidad de dueño del inmueble aludido, y luégo, estudiando las pruebas del proceso, estima que la demanda no puede prosperar por las siguientes razones fundamentales:

1ª Porque la escritura pública número 854 de 16 de junio de 1923, otorgada en la Notaría Primera de Bucaramanga, según la cual Ester Delgado vendió al actor el inmueble que allí se describe, aunque está debidamente registrada, no es por sí sola prueba del derecho de dominio en cabeza del demandante, porque éste no acompañó el certificado sobre suficiencia del título de que habla el artículo 635 del C. J., el que el sentenciador reputa indispensable en casos como el presente; y

2ª Porque aún en el supuesto de que lo anterior no fuera así, la demanda tampoco podría prosperar en atención a que Delgado no ha comprobado en forma alguna que la casa a que se refiere la citada escritura sea la misma que se menciona en la demanda, distinguida con el número 37-92 de la carrera 13, en que se están sufriendo los perjuicios.

De todo ello desprende el Tribunal que no estando demostrada la calidad de dueño en el actor del referido inmueble, él carece de interés jurídico para pedir lo que ha solicitado en el libelo, por lo cual considera del caso declarar probada la excepción de que habla la parte resolutiva de su fallo.

Contra éste se le concedió al demandante recurso de casación, el que admitido y sustanciado en debida forma se procede hoy a decidir.

El recurrente en su recurso invoca expresamente las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J., por lo cual y para seguir el orden lógico, la Sala comienza su estudio por la segunda.

En esa acusación dice que "por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante, se violó los artículos 2342 y 2343 del C. C.".

Al fundamentar el cargo sostiene que la acción de indemnización de perjuicios causados en un predio se concede no sólo al propietario sino

también al poseedor y aún al arrendatario; que en el proceso está demostrado que la aludida casa está habitada y poseída por él, por lo cual considera que tiene interés legítimo para accionar, y que él no sólo pide indemnización como propietario sino también por el hecho de vivir la casa colindante con la del demandado, quien con sus actividades le causa serias perturbaciones.

Considera la Sala:

El cargo precedente no prospera, por las siguientes razones:

Primera.—Porque la sentencia acusada es absolutoria y contra decisiones de esa índole no cabe, por lo general, alegar el motivo de casación consagrado en el numeral 2º del artículo 520 del C. J.

Segunda.—Porque como reiteradamente lo ha sostenido la Corte "dentro de la naturaleza y fines que legalmente corresponden a la causal por incongruencia del numeral 2º del artículo 520 del C. J., establecida en guarda de la forma esencial del enjuiciamiento que enseña que las sentencias tengan consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes, carecen de procedencia y efecto las consideraciones que se hagan en derredor de la violación de la ley sustantiva. Sólo lo que esté dentro del concepto formal de desarmonía entre lo demandado y lo fallado es lo que puede fundar esta causal. Lo relacionado con el fondo de la cuestión controvertida que conduzca a calificar legalmente las razones jurídicas del fallo no puede tenerse en cuenta sino dentro de la causal primera, que engloba todas las formas de violación legal". (Casación, 17 de mayo de 1946, G. J. número 2032, pág. 476).

Tercera.—Porque a la Corte en casación no le es dable, dada la naturaleza extraordinaria de ese recurso, cambiar un motivo por otro, y el recurrente invoca expresamente el previsto en el numeral 2º del artículo 520 del C. J., que es improcedente en el caso de autos, como se ha visto;

Cuarta.—Porque aún en el evento de que pudiera encajarse la acusación dentro de la causal primera, el recurrente apenas dice que "se violaron los artículos" del Código Civil que cita, sin expresar el concepto de la violación, como lo manda el artículo 531 ibidem; y

Quinta.—Porque aunque pudiera entenderse y esto es otro mero supuesto, que esa violación se hace derivar de una errónea interpretación de la demanda, sabido es que conforme a lo estatuído en el ordinal 1º del artículo 520 ya citado, el recurrente tiene en casación además del deber de alegar el error la obligación de demostrarlo, cosa ésta que en la presente ocasión ni siquiera se ha ensayado. Además, no se trata de un error manifiesto por cuanto la demanda se propuso, como lo sostiene el Tribunal, invocando el actor la condición de dueño y no de mero habitador del inmueble.

No se admite por tanto el cargo.

Fundándose en la primera causal de casación propone el recurrente dos cargos, que compendiados son:

1º Sostiene que "la sentencia es violatoria de los artículos 596 y 593 del C. J." y que "esas violaciones conducen a la no aplicación del artículo 2342 del C. C." y al fundamentarlo alega que el juzgador al absolver al demandado por no haber presentado el certificado de que trata el artículo 635 del C. J., que es absolutamente innecesario en casos como el presente, violó el artículo 596 ibidem de manera directa y el 2342 del C. C., por falta de aplicación; y

2º Aquí afirma el recurrente que el fallo es violatorio del artículo 2342 ya citado por falta de aplicación de varias pruebas y por apreciación errónea de otras. Como mal apreciada señala la escritura número 854 de 16 de junio de 1923, sobre la cual dice que está debidamente registrada; que es plena prueba del derecho de dominio en el actor sobre la casa número 37-92 de la carrera 13 de Bucaramanga, según lo estatuído en los artículos 601, 630 y 632 del C. J.; y que el sentenciador le negó el valor de plena prueba, con lo cual quebrantó la disposición sustantiva citada.

Como no apreciadas indica las declaraciones de Bonifacio Pedraza, Juan Espinel, Luis Eduardo Arciniegas, Alejandro Bonilla Galvis, Lope Parra, Rafael Correa Macías, Ricardo Puyana, Matilde Serrano, Pedro y José Caballero y José Vicente Galvis y el certificado sobre avalúo catastral pedido por el demandado en segunda instancia, con las cuales sostiene que se comprueba plenamente la identidad entre el bien de que trata la escritura pública ya citada y el que es materia de la demanda.

Se considera:

En el primero de los sintetizados cargos, no-

toriamente deficiente por el aspecto de técnica, le asiste en el fondo razón al recurrente, pues el sentenciador estimó indispensable que en este pleito, en que no se ventila directamente una cuestión de dominio, se demostrara la suficiencia del título que el actor invoca como prueba de su propiedad sobre el inmueble en que se dice se han causado los perjuicios, con el certificado de que trata el artículo 635 del C. J., cuando tal certificado sólo es necesario allegarlo en los casos en que la ley expresamente requiere un título registrado suficiente y entre ellos no está comprendido ni el de la presente controversia, ni aún aquellos en que se propone una acción reivindicatoria. Así lo ha sostenido reiteradamente la Corte en varios fallos, como son los de 30 de septiembre de 1919; 27 de junio de 1931; 28 de febrero de 1945; 22 de noviembre de 1946; 7 de febrero y 30 de junio de 1947 (GACETA JUDICIAL, Tomos XXVII, XXXIX, LVIII, LXI y LXII, págs. 312, 156, 627, 439, 491 y 728, respectivamente).

Para los fines de este pleito es suficiente como prueba del derecho de dominio el solo título respectivo, con la consiguiente nota de registro.

Es indudable que a consecuencia de ese error y tomando en cuenta el solo aspecto que se considera, el juzgador quebrantó el artículo 2342 del C. C., por falta de aplicación, como lo sostiene el recurrente en el primero de sus cargos; mas como tal acusación apenas se refiere a la primera de las razones, arriba destacadas, en que la sentencia se apoya, ese quebranto no conduce a la casación de ésta, por cuanto que resulta infundado, como se verá adelante, el cargo que se propone contra la segunda de esas razones, que de suyo es suficiente para mantener la decisión absolutoria.

La escritura pública número 854 antes citada, que fue acompañada a la demanda y que está debidamente registrada, acredita plenamente que el recurrente es dueño del inmueble allí descrito por sus linderos; pero el Tribunal afirmó, para desestimar la acción, que en el proceso no está comprobado que ese bien sea el mismo a que se refiere el hecho primero de la demanda, o sea la casa número 37-92 de la carrera 13 de Bucaramanga, en el que se dice se han causado los perjuicios cuya indemnización se reclama.

Y con las pruebas que el recurrente cita no se demuestra en forma alguna la identidad que echó de menos el sentenciador, pues de ninguno de los hechos afirmados por los testigos mencionados ni del certificado catastral a que se alude, puede inferirse siquiera que la finca de que trata la demanda, que es a la que aquéllos se refieren, sea la misma a que se contrae la escritura pública en mención.

Por último a nada práctico conduce la alegación incidental del recurrente, sobre que el apoderado del demandante aceptó con posterioridad a la demanda la realidad del dominio del actor sobre el inmueble de la carrera 13, porque como el Tribunal ha requerido prueba solemne para la demostración de ese hecho, el recurrente, si estima que ese punto es susceptible de ser demostrado mediante confesión de las partes, ha debido acusar el fallo por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba y alegar y demostrar la violación consecuencial de las disposiciones sustantivas que regulan esa materia y el derecho controvertido en el pleito.

En resumen, no aparece demostrado el hecho cuya existencia echó de menos el Tribunal y por consiguiente éste no ha incurrido en el quebranto del artículo 2342 del C. C., que se señala como violado a consecuencia del error.

No prosperan los cargos que se han considerado.

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 cuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en este negocio.

Condénase en costas al recurrente (artículo 2º, Decreto número 0243 de 1951).

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

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

TAMBIEN POR ABSTENCIONES PUEDE INCURRIRSE EN RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA

La Corte ha hecho ver que se puede incurrir en culpa no sólo por hechos positivos sino también por omisiones, y así lo expresa una sentencia de la Sala de Negocios Generales, de 12 de abril de 1946, a saber: "No solamente la comisión de hechos positivos hace incurrir en culpa, sino que el simple descuido, la negligencia, la producen, de acuerdo con el Código Civil. En el derecho moderno, como enseña Josserand, se abre un campo cada día más amplio a la doctrina de que no sólo por los hechos activos, como cuando derribamos a un peatón o difamamos al prójimo, se compromete nuestra responsabilidad, sino también por abstención. por la inercia. A la falta positiva, viene a oponerse y a agregarse la falta negativa, que consiste en abstenerse de un acto, de una intervención, de una iniciativa que se estiman obligatorios". (G. J., Tomo LX, pág. 576).

Corte Suprema de Justicia. — Sala B de Casación Civil.—Bogotá, doce de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo)

Antecedentes

1.—El señor Gabriel Salazar Arango, hijo de Miguel Salazar e Inés Arango, casado con doña Lucía Mejía, murió a la edad de veinticuatro años, según lo acredita el acta de defunción cuya copia expidió el Notario 2º de Manizales el 5 de agosto de 1940.

2.—Las circunstancias de la muerte las relata el comandante del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Pereira, don Carlos Zapata, en el oficio número 33 dirigido con fecha 10 de marzo de 1940 al Presidente de la Junta Directiva del Cuerpo de Bomberos y al Personero Municipal, a saber:

"Anoche (9 de marzo de 1940) a eso de las 9 p. m. y por un teléfono de servicio particular, fue llamado el Cuerpo de Bomberos de esta ciudad a extinguir un incendio, que se había presentado en la hacienda de 'Castilla', propiedad del señor don Pedro Bernal. Inmediatamente dí la orden de salir... En el carro de la comandancia iba el suscrito y piloteado por el teniente secretario Antonio Gómez. Al llegar al punto denominado Castilla, nos encontramos con el señor Gabriel Salazar, su hermano Emilio y algunos trabajadores a quienes no conozco y los cuales se ofrecieron a conducirnos o enseñarnos la vía hasta el lugar del incendio, pues éste estaba localizado, poco más o menos, a unos dos kilómetros adentro de la carretera y en el establecimiento de caña. Ya en el lugar del incendio, pude constatar (sic) que el edificio íntegro se había derrumbado y que lo único que había para salvar eran los fondos, maquinaria y un dinamo... Se me acercó el señor Gabriel Salazar a pedirme que tratáramos de salvar el dinamo primero que la maquinaria... Para poder localizar el punto donde estaba el dinamo, había necesidad de bordear la zona incendiada,. lo cual acepté en compañía de dicho señor Salazar, quien me seguía, y detrás de éste don Luis Sanín y algunos trabajadores. Ya habíamos recorrido algunos metros yendo yo adelante, y estando para llegar a unas líneas que descolgaban de un poste que había cerca y por lo tanto en el suelo debido al derrumbamiento del edificio, por causa del incendio, le manifesté que esas líneas eran primarias y que tuviera mucho cuidado, a lo cual contestó que no había peligro. Como movido por un resorte cogió un alambre con las dos manos y, no alcanzando siquiera a hablar, cayó al suelo como fulminado por un rayo y agarrado a dicha línea. Hice todo lo humanamente posible o mejor dicho lo que aconseja la técnica en estos casos para salvar la vida, tales como respiración artificial, darle oxígeno, etc., etc., pero todo fue inútil. Estando cumplida nuestra misión, ordené el regreso de las máquinas y el personal al cuartel, habiendo llegado a éste a la una de la mañana".

3.—El Inspector 4º de Policía de Pereira practicó la diligencia de levantamiento del cadáver del señor Gabriel Salazar, de cuya acta se toman los siguientes apartes:

"A 9 de marzo de 1940, el señor Inspector 4º de Policía de Pereira en asocio de su secretario, se trasladó a la hacienda de 'Castilla', de esta jurisdicción, situada al lado de la carretera que de esta ciudad va a Cartago, y a la ramada en donde se presentó un incendio en la noche de hoy, con el fin de practicar el levantamiento de un cadáver... Una vez allí se constituyó en audiencia pública y declaró comenzado el acto... Contra un declive o talud que termina donde se iniciaba la ramada (sic) para molienda, precisamente en donde o por donde penetraban las líneas de alta tensión de la luz a los transformadores de la maquinaria, hemos hallado el cadáver de un varón, sin tatuajes o señales exteriores para identificar, de unos 24 años de edad, color trigueño rosado, caído sobre su costado derecho, la frente contra el suelo y asidas sus dos manos° de uno de los cables de alta tensión, a que ya nos hemos referido, y los cuales se hallaban por tierra debido al incendio que aún está terminando con los restos en pié de la enramada, y que hizo que, al caer las paredes, dichos cables perfectamente fundidos por el fuego, vinieran a tierra, por el cual hecho no hay responsabilidad por parte de persona o entidad alguna. La muerte del varón que tenemos a la vista le sobrevino en pocos segundos después de entrar en contacto con la línea en referencia. Obtenida la suspensión de servicios de energía para proceder a examinar mejor este cadáver, hemos de manifestar que lo identificamos como el caballero que en vida se llamó Gabriel Salazar, lo que me consta (sic) por cuanto en su ropa hemos hallado su licencia de chofer que trae la fotografía que concuerda con el físico del citado señor Salazar. Por otra parte, la mayoría de los asistentes particulares en esos momentos, también nos han manifestado ser la misma persona...".

4.—Sobre la manera como se desarrolló aquel incendio, el propio Inspector de Policía de Pereira, al abrir la investigación correspondiente, recibió las declaraciones de los señores Heliodoro Vallejo y Marco Castaño cuyas actas tienen fecha 11 de marzo de 1940. De estos testimonios se viene en conocimiento de lo que sigue:

a) **Heliodoro Vallejo.** "Tengo 27 años de edad, soltero, natural del Líbano, vecino de este Distrito y sin generales de la ley con las partes en este negocio, trabajo a jornal, etc. Desde hace ocho días que trabajo en esta hacienda (se refiere a la de Castilla). El sábado 9 de los corrientes, no recuerdo la hora por cuanto me hallaba acostado, por estar muy enfermo de fiebres, pero en todo caso ya era bien entrada la noche; donde yo me encontraba acostado era en el cuartel de trabajadores de la hacienda de Castilla, el cual está situado o estaba situado en el segundo piso de la ramada donde funcionaban las máquinas para moler caña, estando por tanto las máquinas en el piso inferior y en donde también se conservaban grandes cantidades de bagazo, por cierto muy seco. El piso de nuestro salón estaba muy defectuoso, su entablado tenía grandes grietas, por medio de las cuales cabía una mano perfectamente; de ahí que la precaución de todos nosotros de tener cuidado con las colillas de cigarrillo, con los fósforos, en botarlos bien apagados, ya que debajo de nosotros estaba el bagazo que es algo muy peligroso para prenderse, máxime un bagazo tan seco como el que allí había; esa noche, entraron al salón Félix Córdoba, Marco Castaño y Luis Beltrán y alguno de ellos, que no ví cuál, encendió un fósforo para prender la vela y luégo se pusieron a barrer. Luégo oí que Castaño dijo: Vé cómo a éste, y se refería a Córdoba, se le fue el fósforo encendido por entre la endija (sic) y cayó al bagazo y se está prendiendo. Presurosos todos comenzaron dizque a sacar sus cosas y yo, que estaba agotado por la fiebre, dije que talvez el asunto no fuera grave, y apreció eso (sic) que Félix Córdoba, presuroso se bajó en dirección al piso inferior donde se estaba comenzando a quemar el bagazo y se puso a la tarea de bregar por apagar pero imposible hacer él nada, se la ganó la candela y los que se presentaron se dieron a la labor de apagar, pero imposible, el bagazo prende rápido. Debo manifestar que no hubo intención de Córdoba de hacer daño de ninguna especie y que fue involuntario que se le fuera el fósforo o que cayó el fósforo encendido al piso tan lleno de grietas, después de encender la vela. Nada más tengo que manifestar".

b) **Marco Castaño.**—"Tengo de 48 a 50 años de edad, soltero, natural de Heliconia, trabajo a jornal, sin defecto físico que me prive el goce completo de los sentidos, sin generales de la ley con las partes y vecino de este distrito. Hace mañana martes ocho días que habíamos llegado a trabajar en la hacienda Castilla y dormía como todos los trabajadores de allí, en el campamento o ramada de la máquina, ramada que era de dos pisos y encima de una bagacera. El sábado 9 de los corrientes, más o menos a las 8 de la noche, llegué al campamento en compañía de Luis Beltrán y del chocoano Félix Córdoba, con el fin de

acostarnos y en nuestro perfecto estado de juicio; dentro del salón se hallaba acostado, por estar enfermo de fiebres, Heliodoro Vallejo, y en ese momento sólo habíamos (sic) estas cuatro personas en el tablado de nuestro dormitorio, estaba lleno de grietas muy grandes y el bagazo de caña que estaba debajo de nosotros en otro piso, casi tocaba el piso de nuestro salón pues a lo sumo quedaba esto de retirado (el declarante mide una cuarta de su mano). El chocoano llegó y encendió un fósforo para vernos acostar y luégo lo arrojó al piso sin darnos cuenta de nada, pero al poco rato lo ví como afanado mirando por entre las grietas y dijo que se le había ido el fósforo por una grieta y que había caído encendido al bagazo y que estaba humeando; me vine en el acto hacia ese lugar y efectivamente, como el bagazo estaba tan cerca al piso, el fósforo le había caído encendido y se estaba ardiendo ya que el bagazo seco, como ese que había, arde como pólvora, no da tiempo de nada; el enfermo nos dijo que miáramos (sic) por entre los huecos para apagar eso y yo le dije que no tenía ganas porque acababa de desaguar afuera, y entonces el enfermo se levantó y orinó por entre los huecos, y aparentemente parecía apagado cuando al instante comenzó el humo a entrar a la pieza y le dije al muchacho que nos bajáramos para entrarnos por alguna parte, y efectivamente me bajé con el chocoano, es decir, con quien había botado el fósforo y quien estaba muy angustiado bregando y nos metimos a ver de apagar pero eso era imposible; al ver yo el peligro me regresé (sic) para arriba a sacar mis ropitas, lo que hice, y a poco las llamas ya no dejaron hacer nada. El enfermo también se había salido. Tanto el enfermo como el chocoano y yo éramos nuevos ahí en la hacienda, casi todos por decir mejor, y no sabíamos de dónde sacar agua, la que está retirada en un guadual que hay por ahí. En relación con la muerte de don Gabriel Salazar, ocurrida esa misma noche porque lo cogió una cuerda de luz, nada sé cómo fue, tan sólo lo ví cuando ya lo lograron sacar dentro (sic) las cuerdas. A don Gabriel sí lo conocía más antes, por cuanto yo estaba trabajando en la finca de él en la semana anterior. El muchacho chocoano a quien sólo vine a conocer allí en Castilla, no tuvo designio (sic) ni voluntad de hacer daño. El pobre se afanó mucho y bregó por apagar, pero no pudimos ninguno, ni después cuando ya llegó más gente. Que lo dicho es la verdad".

5.—Sobre la causa de la muerte del señor Gabriel Salazar certificó el doctor Alberto Mora Mora, médico de la ciudad de Pereira, según nota del 10 de marzo de 1940. El 1º de octubre de ese año comparació ante el Juzgado Civil de aquel Circuito y ratificó bajo juramento el contenido del certificado que dice: "El suscrito médico certifica que el señor Gabriel Salazar murió a consecuencia de electrocución, hora de la muerte 22 horas y media del día 9 de marzo". Luégo agregó en su declaración juramentada: "Por el conocimiento que tuve durante mucho tiempo del señor Gabriel Salazar, me consta que dicho señor gozaba de magnífica salud, siempre lo conocí trabajando en la hacienda de Alsacia". Reza el acta que "presente el señor Personero Municipal, le preguntó al testigo en la siguiente forma:... si al cadáver del señor Gabriel Salazar sí se le hizo autopsia? **Contestó:** No sé. Segunda pregunta: ¿Si es factible que en forma cierta y terminante se pueda saber a la vista de un cadáver, si se trata de un electrocutado? **Contestó:** Por el examen externo la electrocución deja generalmente huellas de quemaduras, que si bien no son patognomónicas de la quemadura eléctrica, sí autorizan para pensar por la forma y localización el hecho de haber sido producidas por alambres conductores de energía. **Tercera pregunta:** ¿No es necesaria la autopsia para quedar convenido plenamente de que se trata de un electrocutado? **Contestó:** Es indudable que la autopsia, por las lesiones internas que puede producir la corriente eléctrica, puede dar un dato seguro de la causa de la muerte, aunque es cierto que estas lesiones son prácticamente imposibles de verse en la mayoría de los casos, ya que la muerte es producida por acción directa que inhibe el corazón y los centros nerviosos sin dejar huella. **Cuarta pregunta:** ¿Con qué objeto le pidieron el certificado de defunción de Gabriel Salazar? **Contestó:** Para cumplir con la obligación del registro civil y poderlo enterrar".

6.—Se acreditó convenientemente que el Municipio de Pereira es dueño y explotador de la única empresa de energía eléctrica que allí existe para el servicio público; la cual adquirió por compra desde el año de 1925 y amplió luégo, etc. Todo lo corrobora el Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Pereira, cuyo certificado contiene los siguientes datos pertinentes: "Por los años de 1936 y 1937 algunos vecinos de la carretera que de esta ciudad conduce a La Virginia, prestaron al Municipio de Pereira una suma de dinero para el montaje de unas canalizaciones eléctricas a lo largo de dicha carretera, con el compromiso de que este valor sería pagado con

los servicios prestados por energía. Una vez instaladas estas líneas principales, el Municipio autorizó a los dueños de las haciendas vecinas para tomar derivaciones de las mismas bajo su cuenta y riesgo, tal como lo hizo la hacienda denominada Castilla, de don Pedro Bernal, en el año de 1937, derivación de una larga extensión para alumbrado y funcionamiento de un motor de 10 HP. Según consta en los archivos de la Tesorería, el Municipio comenzó a cobrar el servicio de dicho motor de 10 HP. en el mes de julio del año de 1938, el cual fue reemplazado por un motor de 15 HP. en el mes de enero del presente año". El anterior certificado aparece expedido el 2 de octubre de 1940.

7. — Sobre la calidad de suscriptor del servicio de energía eléctrica y de luz, el Tesorero de Rentas Municipales de Pereira certificó mediante diligenciamiento de exhorto que le libró el Juzgado Civil, a saber: "Según las constancias reposan (sic) en los archivos de esta oficina, el señor Pedro Bernal viene figurando como suscriptor de la Empresa de Energía Eléctrica Municipal de esta ciudad de Pereira, desde antes del día 9 de marzo del presente año 1940 (sic). Es verdad también que el señor Pedro Bernal es suscriptor de la mencionada empresa desde antes del día referido, no sólo en cuanto a la luz sino también en cuanto a la energía eléctrica. Respecto a este punto debe aclararse: al señor Bernal se le vendía energía eléctrica para alumbrado y un motor (sic) en la hacienda de Castilla de este Municipio, energía llevada por la carretera Pereira-La Virginia por líneas municipales; de éstas el señor Bernal desprendió por su cuenta y riesgo las líneas de su propiedad y que entran a su hacienda. El día 20 de enero de este año, el señor Bernal ordenó se le aislara la energía para el motor, dejándole alumbrado para la hacienda; hay constancia en la Tesorería, oficina de reclamos y oficina de instaladores, que el día 23 se le aisló como lo solicitó, la energía para el motor, tomando en la caja de la carretera, o sea donde se le vende la fuerza, uno de los tapones fusibles y dejando sólo energía en dos líneas del señor Bernal (sic), para el alumbrado, quedando así aislado el motor que fue la orden dada por el interesado. Es verdad que a don Pedro Bernal como a los demás suscriptores de la vía Pereira-La Virginia, se le vende la energía para sus distintos menesteres, derivada de las líneas principales de propiedad municipal que van por dicha vía, pero los suscriptores la toman de dicha canalización hacia sus propiedades, por su cuenta y obligados al sostenimiento desde la canalización municipal al lugar donde van a utilizar esa energía comprada como sucede con la hacienda de Castilla". El anterior certificado aparece expedido en Pereira el 4 de octubre de 1940.

8.—Cuatro meses después de ocurrida la muerte del señor Gabriel Salazar en las circunstancias que se dejan estudiadas, la Gerencia de las Empresas Públicas Municipales de Pereira le dirigió al señor Pedro Bernal el oficio número 189 de 25 de julio de aquel año cuyo texto puede leerse a la vuelta del folio 27 del cuaderno número 3 del expediente y dice: "Señor don Pedro Bernal.— Castilla. — Comoquiera que, en un tiempo relativamente corto, el Municipio de Pereira empezará a explotar la nueva planta hidroeléctrica de Belmonte, circunstancia que habrá de contemporizar con la reorganización administrativa de la empresa y reglamentación del servicio, me permito avisar a usted que, desde el recibo de la presente notificación, será de su cargo exclusivo el sostenimiento de la línea entre las primarias principales y su propiedad, así como también los perjuicios que la misma pueda ocasionar, por defectos de conservación o por cualquiera otra causa. Necesitando, el Municipio, libertarse de la conservación y riesgos relacionados con las líneas que derivan a predios particulares, ruego a usted se sirva avisarme, por escrito, su conformidad al respecto, pues en el caso contrario, el Municipio no podría continuar la prestación del servicio eléctrico a su propiedad, en virtud de órdenes impartidas por la Honorable Junta de Empresas Públicas Municipales. A la mira de sus noticias sobre este punto tengo el agrado de ofrecerme como su atto. servidor, **Pablo Ramírez J.**"

9.—Los señores doña Lucía Mejía de Salazar, en su calidad de viuda de Gabriel Salazar, Miguel Salazar e Inés Arango de Salazar, en su condición de padres legítimos del mismo, demandaron, por medio de apoderado, al Municipio de Pereira, para que, con citación y audiencia del respectivo Personero Municipal y mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones y condenaciones:

"a) Que el Municipio de Pereira es civilmente responsable de la muerte de Gabriel Salazar Arango y del daño causado con esa muerte ocurrida por electrocución en las horas de la noche del día 9 de marzo del presente año (1940) en la hacienda denominada Castilla, ubicada en jurisdicción del Municipio de Pereira;

"b) Que, en consecuencia, está el Municipio de

Pereira obligado a pagar a Lucía Mejía de Salazar, dentro del término legal, el valor que fijen los peritos en forma legal, o que fije usted con arreglo al derecho a los perjuicios causados a la citada Lucía Mejía de Salazar con la muerte del nombrado Gabriel Salazar Arango en la forma expresada;

"c) Que el mismo Municipio de Pereira está obligado a pagar a Miguel Salazar e Inés Arango de Salazar el valor que fijen los peritos, o que fije usted con arreglo al derecho, a los perjuicios causados a los citados Miguel Salazar e Inés Arango de Salazar con la muerte del mismo Gabriel Salazar Arango".

En subsidio de las peticiones b) y c) inmediatamente anteriores el demandante suplicó que el pago del daño se hiciera a la sucesión de Gabriel Salazar Arango, en caso de que no prosperara la solicitud para los demandantes en su condición personal.

10.—Los hechos de la demanda según libelo corregido y que se recibió en el Juzgado el 12 de septiembre de aquel año pueden resumirse así:

1° Al Municipio de Pereira le pertenece la Empresa de Energía Eléctrica de servicio público.

2º Antes del 9 de marzo de 1940 el Municipio estableció los elementos necesarios para suministro de luz y energía a la hacienda de Castilla.

3° El 9 de marzo de ese año el señor Gabriel Salazar, animado de nobles sentimientos, acudió a prestar sus buenos oficios para ayudar a extinguir el incendio que estalló en el establecimiento de caña de la citada hacienda.

4º Cuando se disponía a cumplir con su propósito tropezó con los alambres conductores de la energía eléctrica y cayó muerto de manera fulminante.

5º Al morir estaba casado con doña Lucía Mejía, de quien no había tenido hijos y dejó, además de su viuda, a sus padres legítimos, como deudos más cercanos.

6º El muerto era hombre joven, de buena salud, de buenas condiciones físicas, intelectuales, profesionales, morales y sociales y de sanos antecedentes biológicos.

7º Como esposo cumplido atendía decorosa y afectuosamente a la satisfacción de sus necesidades personales y de su esposa por quien vélaba con cariño y diligencia propios de su estirpe.

8º y 9º La señora del muerto, así como los padres del mismo son personas de posición social distinguida y han sufrido y sufren tanto perjuicios materiales como morales por la desaparación de su esposo e hijo: aquélla en mayor medida que éstos, porque, además del dolor por la muerte de su esposo, quedó sin recursos propios para atender a su subsistencia; en cambio los padres del muerto sólo han sufrido perjuicios morales.

10. El Municipio de Pereira es civilmente responsable del daño causado por la muerte de Gabriel Salazar Arango por culpa civil extracontractual del mismo Municipio, o de sus representantes, agentes o dependientes, o por virtud del riesgo creado con la explotación de la mencionada empresa de energía eléctrica. Más adelante el hecho de la culpa se precisó quedando configurado un descuido que revelan los antecedentes de que se ha hecho mérito y que consistió en la no suspensión efectiva del servicio de energía eléctrica, de la cual estaban cargadas las líneas (6.600 voltios) que, al entrar en contacto con el cuerpo del señor Salazar le causaron la muerte.

11. El señor Juez Civil del Circuito de Pereira en sentencia del 25 de junio de 1941 despachó el negocio en el sentido de absolver al Municipio de Pereira de todos los cargos que se le formularon en la demanda inicial y en la corregida.

12. El 27 de junio del indicado año se notificó el apoderado de los demandantes e interpuso el recurso de apelación, el cual le fue concedido por auto de 2 de julio siguiente. Recibido el expediente en el Tribunal Superior del Distrito de Pereira se tramitó allí la segunda instancia y terminó con el fallo de 24 de mayo de 1945 que confirmó la decisión del Juzgado.

La sentencia acusada

La decisión confirmatoria se funda, después de hacer el recuento de los hechos y de las pruebas que se recibieron en la segunda instancia, en la consideración de que no bastaba establecer que el señor Salazar hubiera muerto a consecuencia de un contacto con los alambres caídos en la finca de Castilla, pues ello habría llevado a aplicar la teoría de que, quien pone un riesgo, debe responder de todas sus consecuencias, sin tener en cuenta la fuerza mayor o el caso fortuito. Que, como lo expuso el señor Juez **a quo**, no existe elemento de convicción de que el accidente, causa de la muerte del señor Salazar, se debiera a defectos de técnica en la organización y administración de la empresa de energía eléctrica.

Encontró el Tribunal valedero el argumento expuesto por el señor Personero del Municipio, en su alegato, cuando dijo que el señor Pedro Bernal, al solicitar del Municipio se le hicieran unas instalaciones, en la hacienda de Castilla, las

había solicitado para él y bajo su responsabilidad ya que adhirió al Acuerdo municipal número 68 de 1931, al contratar los servicios municipales de instalación, etc. Agregó que según el artículo 23 de dicho Acuerdo, la empresa no asume responsabilidad por el empleo de la corriente en las instalaciones y que, por lo tanto, los perjuicios que se ocasionen por mal empleo, con instalaciones defectuosas de que no se haya dado cuenta, son de cargo del respectivo suscriptor. Concluye la sentencia diciendo que el fallo recurrido estuvo jurídico y, por lo tanto, debe ser aprobado.

El recurso

Por providencia del 3 de julio de 1945 se concedió el recurso de casación interpuesto por la parte actora. Venidos los autos a la Corte se surtió la tramitación del caso y estando el negocio debidamente preparado se procede a decidirlo mediante las siguientes consideraciones:

La demanda de casación acusa la sentencia del H. Tribunal Superior de Pereira, como violatoria de la ley sustantiva por diversos conceptos, es decir, se invoca la causal 1ª del artículo 520 del C. J. Distribuídos en tres capítulos va deduciendo los respectivos cargos así:

A) Violación de los artículos 2341, 2344, 2347 y 2356 del C. C., por falta de aplicación o infracción directa determinada por errores de hecho manifiestos y por errores de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a la explotación por parte del demandado en la derivación eléctrica para la hacienda denominada "Castilla", de don Pedro Bernal.

B) Violación de los mismos artículos del C. C., por el mismo concepto de falta de aplicación o infracción directa determinada por errores de hecho manifiestos y por errores de derecho, en la apreciación de las pruebas, sobre haber el demandado extendido las canalizaciones de la derivación hacia la hacienda "Castilla" haciendo las correspondientes instalaciones, o autorizando una y otra.

C) Violación de los mismos artículos del C. Civil por el mismo concepto de falta de aplicación o infracción directa, determinada por errores manifiestos de hecho y errores de derecho, en la apreciación de las pruebas relativas a la culpa civil, en que incurrió el demandado.

Confrontando estos cargos, con la sentencia y con los documentos y demás pruebas invocadas por el recurrente, la Sala descubre que sólo en el tercer capítulo encuentra fundado y acertado el recurso y por esta razón se limita al estudio del tercero de los cargos que se formula del modo que sigue:

"El Tribunal incurrió en errores manifiestos de hecho y de derecho en la apreciación de los certificados expedidos por el Tesorero Municipal de Pereira, que obran a los fls. 38 del cuaderno 3º y 11 vuelta del cuaderno 7º y de los certificados del Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Pereira que obran al fl. 27 del cuaderno 3º y fl. 28 del cuaderno 7º.

En primer lugar, en cuanto no tomó razón de que, en tales certificados, se declara que el Municipio de Pereira autorizó la construcción de la derivación mencionada, estaba prestando hasta el día del accidente servicios de energía para el alumbrado de la hacienda y para el funcionamiento de un motor industrial; permitió que un particular hiciera a su talante trabajos en la realización de dicha derivación; llevó, en una extensión de 700 metros aproximadamente corriente eléctrica de alta tensión mediante alambres sin las seguridades exigidas por la técnica moderna; no hizo efectiva la suspensión de la corriente eléctrica en esas canalizaciones que conducían la energía para el motor industrial, a pesar de habérselo pedido oportunamente por parte del hacendado; colocó en el propio edificio en donde funcionaba el motor industrial, o permitió que se colocara allí, los transformadores de la corriente eléctrica de alta tensión conducida por las mencionadas canalizaciones. En virtud de este error, cometió el error también de no darse cuenta de que tales hechos constituían y constituyen culpa civil del demandado, pues, como lo enseña la ciencia de la electricidad industrial, y según los conceptos autorizados del Ministerio de la Economía Nacional y de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, la corriente eléctrica de alta tensión había podido ser transportada a una distancia considerable de la ramada o edificio en donde funcionaba el motor industrial y de esta manera se habría podido impedir la electrocución de Gabriel Salazar".

La Sala observa:

Efectivamente el fallo acusado prescinde de manera total del estudio de las pruebas invocadas por el recurrente y que ya hubo ocasión de resumir en el primer capítulo del presente fallo.

De esas pruebas se desprende, sin lugar a duda, el hecho grave y muy claro, de que, habiendo solicitado el señor Pedro Bernal, que se le suspendiera el servicio de energía para alimentar

el motor de 15 caballos de fuerza, destinado al trapiche de caña, motor que era de 220 voltios y que hacía necesario el funcionamiento de un transformador para bajar la corriente que venía en las líneas de la derivación a una carga de 6.600 voltios, la suspensión no se realizó.

Sobre el particular merece considerarse, junto con el hecho de que se trata, el relativo al incendio, recogido en la narración de los antecedentes, y que los representantes del ministerio público o sea, el señor Personero Municipal de Pereira y el señor Procurador Delegado en lo Civil invocaron como caso fortuito, en relación con el Municipio demandado, caso que, en sentir de aquéllos, desplaza la responsabilidad del Municipio.

A propósito merecen transcribirse las siguientes apreciaciones del bien razonado alegato de conclusión, en la segunda instancia:

"Quizás pudiera pensarse que el incendio ocurrido el día de la electrocución, y con anterioridad a ésta, tenga los caracteres de la figura jurídica liberatoria para el Municipio, y parece que así lo llegó a pensar el señor Personero Municipal. Pero, como se verá en seguida, el incendio aludido en lugar de constituir esa figura jurídica, reveló precisamente todo lo contrario: la culpa flagrante del Municipio de Pereira en la explotación de la empresa de energía eléctrica. En efecto, las circunstancias de la electrocución de Gabriel Salazar fueron las siguientes, según aparece del expediente. A 700 metros, más o menos, de la carretera que conduce de la cabecera del Municipio de Pereira a La Virginia, y haciendo parte de un establecimiento de caña que existía en la hacienda llamada Castilla, de propiedad de don Pedro Bernal, había una ramada para el servicio de ese establecimiento; dentro de dicha ramada existía un motor trifásico de 15 caballos de fuerza para corriente de 220 voltios y para el uso de ese establecimiento; ese motor venía siendo alimentado con energía eléctrica suministrada por el Municipio, de las principales que éste había extendido a lo largo de la carretera mencionada y conducían una corriente de 6600 voltios... hasta la ramada dicha, en un trayecto de cerca de 700 metros; como el motor industrial referido sólo resistía una corriente de 220 voltios era necesario transformar la corriente conducida por esas canalizaciones, para lo cual se había instalado el respectivo transformador dentro de la misma ramada. El día 20 de enero de 1940 el dueño de la hacienda dicha había solicitado de la Tesorería municipal de Pereira la suspensión del servicio de energía para el motor mencionado y esa misma oficina hizo constar el día 8 de febrero siguiente, o sea con anterioridad al accidente en que perdió la vida Gabriel Salazar, que dicha corriente quedaba suspendida; el día del accidente el dueño de la hacienda no había solicitado todavía la reconexión de la corriente por no ser época de la elaboración de panela en el establecimiento de caña y se tenía por cierto que las canalizaciones que llegaban hasta el transformador que se había instalado en la ramada carecían de corriente eléctrica y que, por tanto, no ofrecían ningún peligro de muerte. En el día de la electrocución y en las primeras horas de la noche estalló un incendio en dicha ramada, por lo cual acudieron al lugar, varias unidades del cuerpo de bomberos del Municipio de Pereira y, al mismo tiempo entre otros vecinos, el señor Gabriel Salazar, con el objeto de ayudar a extinguirlo. Cuando llegaron al lugar del incendio ya éste había destruído completamente la ramada, y como las canalizaciones primarias de 6600 voltios llegaban hasta la ramada y entraban en ella, se cayeron al suelo, tropezando con ellas el señor Gabriel Salazar y quedando electrocutado inmediatamente".

Si lo dicho es verdadero, como aparece, resulta que el Municipio de Pereira no cometió otro error de conducta que lo hiciera culpable y, por consiguiente, responsable de la muerte del señor Salazar, distinto de no haber retirado la corriente de 6600 voltios en las llamadas canalizaciones, o conductores, que llevaban aquella energía al motor del establecimiento de caña del señor Bernal, no obstante habérselo pedido éste y haber aceptado el Municipio la solicitud formulada. En la mente de los vecinos del señor Bernal, lo mismo que en la de éste y en las de sus trabajadores, existía la creencia de que, por no ser aquella época (9 de marzo de 1940) de elaboración de panela, las canalizaciones de la corriente eléctrica estaban muertas. De ahí la confianza del señor Salazar, cuando le manifestó tánta seguridad al señor Comandante del cuerpo de bomberos, según el episodio, ya transcrito en los antecedentes de este fallo, que no había peligro con la caída de las líneas de la instalación eléctrica para el servicio del motor; a tiempo que, por un inexplicable descuido de los agentes del municipio, la corriente no había sido suspendida y está allí como enemigo oculto en acecho de su víctima. Y fue tan grave el descuido que, para retirar el cadáver del señor Salazar, fue necesario que se pidiera la suspensión de la energía, a tiempo que consta que desde el mes de enero

lo había solicitado don Pedro Bernal y se le había dicho que su solicitud estaba atendida.

La sentencia acusada pasa en silencio este hecho y sus pruebas.

El art. 520 del C. J. dice que si la violación de la ley proviene de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto. Así ha ocurrido y el fallo deberá ser infirmado.

Sería redundante agregar algo a lo mucho que esta corporación ha dicho acerca de la culpa civil y de la responsabilidad extracontractual fundada en ella. Bastará recordar algunos fallos de esa abundante doctrina.

"Toda persona o entidad debe obrar con las debidas precauciones cuando trata de la ejecución de un hecho que puede ofrecer algún peligro; debe tener la suficiente previsión, la suficiente prudencia para evitarlo, so pena de responder por sus consecuencias. El derecho y la ley buscan mantener el orden dentro de la justicia; quieren que nadie sea lesionado, que a nadie se le dañe o perjudique, y por eso mandan obrar con previsión y alerta". (G. J., Tomo 37, pág. 360).

La Corte ha hecho ver que se puede incurrir en culpa no sólo por hechos positivos sino también por omisiones y así lo expresa una sentencia de la Sala de Negocios Generales del 12 de abril de 1946, a saber: "No solamente la comisión de hechos positivos hace incurrir en culpa, sino que el simple descuido, la negligencia, la producen; de acuerdo con el código civil. En el derecho moderno, como enseña Josserand, se abre un campo cada día más amplio a la doctrina de que no sólo por los hechos activos, como cuando derribamos a un peatón o difamamos al prójimo, se compromete nuestra responsabilidad, sino también por abstención, por la inercia. A la falta positiva viene a oponerse y a agregarse la falta negativa, que consiste en abstenerse, de un acto, de una intervención, de una iniciativa que se estiman obligatorios" (G. J., Tomo 60, pág. 576).

Violó el Tribunal sentenciador los artículos que en el código civil consagran la responsabilidad por culpa como son los invocados por el recurrente, es decir 2341, 2344, 2347, y porque dejó de aplicarlos sin caer en la cuenta de que el Municipio de Pereira por intermedio de los funcionarios que manejan la empresa de energía eléctrica de su propiedad, incurrió en una grave omisión, constitutiva de culpa, al no suspender la corriente de alta tensión que llevaba la fuerza necesaria para mover el establecimiento de caña y producción de panela del señor Pedro Bernal en la hacienda de Castilla, según lo que se ha visto.

No hace falta averiguar si, por el hecho de que el señor Pedro Bernal pudiera ser el dueño de las derivaciones que llevaban la fuerza eléctrica a su finca, y hubiera adherido a una cláusula general de no responsabilidad consignada en el Acuerdo Nº 69 de 1931, el Municipio quedará exento de culpa y de responsabilidad, las cuales debieran desplazarse hacia terceros, como lo sostuvieron los fallos de las instancias.

Consta inequívocamente, por el contrario, que el dueño del fluído eléctrico, que causó la muerte al señor Salazar, era el Municipio, y eso ni siquiera se discutió en el debate. Consta así mismo que el Municipio, por conducto de la empresa de su propiedad, era el único que estaba en condiciones de suministrar el fluído eléctrico y de suspender el suministro. Consta que el señor Bernal le pidió a la empresa de energía eléctrica del Municipio de Pereira que le suspendiera aquel servicio de fluído eléctrico para su establecimiento de caña, en los primeros meses del año de 1940, por no ser aquella época de elaboración de panela. Consta finalmente que el Municipio, por mediación de sus dependientes en la empresa de energía eléctrica, asvisó haber suspendido ese servicio, o sea, que las líneas que vinieron a tierra con motivo del incendio del 9 de marzo, según afirmación de persona autorizada y representante del Municipio, estaban descargadas y no había peligro alguno en tocarlas. Conclusión ésta, tanto más verosímil, cuanto que los trabajadores del establecimiento de caña, no obstante vivir en el mismo edificio donde se encontraba aquel motor eléctrico estaban sin luz para alumbrarse y tenían que hacerlo valiéndose de velas. El señor Gabriel Salazar como vecino de la hacienda de Castilla y persona animada de los más nobles sentimientos de amistad, hasta el extremo de arriesgar su persona en el salvamento de cosas valiosas pertenecientes a su vecino, conocía de sobra dónde estaba ese motor y aquellos elementos que pretendieron salvar, según se lo dijo al comandante del cuerpo de bomberos y éste lo relató en documentos auténticos traídos legalmente a los autos. Cuando Zapata, comandante de bomberos le dijo a Salazar: "que esas líneas eran primarias y que tuviera mucho cuidado", Salazar contestó "que no había peligro". ¿Cómo se explica ésto? No de otra manera sino porque el joven muerto sabía que don Pedro Bernal había solicitado la suspensión de la corriente de alto voltaje, y los agentes del Municipio afirmaron

que así era cuando es lo cierto que tal cosa no había ocurrido, por causa de una omisión grave e injustificable que no hay a quién imputar, como no sea a los agentes o dependientes del Municipio demandado, dueño de la empresa que suministraba el fluído para el servicio del trapiche del señor Bernal, fluído que causó la muerte del tántas veces mencionado Gabriel Salazar.

No sobra advertir que contra el Municipio sería injusto afirmar descuido habitual o desgreño en el manejo de su empresa. De aquí que no se pueda hablar en estricto rigor jurídico de la presunción de culpa consagrada por el art. 2356 del C. C. en el ejercicio de actividades peligrosas. Aquí, en realidad, lo que se demostró por pruebas directas y completas, sin necesidad de presunciones, fue que los agentes del Municipio, o dependientes de su empresa de energía eléctrica, tuvieron un lamentable y trágico descuido al no haberse cerciorado de que, efectivamente, hubiera quedado suspendido el servicio de corriente de alta tensión, en la forma en que lo certifica el tesorero de rentas municipales de Pereira cuando dice que el día 23 de enero se le aisló al señor Pedro Bernal, como lo solicitó, la energía para el motor, tomando en la caja de la carretera, o sea donde se le vende la fuerza, uno de los tapones fusibles y dejando sólo energía en las líneas del alumbrado. Repásese el documento de que se hizo mérito en el número 7 de los antecedentes de este fallo.

De lo expuesto se deduce: en primer lugar, como ya se dijo, la necesidad de invalidar el fallo absolutorio recurrido, y en segundo lugar, su reemplazo por otro condenatorio. Para motivar éste, se añaden, a las que preceden, las siguientes consideraciones.

Las súplicas de la demanda, se encaminan a que se declare al Municipio de Pereira, obligado para con los demandantes, a indemnizar a éstos por los perjuicios sufridos con la muerte del señor Gabriel Salazar, y que son morales y materiales. De ambas clases los padece la viuda, doña Lucía Mejía de Salazar. De carácter puramente moral los sufren los padres de la víctima.

Como no hay pruebas concretas para fijar el monto del daño patrimonial deberá éste regularse mediante el procedimiento de que trata el artículo 553 del C. J., sobre las siguientes bases:

a) Se estimará, ante todo, el tiempo probable de supervivencia de Gabriel Salazar y de su señora viuda, a partir de la fecha de la muerte de aquél;

b) Se fijará luego una cantidad mensual habida consideración de la capacidad económicamente productiva de Salazar, dada la índole de las labores a que solía dedicarse y lo que, al tiempo de su muerte, estaba devengando, para sacar así el promedio de sus entradas durante el tiempo probable de supervivencia;

c) De esa suma mensual se tomará la porción que habría de suministrarle a su cónyuge el señor Salazar atendidas la posición social y necesidades económicas de la señora, y

d) Dicha cuota se multiplicará por el número de meses de la **menor** supervivencia probable de los cónyuges, deduciendo de este producto el interés legal correspondiente, por el sistema de las tablas de Garuffa.

Resultado de estas operaciones constituye el monto de la indemnización por los perjuicios patrimoniales a que tiene derecho doña Lucía de Salazar.

La Sala regula el monto de los perjuicios morales debidos, tanto a la viuda como a los padres de Gabriel Salazar, ateniéndose al límite máximo que señala el artículo 95 de la Ley 95 de 1936, es decir, que corresponderá a cada uno de los tres demandantes la suma de dos mil pesos ($ 2.000) que, en conjunto, suman seis mil ($ 6.000).

Sentencia:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala B. de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 24 de mayo de 1945, y, revocando la del Juzgado Civil del mismo Circuito, de 25 de junio de 1941, falla este pleito así:

Primero: El Municipio de Pereira, como civilmente responsable de la muerte por electrocución del señor Gabriel Salazar Arango, está obligado a indemnizar los perjuicios, materiales y morales que esa muerte ha causado a su viuda doña Lucía Mejía de Salazar, y obligado así mismo a indemnizar los perjuicios puramente morales que esa muerte ha causado a sus padres Miguel Salazar e Inés Arango de Salazar.

Segundo: En tal virtud se condena al Municipio de Pereira a pagar a dicha señora viuda de Salazar y a los padres de la persona fallecida, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) a cada uno como valor de los perjuicios morales.

Tercero: El Municipio también pagará a la señora Lucía Mejía v. de Salazar, el valor de los perjuicios materiales sufridos por la muerte de su marido, cuya cuantía se fijará de acuerdo con el art. 553 del C. J., sobre las bases indicadas en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto: No se hace condenación en costas por respeto al art. 576 del C. J.

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

Luis Enrique Cuervo A.—Pablo Emilio Manotas—Manuel José Vargas — Güalberto Rodríguez Peña—Hernando Lizarralde, Secretario.

LA ESCRITURA DE ENAJENACION DE DERECHOS HEREDITARIOS NO DEBE REGISTRARSE EN EL LIBRO DE CAUSAS MORTUORIAS, SINO EN EL LIBRO NUMERO 2º

La venta de los derechos hereditarios puede realizarse aún antes de iniciado el juicio de sucesión, y la escritura correspondiente debe, por eso, registrarse en el libro número 2º, y no en el de causas mortuorias, de que trata el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, aunque dicha venta se haya realizado después de la iniciación del juicio, porque la escritura sobre enajenación de derechos hereditarios, no emana de ese juicio, sino es pasaporte para entrar en él por medio de la subrogación.

Sobre el particular, dijo la Corte en sentencia de casación, de 8 de mayo de 1942: "Por lo demás, si se pensara en que hay una sucesión de por medio, tampoco esa consideración determinaría por sí sola el registro de tales cesiones en el Libro de causas mortuorias, porque bien sabido es que tal Libro, según el art. 38, está destinado exclusivamente para los títulos o actos que tengan origen en un JUICIO DE SUCESION, verbi gratia, el decreto de posesión efectiva, la partición y su sentencia aprobatoria; y los instrumentos sobre cesión de derechos hereditarios, sólo contienen contratos sobre enajenación de un derecho genérico y abstracto, que no proviene ni se deriva de las resultas de tal juicio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Que es nulo, o en subsidio, que es simulado el contrato sobre venta de unos derechos herenciales, que consta en la escritura 168 de 13 de marzo de 1945, pide Rosa Delia Espinosa de Niño contra Ricardo Antolínez, comprador de esos derechos en la sucesión del padre de aquélla. Y en relación con la escritura citada, que es lo que interesa para el caso presente, se dice textualmente bajo la petición subsidiaria:

Que tampoco tiene eficacia jurídica ni ningún valor ni efecto la inscripción de la escritura citada, verificada en el Libro número Segundo de la Oficina de Registro de Málaga, Tomo 3º, al folio 20 y bajo partida número 17, de 17 de marzo de 1945, y por consiguiente debe ordenarse su cancelación.

El apoderado de la actora corrigió la demanda y dijo sobre este mismo tema:

Que no ha habido tradición válida de los derechos hereditarios por no haberse registrado tal escritura en el Libro de Causas Mortuorias, como quiera que en la fecha del otorgamiento de la escritura en referencia ya estaba cursando el juicio de sucesión a que los derechos se refieren, y que como consecuencia el libro competente para el registro era el de Causas Mortuorias y no el Primero ni el Segundo, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 57 de 1887.

El Juzgado del Circuito de Concepción, por sentencia de veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, declaró no probados los hechos de la demanda y como consecuencia absolvió al demandado.

Sobre el tema ya enunciado dijo el Juzgado, después de citar jurisprudencia de la Corte:

"Pero para el despacho la mencionada escritura está bien registrada por las razones que a continuación se expresan: La ley 57 de 1887 en su artículo 38 adicionó el C. C. en lo referente a los libros que debe llevar el Registrador, y entre los nuevos estableció el de Causas Mortuorias "para la inscripción de todos los títulos o actos, que conforme a las leyes vigentes, deben inscribirse en los libros 1º y 2º y que tengan origen en un juicio de sucesión". Y como vemos, la Ley no exige que todas las transacciones sobre bienes o derechos vinculados en una sucesión deban inscribirse en el Libro de registro de Causas mortuorias, aunque ya se haya radicado el juicio respectivo, puesto que, lo que ordena es la inscripción de los títulos "que tengan origen en un juicio de sucesión", o sea que procedan de él, como lo serían la partición y la sentencia aprobatoria de la misma, el acta que contiene un

remate y su correspondiente auto aprobatorio, etc., como medio de efectuar la tradición del causante a sus sucesores. En la venta de derechos de herencia, en que no se sabe qué cuerpos ciertos corresponden al comprador, no se opera este fenómeno, y la inscripción de los correspondientes títulos bien puede hacerse en los libros 1º y 2º de que habla el C. C. Esta interpretación es la que ha venido reconociendo la jurisprudencia de la Corte, expresada en muchos fallos".

Apeló el actor de este proveído, y el Tribunal Superior de Bucaramanga, por el suyo de diez y ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, de difícil lectura a causa de que por no tomar a mano las copias, como debe hacerse, se toman en prensa, confirmó el del Juzgado, y expuso la cuestión que se está estudiando lo siguiente:

"Es verdad que según el inciso 3º del citado artículo 38, en el libro de causas mortuorias deben inscribirse todos los títulos o actos que, conforme a las leyes, deben inscribirse en los libros primero y segundo y que tengan origen en un juicio de sucesión. Pero la venta de derechos herenciales no tiene origen en un juicio de sucesión. Ni en este caso la tiene por el solo hecho de haberse iniciado el juicio de Celso Antonio Espinosa ante el Juez del Circuito de Concepción, cuando Rosa Delia Espinosa transfirió sus derechos herenciales. Cumple registrar, por lo que esto atañe, que sólo hasta el veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco se dictó la sentencia aprobatoria de la partición de bienes en la mortuoria de Celso Antonio Espinosa (44 cuaderno 3º), que, precisamente por lo que prescribe la ley se ordenó que esa sentencia y la partición se inscribieran en el libro de causas mortourias de las oficinas de registro de los circuitos de ubicación de los inmuebles adjudicados. Como muy bien lo dice el Juzgado, con cita de jurisprudencia de la Corte, la escritura de venta o cesión de derechos herenciales, no tiene por qué registrarse en el libro de causas mortuorias, y queda bien registradas en el libro primero en el segundo (aquí lo fue en ambos), aunque la jurisprudencia se ha inclinado a que lo sea en el segundo".

Debe anotarse que sobre esta tesis del registro, expuesta por el Juez y seguida por el Tribunal, no hizo objeción en instancia el apoderado de la actora, quien se concretó a exponer esta cuestión para que se le tuviera en cuenta en la sentencia de segundo grado: La escritura número 168 por la cual la actora vendió a Antolínez unos derechos hereditarios, es nula y no se le puede tener como prueba al tenor del artículo 632 del C. Judicial, porque no fue otorgada ante funcionario competente ya que fue firmada ante una persona que no era el Notario, y no fue firmada en la Notaría sino en casa de Isidro Zárate, quien no era el Notario público.

Sobre este extraño punto hizo exposición el fallo del Tribunal, y de ella se hablará adelante.

El apoderado de la actora se alzó en casación contra el fallo del Tribunal, y se entra a decidir el recurso.

Invocando la primera causal de casación, el recurrente acusa la sentencia "por violación de ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida y por interpretación errónea".

A.—Dice que el sentenciador, al estimar como válida la escritura 168, no estando debidamente registrada, incurrió en error de derecho; y que incurrió en error de hecho al no haber estimado ni considerado la escritura 92 de 29 de marzo de 1946, sobre protocolización del juicio de sucesión de Celso Antonio Espinosa, padre de la actora. Textualmente expresa la demanda de casación: El Tribunal de Bucaramanga al proferir su fallo y haber apreciado erróneamente la escritura 168, y al haber prescindido en absoluto del contenido de la escritura 92, cometió un error de derecho en el primero caso y otro error de hecho en el segundo, y violó los siguientes textos legales: artículo 38 de la ley 57 de 1887, porque lo interpretó erróneamente; artículo 893 del C. Judicial por no haberlo aplicado al caso; artículo 608 de este código, porque no lo aplicó a la confesión; artículo 1759 del C. Civil porque fundándose en él dio valor de plena prueba a una escritura que no lo merecía. Por último dice: Al aceptar la escritura pública 168, sin que ésta hubiera sido debidamente registrada, aplicó indebidamente el artículo 2673 del C. Civil, ya que esta norma preceptúa que sólo pueden aceptarse las escrituras debidamente registradas.

Se considera:

Por la escritura 168, como ya se anotó, la actora vendió al demandado Antolínez, junto con un hermano suyo, los derechos hereditarios que correspondían a ambos en la sucesión de su padre Celso Antonio Espinosa. En esa escritura se dice que el juicio de sucesión corespondiente se adelanta ya en el Juzgado del Circuito de Concepción. Y la escritura mencionada aparece registrada en la Oficina respectiva de Málaga, el 15

de julio de 1947, Libro 1º Partida Nº 26, y Libro 2º Partida Nº 17.

Sobre la escritura número 92 por la cual se protocolizó el juicio de sucesión del padre de la actora, no hubo alegación ninguna en instancias, y ni siquiera se le mencionó ni por los falladores ni por las partes. Se le trajo a pruebas, para establecer los bienes de la sucesión que le fueron adjudicados al demandado Antolínez con base en la cesión de derechos hereditarios que se le hizo por la escritura 168, y porque en la demanda se pide restitución de la mitad de lo adjudicado a Antolínez, ya que sobre la otra mitad, que correspondía al hermano de la actora, nada se pidió.

En todo caso, parece ser que se cita esa escritura para anotar que cuando se hizo venta de los derechos hereditarios ya estaba andando el juicio de sucesión, pues dice el recurrente: "En el caso de la discusión existía juicio de sucesión, pues en la escritura 92 de 21 de marzo de 1946, protocolización del juicio de sucesión de Celso Antonio Espinosa se lee: "dicho expediente consta de un cuaderno de 67 hojas útiles, cuya causa mortuoria se declaró abierta por auto fechado el 31 de agosto de 1934, y la escritura de venta, número 168, tiene fecha 13 de marzo de 1945, esto es, mucho tiempo después de haberse abierto el juicio de sucesión de Espinosa".

Tienden las consideraciones del recurrente a tratar de establecer que es aplicable al caso el artículo 38 de la ley 57 de 1887, que él considera violado y conforme al cual se estableció un nuevo libro de registro, el titulado Libro de Registro de Causas Mortuorias, "para la inscripción de todos los títulos o actos que, conforme a las leyes vigentes, deben inscribirse en los libros números 1º y 2,º que tengan origen en un juicio de sucesión".

Mas para que las consideraciones del recurrente tuvieran algún mérito, se necesitaría que solamente abierto el juicio de sucesión se podrían vender derechos hereditarios sobre la herencia respectiva, cuando es la verdad que esa venta se puede hacer antes del juicio, o dentro de él. Antolínez pudo comprar sus derechos antes de haberse iniciado el juicio mortuorio del causante, y su compra tendría el mismo mérito que la que realizó ya iniciado ese juicio.

La frase, pues, del artículo 38 "que tengan origen en un juicio de sucesión", no tiene la significación que le atribuye el recurrente. Ese artículo introdujo una modificación reglamentaria en la institución del registro, pero no modificó sustancialmente esta institución. Lo que antes se registraba en uno de los libros 1º o 2º, en relación con títulos o actos provenientes de una sucesión, se siguieron registrando en el Libro de Causas Mortuorias, establecido por la ley 57 de 1887. Pero lo que se debe inscribir son títulos o actos **que tengan origen** en un juicio de sucesión.

De esto expuesto, surgen estas cuestiones: ¿tienen origen en un juicio de sucesión el título por el cual se compran unos derechos hereditarios? No. ¿Entonces, cuáles son los títulos o actos que emanan de una sucesión y que deben registrarse en el Libro de Causas Mortuorias? Para encontrarlos, basta con recorrer el camino de un juicio mortuorio, Título XXX del Libro 2º del C. Judicial, y allí se hallan los siguientes como ejemplos: Decreto de posesión efectiva de la herencia, que debe registrarse en armonía con los artículos 950 y 969 del C. Judicial; partición de la herencia (art. 967 C. J.); sentencia aprobatoria de la partición (art. 967 C. J. y 2652 del C. C., Nº 6º); remate de un inmueble de la herencia (arts. 967 inciso cuarto C. J. y 2652 C. C. Nº 7).

Estos títulos y actos son los que deben registrarse en el libro cuestionado; no la escritura sobre enajenación de derechos hereditarios, que no emanan de un juicio de sucesión y que bien puede otorgarse con aterioridad a la iniciación de tal juicio. La escritura mencionada, lejos de emanar de un juicio de sucesión, es pasaporte para entrar en él por medio de la subrogación.

Sobre esta materia es interesante hacer memoria de lo siguiente:

En 1923 la Corte Suprema de Justicia rindió un informe al Congreso, sobre algunas reformas que en su concepto necesitaba la legislación procedimental, y dijo:

Ha dado ocasión a dudas en recientes fallos de la Corte, en qué libros deben registrarse las enajenaciones de derechos hereditarios, en vista de los términos oscuros del artículo 38 de la Ley 57 de 1887, por lo cual en varios Circuitos de Registro se han inscrito esos títulos en el Libro número 2º, y otros en el Libro de registro de causas mortuorias.

La Corte en su jurisprudencia ha considerado que siendo dudoso el punto para los registradores, no se puede desconocer el valor de los títulos registrados en el uno o en el otro libro. Sería pues conveniente que se precisara por medio de una ley en qué libro deben ser registradas las enajenaciones futuras de derechos hereditarios, hechas antes o después de iniciar-

se el respectivo juicio de sucesión, y reconociendo valor jurídico a los registros inscritos en el Libro número 2º o en el registro de causas mortuorias.

Como en este libro va quedando la historia de las transmisiones de la propiedad por el título de la sucesión hereditaria, sería acertado ordenar que las enajenaciones de derechos hereditarios se registren en el libro de registro de causas mortuorias, el cual podría variársele con ventaja el título, por el de **Libro de registro de sucesiones.**

Con base en este informe, la Corte envió también a la consideración del Congreso un proyecto de ley, que en lo pertinente dice:

"Artículo. El libro de registro de causas mortuorias de que habla el artículo 38 de la Ley 57 de 1887 se denominará Libro de registro de sucesiones.

"En ese libro se registrarán, además de los títulos de que trata el inciso 3º del artículo expresado de la Ley 57, las cesiones de derechos hereditarios a cualquier título que se hagan.

"Decláranse bien hechos los registros que de tales cesiones se hayan hecho antes de la vigencia de la presente Ley, tanto en el libro de registro de causas mortuorias como en el Libro de registro número 2º".

La reforma sugerida no se ha hecho, y la Corte ha uniformado su jurisprudencia en el sentido de que queda bien hecha en el libro Nº 2º la inscripción de las escrituras sobre venta de derechos hereditarios. Entre otros fallos se citan los siguientes:

En sentencia de 20 de septiembre de 1940, G. J. Tomo L. pág. 91, se sostiene que el registro de una escritura sobre venta de derechos hereditarios queda bien hecho en el Libro número 2º.

Y en casación de 8 de mayo de 1942 dijo la Sala:

"Por lo demás, si se pensara en que hay una sucesión de por medio, tampoco esa consideración determinaría por sí sola el registro de tales cesiones en el Libro de causas mortuorias, porque bien sabido es que tal Libro según el art. 38, está destinado exclusivamente para los títulos o actos que tengan origen en un **juicio de sucesión,** verbi gratia el decreto de posesión efectiva, la partición y su sentencia aprobatoria; y los instrumentos sobre cesión de derechos hereditarios sólo contienen contratos sobre enajenación de un derecho genérico y abstracto que no proviene ni se deriva de las resultas de tal juicio" (G. J. Tomo LIV pág. 39).

No tiene fundamento este cargo con base en el registro.

B.—Dice también el recurrente que el Tribunal violó varios artículos del Código Civil y otros del Código Judicial, por no haber tenido en cuenta una declaración de José Joaquín Vargas, y la confesión de Antolínez, de las cuales resulta "que el Notario no presenció la lectura y confección de la escritura 168 sino que lo hizo un empleado, lo que quiere decir que no percibió por sus propios sentidos lo que la escritura relata, por lo cual ese instrumento es nulo y casi inexistente". Y se citan como violados los artículos 6º, 1740, 1758, 2576 del C. C. y 593 y 604 del C. J.

En relación con esa alegación, no considerada en la sentencia de primer grado, pues nada se trató de ella en la demanda, expresó lo siguiente la sentencia del Tribunal: "Esta cuestión es a todas luces inconducente, por la razón elemental de que no fue propuesta en la demanda, ni en su adición. Se trata de un extremo o de una acción nueva, completamente ajena al litigio, sobre la cual ya no puede hacerse ningún pronunciamiento". Y en apoyo de este punto de vista el Tribunal cita el artículo 466 del C. J. que expresa que la sentencia debe versar sobre la controversia; el artículo 471 que expresa que las sentencias deben dictarse en concordancia con los puntos litigiosos; el artículo 593, conforme al cual las decisiones judiciales se deben fundar en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa.

En la demanda, como ya se vio, se plantearon como peticiones las siguientes:

a) Nulidad del contrato que consta en la escritura 168, por dolo;

b) Simulación del mismo contrato;

Y en la corrección de la demanda se plantearon estas otras cuestiones:

c) Resolución del contrato que consta en aquella escritura, por falta de pago; y

d) No hubo tradición válida porque la escritura en mención no fue registrada en el Libro de Causas Mortuorias.

Sobre estas peticiones se acomodaron los hechos, y sobre ellas se trabó la litis, exclusivamente sobre ellas.

A última hora, ante el Tribunal, en el alegato de conclusión, se quiso introducir al debate un elemento nuevo, con la alegación de nulidad de la escritura 168 por falta de formalidades en su otorgamiento, cuestión ajena a la relación jurídico-procesal constituída por la demanda y por

la contestación, que es un compromiso a que las partes deben conformarse y que el Juez debe respetar y hacer resptar, no permitiendo un desvío en ventaja de uno de los litigantes o en desorden de las condiciones legales de la litis.

Ni podría alegarse que no se ha hecho otra cosa que poner de presente una nulidad que el Juez debe declarar de oficio de conformidad con el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, porque aún suponiendo que se trate de nulidad absoluta, esta ley se refiere al caso en que la nulidad **aparezca de manifiesto,** y la que se alega tendría que ser sometida a debate, en el cual la parte demandada tendría derecho a defensa, lo que no ha podido o no pudo hacer precisamente porque la cuestión se planteó en las finalidades del pleito en instancias. Lo que quiere decir que dentro de aquel supuesto de nulidad absoluta, ésta no aparece de bulto, a la sola lectura, sino que el caso habría que debatirlo, y no es entonces aplicable aquel artículo de la Ley 50 de 1936.

Estuvo entonces en lo cierto el Tribunal Superior al no considerar con fundamento jurídico la alegación improcedente del actor, y no es valedero, entonces, el cargo del recurrente contra la sentencia de segundo grado.

Tampoco este cargo puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga con fecha diez y ocho de octubre 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.

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO — TECNICA DE CASACION

1—Es sabido que para acusar en casación un concepto contenido en la parte motiva del fallo recurrido, es indispensable que tal concepto haya influído en la decisión, es decir, que el Tribunal se haya apoyado en él para fallar en determinado sentido.

2—El recurrente en casación debe indicar claramente la razón que obligaba al Tribunal a aplicar una determinada disposición legal, para demostrar que dejó de aplicarla siendo procedente; o el motivo por el cual ha debido abstenerse de aplicarla, si es que considera que lo hizo no siendo el caso de darle aplicación.

3—Para que el error en la prueba pueda constituir causal de casación, es indispensable que el recurrente demuestre en qué ha consistido tal error, si ha sido de derecho o de hecho que aparezca manifiestamente en los autos; que individualice y examine las pruebas que estime mal apreciadas, indicando el sentido de la indebida apreciación que configure el error alegado; que demuestre que en virtud de tal error el Tribunal incurrió en la violación de normas legales sustantivas, al dictar su decisión, expresando el sentido de tal violación, o sea si fue por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

4—Por principio de prueba por escrito, se entiende, según la definición legal que trae el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso". La doctrina ha interpretado esta definición en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituir manifestación clara, total y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio de prueba, sino una completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuirle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponden al principio de prueba por escrito: que exista un escrito, que no sea del contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo; y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso. En idéntico sentido se expresó la Corte en sentencia de mayo de 1948. (G. J. Tomo LXIV, pág. 391).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, mayo trece de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Por medio de apoderado Eusebio Cortés O.° presentó demanda ante el Juzgado Civil del circuito de Manizales el 9 de julio de 1945, para que en juicio ordinario se hagan contra Clemente Sierra Ruiz las siguientes declaraciones: "Que por el contrato contenido en la escritura pública número 714 de 2 de junio de 1945, corrida en la Notaría Segunda de Manizales y registrada el 13 de junio de 1945, el señor Eusebio Cortés O. sólo transfirió al señor Clemente Sierra Ruiz, porque esa fue su voluntad y su intención la mitad del inmueble que se especifica en dicha escritura y que es el mismo cuyos linderos se determinan en el hecho primero de esta demanda; b) Que, como consecuencia de la declaración anterior, el señor Eusebio Cortés O. es dueño de la mitad del inmueble a que se hace relación en el punto anterior; c) Que se ordene la cancelación de la inscripción del registro de la escritura Nº 714 de 2 de junio de 1945, corrida en la Notaría Segunda de Manizales, en cuanto a la mitad del inmueble que aparece como objeto del contrato contenido en dicha escritura; d) Que se condene al demandado a pagar las costas del presente juicio".

Los veintiseis puntos que contiene la relación de hecho pueden reducirse a lo siguiente:

Según la escritura pública número 714 de 2 de junio de 1945, corrida en la Notaría Segunda de Manizales, Eusebio Cortés O. vendió a Clemente Sierra Ruiz la totalidad de una finca ru-

ral situada en el Municipio de Manizales paraje de "El Diamante"; pero tanto el vendedor como el comprador no tuvieron la intención de enajenar y adquirir, respectivamente, sino la mitad de ese inmueble. Para que el Notario redactara la póliza del contrato de compraventa, los interesados le proporcionaron el título que acreditaba la propiedad del vendedor y los dos ejemplares de la promesa de celebrarlo por escritura pública que días antes habían suscrito demandante y demandado en este juicio. El Notario no tuvo en cuenta la promesa de compraventa y redactó la póliza como si se tratara de transferir el dominio de todo el predio, copiando los linderos que aparecen en el título del tradente. Cuando el funcionario leyó en alta voz a los contratantes el instrumento, el vendedor no pudo oír lo que decía porque la gente que ocupaba el despacho del Notario estaba haciendo mucho ruido. Sin embargo, firmó convencido de que el funcionario había hecho fiel transcripción de las cláusulas fundamentales de la promesa de compraventa.

Días después el vendedor fue sorprendido al constatar que, según el texto de la escritura, había traspasado la propiedad de toda la finca al comprador de la mitad, Clemente Sierra, y que éste se negaba a reconocer y enmendar el error en que había incurrido el Notario.

Entre el 2 de junio de 1945, fecha del instrumento público y el 2 de julio del mismo año, día en que Cortés se dio cuenta del contenido de la escritura, tuvieron lugar dos hechos a los cuales el demandante atribuye importancia decisiva para probar que no vendió a Sierra sino la mitad del fundo. En efecto, a la demanda acompañó dos documentos: primero, un ejemplar de la promesa de contrato de compraventa, suscrito por él e Ignacio Castro el 15 de junio de 1945, según la cual el 15 de julio del mismo año Cortés vendería a Castro la mitad del lote de terreno conocido con el nombre de "La Mula", ubicado en el paraje de "El Diamante" en el Municipio de Manizales, es decir, la mitad del predio que según la escritura 714 había vendido a Clemente Sierra trece días atrás. Segundo, un ejemplar del contrato celebrado entre Cortés por una parte y Sierra y Castro por la otra, de conformidad con el cual el primero entregaba en compañía a los segundos cinco animales vacunos avaluados en $ 250 para que los cuidaran y los pusieran a pastar "en terrenos de propiedad de los contratantes Sierra y Castro situados en el paraje de "La Mula", Municipio de Manizales. Por causa del error en la escritura 714, Cortés no pudo vender a Castro la parte del predio a que se refiere la promesa de contrato de compraventa celebrado con éste. También agrega el demandante para respaldo de sus peticiones, un certificado expedido por la oficina seccional del Catastro de Caldas el 3 de julio de 1945, en el que se lee: "Cortés vende a Sierra la mitad del predio ubicado en el paraje de 'La Mula', quedando en indiviso comprador y vendedor". Invoca igualmente el actor el testimonio del abogado que redactó la promesa de compraventa y el de Ignacio Castro junto con el de otras personas que oyeron a Sierra conversaciones sobre el negocio.

Admitida la demanda, Clemente Sierra la contestó afirmando que la intención clara y expresa de los otorgantes fue por una parte vender y por la otra comprar el inmueble por los linderos que figuran en la escritura 714, y que al Notario le llevaron las boletas de rigor, los títulos de Cortés sobre el inmueble y los dos ejemplares del documento privado en que constaban los términos del negocio, para que de conformidad con ellos confeccionara la escritura. Agrega el demandado en su respuesta que la boleta de la Oficina de Catastro la hizo expedir Cortés de acuerdo con los datos que el mismo vendedor suministró maliciosamente en ausencia del comprador; que la escritura 714 quedó rigurosamente ceñida a los datos y documentos suministrados al Notario por los otorgantes, y que la lectura de su texto se hizo en voz alta y pausada, en presencia de éstos y de los testigos instrumentales sin que nadie hubiese quedado convencido —como lo dice el demandante— de que la operación solamente se refería a la mitad de la finca; que a solicitud de Cortés el Notario destruyó los ejemplares del documento privado, una vez otorgada la escritura; que la promesa de contrato de compraventa celebrada entre Cortés y Castro tiene fecha posterior a la escritura 714 y es un hecho de terceros indiferente para él; que el contrato de compañía para el pastaje de ganado no se refiere específicamente a la finca en cuestión ni dice que Sierra y Castro sean condueños de ella, y que tal contrato se explica fácilmente por el hecho de estar Castro "en posesión de un lote ubicado en el mismo paraje de El Diamante". Y concluyó manifestando: "Rechazo desde ahora la eficacia probatoria de los anexos a la demanda. En cuanto a la declaración de nudo hecho rendida por el señor Ignacio Castro, tacho este testigo por inhábil, pues tiene interés en el pleito, como se desprende del texto de la demanda y de los documentos aportados por el actor".

El Juez del conocimiento destaca la confesión hecha por el demandado en la declaración rendida extra juicio ante el Juez Primero Municipal de Manizales, y que dice: "Es cierto que el día 30 de junio de 1945 el preguntante celebró conmigo y con Ignacio Castro un contrato por el cual nos dio un ganado en compañía, para tenerlo en la finca que le compré al preguntante, contrato que se hizo en el documento que se me pone de presente, pero el dueño de la finca soy yo solo". (Ver fol. 3 vto., cuaderno número 2). Después de considerar infundada la tacha propuesta contra el testigo Ignacio Castro, y previo un detenido análisis de los documentos allegados al juicio y de la prueba testimonial, desató la controversia con el siguiente fallo, fechado el 18 de octubre de 1947: "**Primero.** Se declara que por el contrato de compraventa de qe trata la escritura pública número 714, otorgada el dos de junio de 1945 en la Notaría Segunda de este circuito y registrada el 13 de los mismos, el señor Eusebio Cortés sólo transfirió al señor Clemente Sierra Ruiz la mitad del "derecho de dominio y la posesión efectiva que el exponente tiene sobre una finca rural, situada en el paraje de El Diamante, que hace parte del lote de terreno conocido con el nombre de 'La Mula', propiedad que está situada en este Municipio de Manizales, y que se determina dentro de los siguientes linderos: 'Del desemboque de la quebrada de La Mula, en la quebrada llamada La Siberia; siguiendo quebrada de La Mula arriba, hasta encontrar una peña alta que queda al frente de un alambrado; alambrado arriba, hasta la cuchilla de La Siberia cuchilla de La Siberia abajo, lindando con terrenos de la sucesión de Juan Crisóstomo Hernández, hasta encontrar el lindero con terrenos de la señora Zoila Rosa Ocampo, hoy de Francisco y Carlos Jiménez, hasta encontrar la quebrada de La Siberia y esta quebrada arriba hasta el desemboque de la quebrada de La Mula, primer punto de partida", por haber sido esa su voluntad e intención. **Segundo.** Como consecuencia de la anterior declaratoria, se declara que el señor Eusebio Cortés O., es dueño de la mitad del inmueble antes alinderado. **Tercero.** No es el caso de hacer la declaratoria solicitada bajo la letra c)".

La sentencia recurrida

De este fallo apeló el demandado ante el Tribunal Superior de Manizales, cuya Sala de decisión en providencia fechada el 27 de octubre de 1948 confirmó lo dispuesto por el Juez **a quo.**

El recurso

En desacuerdo con la sentencia del Tribunal el demandante ocurrió en casación. Tramitado el recurso en legal forma, pasa a decidirse:

Cuatro son los cargos que se formulan. Los tres primeros acusan la sentencia de haber violado los artículos 1741 (tercer inciso), 1510, 1746 y 1757 del Código Civil. El último invoca la violación de los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887 y del 1759 del Código Civil.

Primer cargo.—"Se violaron el tercer inciso del artículo 1741 y el artículo 1510 del Código Civil. Dice el Tribunal: "Por consiguiente, si aparece demostrado que el acuerdo entre las partes versó sobre la mitad de la finca 'La Mula', y en escritura de compraventa, se hizo figurar toda ella, resulta entonces que hay un error, **que es de hecho** (subrayo), porque se refiere al objeto de la compraventa y que la Corte Suprema de Justicia ha definido como el que "consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido una cosa que en realidad no ha ocurrido, o que no ha ocurrido un hecho que manifiestamente resulta establecido en las pruebas". Dispone el artículo 1510 del Código Civil, que el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación, **o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata,** como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra" (subrayo). La acción fundada en la especie de vicio del consentimiento consistente en error sobre la entidad específica de la cosa, es de nulidad relativa y dá derecho a la rescisión del acto o contrato (inciso 3º, artículo 1741 del C. C.). Para que prospere la acción sobre nulidad relativa y la consecuencial sobre rescisión del acto o contrato, "es necesario dar la prueba de tres elementos, a través de los cuales el Juzgador pueda deducir que hubo ese error en el consentimiento de uno de los contratantes: que se tuvo una determinada creencia; que esa creencia no correspondió a una realidad, y que esa creencia fue determinante, es decir, que si se hubiera descubierto el error, no se hubiera determinado una de las partes a contratar". (G. J. 1918-19, página 425). Ahora bien: Obedeciendo al planteamiento que el Tribunal le dio al asunto, de acuerdo con el párrafo transcrito, ha debido darle aplicación a las dos disposiciones que considero violadas, y

averiguar los elementos o presupuestos que se consideran indispensables para la prosperidad de la acción. En el caso que contempla este juicio, ni se invocó la acción de rescisión por nulidad relativa, y el Tribunal aunque parece que la tomó y la enunció, no perseveró en ella y se limitó a confirmar una sentencia declarativa que en nada se relaciona en sus efectos con la nulidad de que se trata, para cuyo pronunciamiento sólo se atendió al instrumento público cuyas declaraciones atacan, materialmente, es decir, haciendo abstracción del acto jurídico en sí mismo considerado. Y no se podía hacer esa abstracción, toda vez que mi representado durante todo el juicio y antes de él, ha sostenido, sostiene y seguirá sosteniendo que fue su voluntad adquirir todo el inmueble. Con esta aseveración, y mientras no se pruebe como no se ha probado lo contrario, mi cliente situó a su contendor en el campo de atacar el acto jurídico y no el instrumento, como lo hizo, y lo entendieron, en últimas, el Juzgado de Instancia y el Tribunal.

Se considera:

Por una parte, el párrafo transcrito no constituye la parte fundamental de las consideraciones de la sentencia del Tribunal; por el contrario, se encuentra colocado en medio del examen de pruebas. Al entrar al estudio de fondo sobre las conclusiones del debate probatorio y exponer su concepto y los verdaderos motivos de su decisión, el Tribunal hace girar su razonamiento alrededor de la interpretación de los contratos de acuerdo con las normas de los artículos 1759 y 1765 del Código Civil, relacionándolos con el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil.

Y es sabido que para acusar en casación un concepto contenido en la parte motiva del fallo recurrido, es indispensable que tal concepto haya influído en la decisión, es decir, que el Tribunal se haya apoyado en él para fallar en determinado sentido.

Por otra parte, como de la lectura del cargo que en su totalidad se ha transcrito aparece, si bien en el encabezamiento se alega la violación de los artículos 1741 y 1510 del Código Civil, en ninguna parte se explica el sentido y alcance de la violación alegada, de tal modo que ni siquiera se sabe si la acusación versa por aplicación indebida, interpretación errónea o infracción directa.

Solamente dice el recurrente que el Tribunal "ha debido darle aplicación a las dos disposiciones que considero violadas y averiguar los elementos y presupuestos que se consideran indispensables para la prosperidad de la acción"; pero no explica por qué ha debido aplicarlas el Tribunal ni cuáles eran los elementos o circunstancias del caso **sub judice** que de haberlos tenido en cuenta el Tribunal, lo hubieran llevado a fallar de otra manera en consideración a tales artículos.

En realidad el cargo está tan vagamente formulado y adolece de tan marcadas deficiencias, que no es posible entrar a resolverlo en el fondo, pues no es misión de la Corte desentrañar el pensamiento del recurrente ni subsanarle los defectos a la demanda de casación. Esta debe reunir plenamente los **requisitos legales,** y en caso contrario debe desestimársela.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo.—"Insístese en esta parte de la demanda de casación, que la parte de Eusebio Cortés, debió demandar la nulidad del contrato visible en la escritura número 714, de 2 de junio de 1945, de la Notaría Segunda de Manizales, y por la cual, Eusebio Cortés vendió a Clemente Sierra la totalidad de la finca "La Mula", y no la reforma o desfiguración del contrato de compraventa tal como la exhibe la escritura. Entonces, pronunciada la nulidad en sentencia firme, y que tenga la fuerza de cosa juzgada dá a las partes el derecho de restituir las cosas al estado en que hallarían antes si no hubiese existido el acto o contrato nulo, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, que ha traído en apoyo de estos argumentos. En otros términos: La sentencia no ha podido corregir un contrato de compraventa por escritura pública, mermando la capacidad adquisitiva del comprador, que en el caso presente, merma a la mitad la adquisición que hizo Clemente Sierra de la finca "La Mula", para entregarle a Eusebio Cortés, la otra mitad. Naturalmente, que para hacer el reintegro, de Sierra a Cortés hay necesidad de declararse la nulidad del contrato, en cuanto a la mitad, ya que sobre la otra mitad no hay discusión".

Se considera:

Se encuentran en este cargo, más evidentes todavía, las mismas deficiencias que se observaron en el anterior. Se acusa la sentencia por violación del artículo 1746 del Código Civil, pero ni siquiera se dice en qué sentido se hace consistir tal supuesta violación.

No indica el recurrente la razón que obliga al Tribunal a aplicar aquel artículo, para demostrar que dejó de aplicarlo siendo procedente; ni señala el motivo por el cual ha debido abstenerse de aplicarlo, si es que considera que lo hizo. La simple afirmación de que el demandante ha debido pedir la nulidad del contrato no es prueba ninguna de que evidentemente tal cosa era indispensable y mucho menos de que, con base en la demanda incoada, no hubieran podido hacerse las declaraciones contenidas en la sentencia del juez de primera instancia, que confirmó el Tribunal, sin violar el mencionado artículo 1746 del Código Civil que regula los efectos de la nulidad pronunciada en sentencia ejecutoriada.

De ninguna manera, pues, puede prosperar este cargo.

Tercer cargo.—"Dice este artículo que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas, y agrega: Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido e inspección personal del juez o prefecto". Tratando el Código Civil, en su Título XXI, sobre la fuerza de las probaciones, se encuentra que para probar la propiedad de los bienes raíces o de los derechos reales constituídos en ellos (servidumbres, derechos de uso de habitación, y la misma nuda propiedad), se necesita instrumento público, otorgado ante el Notario y registrado en la oficina del correspondiente circuito a que pertenece el predio, y agrega el artículo 1760 del Código Civil, que el instrumento público no puede suplirse. Ante tamaña verdad, tenemos en favor de Clemente Sierra, la escritura 714 de 2 de junio de 1945 de la Notaría Segunda de Manizales, debidamente registrada, y sobre tal papel, viene el artículo 1759 del Código Civil, que dice: "El instrumento público, hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no 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 o descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto a los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones o descargos por título universal o singular". La sentencia acusada trae una larga relación de hechos antecedentes y subsiguientes a la constitución del título, escritura número 714, de 2 de junio de 1945 de la Notaría Segunda de Manizales. Se han traído unos certificados catastrales, de la seccional de Manizales, los cuales dicen que la finca "La Mula" quedó en compañía entre Eusebio Cortés y Clemente Sierra. Esos certificados anotan, que quien dio el dato en la Oficina de Catastro fue Eusebio Cortés, y Clemente Sierra ha negado, que haya intervenido en las anotaciones que se hicieron en la Oficina de Catastro. De suerte que el asunto ese de la compañía, fue cosa preparada y urdida por Eusebio Cortés. Esos papeles, de procedencia tan dudosa, no pueden primar sobre la escritura número 714. Para viciar ese título, el Tribunal hace notable hincapié en la declaración de Ignacio Castro. Ignacio Castro ha estado en todos los pormenores del contrato entre Sierra y Cortés. Lo vemos en distintos sitios, ya comprando a Eusebio Cortés la mitad de la finca "La Mula", desde meses antes del mes de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), y posteriormente negocio que no llega a hacerse porque se presentan inconvenientes que no dice cuáles. Interviene también en las negociaciones de Cortés y Sierra con un prodigio de acopios, que desconcierta.

Pero tenemos que la declaración de Ignacio Castro, es singular, porque no hay ningún otro testigo que asevere esos hechos. Solamente Ignacio Castro y Eusebio Cortés están de acuerdo en todos esos detalles, que el Tribunal los anota como indicios necesarios para llegar a donde llegó con su fallo. JUEGA PAPEL IMPORTANTE EN EL FALLO, UNA PROMESA DE CONTRATO de compraventa de la mitad de la finca "La Mula", que dizque hizo José Julio Hurtado con fecha veinticinco (25) de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), es decir siete días antes de perfeccionarse el contrato. Las partes están de acuerdo en que se hizo la promesa de compraventa, pero estaban en completo desacuerdo en cuanto que fuera por mitad de la finca de "La Mula", pues al paso que Cortés sostiene que fue por mitad, Sierra, afirma que fue por la totalidad. A Cortés lo acompaña José Julio Hurtado, el autor del documento, que por su singularidad, nada prueba. Por otra parte, y vistas las declaraciones de Hurtado en distintas partes del proceso, Hurtado fue el abogado habitual de Cortés, y manifiesta en una de sus declaraciones, que no quiso encargarse de este negocio por parte de Cortés para ayudarle como declarante, lo que es azás sospechoso, pues es un testigo prevenido de antemano, para acometer una defensa previamente pactada.

Lástima que se hubiesen perdido los dos ejemplares de la promesa de contrato, ajemplares que destruyó el Notario Segundo don Mariano

Zuluaga, porque así se lo ordenaron las partes, el (2) de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), después de firmada la escritura Nº 714, que tanto se ha mentado. Las estipulaciones que se hayan hecho en una promesa de contrato, no pueden suplirse con prueba testimonial, que a más, en este caso es testigo único (El señor José Julio Hurtado).

El artículo 89 de la ley 153 de 1887, apunta las condiciones que debe tener una promesa de contrato, sin las cuales ésta no produce obligación alguna. Pero a pesar de hacerse una promesa de contrato —de compraventa— como es en este caso, tal promesa puede variarse a tiempo de constituirse el Título, pues no hay disposición alguna que obligue a las partes a no variar lo estipulado. Como se ha dicho, Clemente Sierra sostiene que en la tal promesa de contrato se comprendió íntegra la finca de "La Mula", pero por vía de hipótesis, que en la promesa constaba la mitad, bien pudieron las partes acordar la venta de la totalidad. Con esa promesa de contrato, ocurrieron cosas curiosas: Cortés afirma que le dio los contratos al Notario señor Mariano Zuluaga, para que con base en las estipulaciones de la promesa se hiciera la escritura Nº 714, y el Notario sostiene que a él no le dieron ningunos documentos, y que hizo la escritura 714, con vista de la 321 de 24 de febrero de 1942, que era el título de Cortés. Lo que ocurrió de cierto fue que una vez firmada la escritura las partes entregaron la promesa de contrato al Notario para que la destruyera, según lo afirma el mismo Notario y lo corrobora José Suárez en su declaración de 13 de marzo de 1946, y no obstante esta rotunda declaración de Suárez, el Tribunal desecha la muy importante declaración o declaraciones del Notario Mariano Zuluaga, haciéndole el cargo de mentiroso. El Tribunal se extiende largamente en acreditar como indicio de mayor importancia, y casi decisivo en el asunto, un documento de treinta (30) de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), sobre contrato de compañía de ganados, celebrado de una parte por Eusebio Cortés, quien suministraba el artículo, y Clemente Sierra e Ignacio Castro, quienes recibieron las reses, para pastar en la finca que ellos tenían en compañía.

Ya se ha dicho que Ignacio Castro y Eusebio Cortés, iniciaban negocios que no perfeccionaban, porque dizque se presentaban inconvenientes en última hora. La mitad de la finca "La Mula", dizque la negociaron en dos veces, por precios distintos y no llegaban a parte alguna con tales contratos. Se ve, que entre Castro y Cortés, no existió nada serio, y entre ambos había una consigna de perjudicar a Clemente Sierra, a tal punto que le hicieron firmar un documento de la compañía de ganados.

Clemente Sierra en posiciones, manifestó que no había recibido ningún ganado, y menos lo recibió Ignacio Castro pues éste no fue jamás condueño con Clemente Sierra en la finca "La Mula". De manera que en el documento de compañía de ganados, todo fue inexacto, y sólo servía ese documento para crearle dificultades a Clemente Sierra, ya que como se ha dicho, Eusebio Cortés e Ignacio Castro andaban de acuerdo en todos esos tratos. Lo que indica, que después de firmada la escritura Nº 714, muchos días, Eusebio Cortés e Ignacio Castro, urdieron la trama de hacer caer a Clemente Sierra en una verdadera trampa, haciéndole firmar un documento de compañía de ganados, documento que fue una mera simulación, porque ningún ganado recibió Sierra. Viéndose el documento (30) de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), se ve que es un contrato por demás simplista: Se refiere a dos (2) vacas paridas con sus crías; una novilla de color blanco cabecinegra, avaluadas todas esas reses en doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), cuyo capital correspondía a Cortés y a Castro y Sierra el sesenta (60%) de las utilidades. Es un documento creado ad-hoc, donde cayó ingenuamente Clemente Sierra, hombre sencillo, crédulo, e ignorante en estas cosas de papeles y compañías, e imposibilitado para medir el alcance futuro y las consecuencias que le acarreaba semejante contrato, que ni tuvo ni ha tenido efectividad, puesto que ningún ganado recibió.

El Tribunal también le da gran mérito probatorio a una promesa de contrato de compraventa del terreno "La Mula", entre Eusebio Cortés e Ignacio Castro. El documento tiene fecha 15 de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945). Se estipuló un precio de cuatro mil pesos ($ 4.000) moneda corriente, pagaderos, mil ciento cincuenta pesos ($ 1.150.00) de contado, ochocientos cincuenta ($ 850.00) un año después, y mil pesos ($ 1.000) diez y ocho meses (18) contados de la fecha del documento. ¿En qué compromete esta promesa de contrato a Clemente Sierra? En nada. Son tratos que hicieron Eusebio Cortés e Ignacio Castro de la mejor manera como la quisieron hacer, y se ve que es un negocio muy distinto al que dicen, hicieron antes de venderle el terreno a Clemente Sierra.

En el proceso está plenamente probado, que el

Notario Mariano Zuluaga interrogó a las partes, antes de hacerse la escritura Nº 714, de 2 de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, que si lo que vendía Cortés a Sierra, era lo que decía en la escritura que tenía en la mano, levantando ésta y mostrándosela a los contratantes, y la escritura era nada menos que la 321, de 24 de febrero de 1942, título otorgado por Francisco Vélez Estrada a favor de Eusebio Cortés. En el texto de la escritura Nº 714 se cita este título, como la fecha del registro, lo que indica, que el Notario hizo la escritura 714, con el Título que mostró a los declarantes. Plenamente probado está, que el Notario leyó en alta voz a los otorgantes Cortés y Sierra el texto íntegro de la escritura Nº 714. Los mismos otorgantes Cortés y Sierra afirman este hecho; lo afirma José Suárez, testigo presencial, y lo debió presenciar Ignacio Castro quien estaba en la Notaría y seguía los pasos de la negociación. Pero afirma Cortés, que no se dio cuenta muy exacta porque dizque había mucha gente, y estaban haciendo mucha buya (sic). En la Notaría había algunas cinco personas que no podían enervar la acción del Notario.

Dicho está, que Eusebio Cortés, sí oyó leer la escritura Nº 714, y hasta ahora no se ha probado que Cortés fuera sordo... o que se encontrara en enajenación mental, para no ponerle cuidado a un acto de la trascendencia como el que estaba ejecutando en la Notaría Segunda de Manizales el mencionado 2 de junio de mil novecientos cuarente y cinco (1945).

Dedúcese pues, que el Tribunal violó de una manera directa el artículo 1757 del Código Civil, al desecharlo como prueba del contrato de compraventa de la finca "La Mula", en su integridad, la escritura Nº 714, o el contrato en ella contenido".

Se considera:

Este cargo se concreta a acusar la sentencia por violación directa del artículo 1757 del Código Civil, conclusión a la que llega el recurrente como resultado del examen de las pruebas aducidas en el juicio. Se mencionan los artículos 1759 y 1760 del mismo Código y el 89 de la Ley 153 de 1887, pero no se alega su violación.

Mas sucede que para que el error en la prueba pueda constituir causal de casación, es indispensable que el recurrente demuestre en qué ha consistido dicho error, si ha sido de derecho o de hecho que aparezca manifiestamente en los autos; que individualice y examine las pruebas que estime mal apreciadas, indicando el sentido de la indebida apreciación que configure el error alegado; que demuestre que en virtud de tal error el Tribunal incurrió en la violación de normas legales sustantivas, al dictar su decisión, expresando el sentido de tal violación, o sea si fue por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Y en el caso presente, si bien se examinan las pruebas y se alega que fueron mal interpretadas y se citan disposiciones legales que les dan determinado valor probatorio, ni se afirma la calidad de error en que hubiere incurrido el Tribunal, ni se señala como violado texto legal sustantivo ninguno. En efecto, el artículo 1757 del Código Civil, que se limita a decir que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta, y luego señala cuáles son los medios de prueba admisibles, no es una norma sustantiva, como en muchas ocasiones lo ha dicho la Corte. Ningún derecho está consagrando tal artículo, pues se limita a regular la carga de la prueba y a señalar los medios probatorios, cuestiones éstas de carácter procedimental.

El cargo, por lo dicho, no puede prosperar.

Cuarto cargo. Bastan pocas palabras para presentar los fundamentos del último cargo.

Después de reproducir los párrafos de la sentencia en que el Tribunal califica de pruebas directas de lo afirmado por el demandante Cortés, los testimonios de Daniel Castañeda, Francisco Jiménez, José Julio Hurtado, Ignacio y José Vicente Castro, dice el recurrente: "Pero no se fijó el Tribunal en que el 2º inciso del artículo 91 que considero violado contempla expresamente el caso y no admite tal prueba (la testimonial) en lo que se relaciona con lo que se alegue "HABERSE DICHO **ANTES**, O AL TIEMPO DE SU OTORGAMIENTO". Tampoco respetó el Tribunal esta disposición (art. 91) en la parte que reza "NO SERA ADMISIBLE LA PRUEBA DE TESTIGOS EN CUANTO **ADICIONE O ALTERE** DE MODO ALGUNO LO QUE SE EXPRESE EN EL ACTO O CONTRATO". No figurando por parte alguna de este expediente "un principio de prueba por escrito", no era posible jurídicamente hacer la excepción que hizo el Tribunal y admitir la prueba de testigos (art. 93 que considero violado) y la estimación que de dicha prueba hizo el Tribunal está viciada de error jurídico".

El principio contenido en el artículo 1759 del

Código Civil —agrega el recurrente— fue violado por el error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar las pruebas. Y concluye: "El error de derecho en la apreciación de las pruebas está compendiado en la acusación anterior y el de hecho consiste en haber dado por probados el Tribunal unos hechos sin estarlo y en haber admitido el complemento de una prueba que no podía ser admitida. La prueba testimonial que el Tribunal denominó "directa" está, a su modo de ver y estimar las cosas, complementada por las "indirectas". Que inducen a demostrar (sic) que el consentimiento de las partes o acuerdo de ellas sobre el contrato de compraventa versó sólo sobre la mitad de la finca "La Mula" tales como unos documentos, una boleta de catastro, etc. Mi acusación principal consiste en que una prueba que no podía ser estimada (la testimonial) mal podía ser complementada. Si se hizo, se incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, error que condujo a la violación del artículo 1759 del Código Civil".

Se considera:

En este último cargo de la demanda el recurrente acusa la sentencia por violación de los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887 y del artículo 1759 del Código Civil, a causa de haber estimado el Tribunal de Manizales que con la prueba testimonial allegada al juicio y la escrita de un contrato de Compañía celebrado entre las partes e Ignacio Castro, se podía legalmente modificar el contenido del contrato celebrado por escritura pública. Siendo así que los aludidos textos legales le dan valor de plena prueba al instrumento público respecto de los otorgantes, y exigen un principio de prueba por escrito para que sea posible alterar lo dicho en actos o contratos que valgan más de $ 500, estima el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de tales pruebas.

Menciona el recurrente los nombres de los declarantes cuyos dichos fueron tenidos en cuenta por el Tribunal, y le dá al error imputado el carácter de derecho (o jurídico, según su propia expresión) con base en que no existe principio de prueba por escrito en contra de lo manifestado en la escritura pública como lo exige el artículo 93 de la Ley 153 de 1887; y también expresa que el conjunto de pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal no sirve para destruir el mérito probatorio de la escritura, al tenor del artículo 1759 del Código Civil.

Como lo dice el demandante en casación, el Tribunal estimó que existían en el expediente dos grupos de pruebas "Directas, por cuanto que se aducen unas para probar el convenio habido entre las partes sobre la compraventa", e "indirectas, por cuanto que otras son indiciarias tendientes a demostrar el mismo hecho". En el primer grupo comprende el Tribunal las declaraciones de Daniel Castañeda, Francisco Jiménez, José Julio Hurtado, Ignacio y José Vicente Castro. En el segundo, incluye el Tribunal la promesa de contrato de venta de Eusebio Cortés con Ignacio Castro sobre la mitad de la finca, y el contrato de compañía de ganado entre Cortés por una parte y Clemente Sierra e Ignacio Castro por otra. También como pruebas indirectas señala el Tribunal la boleta de catastro nacional expedida para los efectos de la escritura pública, y la confesión en posiciones del demandado acerca de que la promesa de contrato de venta celebrada entre él y el demandante fue redactada por José Julio Hurtado.

Del resumen anterior resulta que como prueba escrita únicamente existen el contrato de compañía de ganados, la promesa de venta entre el demandante e Ignacio Castro, y la boleta de catastro. El resto de las pruebas lo integran declaraciones de testigos.

El recurrente sostiene que de la mencionada prueba escrita no aparece ninguna que pueda constituir un verdadero principio de prueba por escrito contra lo dicho en el instrumento público, como lo exige el artículo 93 de la Ley 153 de 1887; y que en todo caso no existe la prueba legal para desvirtuar la plena fe que al tenor del artículo 1759 del Código Civil es preciso depositar en el contenido de aquella escritura, contra los declarantes.

Ahora bien. El contrato de promesa de venta celebrado entre el demandante e Ignacio Castro, consta en autos. Si versara sobre la mitad indivisa de la misma finca que según la escritura pública impugnada aparece vendiendo en su totalidad el primero al demandado Sierra, no tendría valor probatorio ninguno en contra del último por ser éste un tercero ajeno a tal contrato de promesa; por ello, ni siquiera constituiría un principio de prueba escrita en contra suya, al tenor del artículo 93 de la ley 153 de 1887. Igualmente la boleta de catastro sacada por el demandante y expedida necesariamente de acuerdo con los datos que éste suministrara a la oficina res-

pectiva, tampoco puede estimarse como prueba en contra del demandado, pues Sierra no intervino en su expedición y no aparece demostrado que la hubiera conocido antes de firmar la escritura y que hubiera aprobado su contenido.

De manera que la prueba escrita se reduce al contrato de compañía de ganados celebrado entre el demandante Cortés por una parte, y el demandado Sierra e Ignacio Castro por la otra, cuyo tenor es como sigue: "Los suscritos, Eusebio Cortés, de una parte, y Clemente Sierra e Ignacio Castro, de la otra, todos mayores de edad y vecinos del Municipio de Manizales, DECLARAN que han celebrado un contrato de compañía, cuyas condiciones constan en este documento, así: Cortés dá a los contratantes Sierra y Castro los siguientes semovientes para que éstos los administren con derecho al sesenta por ciento de las utilidades que produzca el negocio: dos vacas paridas, con sus crías ya para destetar, una de las vacas de color blanco matizado de negro, y la otra de color barcino oscuro, y una novilla de color blanco cabecinegra. Las crías son hembras, una de color negro y otra de frisolo. El precio de estos semovientes fijado por las partes como principal es el de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) moneda corriente, suma ésta que tiene derecho a retirar el contratante Cortés, al liquidar el negocio, distribuyéndose las utilidades como ya se dijo. El término del contrato es el de un año, contado de la fecha de este documento en adelante. Los animales deben pastar en terrenos de propiedad de los contratantes Sierra y Castro situados en el paraje "La Mula" de esta jurisdicción, siendo de su cargo el pastaje, sal, curaciones y toda clase de administración, vigilancia, etc. Una vez vencido el término de duración de este contrato, se procederá a su liquidación en forma amigable, y de no poder entenderse amigablemente, cada una de las partes puede nombrar un perito para que lleven a cabo la partición, ciñéndose en todo a las condiciones estipuladas en este contrato. Todos los semovientes serán marcados con la marca del contratante Cortés que responde a las letras E. C. Para que conste, se firma el presente por las partes, quienes convienen en depositarlo en persona de su confianza, lo que hacen por ante testigos en Manizales, a treinta (30) de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945)".

Como se ve, la única frase pertinente al caso de autos es ésta: "Los animales deben pastar en terrenos de propiedad de los contratantes Sierra y Castro, situados en el paraje de La Mula de esta jurisdicción". De tal frase dedujo el Tribunal una confesión de Sierra acerca de condominio con Castro precisamente sobre el inmueble de que trata la escritura pública número 714, fechada el 2 de junio de 1945 en la Notaría Segunda de Manizales, objeto de este pleito. Sin embargo, no encuentra la Sala razones que justifiquen tal deducción; en primer término, porque en el mentado contrato de compañía no se determinan los terrenos de que trata, bien expresando su nombre o detallando sus linderos, y sólo se hace referencia al paraje donde se encuentran ubicados; en segundo lugar, porque como ni siquiera se dice en él que la propiedad de Sierra y Castro verse sobre un mismo terreno ni cuál sea éste, el empleo de la forma plural (terrenos de propiedad de los Contratantes), deja amplio espacio para atribuir la referencia a distintas propiedades. Y esa ambigüedad o duda, es contraria a la verosimilitud propia del principio de prueba por escrito, que exige una relación cierta y precisa entre el documento y el hecho que se trata de probar.

Cortés estaba obligado a demostrar plenamente que el contrato celebrado por la escritura pública **no comprendía la totalidad de la finca y que el demandado Sierra así lo había reconocido en documento privado traído al juicio; es decir, el demandante debía suministrar la contraprueba que desvirtuara el contenido de la escritura pública. Puesto que en el contrato de compañía no aparece el claro y categórico reconocimiento del demandado de no haber adquirido la totalidad del inmueble, y los terrenos de que en él se habla no están identificados, era obligación procesal del demandante demostrar que tales terrenos eran los mismos de que trata la mencionada escritura pública. Dicho de otra manera: como por las razones explicadas atrás el documento de contrato de compañía no constituye prueba contra el demandado para desvirtuar el contenido de la escritura pública,** el silencio de este último, o si se quiere, su renuencia a decir cuáles eran los terrenos de Castro, no puede significar que necesariamente el contrato de compañía se refiera a los mismos terrenos materia de tal escritura, ni puede exonerar al demandante de la carga de la prueba que por la ley le corresponde.

La Corte dijo en sentencia de mayo de 1948, G. J. número 2062-63, Tomo LXIV, páginas 391 y ss.: "Por principio de prueba por escrito se entiende, según la definición legal que trae el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, "un acto escrito del demandado o de su representante, que

haga verosímil el hecho litigioso". La doctrina ha interpretado esta definición en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituir manifestación clara, total y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio de prueba sino una completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuirle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponde al principio de prueba por escrito; que exista un escrito, que no sea del contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo. Y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso. En su "Tratado de Pruebas", dice el expositor Francisco Ricci, lo siguiente: "Según dispone el artículo 1347, para que haya principio de prueba escrita, que haga admisible la prueba testifical, no basta que se tenga un escrito cualquiera proveniente de aquel contra quien se propone la demanda, o de quien lo represente, sino que es necesario que el escrito haga verosímil el hecho alegado, esto es, el hecho que se quiera probar por medio de testigos". "Se deduce de aquí que el documento sobre que se funda el principio de prueba debe tener necesariamente relación con el hecho que se quiera probar por medio de testigos; no basta, no vale que tenga relación con otro hecho cualquiera". "El que se tenga la prueba de un crédito no basta para que ésta pueda servir de principio de prueba oral, a fin de demostrar la existencia de otros diferentes créditos. El escrito que haga verosímil el hecho alegado de que habla el artículo 1347, es aquel que esté ligado con el hecho mismo que se alega. Es de necesidad lógica y jurídica que uno y otro se relacionen directamente; de otra suerte, el escrito no puede hacer el hecho verosímil. Deben, pues, estar como dos términos de una relación y una vez que esto falte, ya no hay principio de prueba por escrito. Y es esto tan evidente, que no hay porqué insistir". (Obra citada, Tomo 2°, pág. 35).

En consecuencia, la decisión del Tribunal de declarar sin valor lo dicho en la escritura pública sobre la enajenación completa del inmueble, viola sin duda alguna los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887 y especialmente el artículo 1759 del Código Civil, en virtud de los cuales la simple prueba testimonial a que queda reducido el acervo probatorio del demandante no sirve para alterar lo manifestado en el acto escrito, y menos aún por tratarse de escritura pública que hace plena fe contra quienes la suscribieron, en cuanto a las declaraciones en ella contenidas. Es reiterada la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que solamente puede admitirse como prueba en contrario de una escritura pública, entre partes, un documento o escrito en el cual se haga constar que la realidad del contrato celebrado es otra. Y esta prueba no existe en el caso presente.

Pero no obstante lo anterior, no puede la Sala casar la sentencia recurrida, porque el cargo se limita a acusarla por violación de los citados textos del Código Civil y de la ley 153 de 1887, y éstos como ya lo ha dicho la Corte no tienen el carácter de normas sustantivas, pues se limitan a regular el valor probatorio del instrumento público (1759, C. C.), a disponer cuáles actos deben constar por escrito, a declarar inadmisible la prueba testimonial para adicionar o alterar lo que se exprese en el acto o contrato, y a establecer la excepción en el caso de que haya un principio de prueba por escrito. Pero ningún derecho subjetivo se consagra en tales normas que haya podido ser violado o desconocido por el Tribunal, de manera que su contenido es puramente procedimental o adjetivo. Es decir, no son sustantivas las normas que se limitan a señalar el valor de ciertas pruebas para determinados actos o contratos.

Para que este cargo prosperara, hubiera sido necesario que el recurrente, como consecuencia de la violación de esos textos procedimentales hubiera alegado y demostrado que el Tribunal había incurrido en violación indirecta de otras normas que sí tuvieran el carácter de sustantivas; y además, que hubiera atacado la apreciación hecha por el Tribunal del conjunto de las pruebas allegadas al juicio. Como no lo hizo, la fundamentación del cargo quedó incompleta desafortunadamente para la parte que representa, y por ende es obligación legal de la Sala desestimarlo, como lo hace.

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 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 27 de octubre de 1948, en este juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL, y en oportunidad devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE.—PARA COMPROBAR ESTE EN UN JUICIO, SE REQUIERE LA COPIA DEL ACTA RESPECTIVA Y DE LA APROBACION JUDICIAL

La diligencia de remate y la aprobación del Juez, equivalen a una escritura pública que debe registrarse. Esos dos actos judiciales hacen de título en la venta que realiza el Juez, hacen de escritura pública; y si el remate en sí es una venta, venta forzada que se realiza por decreto judicial en pública subasta, como lo dice el artículo 741 del C. C., en su inciso tercero, sería ilógico y se rompería la armonía de un sistema jurídico, si para una venta común ante Notario se exigiera escritura pública y no se exigiera esa misma escritura para la venta que se realiza ante el Juez.

Por eso, cuando en juicio, sea para pedir la declaración de nulidad de la misma, o para cualquier otro fin, se debe comprobar la compraventa hecha en remate, es necesario presentar la copia auténtica del remate y su aprobación judicial, que equivalen a escritura pública que debe ser registrada, y esa prueba no puede ser reemplazada por otra, ni por la confesión. La falta de la copia equivale a la inexistencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Haciendo esfuerzos por conectar algunos datos sobre el presente negocio, regados en un desordenado expediente, se puede sacar en conclusión:

Que Teodolinda García estuvo casada con Fernando Rozo, quien murió; que contrajo segundo matrimonio con Martín Hernández Rozo; que cuando enviudó era menor de edad; que en el juicio de sucesión de su marido le fueron adjudicados varios bienes; que éstos fueron vendidos en subasta pública, y fue rematador de ellos Marco A. Leiva; que de las gestiones judiciales para la venta se encargó el abogado Juan Mendoza, con poder que aparece otorgado por José Angel García, padre de aquélla, quien firmó a ruego por no saber hacerlo; que el citado Leiva vendió al citado abogado Mendoza una parte de los bienes rematados, y otra parte fue vendida a Juan José Calderón; y que éste vendió en seguida algunos bienes de los rematados a Isidro Caicedo Vera.

Sostiene Teodolinda García: que el poder con que en el remate intervino el abogado Mendoza era falso; que como su padre no sabía firmar, el abogado lo engañó; que el rematador Leiva era un testaferro del abogado, que nada consignó para tomar parte en la licitación; que la García no recibió el valor del remate, ni lo recibió su padre, etc. En el hecho 1º de la demanda se dice que Mendoza, "sin autorización legal para pedir venta de bienes de una menor en licencia judicial, falsamente elaboró un poder que se decía otorgado por José Angel García, quien no sabe leer ni escribir, poder que el citado Mendoza terminó con la fórmula peligrosa y venenosa: 'Por no saber firmar, firmo por él aceptando el poder', que después presentó ante ese Juzgado para iniciar la acción de licencia judicial de venta de los bienes de la entonces menor Teodolinda García v. de Rozo, con la falsa e inmoral representación del padre legítimo de esta última, señor José Angel García".

Mendoza alcanzó para la Garcia v. de Rozo, como su curador, el decreto de posesión efectiva de la herencia, y los bienes adjudicados a ésta fueron los vendidos en pública subasta, y rematados por el citado Leiva; y a poco aparece el abogado Mendoza comprando a Leiva parte de esos bienes, según escritura pública Nº 271 de 23 de octubre de 1941, Notaría de Chinácota.

La Sala recoge estos datos con el pensamiento de disponer que se levante una investigación a fin de ver si el abogado en mención fue infiel a sus deberes profesionales comprometiendo la causa que se le confió, contravención que sanciona el artículo 196 del Código Penal.

Por medio de apoderado, la García presentó demanda contra los ya citados Mendoza, Leiva, Calderón y Caicedo Vera, adquirentes de los bie-

nes heredados por aquélla, demanda en que se piden estas declaraciones:

Qe es nulo, por estar afectado de causa ilícita, de falta de precio y de falta de acuerdo de voluntades, el remate verificado, dentro del juicio de licencia judicial para vender bienes, que llevó a cabo el doctor Juan Mendoza con falso poder que le otorgó José Angel García, padre de la entonces menor Teodolinda García viuda de Rozo, en cuya subasta el señor Marco A. Leiva aparece como rematador simbólico y como simple instrumento del falso apoderado, quien aparece adquiriendo ilegalmente todos los bienes inmuebles adjudicados a la peticionaria en el decreto de posesión efectiva de la herencia del causante Fernando Rozo, esposo de la demandante.

La demanda fue corregida en oportunidad, agregando:

Que también es nulo el remate por no haberse hecho con observancia de las disposiciones legales.

Subsidiariamente: Que es nula la adquisición de un inmueble de los rematados, hecha por el abogado Mendoza por compra a Leiva, inmueble que se le había autorizado para vender en remate, por ser mandatario el abogado en mención, y estar ésto prohibido por el artículo 2170 del C. Civil.

Que en subsidio, el abogado Mendoza restituya el precio de lo rematado, por valor de $ 7.100.

Y como consecuencia de todo ésto, que son nulos los contratos de compraventa sobre inmuebles provenientes de ese remate, y que se deben restituir a la demandante esos inmuebles.

Falló el pleito en su primera etapa el Juez del Circuito de Chinácota, según sentencia de veintiuno de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, en la cual se declara probada la exepción de inepta demanda "en virtud de que el señor José Angel García no ha sido parte en el presente juicio, y que habiendo obrado como demandante en el especial sobre licencia judicial de cuya nulidad se hace derivar el remate, no es posible sin su audiencia e intervención controvertir sobre la validez del juicio sobre licencia judicial, por impedirlo la norma constitucional que prescribe que a nadie puede condenársele sin haber sido antes oído y vencido".

Y por esta razón, el Juzgado se abstuvo de hacer las declaraciones pedidas en la demanda y en su corrección.

El Tribunal Superior de Pamplona confirmó, aunque por otros motivos, lo resuelto en primera instancia, según sentencia de cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, contra la cual interpuso recurso de casación la parte actora, recurso que entra a estudio de la Sala.

Contra el remate en sí, como acto civil, versa la primera petición de la demanda; y la subsidiaria versa sobre nulidad del remate que se puede llamar procedimental, por haberse pretermitido normas judiciales.

Acerca de lo primero, dice el artículo 810 del C. Judicial, que en caso de licencia sobre venta de bienes de menores, se siguen las reglas sobre subasta de bienes comunes; y el artículo 1447 del mismo Código, que forma parte del Capítulo sobre "venta de bienes comunes", expresa que la venta de la cosa en pública subasta se realiza de acuerdo con lo establecido en el juicio ejecutivo.

Pasando vista por las disposiciones de este juicio, se encuentra el artículo 1050 que detalla las condiciones que debe tener la diligencia de remate; y dice el artículo 1052 que esa diligencia, junto con el auto judicial que la aprueba, equivale a una escritura pública, y si se trata de inmuebles debe hacerse registrar.

Esa diligencia de remate y su aprobación, es decir, el instrumento público registrado que equivale a escritura pública, no se encuentra en el expediente. Sólo se encuentra esto, que dice el Registrador de Instrumentos Públicos, con miras a establecer los bienes que reclama la actora: "Que por remate celebrado ante el Juzgado Civil de este Circuito el 9 de mayo de 1938 en el juicio sobre venta de bienes de la menor Teodolinda García viuda de Rozo, inscrita tal diligencia con fecha 1º de agosto del mismo año en el libro Nº 1º Tomo 2º bajo la partida 151, el señor Marco A. Leiva adquirió por adjudicación que se le hizo en tal remate los siguientes bienes". (Y se entra a dar razón de los bienes).

Un solo cargo enuncia el recurrente contra la sentencia del Tribunal, invocando el artículo 520 del C. Judicial, y acusando la sentencia "por violación de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, y como consecuencia de apreciación errónea de las pruebas".

Dice eque el Tribunal se limitó a desestimar la demanda por no encontrar original en los autos la diligencia de remate, y su aprobación por el Juez, lo que constituye el título, con base en la analogía que hay entre éste y el título constitutivo de una escritura pública, como en el caso de venta. Y que aunque aparece por otros

medios comprobado el remate, mediante la certificación correspondiente del Registrador, con todo, no admite ésto el Tribunal porque ha sido traída esa prueba sin el procedimiento previo y sumario con base en el artículo 2675 del C. Civil; y por este aspecto, al exigir una sola prueba para establecer un hecho, se han violado por aplicación indebida e interpretación errónea los artículos 1857, 749, 756, 760, 759, 769, 1760 y 2577 del C. C.

Dice además que no puede sostenerse la inexistencia de un remate por falta de la copia expedida por el Juez que lo hizo, cuando ese remate se halla establecido por medio de un documento público, cual es el certificado del Registrador, de manera que el Tribunal entendió mal el artículo 1760 del C. Civil, y también el 1759 del mismo Código, los cuales aplicó indebidamente.

Agrega: El hecho del remate y su aprobación no ha sido discutido por las partes. "La existencia del juicio así como el remate verificado en él, y el registro, son hechos procesales aceptados por las partes, y el fallador no puede dejar de tenerlos como probados, al pretender exigir una prueba púnica que en ninguna parte exige la ley", por lo cual se aplicaron indebidamente los artículos 593, 606, y 607 del C. J., y 1757, 1759 y 1760 del C. Civil.

Expresa también que el instrumento público se exige como solemnidad para la validez del acto en casos excepcionales, como para la legitimación de un hijo, reconocimiento de un hijo natural, constitución de fideicomiso, testamentos, compraventa, hipoteca, etc., lo que quiere decir que el instrumento público es necesario para ciertos fines de derecho, y no puede siempre considerarse necesario, aunque exista analogía entre un remate y una compraventa por escritura pública. De suerte que está errado el Tribunal al exigir una determinada prueba donde la ley no manda traerla, y al entender y aplicar indebidamente el artículo 2675 del C. C., porque le niega valor probatorio a una prueba que conforme a esta misma disposición es plena.

Y termina así el recurrente: fuera de las violaciones directas mencionadas, el Tribunal violó indirectamente los artículos 607 y 623 del C. Judicial, en cuanto no consideró la confesión de las partes al aceptar que el remate se verificó, ni el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, y desconoció así los artículos 593 y 597 del citado código.

Se considera:

Ya se vió atrás, siguiendo los textos legales, que la diligencia de remate y la aprobación del Juez, equivalen a una escritura pública que debe registrarse. Esos dos actos judiciales hacen de título en la venta que realiza el Juez, hacen de escritura pública; y si el remate en sí es una venta, venta forzada que se realiza por decreto judicial en pública subasta, como lo dice el artículo 741 del C. C. en su inciso tercero, sería ilógico y se rompería la armonía de un sistema jurídico si para una venta común ante Notario se exigiera escritura pública y no se exigiera esa misma escritura para la venta que se realiza ante el Juez.

El remate sobre inmuebles es una venta. Toda venta de inmuebles requiere escritura pública de acuerdo con el artículo 1875 del C. Civil; la falta de esa escritura no puede suplirse por otra prueba, ni por la confesión, y esa falta equivale a la inexistencia, según el artículo 1760 del mismo Código; de manera que es inválida toda la argumentación del recurrente porque la funda en que no hay necesidad de presentar la copia auténtica del remate y su aprobación judicial, que equivalen a escritura pública que debe ser registrada, y en cuanto sostiene que esa prueba puede ser reemplazada por otra. Y menos fuerza de convicción tiene ese razonamiento del recurrente, si se considera que en el certificado del registrador, que también invoca como prueba del remate, ni siquiera aparece el acta de remate ni el proveído aprobatorio del Juez, sino que simplemente fueron citados de paso para dar fe de los bienes adjudicados a Leiva como rematador y que la actora reclama. Y esto tampoco se puede tener como prueba supletoria, aunque se hubiera cumplido con lo prescrito en el artículo 2675 del C. Civil.

Sobre estas cosas la exposición del Tribunal es absolutamente jurídica, y releva a la Sala de hacer otras consideraciones al respecto. Dice la sentencia:

"Siendo el remate judicial de la naturaleza de un contrato de compraventa, y si tratándose de bienes raíces ella no se prueba sino mediante el título correspondiente, aquél como acto civil, no como diligencia judicial, no puede tampoco darse por establecido sino por medio de lo que equivale o hace las veces de escritura pública, o sea la diligencia de remate y el auto de su aprobación, (art. 1052 del C. J.), que en tratándose de inmuebles requiere registro.

"Por otra parte la acción de nulidad de una venta de la naturaleza expresada, requiere para su prosperidad la presentación en oportunidad legal del título o instrumento en que tal compraventa se hizo constar, ya que un remate es un verdadero contrato de esta naturaleza, en el que la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el Juez su representante legal, y el rematador a quien la cosa se adjudica, el adquirente.

"Si se quiere quebrantar las relaciones de derecho generadas por tal acto, debe traerse al proceso, en forma legal, el título o instrumento, ya que sólo con éste se prueba el vínculo jurídico afirmado en la demanda entre la parte actora y la parte demandada. Además, cuando se alegan como fundamentos de la demanda la existencia de actos o contratos de los referidos, es necesario traerlos al proceso en oportunidad legal, ya que no puede estimarse que están comprobados con la sola expresión o enunciación de ellos como ocurre con las leyes que basta citarlas, para que el Juez o el Tribunal verifiquen la autenticidad de la referencia.

"El interés jurídico de quien pretende modificar un estado de derecho no nace sino cuando dicho estado es una realidad; antes de que ésto ocurra no podrá hablarse de su anulación, porque ella no puede operar sino sobre situaciones concretas e indudables .

"La acción de nulidad se dirige a poner fin a un estado jurídico dando vigencia a otro, de tal manera que quien la ejerce no puede contentarse con ofrecer al Juzgador la posibilidad de estudiar cómo funcionan los mecanismos jurídicos en presencia de un estado hipotético, por no estar establecido por medio de los instrumentos probatorios exigidos por la ley.

"En el presente caso, precisa decirlo de una vez, no aparece legalmente demostrado al contrato de compraventa enjuiciado, como atrás se dijo, no como diligencia judicial, sino como acto civil, y cuya nulidad por causas sustantivas se impetra en la primera súplica de la demanda".

No prospera el cargo del recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, lo que quiere decir que no se han violado los textos legales que él cita, por lo cual NO SE CASA la sentencia cuestionada, de fecha cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, decisión que se toma administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

El Juzgado del Circuito de Chinácota pasará al Juez respectivo copia de esta sentencia a fin de que se investigue la responsabilidad en que pudo incurrir el abogado Juan Mendoza por los hechos que en la misma sentencia se enuncian.

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.

NULIDAD ABSOLUTA DE UN ACTO O CONTRATO — ALCANCE DEL PODER DEL JUEZ PARA DECLARARLA DE OFICIO — CUAL ES EL INTERES QUE SE REQUIERE PARA ALEGAR EN JUICIO ESTA CLASE DE NULIDAD—POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO LEGITIMO — SU PRUEBA

1—El poder excepcional que al Juez le otorga hoy el art. 2º de la Ley 50 de 1936, y que antes le conferían los arts. 15 de la Ley 95 de 1890 y 1742 del C. C., para declarar de oficio de nulidad absoluta, no es irrestricto o ilimitado, sino que, por el contrario, está condicionado, entre otras circunstancias, por la imprescindible de que la nulidad aparezca, como lo requiere expresamente dicho artículo 2º, de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta. Esto ha sostenido la Corte en jurisprudencia que ha reiterado durante más de medio siglo.

2—El interés requerido por el art. 2º de la Ley 50 de 1936, para alegar la nulidad absoluta, no puede consistir en el meramente procesal, entendiendo por tal el que se adquiere por el hecho de proponer y sostener la controversia, pues con tal criterio la acción de nulidad prácticamente degeneraría en una acción popular, que en nuestra legislación sólo se concede en casos excepcionalmente previstos en la ley. Por aquél, debe entenderse el interés jurídico actual y cierto, no meramente eventual o hipotético, que es el protegido por la ley, y que se cifra en el perjuicio que en sus derechos sufre o sufriría la persona que alega el interés, al mantenerse vigente y producir efectos el acto o contrato viciado de nulidad absoluta.

3—Como lo ha anotado la Corte, es indiscutible que cuando se trata de estimar la prueba referente a la posesión notoria de un estado civil, el criterio que ha de guiar al Juez en la apreciación del "conjunto de testimonios fidedignos" que se aduzca para demostrarla, ha de ser muy estricto, desde luego que el artículo 399 del C. C. expresamente requiere que esa posesión se establezca "de un modo irrefragable", es decir, que no se pueda contrarrestar.

4—La posesión notoria del estado de hijo legítimo, consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres. Esa posesión, para que pueda legalmente recibirse como prueba del estado civil, deberá haber durado 10 años continuos, por lo menos (art. 398 C. C.), y deberá probarse en juicio, mediante un conjunto de testimonios dignos de fe, que la establezcan de un modo irrefragable (art. 399). Esos caracteres de la posesión, determinados en el Código para cada caso especial, constituyen asímismo condiciones de esencia de esta última prueba supletoria del estado civil detalladamente reglamentada en la ley. No basta, dentro del conjunto de exigencias legales, demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo, y la fama, para tener por establecido el estado de que se trata; se requiere, además, establecer, con el mismo mérito probatorio, que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años continuos, por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume que puede formarse de manera aceptable la fama pública.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Pabla Alemán de Portillo propuso ante el Juez Civil del Circuito de San Marcos juicio ordinario contra Aníbal y Alfonso E. Faissal para que se

declare que es absolutamente nulo el testamento solemne abierto otorgado por Gregoria Rus de Faissal ante el Notario Público de Ayapel el día 1º de Marzo de 1935, por medio de la Escritura Nº 15 de la expresada fecha; que en consecuencia, no tiene valor ni efectos la institución de herederos hecha por la testadora en favor de los demandados; que es intestada la sucesión de Gregoria Rus de Faissal y que la demandante es su heredera abintestato.

Entre otros hechos aseveró la demandante que en el otorgamiento del testamento "no se cumplieron las solemnidades prescrias por la ley para la validez del acto, puesto que los señores Manuel Aguado, Eduardo Martínez y Andrés López M., que aparecen como testigos instrumentales no estuvieron presentes' al momento de otorgarlo; que los dos últimos estaban inhabilitados para servir como tales, por cuanto en ese momento, antes y después eran dependientes de Aníbal Faissal y Gregoria Rus de Faissal; que ninguno de los testigos estaban presentes cuando firmaron la testadora y el Notario; que éste no leyó a aquélla, en presencia de los testigos, el mencionado testamento; que la actora es colateral, en tercer grado de consanguinidad legítima, de la testadora, por cuyo motivo tiene interés como heredera abintestato para pedir la nulidad del testamento.

Tramitado el juicio con oposición de los demandados, quienes negaron los hechos que quedan resumidos, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 3 de octubre de 1947, por la que declaró probada "la excepción perentoria de carencia de personería sustantiva" de la demandante para proponer el presente pleito.

Por apelación concedida al apoderado de la última subió el negocio al Tribunal Superior de Cartagena, el que en sentencia de 19 de abril de 1949, confirmó la apelada.

Dice el sentenciador que para justificar el interés jurídico de la demandante, se han traído pruebas "con el propósito de acreditar los siguientes hechos: a) Muerte de la causante señora Gregoria Rus de Faissal; b) Matrimonio de los señores Manuel Rus y Carmen Sampayo, en quienes la actora sitúa el origen legítimo de su parentezco; c) Que estas personas eran los padres legítimos de Gregoria y Pabla Rus de Sampayo; d) Que la demandante señora Pabla María Alemán de Portillo es hija legítima de Pabla Rus de Sampayo, y por tanto, sobrina de la causante; e) Fallecimiento de los padres de ésta, señores Manuel Rus y Carmen Sampayo; f) Que también murió la hermana de la causante, señora Pabla Rus Sampayo".

Después de anotar que está probada, aunque no satisfactoriamente, la inexistencia de las pruebas principales en relación con esos hechos, dice lo siguiente:

"Establece el Código Civil que cuando no es posible acreditar el estado de matrimonio o de hijo legítimo con los documentos en que deben constar los hechos que lo constituyen, ni con testigos que los hayan presenciado, vale para demostrarlos la comprobación de la posesión notoria. Y quienes tienen la posesión notoria de tales estados civiles deben probar por lo menos los hechos y circunstancias que señalan los artículos 396 y 397. Pero es necesario según el artículo 398, para que la posesión notoria se reciba como prueba del estado civil, que haya durado diez años contínuos por lo menos. Y de conformidad con el 399 ibidem, la posesión notoria "se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable, particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la referida partida, o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera encontrarse".

"La regla transcrita advierte que para estos casos debe reunir la prueba condiciones especiales de credibilidad, pues los testimonios deben ser dignos de fe, y las expresiones que lo formen habrán de ser tan claras, completas y precisas, que la posesión notoria quede establecida en forma que no se pueda contrarrestar. Y para ello es indispensable que los hechos, actos y circunstancias en que consiste la posesión notoria, hayan sido percibidos directamente por el testigo y tengan la continuidad y duración que la ley requiere".

Luego, al axaminar la prueba sobre el parentesco entre la demandante y la causante, dice que declararon fuera de juicio Marcial Viñas, Rosario de Fex y Eusebia Prasca, y en la segunda instancia, Tulio Posada y Adriano Guerra R. y anota que de los tres primeros sólo puede tenerse en cuenta el de la última, por ser el único ratificado dentro del juicio. En seguida resume el contenido de las declaraciones de la Prasca, Posada y Guerra, y sobre los de los últimos dice que son de referencia, que no les consta por percepción directa los hechos y circunstancias de la posesión notoria, ya sobre el matrimonio de Manuel Rus y Carmen Sampayo, ora sobre la condición de hijos legítimos de éstos de Gregorio y

Pabla Rus. A la declaración de la Prasca le apunta contradicciones.

Siguiendo el examen de la prueba testimonial, no le merecen reparo alguno las declaraciones de Félix Cuevas, Emilia Pupo y Ana G. Herrera en cuanto tienden a demostrar el matrimonio celebrado entre Juan Alemán y Pabla Rus Sampayo, pero sí en cuanto se refiere a la calidad de hija legítima de éstos que invoca la demandante, pues sostiene que esos testigos no expresan en forma alguna que la posesión notoria de ese estado haya durado diez años contínuos. Afirma que con la prueba testimonial que cita no se acreditó la defunción de Manuel Rus, Carmen Sampayo y Pabla Rus Sampayo.

Finalmente dice:

"En resumen: No están acreditadas conforme a la ley la posesión notoria de matrimonio de los señores Manuel Rus y Carmen Sampayo; la de hijas legítimas de las señoras Gregoria y Pabla Rus Sampayo, y la de hija legítima de la señora Pabla Alemán de Portillo. Tampoco está debidamente acreditada con la prueba supletoria la muerte de los señores Manuel Rus y Carmen Sampayo, ni la de Pabla Rus Sampayo.

"El examen que se ha hecho conduce a la conclusión de que no se ha establecido en el proceso el interés jurídico que de manera especial exige la Ley 50 de 1936, estado procesal que trajo el negocio y el que no logró modificar en esta instancia la parte demandante, a pesar de la labor probatoria que desarrolló en la oportunidad legal".

A la demandante se le concedió recurso de casación, el que sustentado y debidamente tramitado se procede a decidir.

Apoyado en la causal primera del art. 520 del Código Judicial, el recurrente propone contra la sentencia los cuatro cargos que en seguida se resumen y estudian.

Primer cargo. Dice el recurrente que el Tribunal quebrantó por interpretación errada e indebida aplicación el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 y consecuencialmente los artículos 1068, numeral 14, 1072, 1074 del Código Civil y 11 de la Ley 105 de 1890, los que el sentenciador se abstuvo de aplicar, siendo aplicables al caso del pleito.

Para fundamentar el cargo el recurrente transcribe lo que sobre el particular expuso el abogado que en la segunda instancia del proceso llevó la personería de la demandante, en memorial dirigido al Tribunal, en el que en resumen se sostiene que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el Juez no sólo cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, sino también cuando el hecho que la constituye se halla plenamente comprobado en el proceso, como ocurre en el caso de este juicio en que se demostró que en el testamento no actuó sino un testigo hábil porque los dos restantes están inhabiliados por ser dependientes de la testadora y de su cónyuge y que esos testigos no presenciaron las operaciones concernientes a la formación del testamento; que, además, la voz interés de que habla el art. 2º de la ley 50 de 1936 debe entenderse en un sentido amplio, no estrecho ni restringido, hasta hacerlo comprender "el mero interés procesal".

Se considera:

Como lo ha sostenido la Corte en jurisprudencia que ha reiterado durante más de medio siglo, el poder excepcional que al Juez le otorga hoy el art. 2º de la Ley 50 de 1936, y que antes conferían los arts. 15 de la Ley 95 de 1890 y 1742 del C. C., para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto o ilimitado, sino que por el contrario, está condicionado, entre otras circunstancias, por la imprescindible de que la nulidad aparezca, como lo requiere expresamente dicho artículo 2º, de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que la la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta. En este sentido pueden leerse los numerosos fallos de esta Sala que se citan en la sentencia de 5 de abril de 1946, G. J. Tomo LX, pág. 363. Luego no apareciendo, como no aparece, del propio testamento el vicio que se le imputa, obró acertadamente el sentenciador al no declarar de oficio la nulidad alegada.

Y el interés requerido por la mencionada disposición para alegar la nulidad absoluta no puede consistir en el meramente procesal, entendido por tal el que se adquiere por el hecho de proponer y sostener la controversia, pues con tal criterio la acción de nulidad prácticamente degeneraría en una acción popular, que en nuestra legislación sólo se concede en casos excepcionalmente previstos en la Ley. Por aquél debe entenderse el interés jurídico actual y cierto, no meramente eventual o hipotético, que es el protegido por la Ley, y que se cifra en el perjuicio que en sus derechos sufre o sufriría la persona

que alega el interés al mantenerse vigente y producir efectos el acto o contrato viciado de nulidad absoluta. En el caso de autos, el interés consistiría precisamente en la calidad y consiguientes derechos de heredero abintestato que tendría la demandante con respecto a la causante, una vez declarada la nulidad del testamento.

No prospera el cargo.

Segundo cargo. Aquí dice el recurrente, reproduciendo también lo alegado por el apoderado de la demandante ante el Tribunal, que éste anotó como defecto de la prueba sobre posesión notoria del estado civil que se invoca, el que los testigos Tulio Posada y Adriano Guerra digan que no conocieron a Manuel Rus y Carmen Sampayo y que oyeron decir que eran casados, cuando esos testigos aseveran además que en esa situación los tenía el público; que se trataron hasta su muerte como marido y mujer y que en tal concepto fueron tenidos y reconocidos por más de diez años por el vecindario y los amigos de ellos. En ese proceder del Tribunal ve el recurrente un error manifiesto en la interpretación del art. 395 del Código Civil, que ha acarreado otro de derecho en la apreciación de dicha prueba, puesto que para ser testigo sobre el hecho notorio de la posesión de un estado civil no se necesita un conocimiento de trato y relaciones de amistad, ya que en lo esencial se establece por lo que se ha oído al vecindario, particularmente en poblaciones pequeñas, en que ese concepto no pasa desapercibido y se hace del dominio público; que en ese caso lo aplicable es la excepción y no la regla contenida en el artículo 698 del C. J.; que además se infringió el artículo 395 del C. C., por falta de apreciación de la prueba literal consistente en la declaración de la testadora hecha en el testamento sobre que es "hija legítima de Manuel M. Rus Mendoza y Carmen Sampayo Monroy", que establece directamente prueba de ese matrimonio; que ese mismo texto legal fue quebrantado por interpretación errónea, al exigirse que los testigos fueran presenciales del matrimonio, y que ambas contravenciones acarrearon la violación de los artículos 396, 397 y 398 del C. C.

Se considera:

La manifiesta inutilidad del cargo precedente en orden a lograr la invalidación del fallo recurrido, exime a la Sala del deber de estudiar las cuestiones que en él se plantean, pues sabido es que la función y finalidad del recurso de casación no es meramente académica.

En efecto, mediante el análisis que de las pruebas hizo el Tribunal, llegó a la conclusión de que en el proceso no está acreditada la posesión notoria de matrimonio de Manuel Rus y Carmen Sampayo; la de hijas legítimas de Gregoria y Pabla Rus Sampayo, con relación a aquéllos: y la de hija legítima de Pabla Alemán de Portillo, demandante, en relación con el matrimonio de Juan Alemán y Pabla Rus Sampayo, y por ello aseveró que la actora carece de interés que legitime la acción.

Por consiguiente, era preciso que el cargo, para que tuviese viabilidad, no se concretara, como se concretó, a combatir la aseveración del sentenciador de que no se comprobó la posesión notoria de matrimonio entre Manuel Rus y Carmen Sampayo, desde luego que aún en el supuesto de que las pruebas que se citan como mal apreciadas demostrasen ese hecho, de esa sola demostración no surge la calidad de heredera de la recurrente, que es la que le conferiría interés jurídico para demandar la nulidad del testamento, pues para ello habría sido indispensable que se atacasen y cayeran las restantes conclusiones probatorias del Tribunal sobre inexistencia de la prueba de posesión notoria de los otros estados civiles, ya que únicamente estando todos ellos comprobados aparecería patente el grado de parentesco legítimo que la recurrente sostiene le liga con la causante. Si esas conclusiones permanecen en pie, como que ni siquiera han sido combatidas en la acusación que se considera, es claro que no podría romperse la sentencia, puesto que —se repite— la mera comprobación de la posesión notoria del estado civil de matrimonio entre Manuel Rus y Carmen Sampayo no determina el interés legítimo de la recurrente, que el Tribunal le negó, para proponer la presente controversia.

Las expuestas consideraciones, ponen de presente la ineficacia del cargo, el que por tanto se rechaza.

Tercer cargo. Aquí, después de afirmar que en el expediente no obran las partidas principales que acrediten los estados civiles de que se habla en la sentencia; que está satisfactoriamente probada la falta de esos documentos, y que por ello puede acudirse a la prueba supletoria, el recurrente sostiene lo siguiente:

"1º Que la testadora era hija legítima de Manuel Rus y Carmen Sampayo, está probado con dos documentos auténticos que hacen plena prue-

ba: la escritura número 15, de fecha 1º de mayo de 1925, Notaría de Ayapel (f. 25, cuaderno 1º) en que la señora Gregoria Rus de Faissal admite ser "hija legítima de Manuel Rus y Carmen Sampayo, quienes son difuntos", y con la partida de defunción de la misma testadora en que se dice exactamente lo mismo: que la señora Gregoria Rus de Faissal era hija legítima de Manuel Rus y Carmen Sampayo (f. 7). Siendo esto así, es porque indirecta pero plenamente queda también acreditado el matrimonio contraído por los nombrados Manuel y Carmen Sampayo, padres legítimos de la testadora Gregoria Rus de Faissal, como se acaba de ver.

"2º Que Pabla Rus Sampayo era hermana legítima de la testadora por ser también hija del matrimonio Manuel Rus-Carmen Sampayo, está igualmente probado con el testimonio de los testigos Emilia Pupo v. de Alvarez (cuaderno número 1º, f. 24), Félix Cuevas (f. 27), Tulio Posada (f. 21), Adriano Guerra (f. 22), y Eusebia Prasca (f. 25), quienes declaran que el matrimonio Rus-Sampayo tuvo dos hijos legítimos: Gregoria y Pabla Rus Sampayo, quienes en todo tiempo fueron tenidos por la sociedad como hijos legítimos de aquéllos y tratados y recibidos como legítimos por sus padres, los cuales proveían a su educación y sostenimiento. En otros términos: la posesión notoria del estado de hijos legítimos está plenamente acreditada.

"3º Que Pabla Rus Sampayo contrajo matrimonio en Magangué el 5 de mayo de 1906 con Juan Alemán, y que este matrimonio tuvo varios hijos legítimos, entre los cuales se cuenta la demandante Pabla Alemán de Portillo, nacida el 25 de septiembre de 1910, es hecho plenamente probado en el expediente con las declaraciones de los testigos Emilia Pupo v. de Alvarez (cuaderno 2º, f. 24), Félix Cuevas (f. 27), Eusebia Prasca (f. 18, cuaderno de 2ª instancia), y Gregoria Herrera de García, cuyas declaraciones constan en el cuaderno de pruebas del actor, en la segunda instancia (fs. 16, 17, 18, 20), quienes en síntesis declaran: que Juan Alemán y Pabla Rus se casaron en Magangué el 5 de mayo de 1906 y tuvieron varios hijos, entre ellos la demandante, nacida el 25 de septiembre de 1910; que aquéllos se trataron siempre como legítimos esposos, y como hija legítima trataron a la demandante, presentándola en tal carácter a la sociedad en general y proveyendo a su educación y sostenimiento de un modo competente. La testigo Herrera de García fue tan enfática en su declaración que afirmó haber asistido al festejo del matrimonio "pues ellos eran vecinos". Queda pues, también acreditado plenamente, con este conjunto de testimonios fidedignos, el parentesco, o mejor dicho, la calidad de hija legítima de Pabla Rus de Alemán que tiene la actora sobrina legítima de la testadora, lo que le dá personería suficiente para intervenir en el juicio demandando las declaraciones impetradas en el libelo.

"Pero el Tribunal, en vez de encontrar acreditados estos hechos, llegó a la conclusión contraria que el sentenciador resume así: "No están acreditados conforme a la ley la posesión notoria de matrimonio de los señores Manuel Rus y Carmen Sampayo; la de hijas legítimas de las señoras Gregoria y Pabla Rus Sampayo, y la de hija legítima de la señora Pabla Alemán de Portillo. El examen que se ha hecho conduce a la conclusión de que no se ha establecido en el proceso el interés jurídico que de manera especial exige la ley 50 de 1936.

"El sentenciador llegó a estas conclusiones mediante el error evidente de hecho y el error de derecho en que incurrió al apreciar equivocadamente el conjunto de testimonios a que me he referido en este cargo, desconociendo el valor de plena prueba que ellos tienen y violando así los artículos 396 a 399 del Código Civil; 19 de la Ley 92 de 1938; 696, 697 y 698 del C. Judicial; 1758, 1759 del C. Civil y 87 de la Ley 153 de 1887 en relación con el 21 de la Ley 45 de 1936, por no haberlos aplicado al caso siendo aplicables.

Pasa la Sala a referirse a las precedentes alegaciones en el orden en que han sido enumeradas.

Primera.—El testamento abierto otorgado ante el Notario es un documento público o auténtico y hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha. (Artículo 1759 del Código Civil). Forma, en consecuencia, plena prueba sobre que la testadora hizo las declaraciones en él consignadas. Mas del mero hecho de estar recogida en un documento auténtico, no puede desprenderse qué la confesión de aquélla sobre su propio estado civil, sea prueba legalmente admisible para justificar esa calidad, pues ni el artículo 395 del Código Civil ni el 19 de la Ley 92 de 1938 que lo sustituyó, consagran ese medio de convicción como prueba supletoria del estado civil de las personas. Como lo tiene dicho la Corte "la ley ha establecido que sólo las partidas de origen civil o de origen eclesiástico, son las únicas pruebas para la comprobación del estado civil, y a falta de ellas las supletorias que la misma ley reconoce, pero la confesión no es prueba aceptale en nuestra legislación para la demos-

tración del estado civil de las personas. La confesión es prueba de excepción, pero sólo para los hechos que la ley reconoce que se pueden demostrar con ella". (Casación, 29 de noviembre de 1945, G. J. número 2025, pág. 807).

La partida notarial de defunción de Gregoria Rus de Faisal, prueba simplemente el fallecimiento de ésta (artículos 22, Ley 57 de 1887, y 18, Ley 92 de 1938), mas no el matrimonio de Manuel Rus y Carmen Sampayo, de quienes según allí mismo se anota aquélla fue su hija legítima.

Segunda.—Las declaraciones de Félix Cuevas (f. 28, cuaderno número 2, y f. 15 v. cuaderno número 4) y Emilia Pupo de Alvarez (folios 24, cuaderno número 2, y 16, artículo 17, cuaderno número 4) no se refieren al matrimonio de Manuel Rus y Carmen Sampayo ni a que la testadora y Pabla Rus Sampayo sean hermanas legítimas por ser hijas de aquel matrimonio. Los declarantes se contraen al matrimonio de Pabla Rus Sampayo y Juan Alemán, de quienes dicen es hija legítima la demandante Pabla Alemán de Portillo. De allí que esos testimonios carezcan de toda importancia probatoria en relación con aquellos hechos.

En lo que respecta a las declaraciones de Tulio Posada, Adriano Guerra y Eusebia Frasca, el Tribunal descartó las de los dos primeros, por cuanto son testigos de referencia, a quienes "no les consta por percepción directa los hechos y circunstancias de la posesión notoria, y la duración que afirman no cubre el trato doméstico de los cónyuges" y la de la última, por cuanto encontró contradictorio su testimonio.

Siendo esto así, al recurrente en casación no le bastaba alegar, como lo ha hecho, que esas declaraciones prueban plenamente la posesión notoria de tales estados civiles y que el Tribunal incidió en error al no encontrarla acreditada, pues debió atacar el examen que en concreto se hizo de las pruebas, señalando y demostrando el error que en él se incurrió, tal como lo manda el numeral 1º del artículo 520 del C. J.

De otro lado, el sentenciador no estuvo desacertado en el análisis de las citadas declaraciones, con las cuales no se establece ni la posesión notoria del estado de matrimonio entre Manuel Rus y Carmen Sampayo, ni consiguientemente, la de hijas legítimas de éstos de Gregoria y Pabla Rus Sampayo.

En efecto, como ha tenido ocasión de anotarlo la Corte, es indiscutible que cuando se trata de estimar la prueba referente a la posesión notoria de un estado civil, el criterio que ha de guiar al Juez en la apreciación del "conjunto de testimonios fidedignos" que se aduzca para demostrarla ha de ser muy estricto, desde luego que el art. 399 del C. C. expresamente requiere que esa posesión se establezca "de un modo irrefragable", es decir, que no se pueda contrarrestar, y en el presente caso, ni aún procediendo con amplitud podría llegarse a una solución favorable para la tesis del recurrente dadas las deficiencias notorias de que adolecen las mencionadas declaraciones.

El testigo Posada M. (f. 21, cuaderno número 4), dice que no conoció a Manuel Rus y a Carmen Sampayo y que oyó "decir que esos señores eran casados", que eso era del dominio público; que se trataron siempre hasta su muerte como marido y mujer legítimos y que en tal estado fueron tenidos y reconocidos por muchísimo tiempo; que es cierto que dichos esposos tuvieron dos hijas llamadas Gregoria y Pabla Rus Sampayo, las que fueron tenidas en todo tiempo por sus padres como sus hijas legítimas, y por el público en general, por más de diez años, por cuanto sus padres las presentaban en tal carácter a sus amistades, a los vecinos y al público de Magangué. En análogos términos se produce el testigo Guerra M. (f. 22, cuaderno número 4).

Como esos declarantes afirman que no conocieron a los esposos Rus-Sampayo, su conocimiento sobre el trato que dicen éstos se dieron como marido y mujer tuvo que ser necesariamente adquirido no mediante la observación personal de los hechos sino por referencia, por lo cual sus testimonios carecen al respecto de fuerza probatoria (artículo 698 del C. J.). Ellos serán idóneos para probar la fama que como tales tuvieron dichas personas; pero como fuéra de ésta la ley requiere (artículo 396 del C. C.) la demostración de aquella otra circunstancia, se echa de menos uno de los elementos que imprescindiblemente deben concurrir para la justificación de la posesión notoria del estado civil en mención.

Otra de las circunstancias requeridas por el artículo 398 del C. C. es que dicha posesión dure diez años continuos, por lo menos, y los declarantes no precisan en forma alguna por cuánto tiempo se mantuvo la de que hablan.

Análogas reflexiones caben a las mismas declaraciones en cuanto con ellas se pretende demostrar la posesión notoria del estado de hijas legítimas de Gregoria y Pabla Rus Sampayo con respecto a Manuel Rus y Carmen Sampayo, pues como a éstos no los conocieron los testigos Posa-

da y Guerra, sus aseveraciones sobre el trato que Gregoria y Pabla recibieron como hijas legítimas tienen que provenir de meras referencias de otras personas, por cuyo motivo sus testimonios carecen de fuerza probatoria. Además, comparando las exposiciones testificales con lo estatuído en el artículo 397 del C. C., se ve que ellas no cubren la integridad de los hechos en que según esa norma legal consiste la posesión notoria del estado de hijo legítimo, pues los testigos nada expresan en lo relativo a circunstancia tan fundamental como la concerniente a que los padres hubieran proveído a la "educación y establecimiento de un modo competente" de sus presuntas hijas.

Esas someras observaciones demuestran inequívocamente que los mencionados testimonios estuvieron acertadamente desechados por el Tribunal como prueba de la posesión notoria del estado de matrimonio Rus-Sampayo y del de hijas legítimas de Gregoria y Pabla Rus Sampayo.

Sobre estos particulares la Corte ha dicho:

"La posesión notoria del estado de hijo legítimo, consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres. Esa posesión, para que pueda legalmente recibirse como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos (398), y deberá probarse en juicio mediante un conjunto de testimonios dignos de fe que la establezcan de un modo irrefragable (399). Esos caracteres de la posesión determinados en el Código para cada caso especial constituyen asimismo condiciones de esencia de esta última prueba supletoria del estado civil detalladamente reglamentada en la ley... El análisis como prueba de la posesión del estado civil de estas exposiciones testificales, para las cuales la ley exige un especial valor demostrativo cuando quiere que la establezcan de un modo irrefragable, con pluralidad más numerosa de la ordinaria, revela las deficiencias sustanciales en forma que sólo sobreestimándola legalmente pudo tenerse como base de la convicción judicial... No basta, como se vio, dentro del conjunto de exigencias legales, demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo y la fama para tener por establecido el estado de que se trata; se requiere, además, establecer con el mismo mérito probatorio que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años continuos por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume que puede formarse de manera aceptable la fama pública, y por ese aspecto la prueba que se estudia tampoco se acomoda a la acción legal, porque las exposiciones atrás insertas no dan base para tener por probada esta circunstancia temporal ni la de la continuidad requerida también". (Casación, 19 de octubre de 1943, G. J. número 2001, pág. 204).

A nada conduce el examen de la declaración de Eusebia Prasca, pues aún en el caso de que no mereciera reparos y que fueran equivocados los que el sentenciador le opuso, quedaría en condición de exposición única, y la ley requiere "un conjunto de testimonios fidedignos" en la demostración de la posesión notoria de todo estado civil.

En presencia de lo que hasta aquí queda expuesto, ninguna conclusión útil o práctica para los fines del recurso se sacaría al considerar la alegación del recurrente contenida en el aparte 3º, pues sea cual fuere el resultado a que en su estudio se llegase, la sentencia no podría ser casada, desde luego que manteniéndose en firme las conclusiones del sentenciador sobre que no están demostradas las posesiones notorias de los estados de matrimonio de Manuel Rus y Carmen Sampayo ni de hijas legítimas de éstos, de Gregoria y Pabla Rus Sampayo, habría que concluir, como consecuencia, que procesalmente tampoco está acreditada la condición de sobrina legítima y de heredera que la recurrente invoca con respecto a la testadora Gregoria Rus Sampayo y que aquélla carece por tanto de interés jurídico para demandar la nulidad del testamento por ésta otorgado, tal como lo aseveró el Tribunal.

De otro lado, la falta de ese interés legítimo en la actora la desprendió también el Tribunal del hecho de que "tampoco está debidamente acreditada con la prueba supletoria la muerte de los señores Manuel Rus y Carmen Sampayo ni la de Pabla Rus Sampayo", y no habiéndose formulado ataque alguno en casación sobre ese punto, aún en el evento de que hubieren prosperado en principio las alegaciones precedentes, esa falta de interés estaría vigente, ya que la demandante sólo vendría llamada a la sucesión de la testadora en el caso de que existiese la prueba de la defunción de los ascendientes legítimos de aquélla y de su hermana legítima Pabla Rus Sampayo, puesto que la herencia se la deferiría en primer lugar a aquéllos y a falta de ellos, a ésta.

Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo.—Dice el recurrente que el Tribunal violó los artículos 1069, numeral 14; 1070, 1072, 1074 del C. C.; 11 de la Ley 95 de 1890, por no haberlos aplicado siendo aplicables, y 697 del C. J., a consecuencia de error evidente de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial que cita, según la cual está demostrado que eran inhábiles dos de los testigos que concurrieron al otorgamiento del testamento y que éste no fue leído en la presencia simultánea de la testadora y de los aludidos testigos, por lo cual dicho acto es nulo, tal como lo enseñan los mencionados textos legales.

Se considera:

El Tribunal confirmó la decisión del Juzgado por cuanto encontró que la demandante no probó tener interés jurídico para demandar la nulidad del testamento, tal como lo requiere el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, y como esa conclusión no ha sido quebrada en casación, es manifiesta la inutilidad del cargo, pues, sólo teniendo ese interés que le ha sido negado y que se ha considerado indispensable, o demostrándose que es injurídico exigirlo en el actor, podría entrarse a estudiar lo atinente a la nulidad del testamento.

No se admite 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 diez y nueve (19) de abril de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el presente negocio.

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—Emilio Prieto H., Ofl. Mayor.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION—LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA EXTRACONTRACTUAL NO SE MODIFICAN NI SE AGRAVAN POR EL HECHO DE QUE SE ORIGINEN EN DELITOS PENALES O CIVILES. PERO ESTO NO SIGNIFICA QUE, EN PRINCIPIO, TRATANDOSE DE ESTA RESPONSABILIDAD, SEA INDIFERENTE QUE ESTA EMANE DE UN DELITO O DE UNA SIMPLE CULPA, PORQUE AUNQUE EN AMBOS CASOS LA VICTIMA TIENE DERECHO A UNA REPARACION COMPLETA, EXISTEN DIFERENCIAS POR OTROS ASPECTOS. — UN PERITAZGO PUEDE SER SOMETIDO A APRECIACION AUNQUE SE HAYA PRACTICADO EN OTRO JUICIO

1. — Las infracciones de ley sustantiva, para que puedan fundar el primer motivo de casación, han de aparecer expresas en la sentencia, o deducirse ineludiblemente de las afirmaciones o doctrinas del juzgador, o presentarse como lógica consecuencia de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba. No son admisibles, por tanto, aquellas que se basan en SUPOSICIONES del recurrente, pues esto mismo está indicando que no ha habido, de parte del sentenciador, tesis o afirmación que induzca a violación de la ley. Desde que se acusa en un terreno de hipótesis, la acusación pierde la base legal y se torna inoperante.

2.—Los efectos de la responsabilidad civil por culpa extracontractual no se modifican ni se agravan por el hecho de que se originen en delitos penales o civiles, y no en simples cuasidelitos o culpas. En uno u otro caso, el agente responde civilmente por la plenitud del daño causado que sea consecuencia del hecho culposo o delictuoso. En la culpa aquiliana, no existen, como en la contractual, las graduaciones de grave, leve y levísima, ni opera tampoco la distinción de perjuicios previstos o previsibles y perjuicios consecuenciales inmediatos o directos (artículos 1604 y 1616 del C. C.). Pero esto no significa que, en principio, tratándose de la responsabilidad extracontractual, sea indiferente que ésta emane de un delito o de una simple culpa, pues si en ambos casos la víctima tiene derecho a una reparación completa del daño, existen diferencias por otros aspectos, como sería, por ejemplo, que cuando la culpa de una de las partes proviene de ilícito penal o de delito civil (culpa dolosa), se descarta la simple culpa que pueda imputarse a la otra parte, aunque haya influído en el daño. La intención positiva de perjudicar a otro absorbe, por decirlo así, los descuidos o negligencias en que haya podido incurrir el agraviado.

3.—El acta judicial en que consta un avalúo es indudablemente un instrumento público, que, como tal, prueba plenamente la existencia, la autenticidad del experticio, pero una cosa es la eficacia probatoria de los instrumentos de esa clase, y otra su fuerza eficiente, su efecto jurídico respecto de las partes. La existencia de dicha acta y, por tanto, del avalúo que ella contiene, es indiscutible. ¿Pero cuál es el mérito probatorio de ese avalúo cuya autenticidad no se discute? Es claro que depende de la estimación que legalmente le dé el juzgador, pues el experticio no pierde su calidad de tal por el hecho de que su autenticidad sea incontrovertible. El argumento del recurrente de que el avalúo mencionado, por haberse producido en otro juicio, ya no puede apreciarse como experticio, sujeto en su valoración a las pertinentes normas del Código de Procedimiento, sino como instrumento público intocable, no puede aceptarse.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

El Banco Agrícola Hipotecario siguió contra Enrique Micolta, con acción real y personal, un juicio ejecutivo, en el cual fue embargada, se-

cuestrada en Ibraim Tello y avaluada en $ 40.750, con fecha 2 de mayo de 1930, la finca de La Floresta, situada en el Municipio de Pradera, Departamento del Valle del Cauca, e hipotecada por Micolta para garantizar al Banco préstamo de amortización gradual.

El secuestre Tello administró la finca de esa fecha hasta fines de septiembre de 1930, en que, por orden del Banco y con intervención del agente de éste, señor Carlos Castilla, la entregó a Ricardo Suárez.

El 12 de febrero de 1932, Suárez dirigióse al Juez del conocimiento renunciando el cargo de administrador-depositario, al mismo tiempo que el Banco pedía que se le aceptara la renuncia, a lo cual no accedió el Juzgado, por cuanto ni Suárez era secuestre, ni Tello había renunciado, pues sólo el 24 de dicho mes presentó este último su renuncia, que fue aceptada por el Juez, quien, en su reemplazo, reconoció a Luis María Cadena, designado por el Banco y quien días antes había recibido la finca de Suárez, siguiendo instrucciones del mismo Banco.

Con sólo el nombramiento de secuestre, sin haber recibido posesión del cargo y sin que el Juzgado le hubiera hecho entrega de la hacienda, Cadena entró a ejercer la administración de ella, como simple agente o mayordomo de la entidad bancaria.

Durante el lapso comprendido entre fines de septiembre de 1930, en que Suárez se encargó de la administración de La Floresta por cuenta del Banco, hasta junio de 1938, en que inicióse el presente juicio, la finca sufrió graves deterioros y pérdidas, algunos irreparables y todos de gran valor, constatados en inspecciones oculares y dictámenes periciales, y comprobados también por otros medios.

Cadena no ha sido un administrador autónomo del predio sino un mero empleado o mayordomo del Banco, quien no sólo ha supervigilado todas sus actividades y ha ejercido directamente funciones administrativas, sino que ha recibido directamente el valor de los arrendamientos de la finca y las cuentas e informes que le ha rendido su agente, pues éste nunca los presentó al Juzgado que conocía del juicio ejecutivo.

Asumió el Banco abusivamente la administración del inmueble, y la ha ejercido con negligencia, ineptitud y descuido, incurriendo así en culpa que lo hace civilmente responsable.

En estos antecedentes, que se exponen a grandes rasgos y que en el libelo se desarrollan en setenta y un hechos, con profusión de detalles, fundóse Enrique Micolta para demandar, el 6 de junio de 1938, al Banco Agrícola Hipotecario, sociedad anónima domiciliada en Bogotá y con sucursal en la ciudad de Cali, para que se hicieran las siguientes declaraciones, que se compendian:

Primera. Que el Banco, por haber incurrido en culpa, es responsable civilmente de los daños o deterioros, de las pérdidas y de los demás perjuicios que el actor ha sufrido en su finca de La Floresta, desde fines de septiembre de 1930 hasta la fecha de la demanda, y que, por tanto, está obligado a la indemnización correspondiente.

Segunda. Que, en consecuencia, el Banco está obligado a pagarle, como valor de tales daños y perjuicios, causados hasta el 10 de febrero de 1937, la suma de $ 25.750.00.

Tercera. Que, como consecuencia también de la primera declaración, está obligado a pagarle además el valor de los perjuicios causados desde esa última fecha hasta el día de la demanda, cuya cuantía se fijará en el mismo juicio o al ejecutarse la sentencia.

Cuarta. Que el Banco está obligado también a pagarle el valor de las multas y sanciones penales a que se ha hecho acreedor.

Quinta. Que el Banco debe pagarle las costas del juicio.

Subsidiariamente, pidió las mismas declaraciones, pero prescindiendo de la suma determinada en la segunda, para que el valor de los perjuicios se fijara, de acuerdo con las pruebas, en el mismo juicio o en el incidente de ejecución de la sentencia.

Contestó el Banco la demanda negando todo lo sustancial de los hechos, oponiéndose a las pretensiones del actor y tachando aquélla de ineptitud sustantiva, para que así se declarara.

Sentencia de primera instancia. La profirió el Juez 4º Civil del Circuito de Cali con fecha 29 de agosto de 1939, acogiendo las tres primeras peticiones de la demanda, negando la cuarta, declarando no probadas las excepciones perentorias opuestas en el alegato de conclusión, y condenando en costas al demandado.

Sentencia de segunda instancia. Apelado aquel fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de Cali, en sentencia de 17 de diciembre de 1947, lo

revocó en cuanto a sus tres primeras declaraciones y lo confirmó en lo demás, declarando al Banco responsable civilmente, por culpa extracontractual, de los perjuicios por razón de daño emergente causado en la finca de La Floresta desde fines de septiembre de 1930 hasta el 6 de junio de 1938, perjuicios cuyo valor se fijará de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, teniéndose en cuenta la relación de pérdidas y deterioros contenida en el fallo. Declaró además no probada la excepción de prescripción de la acción, propuesta en la segunda instancia, y dispuso enviar copia de lo pertinente a la respectiva autoridad penal para que se investigue la posible ejecución de los actos delictuosos a que se hace referencia en la parte motiva. Sin costas en la instancia.

Admitido por la Corte el recurso extraordinario concedido a ambas partes, aquélla declaró desierto el interpuesto por el Banco Agrícola Hipotecario, por no haberse fundado oportunamente, de modo que ha quedado en pie únicamente el recurso del demandante, que la Sala pasa a decidir.

La sentencia recurrida contiene tres partes principales, a saber: la que estudia lo relativo a la culpabilidad del demandado, al daño y a la relación de causalidad, para llegar a la conclusión de que están plenamente probados esos tres elementos y que, por tanto, el demandado es responsable civilmente, por culpa extracontractual; la que analiza la prueba de los perjuicios, concluyendo que está acreditado el daño emergente, pero sin que pueda determinarse su cuantía; y la que, del estudio de la misma prueba, deduce que no está demostrado el lucro cesante, del cual absuelve.

El recurrente, en su demanda de casación, se refiere separadamente a cada una de tales partes de la sentencia, lo que servirá a la Sala de pauta para el examen de los cargos, de modo que en cada sección se hagan sólo las referencias pertinentes al fallo recurrido que correspondan a la acusación respectiva.

Primera parte. Después de examinar las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante y del demandado, que no encontró probadas, entra el Tribunal a estudiar los hechos fundamentales de la acción, a la luz de las pruebas del proceso, y de manera especial lo concerniente al secuestro de La Floresta y a la administración de dicha finca por las personas que para ello —y sin intervención del Juzgado— fueron designadas por el Banco, bajo cuyas órdenes e instrucciones estuvieron actuando, hallando plenamente demostrada la intervención irregular del demandado en tal administración, que ejerció primero, por conducto de Ricardo Suárez, desde los últimos días de septiembre de 1930 hasta fines de febrero de 1932, y después valiéndose de Luis María Cadena, a quien —aunque aceptado como secuestre por el Juez, a virtud de designación del Banco— ni se le comunicó el nombramiento, ni se le dio posesión del cargo, ni se le hizo entrega del predio por el Juzgado o por su orden, comoquiera que lo había recibido de Suárez días antes de haber sido reconocido judicialmente como depositario, todo a virtud de determinación del mismo Banco y sin que el verdadero secuestre, señor Tello, hubiera cesado legalmente en sus funciones de tal.

Ocúpase en seguida el sentenciador en averiguar si está probado el daño de que el actor se queja, y después de analizar las copiosas pruebas que obran en el proceso, concluye así:

"Se tiene de todo lo anterior, que por lo que hace a las pérdidas y deterioros sufridos por la finca de La Floresta resultan tales los relacionados en la diligencia de inspección ocular verificada el 10 de febrero de 1937, a los cuales hay que agregar los siguientes de que habla el acta de la diligencia de inspección de septiembre de 1938, así: inexistencia del servicio de teléfono que tenía la finca con la población de Pradera, por hallarse el aparato desconectado y en malas condiciones; pérdida de un elevador de café que existió en la parte baja de la ramada de la rueda hidráulica, y pésimo estado de la ramada para trapiche; pérdida del elevador y deterioro de la ramada que se hicieron constar en dicha acta por el demandante, sin que hubiese habido observación en contra por parte del apoderado del demandado.

.....

"Por lo que respecta al daño emergente, quedan por lo tanto determinados de la manera como se acaba de ver, las pérdidas y deterioros ocasionados en la finca de que se trata, ya que los autos no suministran ningún otro dato sobre esta materia".

En cuanto a la culpabilidad del demandado, el Tribunal la deduce como incuestionable, analizando toda su actuación y partiendo de la base de que su gestión administradora se inició con un acto irregular, consistente en haber prescindido, sin intervención del Juez, del señor Tello, se-

cuestre legítimamente nombrado y posesionado y a quien la finca le había sido judicialmente entregada en depósito desde el 2 de mayo de 1930.

Conviene trasncribir algunos apartes de la sentencia relacionados con la culpa de que el Juzgado hace responsable al Banco.

"Ahora bien, de autos aparece evidenciado el perjuicio causado al señor Micolta como propietario de la finca de La Floresta, o lo que es lo mismo, que ésta ha quedado en situación de inferioridad económica, por comparación a cómo se encontraba en la época en que el secuestre Tello quedó separado del ejercicio de su cargo.

"Está igualmente de manifiesto, que en la conservación del inmueble en general, y de sus componentes y accesorios, no se aplicó el riguroso cuidado o la especial atención que exige un inmueble de la clase del que se trata, y que únicamente se ha concretado la atención a la conservación y limpieza de la plantación de café de unas treinta fanegadas, y a una parte de la maquinaria y edificios. Las pruebas examinadas revelan que el resto del terreno, salvo una mínima porción, ha sido invadida por la maleza y por lo mismo, por este solo hecho ya desmerece su valor económico; que algunas cercas y edificaciones no existen o se hallan en mal estado; y así también acusa falta de la debida vigilancia o descuido, de parte de quien tenía a su cargo el inmueble, la destrucción del bosque o monte, y de la pequeña plantación de café y de sus árboles de sombrío, hechos éstos verificados, por persona a quien se había dado en arrendamiento la misma finca. A estos actos provenientes de falta de iniciativa, negligencia, se agrega el hecho de la venta, sin las formalidades legales, de uno de los objetos que habían sido puestos en secuestro. Establecido, pues, el daño, procede examinar si hay fundamento para deducir la correspondiente responsabilidad exigida por el actor al demandado.

.....

"Lo cierto, es pues, que desde fines de septiembre de 1930, sin que hubiese mediado el Juzgado, Tello le hizo entrega de la finca a Ricardo Suárez, sin otro antecedente que la ameritada carta del Banco; y que esta entidad prescindió desde esa época de la intervención de Tello, para continuar entendiéndose con Ricardo Suárez, quien obraba no por cuenta propia, ni por sí ni ante sí, sino con subordinación al Banco.

.....

"Se tiene, por lo tanto que cuando el señor Tello, presentó el 24 de febrero de 1932 la renuncia de su cargo, y el Gerente del Banco pidió nuevamente al Juzgado que aceptara la renuncia y por segunda vez designó al señor Luis María Cadena para secuestre, ya hacía más de un año que el señor Ricardo Suárez había sustituído al señor Tello, y que el Banco venía entendiéndose con aquél en la forma en que se acaba de examinar.

.....

"El Banco no estaba autorizado para tomar la intervención en la forma en que aparece de manifiesto, puesto que a la facultad que a estas entidades les da el artículo 133 de la ley 45 de 1923, de nombrar depositario, no es con prescindencia del Juez que conoce de la correspondiente ejecución, sino con observancia de los requisitos legales establecidos para que los secuestres puedan ejercer el cargo de táles y responder a su gestión. Al tomar dicha administración de los bienes que estaban secuestrados, consecuencialmente quedaron a su cargo las obligaciones inherentes al secuestre, como son especialmente, la de conservar en buen estado la cosa secuestrada, hacer oportunamente las reparaciones a que haya lugar, y evitar todo desorden que pueda redundar en daño de los bienes, pues sería contrario a la equidad, el que el Banco mediante la intervención de hecho por él asumida en cuanto al manejo de la referida finca, se aprovechase como acreedor de los beneficios resultantes de esa situación, con menoscabo de los intereses patrimoniales del deudor".

El recurso:

No es cosa fácil —en una demanda de ciento dos páginas y en que las acusaciones a la sentencia están regadas por doquier y envueltas en largas y repetidas exposiciones doctrinarias— concretar los cargos del recurrente, quien, además, acude con frecuencia al expediente de suponer tesis y afirmaciones que el sentenciador no ha esbozado siquiera.

Vasto espacio dedica aquél a dilucidar cuál fue la posición jurídica en que colocóse el demandado al asumir, a espaldas del Juzgado y con absoluta prescindencia del secuestre legítimo, la administración de La Floresta, y en qué culpas incurrió y cuál fue el alcance de su responsabilidad, que, según él, se origina en auténticos delitos. Como si fuera discutible que al Banco, en cuanto persona jurídica, no puede deducírsele responsabilidad penal, como lo reconoce el mismo recurrente; y como si el Tribunal no hubiera declarado expresamente la culpabilidad del establecimien-

to bancario, a quien condenó al pago de la reparación correspondiente al daño emergente.

Alega el recurrente que el juzgador imputa dos culpas al actor: 1ª Que pudo pedir la separación del secuestre e intervenir para poner término a la situación irregular creada por el Banco, y que, no habiéndolo hecho así, incurrió en omisión culposa; y 2ª Que en carta de enero de 1935, dirigida al Banco, recomendó a los señores Guillermo Caicedo y Manuel Torres Giraldo como candidatos para arrendatarios de la finca, "con lo cual —dice el Tribunal— tácitamente admitía (Micolta) la conducta irregular que venía observando dicha entidad en relación con la administración de la finca".

Después de combatir estas apreciaciones del sentenciador, el recurrente agrega:

"Como las violaciones de la ley que más adelante puntualizaré en este capítulo provienen, en parte, de la apreciación errónea por parte del Tribunal de la referida prueba aducida por el actor, consistente en la carta que éste dirigió al Banco en enero de 1935 para recomendarle como candidatos para arrendatarios de la finca secuestrada a los señores Guillermo Caicedo y Manuel Torres Giraldo, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo inciso del numeral 1º del art. 520 del C. Judicial, paso a concretar cuáles fueron los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar dicha prueba".

Y señala como **errores de hecho:**

1º—El Tribunal atribuyó al autor de la carta propósitos que no constan en ella, ni se desprenden de sus términos, ni aparecen demostrados por otros medios. Micolta la escribió para procurar que la finca produjera siquiera cien pesos mensuales de renta en vez de cincuenta, y que fuera bien conservada, como lo ofrecían los candidatos que insinuó para arrendatarios, a fin de que no siguiera deteriorándose. No fue su intención ratificar la actuación del Banco o consentirla, ni instituirlo como mandatario suyo, ni renunciar a ninguno de sus derechos. El Tribunal hace decir a esa carta lo que ella no dice.

2º—Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal que la carta fue desatendida por el Banco, quien ni siquiera la contestó.

Y como errores **de derecho,** consecuencias jurídicas de los de hecho, el recurrente expresa, hipotéticamente, los siguientes:

Si el efecto de la supuesta aceptación tácita de Micolta fue convertir al Banco en secuestre de la finca, o en mandatario suyo o implicó de parte de aquél la renuncia de algún derecho, el Tribunal incurrió en errores de esta clase, pues estando el predio embargado y secuestrado judicialmente no podía ser objeto de secuestro convencional, ni serlo lícitamente de mandato ni de ningún otro contrato, ni la renuncia de derechos puede ser tácita, y ni aún expresamente hubiera podido hacerla Micolta, porque la ley prohibe renunciar los derechos que emanan de un delito.

"Por lo expuesto —agrega el recurrente— acuso la sentencia recurrida como violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea, e invoco, en consecuencia, la primera causal de casación de que habla el artículo 520 del Código Judicial, concretando mis cargos contenidos en este capítulo, en la siguiente forma:

1º—Infracción **directa** de los artículos 63, 1494, 1518, 1519, 1735, **2237, 2273, 2274, 2276, 2278, 2279, 2280, 2281,** 2341, 2343, 2344, 2345 y 2356 del C. C.; 34 de la ley 57 de 1887; 401, 580, 792, 877, 888, 897, 899, 904 y 906 del C. P. anterior; 3º y 424 del C. P. vigente; 2025 del C. P. P. anterior **26, 27, 28, 29 y 51** de la ley 40 de 1907; **1029, 1036, 1037, 1038 y 1039** del C. P. C. anterior; **201** de la ley 105 de 1890 y 280, 285, 286, 287, 288, 289, 290 y 1011 del C. J. vigente, "porque, de acuerdo con estas disposiciones, era forzoso considerar la toma o aprehensión de la finca secuestrada, por parte del Banco Agrícola Hipotecario, como un delito contra la propiedad, y colocar consecuencialmente al demandado, dentro del campo del derecho civil y para efectos meramente civiles, en la situación o posición jurídica de delincuente; y porque el Tribunal, lejos de atribuir al demandado la condición o carácter de delincuente, le atribuyó condición o carácter distinto, que pudo ser el de secuestre, según parecen indicarlo algunos pasajes del fallo, o el de mandatario del señor Micolta, como parecen darlo a entender otros pasajes del mismo fallo; y porque, si acaso el Tribunal hubiera atribuído al demandado la condición jurídica de delincuente, como era forzoso hacerlo, no dedujo las consecuencias lógicas que de allí se derivan dentro del derecho civil, tales como la de extender la responsabilidad civil del Banco a toda especie de culpa y hasta el caso fortuito, comprendiendo aún aquéllos que hubieran producido la destrucción de la cosa estando en poder del dueño".

2º—Subsidiariamente, violación de las mismas disposiciones ya citadas, por **omisión,** "pues sólo por haber dejado de aplicar dichas disposiciones al caso del pleito, como debió hacerlo, pudo el Tribunal dejar de atribuir al demandado, dentro

del campo del derecho civil, la condición o calidad jurídica de delincuente, o pudo dejar de deducir de allí las consecuencias lógicas que de tal condición jurídica de delincuente se derivan en contra del demandado...".

3º—Infracción **directa** de las mismas disposiciones y de las siguientes: artículos 2373 y 2374 del C. C.; 238, 271, 272, 274, 275, 276, 403, 553, 565 y 566 del C. P. anterior; 57, 60, 61, 62 y 159 de la Constitución Nacional de 1886; 55, 58, 61 y 62 de la Constitución vigente, y 171 y 182 del C. P., "porque, de acuerdo con estas disposiciones, era forzoso considerar la toma o aprehensión de la finca secuestrada, por parte del Banco Agrícola Hipotecario, como un delito de usurpación de funciones y contra la administración de justicia, y colocar consecuencialmente al demandado, dentro del campo del derecho civil y para efectos meramente civiles, en la situación o posición jurídica del delincuente...".

4º—Subsidiariamente, violación, por **omisión,** de todas las disposiciones que quedan citadas, por las mismas razones del punto 2º.

5º—Infracción de las mismas disposiciones, por apreciación errónea de la carta de 27 de septiembre de 1930, dirigida por el gerente del Banco a Ricardo Suárez; de las demás cartas del mismo gerente a Suárez y a Luis María Cadena, que obran en autos; de las declaraciones de Ibraim Tello, Ricardo Suárez y Luis María Cadena "y de todas las demás pruebas que figuran en el proceso en relación con la forma como la finca secuestrada salió del poder del secuestre, señor Tello, y pasó al poder del Banco demandado...", error de apreciación que dio origen a estos otros: A) **De hecho,** consistente en haber creído que no existen los delitos contra la propiedad, contra la administración de justicia y de usurpación de funciones, que "son un hecho consumado y probado plenamente de acuerdo con dicho cúmulo de pruebas". B) **De derecho:** los que aparecen puntualizados en los cuatro ordinales precedentes; haber creído que hechos constitutivos de delitos, como son los ejecutados por el Banco, pierden el carácter de tales, dentro del campo del derecho civil, sólo por ser imputables a una persona jurídica, incapaz de cometer delitos penales y de sufrir penas y castigos de tal índole; haber creído que los jueces civiles, ante la existencia de hechos delictuosos, plenamente probados y generadores de la acción propuesta por el demandante, deben limitar su intervención a ordenar que se saquen copias de las piezas pertinentes y se pasen a los jueces penales, sin atribuir, dentro del juicio civil, al autor de tales hechos la condición jurídica de delincuente e imponerle, consecuencialmente, las sanciones civiles que el delito acarrea; no haber advertido que precisamente por ser el demandado una persona jurídica no punible penalmente, contra la cual no pueden adelantarse investigaciones, ni proferirse condenaciones ni absoluciones de carácter penal, el juez civil está obligado a no cerrar los ojos ante hechos clara y manifiestamente delictuosos, a reconocer con franqueza y con valor la existencia de tales hechos, y a imponer a su autor las sanciones civiles consiguientes, pues de lo contrario las disposiciones civiles que reconocen el delito como una de las fuentes de las obligaciones serían inoperantes respecto de las personas jurídicas, cuya absoluta impunidad quedaría así garantizada; "no haber advertido que ese cúmulo de pruebas determinan la existencia a cargo del Banco demandado de una responsabilidad directa, que comprende todos los hechos y omisiones imputables a dicha entidad en la toma y posterior administración de la finca, y haber limitado la responsabilidad directa del Banco, a pesar de tales pruebas, únicamente a la venta de una máquina clasificadora de café"; y no haber visto que los delitos que tales pruebas ponen de manifiesto son "absolutamente incompatibles con toda especie de culpa imputable al actor, pues para que, con la responsabilidad de un delincuente, pueda coexistir le de otra persona por el mismo hecho delictuoso, es preciso que ésta haya sido cómplice, auxiliador o encubridor del delito, o haya tenido alguna otra participación en él...", y haber aceptado que Micolta incurrió en culpas, aunque sin consecuencias dañosas, no obstante no haber participado, en forma alguna, en la comisión de los delitos perpetrados por el Banco.

6º—Violación **directa** de las disposiciones que aparecen subrayadas en el ordinal 1º, "en el supuesto de que dicha sentencia haya atribuído al Banco demandado la condición jurídica de secuestre de la finca La Floresta", porque estando ésta secuestrada judicialmente no podía serlo por convención; porque Micolta no consintió en que el Banco quedara como secuestre; porque no existe decreto del juez que designara al Banco secuestre, ni legalmente tuvieron esta calidad Suárez y Cadena; y porque el Banco se apoderó de la finca y la administró en forma arbitraria, a espaldas del Juez de la causa.

7º—Infracción, por **omisión,** de las disposiciones citadas en el punto anterior, cargo que se

formula subsidiariamente, "porque para atribuir al demandado la calidad de secuestre de La Floresta, el Tribunal tuvo que olvidar y dejar de aplicar al caso del pleito las referidas disposiciones.

8º—Violación de las disposiciones citadas en el punto 6º, "por haber apreciado erróneamente el Tribunal las pruebas mencionadas en el punto 5º, o sea las relativas a la manera como la finca secuestrada salió del poder del secuestre Tello y pasó al poder del Banco demandado", incurriendo aquél en el error de hecho de crear que en dichas pruebas aparecen los elementos o requisitos legales que configuran el secuestro judicial, y en los errores de derecho consistentes en estimar que la finca podía ser objeto de secuestro convencional, que el secuestro judicial puede constituirse sin decreto de juez, y confundir las dos clases de secuestro, confusión que llevó al Tribunal a cometer otro error de hecho: ver consentimiento de Micolta para que el Banco fuera secuestre convencional, donde no aparece tal consentimiento, ni expreso ni tácito.

9º—Violación **directa** de los artículos 1518, 1519, 1523, 2142, 2147, 2149, 2150, 2157, 2158, 2159, 2160, 2174, 2176 "y concordantes del Código Civil", "en el supuesto de que la sentencia recurrida atribuya al Banco la calidad de mandatario de Micolta para la administración de La Floresta", por cuanto una cosa embargada y secuestrada sería objeto ilícito de un mandato en que el mandante no fuera el secuestre; porque el mandato no se reputa perfecto sino por la aceptación del mandatario, y no consta la del Banco, y porque el mandato supone subordinación del mandatario al mandante, y el Banco no estuvo subordinado a Micolta.

10º—Violación del artículo 2279 del C. C., por aplicación indebida e interpretación errónea, "en el supuesto de que la sentencia recurrida confiera al Banco "las facultades y deberes de mandatario, con respecto a la administración de la finca", "porque el Banco no es secuestre del inmueble, según se ha visto", y porque no por tener el secuestre, según dicho artículo, las facultades y deberes de mandatario, deja de ser secuestre.

11º—Subsidiariamente, violación de los textos citados en los ordinales 9º y 10º, por **omisión**, "porque si el Tribunal los hubiera tenido en cuenta al dictar su fallo, no habría podido atribuir al Banco demandado la condición jurídica de mandatario de Micolta para la administración de la finca secuestrada, ni habría podido asignar al mismo Banco las facultades y deberes de mandatario de Micolta".

12º—Violación **directa** de los artículos 34 de la ley 57 de 1887, 2203, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308 "y concordantes del Código Civil", "en el supuesto de que la sentencia recurrida confiera al Banco la calidad jurídica de agente oficioso de Micolta para la administración de la finca secuestrada", "porque la agencia oficiosa es un cuasicontrato, como tal no puede nacer sino de un hecho lícito y el propio Tribunal ha reconocido que la toma de la finca secuestrada por el Banco fue un hecho ilícito", y porque es contradictorio hablar de agente oficioso y de aquiescencia tácita de Micolta a la administración por el Banco, pues esto último configuraría mandato, y aquéllo se caracteriza precisamente por no haber consentimiento expreso ni tácito del dueño de la cosa a la gestión del agente oficioso.

13º—Subsidiariamente, violación de los preceptos indicados en el ordinal anterior, por omisión, pues si el Tribunal los hubiera tenido en cuenta no habría atribuído al demandado la calidad de agente oficioso del actor.

14º—Violación **directa** del artículo 15 "y sus concordantes del Código Civil", "en el supuesto de que la sentencia recurrida atribuya a la carta dirigida por Micolta al gerente del Banco en enero de 1935, recomendando a Guillermo Caicedo y Manuel Torres Giraldo como candidatos para arrendatarios de La Floresta, el carácter y el valor jurídico de renuncia de derechos", porque dicha carta no contiene una renuncia expresa, ni de sus términos puede deducirse que esa fuera la intención de quien la escribió, ni implica tampoco renuncia tácita; y porque la renuncia de derechos sólo puede versar sobre los que miran al interés individual del que la hace, y debe en todo caso ser expresa.

15º—Subsidiariamente, violación del citado artículo 15 por omisión, pues sólo por no haberlo aplicado pudo el Tribunal atribuir a esa carta el valor de una renuncia de derechos.

16º—Violación, por infracción directa proveniente de omisión, de los artículos 768, 769, 770, 771, 775, 782, 786, 791, 963, 964, 983, 984, 985, 1506, 1356, 1357, 1386, 1494, 1515, 1518, 1519, 1521, 1604, 1606, 1613, 1614, 1615, 1616, 1730, 1731, 1733, 1735, 1738, 1827, 1932, 2149, 2155, 2178, 2179, 2183, 2203, 2247, 2254, 2263, 2303, 2304, 2306, 2308 del C. C.; 34 de la ley 57 de 1887, 2025 del C. P. P. anterior, "porque de haber tenido en cuenta el Tribunal al dictar su fallo la doctrina que naturalmente fluye de armonizar entre sí estos preceptos, y

haber establecido, como debió hacerlo, la necesaria analogía que existe entre el caso del pleito y las diferentes situaciones que regulan los referidos preceptos, había deducido las consecuencias lógicas que de allí se derivan, especialmente las relativas a la naturaleza y al alcance que tiene la responsabilidad civil del Banco demandado por **la toma o aprehensión** arbitraria de la finca secuestrada y por la subsiguiente administración de dicha finca en forma descuidada, negligente y aún dolosa".

Se considera:

Ante todo, debe notarse que, según el recurrente, las violaciones a que se refieren los ordinales 6º, 7º y 9º a 15º, inclusive, se fundan en **supuestas** afirmaciones o tesis del sentenciador, que aquél le atribuye sin razón. El Tribunal, en efecto, no ha estimado que el Banco fuera mandatario o agente oficioso del demandante, ni que la carta de éste, en que recomendó a los señores Caicedo y Torres Giraldo, implique una renuncia de derechos. Y si en algún pasaje de la sentencia calificó al Banco de secuestre, lo hizo para significar que dicha entidad, al encargarse irregularmente de la administración del predio, había asumido las obligaciones de tal, haciéndose responsable de ellas, como rectamente se deduce de repetidas argumentaciones del mismo fallo.

Las infracciones de ley sustantiva, para que puedan fundar el primer motivo de casación, han de aparecer expresas en la sentencia o deducirse ineludiblemente de las afirmaciones o doctrinas del juzgador, o presentarse como lógica consecuencia de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba. No son admisibles, por tanto, aquéllas que se basen en **suposiciones** del recurrente, pues esto mismo está indicando que no ha habido, de parte del sentenciador, tesis o afirmación que induzca a violación de la ley. Desde que se acusa en un terreno de hipótesis, la acusación pierde la base legal y se torna inoperante.

Y conviene advertir también que como la sentencia recurrida es favorable al recurrente, en cuanto condena al demandado a pagarle perjuicios por razón del daño emergente, aunque dejando la fijación del **quantum** para el incidente de ejecución de aquélla, lógicamente está fuéra del recurso extraordinario, en el presente caso, lo relativo a la culpabilidad del Banco y a la existencia de los perjuicios por aquel concepto. De ahí que la Sala no se detenga a examinar los cargos que, con fundamento en el primer motivo de casación, formula el recurrente en el primer capítulo de su demanda, o sea los que han quedado resumidos en los dieciseis ordinales precedentes.

En ese capítulo ocúpase el recurrente sólo en establecer cuál fue, en su opinión, la posición jurídica en que colocóse el Banco al asumir —sin intervención del Juez que conocía del juicio ejecutivo— la administración de la finca embargada y secuestrada, eliminando al secuestre legítimo, señor Tello, y sirviéndose, para ejercer tal administración, de los señores Suárez y Cadena, quienes nunca tuvieron la calidad legal de secuestres judiciales, ni actuaron con independencia y autonomía, como que siempre se limitaron a cumplir las órdenes e instrucciones del gerente de la institución bancaria que los puso al frente de esa gestión.

Deduce de todo ello el recurrente que el demandado, al obrar así, infringiendo normas penales, aparece como delincuente verdadero y que, por consiguiente, su responsabilidad civil no emana de simple culpa sino de un delito penal, por lo cual el sentenciador, al no calificar de este modo la posición jurídica del Banco y no darle el alcance correspondiente incurrió en las violaciones y errores que le imputa en el capítulo referido.

Francamente, la Sala no se explica cuál sea la finalidad y la conducencia de esa exposición acusatoria del distinguido personero del actor, pues los efectos de la responsabilidad civil por culpa extracontractual no se modifican ni se agravan por el hecho de que se originan en delitos penales o civiles y no en simples cuasidelitos o culpas. En uno u otro caso el agente responde civilmente por la plenitud del daño causado que sea consecuencia del hecho culposo o delictuoso. En la culpa aquiliana no existen, como en la contractual, las graduaciones de grave, leve y levísima, ni opera tampoco la distinción de perjuicios previstos o previsibles y perjuicios consecuenciales inmediatos o directos (artículos 1604 y 1616, C. C.). Pero esto no significa que, en principio, tratándose de la responsabilidad extracontractual, sea indiferente que ésta emane de un delito o de una simple culpa, pues si en ambos casos la víctima tiene derecho a una reparación completa del daño, existen diferencias por otros aspectos, como sería, por ejemplo, que cuando la culpa de una de las partes proviene de ilícito penal o de delito civil (culpa dolosa) se descarta la simple culpa que pueda imputarse a la otra parte, aunque haya influído en el daño. La intención positiva de per-

judicar a otro absorbe, por decirlo así, los descuidos o negligencias en que haya podido incurrir el agraviado.

Y comoquiera que es de aquellos puntos de vista de donde el recurrente deduce los errores que imputa al Tribunal, y las consecuentes violaciones de ley sustantiva, se comprende que los cargos formulados en el primer capítulo de la demanda de casación resultan infundados, no operando —como no opera— para efectos de la culpabilidad del demandado y de su consiguiente obligación de indemnizar todo el daño causado, reconocidos expresamente en la sentencia— la alegación de que el Banco es responsable civilmente no de una simple culpa sino de actos dolosos y de delitos penales, aunque no puedan ser sancionados como tales, por tratarse de una persona jurídica.

De este modo, el recurso queda limitado a examinar si es procedente la fijación de la cuantía del daño emergente, por el cual condena la sentencia en abstracto y si está probado el lucro cesante, del cual absuelve, y es esto lo que se va a resolver, previo el estudio de los cargos que se relacionan con estos dos extremos.

Segunda parte.—Cuantía del daño emergente

Después de combatir y desechar la alegación del demandado sobre compensación de culpas, el Tribunal entra a investigar si hay prueba suficiente de la cuantía del daño emergente, ya que el demandante pidió la reforma del fallo de primer grado en el sentido de que aquélla se fije concretamente; pero llega el sentenciador a la conclusión de que no puede determinarse esa cuantía, pues desestima —para ese efecto— los dictámenes periciales de 1930, 1937 y 1938, por considerar que en el primero se avaluó la finca en $ 40.750.00, pero "en forma global, sin la detallada estimación de los diferentes componentes y accesorios del inmueble, y sin cálculo verificado sobre bases fundadas", y porque allí se partió de la base errónea de que los cafetales tenían una extensión aproximada de sesenta plazas, cuando después se comprobó que era mucho menor; y por considerar que en los otros dos dictámenes, en que el predio fue avaluado en $ 15.000.00 y $ 11.250.00, respectivamente, los peritos "procedieron de modo empírico, ya que hicieron en forma global esa estimación y sin fundarla en dato alguno de carácter económico, que les hubiese servido para establecer y comprobar las conclusiones numéricas a que llegaron, para luego deducir como valor de los perjuicios la respectiva diferencia, entre cada una de dichas cantidades y la de $ 40.750.00, en que fue avaluada la finca en 1930".

Y después de hacer otras consideraciones al respecto, termina así el sentenciador:

"Del examen verificado anteriormente, se concluye que el dictamen pericial relativo a la estimación de los perjuicios, no se encuentra fundamentado, ya que las bases en que se apoyan los peritos, no son las que corresponden en avalúos de la naturaleza de que se trata, por lo cual no podrá tenerse aquél en cuenta para la determinación del monto de la indemnización del daño emergente averiguado; y por lo mismo, esa determinación habrá de hacerse de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial".

Los cargos.—En el Capítulo III de su demanda, intitulado "Daño emergente", y concretando la acusación por este aspecto a la condenación que en abstracto hizo el Tribunal, en lugar de haber fijado el **quantum** de la indemnización, el recurrente le imputa los siguientes errores:

a) **De hecho,** por no haber visto la armonía existente entre los cinco avalúos que obran en el proceso, a saber: El practicado en mayo de 1930, el mismo día en que La Floresta fue secuestrada en el juicio ejecutivo; el de la inspección ocular extrajudicial de 1937; los de las inspecciones oculares de la primera y la segunda instancias, y el privado que hizo practicar el Banco en 1926, como base para la concesión de préstamos a Micolta, con garantía hipotecaria de la misma finca.

b) **De derecho,** consistente en haber dejado el Tribunal de ser juez para convertirse en perito al apreciar el avalúo del daño emergente, desde luego que no lo encontró oscuro ni mal fundado sino falto de discriminación, es decir, sólo porque no le gustó el método o sistema de estimación global que siguieron los expertos para llegar a sus conclusiones.

c) **De derecho,** por cuanto el Tribunal aplicó al examinar el dictamen de 1930, el criterio y las normas legales concernientes a la prueba pericial, siendo como es dicho experticio un documento público, no un dictamen pericial, desde luego que fue practicado en otro juicio, en el ejecutivo del Banco contra Micolta, por lo cual es una prueba plena e intocable, que el Tribunal no podía desestimar por ningún motivo.

d) **De hecho,** por asignar importancia decisiva al detalle insustancial de que en la diligencia de secuestro se calculó en sesenta plazas la extensión de los cafetales de la finca, que después comprobóse ser mucho menor, equivocación que para nada influyó en el avalúo de $ 40.750.00 dado a aquélla en ese acto.

e) **De hecho y de derecho,** por decir el Tribunal "'que el término de comparación para apreciar el daño no es el estado de la finca cuando estaba en poder de su dueño (Micolta) sino el que tenía en septiembre de 1930, cuando estaba en poder del secuestre Tello; y en estos errores incurrió con ocasión del análisis de las pruebas referentes al daño emergente".

Cita como violadas, a consecuencia de tales errores, las disposiciones de los artículos 721 y 632 del C. J., 1759, 1765 y 2341 del C. C., y 1029 del C. J., vigente en 1930.

Se considera:

No prospera el primer cargo, cuya vaguedad se sustrae a lo característico del error de hecho manifiesto. Decir que entre los cinco avalúos existe una armonía perfecta, que no fue vista por el Tribunal y que el recurrente hace consistir en que "el avalúo es justo y fundado, que está de acuerdo con la realidad y no es el producto de una fantasía", y significa que la finca "valía, cuando estaba en buen estado, cuarenta mil pesos en números redondos y podía dar un rendimiento líquido de dos mil ochocientos a tres mil pesos anuales", no es indicar concretamente el error en que haya incurrido el sentenciador, tanto más cuanto que los avalúos a que el demandante se refiere versan sobre cosas distintas, Esos avalúos pueden ser armónicos por ciertos aspectos y mediante determinadas deducciones, pero no es posible encontrar una apreciación manifiestamente errónea del juzgador al analizarlas, si no se la señala de modo preciso.

No prospera el segundo cargo, pues no puede afirmarse que el Tribunal desestimara el avalúo concreto del daño emergente únicamente por haberse hecho en forma global, es decir, porque no le gustó el método o sistema que adoptaron los expertos para llegar a sus conclusiones. Dio él otra razón, que es ésta: Tanto los peritos Sarasti y Galindo, que intervinieron en la inspección ocular de 1937, como los peritos Sarasti y Martínez, que intervinieron en la de 1938, avaluaron la finca (aquéllos en $ 15.000.00 y éstos en $ 11.250.00) teniendo en cuenta el estado en que se hallaba en la fecha de las respectivas diligencias, y luégo, para determinar el valor del daño emergente, restaron su estimación de la suma de $ 40.750.00, en que había sido avaluada en 1930, obteniendo de ese modo, como valor de dicho daño, los primeros, $ 25.750.00 hasta el 10 de febrero de 1937, y los segundos $ 29.500.00 hasta el 29 de septiembre de 1938, es decir $ 3.750.00 más, que corresponden al lapso comprendido entre el 10 de febrero de 1937 y esa última fecha. Y el Tribunal desechó la base de $ 40.750.00 del avalúo de 1930 por estimar que los peritos, para hacerlo, tuvieron en consideración una extensión equivocada de sesenta plazas, más o menos, de cafetales, siendo así que posteriormente se comprobó en el juicio que los cafetales sólo median: treinta o treinta y dos plazas, incluyendo el que fue destruído por el arrendatario Jorge Reyes. Y no es posible aceptar que en esta última apreciación del Tribunal haya un error evidente, si se tiene en cuenta que los cafetales eran uno de los componentes más valiosos de La Floresta. Y cayendo la base del avalúo de 1930, es lógico que el avalúo del daño emergente hecho en 1937 y en 1938 quedó sin fundamento.

Tampoco procede el cargo tercero, pues el acta judicial en que consta el avalúo de 1930 es indudablemente un instrumento público, que como tal prueba plenamente la existencia, la autenticidad del experticio, pero una cosa es la eficacia probatoria de los instrumentos de esa clase y otra su fuerza eficiente, su efecto jurídico respecto de las partes. La existencia de dicha acta y, por tanto, del avalúo que ella contiene, es indiscutible. Pero, cuál es el mérito probatorio de ese avalúo cuya autenticidad no se discute? Es claro que depende de la estimación que legalmente le dé el juzgador, pues el experticio no pierde su calidad de tal por el hecho que su autenticidad sea incontrovertible. El argumento del recurrente de que el avalúo mencionado, por haberse producido en otro juicio, ya no puede apreciarse como experticio, sujeto en su valoración a las pertinentes normas del Código de Procedimiento, sino como instrumento público intocable, no puede aceptarse.

En cuanto al último cargo, es decir, error del Tribunal al estimar que el término de comparación para apreciar el daño emergente no era el estado de la finca cuando se hallaba en poder de Micolta sino el que tenía en septiembre de 1930, cuando de hecho cesó el secuestre Tello en sus funciones y principió la administración del Banco, resulta improcedente, pues aún suponiendo

que esa apreciación implicara un error de derecho o uno de hecho manifiesto, a nada conduciría, desde luego que no habiendo estimación concreta del daño emergente resulta inútil entrar en la determinación de aquel término de comparación.

Tercera parte (lucro cesante)

Para absolver por esta clase de perjuicio, el Tribunal tuvo en consideración las siguientes razones:

1ª Que, conforme a los artículos 2341 y 2347 del C. C., el que ha inferido daño a otro está obligado "a resarcir, compensar el menoscabo patrimonial ocasionado, restableciendo las cosas a su estado anterior, que no es otro que aquél en que se encontraba al tiempo en que el daño fue inferido.

"Aplicando esta noción a lo que se está examinando, hay que anotar, de acuerdo con lo que atrás queda establecido, que cuando se verificó la diligencia de secuestro de la finca de La Floresta, y cuando fue entregada por Tello a Suárez, no se encontraba en el estado de prosperidad ni de actividad productiva en que según la parte demandante, se hallaba en la época en que la administraba el señor Micolta; ni hay datos acerca de la capacidad productiva de ese inmueble en septiembre de 1930, que conduzcan a deducir con certeza que las utilidades obtenidas con posterioridad a la época últimamente mencionada, fueron inferiores al rendimiento líquido que se hubiese podido obtener del mismo inmueble".

2ª "La apreciación hecha por el demandante con referencia a lo que el perito del Banco calculó como producido de la finca, cuando se iba a conceder el crédito hipotecario a favor del demandante, reposa sobre una base hipotética y no real, puesto que ese cálculo no resulta confirmado posteriormente, según lo que se dejó ya examinado".

3ª "En relación con el aludido dictamen pericial de la segunda instancia, se observa en primer lugar que los cómputos verificados por los peritos, se refieren a un período de diez años, o sea, a un espacio de tiempo mayor que el comprendido de fines de septiembre de 1930 al 6 de junio de 1938, que es el que hay que tener en cuenta al tenor de lo pedido en la demanda.

"Además, en el referido dictamen, se hacen cálculos con base en factores de producción, respecto de los cuales no se conoce en qué época hubiesen estado destinados a ese fin. Así por ejemplo, en el renglón denominado utilidad de la maquinaria, se incluyen una trilladora y una clasificadora, máquinas que se sabe, se encontraban desmontadas en mayo de 1930: ni tampoco está demostrado que la maquinaria hubiese sido utilizada en alguna época, en la explotación del negocio de elaborar café, en la forma en que lo expresa el dictamen en la parte de que se está haciendo referencia.

"También al referirse los peritos, a 'huertas y otros cultivos', comprenden allí plataneras y otros cultivos, sin especificación alguna, y sin dar a conocer en qué consisten estos últimos".

4ª "Pero aparte de las breves observaciones que se acaban de hacer, hay otra consideración que por sí sola sería suficiente para desestimar el dictamen pericial que se examina.

"En efecto, está comprobado que desde el mes de septiembre de 1932, La Floresta, sin variación al respecto, ha venido dándose en arrendamiento a varias personas, medio de explotación así establecido contra el cual no aparece que el demandante hubiese manifiestado inconformidad o reclamo alguno. Antes bien al contrario, resulta que tal estado de cosas fue tácitamente aceptado por aquél, al recomendar ante el Banco, por escrito a los señores Guillermo Caicedo y Manuel Torres Giraldo, testigos ya citados, para que se les diese en arrendamiento la finca en enero de 1935.

"De manera que habiendo aceptado el demandante, con la intervención de que se acaba de hablar, que la explotación de la finca se hiciese dándola en arrendamiento, y no por medio de una explotación directa de ella, tampoco hay razón para que se pueda deducir como perjuicio constitutivo de lucro cesante, lo que el mismo demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y utilizando los factores sobre rendimiento de utilidades que se tienen en cuenta en el dictamen pericial".

El recurrente ataca la sentencia, en esta parte, por los siguientes errores:

1º No haber apreciado los testimonios de Manuel Torres Giraldo y Guillermo Caicedo, quienes ofrecieron pagar un canon de cien pesos mensuales por la finca, a la vez que conservarla en buen estado, oferta que Micolta comunicó al Banco en carta de enero de 1935. Dice el recurrente que el sentenciador "apreció la carta sola, sin los testimonios que la complementan, incurrió en los errores de hecho de no ver el dolo del demandado

donde lo hay, y ver, en cambio, aquiescencia tácita del demandante donde no la hay".

Y que también incurrió en el error de derecho "de no apreciar el dicho de testigos hábiles, no tachados, sin excusa que justifique tal omisión; y en el de cambiar el significado, el propósito o fin perseguido y el valor probatorio de la carta dirigida por Micolta al Banco, pues la carta es prueba del actor, aducida por él en su favor y no en su contra, y ella significa y fue aducida al juicio con el propósito de demostrar que el Banco, a pesar de haber tenido la oportunidad de arrendar la finca a mejores arrendatarios y por mejor precio, se abstuvo de hacerlo, sin causa alguna justificativa, con lo cual puso de manifiesto una positiva intención de causar al actor un perjuicio, es decir, evidenció el dolo de su gestión administrativa".

2º Error de hecho, por no haber apreciado las informaciones o datos estadísticos suministrados por la Federación Nacional de Cafeteros, la Sociedad de Agricultores del Valle del Cauca y la Seccional de Crédito Agrario de Palmira, sobre productividad, costos de producción y rendimientos líquidos del cultivo de café en ese Departamento, en las cuales "habría encontrado el Tribunal base segura para deducir lógicamente que la finca La Floresta sí hubiera podido producir mucho más de lo que produjo durante la administración de ella por el Banco, si esa administración hubiera sido menos descuidada. El Tribunal incurrió, pues, en un error de hecho, porque habiendo podido ver en esas pruebas parte, al menos, del lucro cesante sufrido por el actor, no vio ese lucro cesante; y también en un error de derecho, pues creyó que por haber utilizado los peritos esas pruebas para fundar su dictamen, el juzgador quedó eximido de analizarlas directamente".

3° Por error de hecho, consistente en "confundir un avalúo pericial con un balance de contabilidad, tildando por ello de hipotético a lo que forzosamente debe serlo e incurriendo en petición de principio".

Se refiere el recurrente al avalúo privado que en 1926 practicó el señor Eduardo Paláu B., por cuenta del Banco, como base para la concesión de créditos hipotecarios a Micolta, en el cual se calculó en tres mil pesos anuales el producto líquido de La Floresta, estimación que el Tribunal tachó de hipotética, por cuanto ese rendimiento no resultó confirmado por la realidad posterior.

Y error de derecho, al negarle a ese avalúo el mérito probatorio que tiene conforme a la ley, "como prueba proveniente del demandado producida por él como base para otorgar créditos sobre la garantía real de la finca La Floresta".

4º Error de hecho, al no apreciar la estimación de $ 40.750.00 dada a la finca en la diligencia de avalúo y secuestro dentro del juicio ejecutivo, confirmada después pericialmente en el presente litigio, pues el Tribunal no vio allí "un dato útil y valioso para la determinación del lucro cesante, a pesar de existir ese dato en el proceso".

5º Error de hecho, al no apreciar el informe secreto que, a instancias de Micolta, dio al Banco el señor Joaquín Correa H., comisionado para ello por dicha entidad, "el cual concurre a demostrar la equidad y justicia del avalúo del lucro cesante hecho por los peritos Bonilla Plata y el mismo señor Correa y demuestra asimismo el dolo con que procedió el Banco, pues a pesar de las serias y fundadas advertencias que el señor Correa hizo en tal informe secreto, el Banco continuó indiferente a la ruina de la hacienda, sin hacer nada para evitar la continuación de ese estado de cosas, actitud de negligencia ésta reveladora de una positiva intención de causar daño al demandante". Y error de derecho al no darle a esa prueba mérito probatorio.

6º Error de hecho, al no haber visto el Tribunal "sino las conclusiones finales y globales del concepto, sin detenerse a examinar las partes que lo integran y el fundamento que los peritos dieron a cada parte", en el dictamen de los señores doctor Luis E. Bonilla Plata y Joaquín Correa H., sobre el lucro cesante.

Y error de derecho, al no darle al mismo dictamen el valor de plena prueba que le atribuye el artículo 721 del C. J.

Consecuencia de los errores apuntados fue, según el recurrente, la violación de los artículos 1506, inciso final del 782, 1298, 1300, 2520, 2220, 963, 964, 63, 1515, 1522, 2183, 1613, 1614, 1615, 1616, 2341, 2343, 2344, 2347 y 2356 del C. C.

Se considera:

Salta a la vista la observación de que habiendo encontrado el Tribunal plena prueba de un daño emergente grave en la finca de La Floresta, consistente en las importantes pérdidas y deterioros que él detalla a folios 46 y 47 de la sentencia (fs. 123 y 124, cuaderno 6º), no encontró, sin embargo, prueba suficiente del lucro cesante, como si éste no fuera, en tal caso, una consecuencia lógica, forzosa del daño emergente. Como si una finca rural, destinada a la agricultura y la gana-

dería, de la cual se destruyen un bosque y una plantación nueva de café, con su sombrío, grandes ramadas, diez cuadras de cercas divisorias internas y algunas de las máquinas que servían para beneficiar el café, y la cual se afecta además porque la maleza invade la mayor parte de su extensión y porque se deterioran sus cerramientos, la casa de habitación y otros componentes, pudiera seguir produciendo lo que producía antes de ocasionarse esos daños tan considerables.

Si está fuéra de discusión que el daño emergente, de las proporciones indicadas, se causó por culpa del demandado; si la sentencia es concluyente al respecto y condena por esa clase de perjuicios, aunque en abstracto, pues sólo el valor efectivo del daño no aparece acreditado, en concepto del sentenciador; y si el lucro cesante es, sobre dicha base, efecto ineludible del daño emergente, resulta evidente, de toda evidencia y sin más consideración, que el Tribunal, al absolver por razón de ese lucro, limitó indebidamente la reparación de todo el perjuicio causado por el Banco al actor, quien tiene derecho a la indemnización completa que ha demandado, según los artículos 1613, 1614 y 2341 del C. C., que el recurrente invoca como violados, normas que el Tribunal debió aplicar en toda su integridad y que no aplicó sino parcialmente, por lo cual fueron infringidas de modo directo.

Y lo fueron también indirectamente, como consecuencia de los errores que el recurrente imputa al Tribunal, en relación con la apreciación de determinadas pruebas, como se verá en seguida:

En efecto, el lucro cesante fue avaluado en la segunda instancia por los peritos señores doctor Luis E. Bonilla Plata y Joaquín Correa H., quienes en su dictamen, que puede tenerse como modelo en su clase, por lo preciso, claro y bien fundamentado, estimaron aquel perjuicio en un lapso de diez años (1930 a 1939, inclusive), desechando varios factores de producción, tales como cultivo de tomates, lechería y cría de ganados propios, elaboración de cigarros, etc.

Partieron de la base de cuatro renglones:

1º **Producción de café,** calculada, lo mismo que el promedio de precio y costo de cada año, de acuerdo con sus propios conocimientos y con las informaciones de la Federación Nacional de Cafeteros, de la Sociedad de Agricultores del Valle y de la Seccional de la Caja de Crédito Agrario e Industrial de Palmira.

2º **Utilidad de la maquinaria** despulpadora, secadora, trilladora y clasificadora de café, sobre las bases de su capacidad, funcionamiento en sólo cuatro meses por año y precio y costo de elaboración por saco de sesenta y nueve kilos.

3º **Pastajes,** sobre la base de la extensión aprovechable para los mismos y precio de cuarenta centavos por cabeza y por plaza.

4º **Huertas y otros cultivos.** El beneficio o utilidad líquida de cada uno de tales renglones, en los diez años, es, según los peritos, el siguiente. en su orden: $ 12.614.000, $ 10.000.00, $ 2.400.00 y $ 2.400.00, o sea un total de $ 27.414.40, suma de la cual restan, de conformidad con las pruebas del proceso, provenientes del mismo demandado, la de $ 4.720.78, valor de la utilidad líquida que se obtuvo durante la administración del Banco, resultando una diferencia o lucro cesante de $ 22.693.62.

Ahora bien, el Tribunal objeta a ese experticio —no objetado por las partes y producido con todas las formalidades de la ley y de común acuerdo por los peritos principales— que sus conclusiones numéricas se refieren a un período de diez años, siendo así que el lapso que debieron tener en cuenta es solamente el comprendido entre fines de septiembre de 1930 y el 6 de junio de 1938, fecha de la demanda, o sean siete años, ocho meses y seis días.

La objeción, encaminada a desestimar dicha prueba pericial, implica, para ese efecto, un manifiesto error de hecho, porque los peritos, para llegar a sus conclusiones, calcularon las utilidades no sólo por los años sino por los meses, de suerte que la fijación del resultado, durante el período exacto de la administración del Banco, es cuestión de simples operaciones aritméticas. Y siendo esto así, no se justifica el rechazo del experticio por la sola consideración de que se refiere a un lapso de diez años.

También objeta el Tribunal que en el dictamen "se hacen cálculos con base en factores de producción, respecto de los cuales no se conoce en qué época hubiesen estado destinados a ese fin. Así por ejemplo, en el renglón denominado utilidad de la maquinaria, se incluyen una trilladora y una clasificadora, máquinas que se sabe, se encontraban desmontadas en mayo de 1930; ni tampoco está demostrado que la maquinaria hubiese sido utilizada en alguna época, en la explotación del negocio de elaborar café, en la forma en que lo expresa el dictamen en la parte de que se está haciendo referencia".

Esta apreciación del Tribunal es también evidentemente errónea, porque si en la finca existía la maquinaria completa para beneficiar el café, aunque sólo en parte estuviese instalada, el administrador estaba en la obligación de aprovecharla como importante elemento de producción económica, inclusive haciendo montar las máquinas que no lo estuvieran. Las ideas del sentenciador al respecto son inaceptables. Conducirían al absurdo de que el encargado de la administración de una finca rural puede limitarse a conservarla en el estado en que le fue entregada; que si los edificios necesitan reparaciones, y limpiezas los potreros, cultivos y cauces de las aguas, y refacciones los cerramientos, no tiene por qué reparar, ni desmalezar, ni refaccionar; que si los arados dormían en un depósito, allí pueden seguir inactivos; que si hay una maquinaria cuyo montaje puede hacerse o completarse para una explotación productiva, no es necesario imponerse ese trabajo, porque desarmada y arrumada estaba cuando aquél inició su gestión; en fin, que si el propietario de la finca era inactivo y descuidado y negligente, el administrador puede ser inactivo, negligente y descuidado.

Pero no, no es ese el sentido jurídico, el alcance ético de los deberes de una administración, con mayor razón si ella tiene un origen viciado, irregular, que obliga a quien se arrogó, sin título alguno, su ejercicio, a ser, si cabe, más escrupuloso, más diligente y desvelado en el desempeño de sus funciones, precisamente porque se ha hecho responsable de actos incorrectos, que si no agravan las consecuencias de su culpa, porque la reparación ha de ser total en todo caso, al menos sí predisponen a la justicia a ser más exigente en la apreciación de la diligencia y cuidado.

Echa de menos el Tribunal, también para desestimar las conclusiones de los peritos, que éstos, en el renglón de "Huertas y otros cultivos", no especificaron estos últimos, sin darse cuenta de que hablaron ellos de "plataneras y otros cultivos de menor categoría, los que estimados en relación con la extensión de la finca, su estado de cultivo y la organización que tenía, computamos como producido líquido en veinte pesos ($ 20.00) mensuales". Se refiere, como es claro, a los cultivos que existían cuando la finca fue secuestrada (17 plazas, más o menos, de platanar, y siembras de legumbres, tabaco, maíz, caña), según consta en la diligencia de secuestro, en la carta-informe del señor Correa al Banco y en otras pruebas del proceso, pues aquéllos no estaban estimando el daño emergente sino lucro cesante. De suerte que el Tribunal erró manifiestamente cuando consideró la falta de especificación de los otros cultivos como elemento para desestimar el dictamen. A lo sumo, como lo anota el recurrente, la omisión apuntada podría conducir a restar del total del lucro cesante la partida correspondiente a "Huertas y otros cultivos".

Finalmente, la última razón que aduce el Tribunal para desestimar el dictamen expresado es ésta: desde el mes de septiembre de 1932, la finca estuvo explotándose por arrendamiento a distintas personas, no sólo sin reclamo alguno de Micolta sino con su aceptación tácita, que aquél deduce de la carta de enero de 1935, en que el actor recomendó al Banco a los señores Guillermo Caicedo y Manuel Torres Giraldo como candidatos para arrendatarios de La Floresta, y quienes ofrecían un canon de cien pesos mensuales y obligarse a mantener toda la finca en buen estado.

Para ver el error evidente de esta apreciación del Tribunal basta observar que la recomendación la hizo Micolta en enero de 1935 y que el predio, según lo afirma la sentencia, se venía dando en arrendamiento desde septiembre de 1932, de suerte que aún admitiendo que aquella carta implicara aceptación tácita de la explotación por arrendamiento, no podía operar retroactivamente, y, por tanto, resulta palmario que a lo menos un lapso de veintinueve meses se quedó sin la pretendida aceptación tácita del demandante.

A esto puede agregarse que si el Tribunal emplea ese argumento para desvirtuar el mérito probatorio del experticio, en el cual no tiene ninguna incidencia, lo destruyó cuando dijo en la misma sentencia, comentando el alcance de la citada carta, que "por los aspectos examinados no resulta que Micolta hubiese procedido de modo fraudulento, ni menos que su actitud hubiese sido la causa determinante de los hechos ilícitos que se imputan a la entidad demandada, y que por tanto quedase ésta relevada de culpa, o que el daño causado quede sujeto a reducción", lo cual está en patente contradicción con aquéllo, desde luego que la pretendida aceptación tácita le sirve al sentenciador no sólo para reducir el lucro cesante sino para eliminarlo absolutamente.

Se ve, pues, cómo los fundamentos del Tribunal para desestimar el avalúo pericial del lucro cesante, implican otros tantos errores manifiestos en la apreciación de esa prueba, que incidieron en la violación de los textos sustantivos que amparan el derecho del actor a que se le indemnice

todo el daño que el demandado le infirió con su culpa.

Prosperan, en consecuencia, los cargos formulados por el recurrente contra la sentencia, en lo relativo a la absolución por el lucro cesante, lo que significa que el fallo habrá de casarse a ese respecto, faltando sólo resolver, ya con jurisdicción de instancia, si hay elementos de prueba suficientes para fijar el valor del lucro en cantidad líquida, o si la condenación ha de hacerse in genere.

La Sala acoge como plena prueba el dictamen pericial rendido por los señores doctor Bonilla Plata y Correa H., por considerarlo, como ya se dijo, uniforme, preciso y debidamente explicado y fundamentado y por no haber sido objetado por las partes; pero naturalmente ha de limitar sus conclusiones al lapso comprendido entre el primero de octubre de 1930, fecha en que el Banco entró a administrar la finca, por haber cesado de hecho en sus funciones el secuestre señor Tello, hasta el 6 de junio de 1938, fecha de la demanda, es decir, a siete (7) años, ocho (8) meses y seis (6) días.

Según esto, la liquidación del lucro cesante, sobre la base de los cálculos del referido dictamen pericial, es la siguiente:

Producción de café: Producto líquido en tres meses de 1930	$ 295.20
Producto líquido en los años de 1931 a 1937, inclusive	8.582.40
Producto líquido en cinco meses y seis días de 1938	582.40
	$ 9.460.00
Producción de la maquinaria: Utilidad líquida en siete años	7.000.00
Utilidad líquida en ocho meses y seis días	683.29
Pastajes: Utilidad líquida en siete años.	1.680.00
Utilidad líquida en ocho meses y seis días..	164.00
Huertas y otros cultivos: Utilidad líquida en siete años	1.680.00
Utilidad líquida en ocho meses y seis días	164.00
Suma	$ 20.831.29
Deduciendo de esta suma la utilidad líquida que, según los peritos, se obtuvo durante la administración del Banco o sean	5.135.23
la diferencia representa el valor del lucro cesante, o sean	$ 15.696.06

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha 17 de diciembre de 1947, para el solo efecto de adicionarla en el sentido de condenar, como condena, al Banco Agrícola Hipotecario, sociedad anónima con domicilio principal en Bogotá, a pagar al demandante, señor Enrique Micolta, inmediatamente después de la ejecutoria de esta sentencia, la suma de quince mil seiscientos noventa y seis pesos con seis centavos ($ 15.696.06) moneda legal, por concepto del lucro cesante que le causó por su culpa en la administración de la finca de La Floresta, a que se refiere la demanda, en el período comprendido entre el primero de octubre de 1930 y el 6 de junio de 1938.

En todo lo demás queda en firme la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda — Emilio Prieto Hernández, Ofl. Mayor en propiedad.

EXEQUATUR A UNA SENTENCIA EXTRANJERA

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

El doctor Francisco Cajiao V., con poder especial de la Sociedad Revlon Products Corporation de New York, solicita que la Corte declare que puede ejecutarse en Colombia la sentencia de 7 de junio de 1951, emanada de la Corte Suprema del Estado de New York por medio de la cual y con base en el fallo arbitral de 30 de abril del mismo año, proferido por la American Association Arbitration de aquella misma ciudad, se condenó a la sociedad Salcedo Hermanos y Cía., domiciliada en Bogotá, a pagar a Revlon Products Corporation la suma de $ 40.351.35 dólares e intereses.

De esa petición se dio traslado al señor Procurador General de la Nación, y este alto funcionario conceptúa que es del caso otorgar el exequátur solicitado.

La parte que debe cumplir la sentencia o sea la firma Salcedo Hermanos & Cía. no contestó el traslado que se le corrió, por lo cual, sin más actuación se procede a decidir lo que corresponde con cuyo fin se considera:

a) La sentencia en referencia procede del Estado de New York, en donde por ley se da cumplimiento a las sentencias dictadas en Colombia, según aparece debidamente comprobado con el testimonio de dos abogados que ejercen su profesión en dicho Estado;

b) Esta sentencia se dictó a consecuencia del ejercicio de una acción personal, como que es emanada de una obligación de pagar una suma de dinero.

c) Dicha sentencia no afecta la jurisdicción nacional, no es contraria al orden público, ni a las buenas costumbres, pues fuera de que reúne el requisito anotado en el aparte anterior, el demandado renunció a su derecho de que lo juzgasen los jueces colombianos del lugar de su domicilio pues voluntariamente aceptó que la cuestión controvertida se fallase arbitralmente por medio de la Asociación mencionada, tal como lo acepta la Ley 2ª de 1938, al reconocerle validez a la cláusula compromisoria.

d) La copia que se ha traído debidamente autenticada de esa sentencia hace presumir que ella se arregla a la legislación del país de su origen (art. 1°, Ley 39 de 1933) y las declaraciones de los abogados ya aludidos sirven para establecer, además de ese mismo particular, que esa sentencia está debidamente ejecutoriada conforme a la citada legislación (art. 659 del C. J.).

Por lo expresado, puede afirmarse que están reunidos y debidamente comprobados los requisitos exigidos por los arts. 555, 556 y 557 del Código Judicial para que pueda accederse a lo pedido por el demandante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, otorga el exequátur a la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de New York con fecha siete (7) de junio de mil novecientos cincuenta y uno (1951), que fue citada al principio de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Pedro Castillo Pineda — **Gerardo Arias Mejía. Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alberto Holguín Lloreda—Emilio Prieto,** oficial mayor.

CUANDO LA ACCION PRINCIPAL NO PROSPERA, TAMPOCO PUEDEN PROSPERAR LAS QUE SE PROPUSIERON COMO CONSECUENCIALES DE AQUELLA

El Tribunal, lo mismo que el Juez del conocimiento, interpretó la demanda en el sentido de que la acción de reforma del testamento se propuso como consecuencial de la de nulidad del reconocimiento de hijos naturales. No prosperando ésta, aquélla quedó desprovista de base. Y resolviendo el sentenciador, como resolvió, que el reconocimiento expresado tiene completo valor jurídico, lógicamente debía desechar, como desechó, la acción de reforma, propuesta como dependiente de la de anulación de aquel acto. Cayendo la acción principal, forzosamente debían caer sus consecuenciales y producirse la absolución plena de los demandados.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Por la escritura 498 de 6 de julio de 1942, de la Notaría de Chiquinquirá, Jorge Salazar Villate reconoció como sus hijos naturales a Onofre, Luis José, Leonor, María Matea y Berta Isabel, bautizados como hijos de Ana Celia Virguez y nacidos, en su orden, el 25 de junio de 1921, el 19 de marzo de 1923, el 22 de abril de 1926, el 25 de septiembre de 1932 y el 19 de abril de 1937.

Salazar Villate ratificó dicho reconocimiento por medio de su testamento nuncupativo, que consta en la escritura 500 de 7 de julio de 1942, de la misma Notaría, en cuya cláusula séptima dispone que la mitad del acervo líquido de sus bienes "corresponde a las legítimas rigurosas de mi hija legítima (Rosa Salazar Baptista) y de mis hijos naturales; la cuarta de mejoras es mi voluntad, y así lo quiero y mando, que se distribuya entre mi hija legítima y mis hijos naturales, es decir, éntre a acrecer sus legítimas rigurosas, en la proporción establecida y señalada por la ley civil y la ley 45 de 1936. La cuarta de libre disposición, de que puedo disponer a mi arbitrio, es mi voluntad, y así lo quiero y mando, adjudicarla, como legado, fuera de sus derechos como legitimarios, a mis hijos naturales...". Nombra como albacea al doctor Clemente Quiroga Sarmiento.

El 4 de mayo de 1943, Rosa Salazar de Matallana, hija legítima del testador, demandó a los cinco hijos naturales reconocidos y al albacea, en busca de las siguientes declaraciones:

Primera. Que el expresado reconocimiento de hijos naturales es nulo, por contravenir directamente la prohibición del artículo 3º de la ley 45 de 1936.

Segunda. Que la cláusula séptima del referido testamento, "en lo que se refiere a la distribución de los bienes del señor Salazar Villate, entre los allí llamados, no puede producir efecto alguno, a virtud y por fuerza de la nulidad reconocida en el numeral anterior".

Tercera. En consecuencia, la herencia del señor Jorge Salazar Villate corresponde en su integridad a la señora Rosa Salazar de Matallana Neira, con prescindencia de los demandados Virguez".

"En subsidio de la declaración anterior, pido al señor Juez que declare en sentencia definitiva:

"La señora Rosa Salazar de Matallana Neira tiene derecho a percibir en la sucesión de su padre legítimo señor Jorge Salazar Villate la mitad de los bienes quedantes, a título de legítima rigurosa, y la cuarta de mejoras, para completarle su legítima efectiva. En esta forma debe procederse a la partición de la herencia. Queda así reformado el testamento".

Fundóse la demanda en los hechos del reconocimiento mencionado y del testamento, y además en estos otros: que la actora es hija legítima del causante y de Rosa Baptista, quienes casaron el 27 de noviembre de 1915 y murieron el 5 de octubre de 1918, esta última, y el 7 de diciembre de 1942, el primero; que los demandados Virguez, según las partidas de bautismo, son hijos de Ana Celia Virguez, quien está casada legítimamente con Raimundo Ruiz desde el 30 de noviembre

de 1910, y que el juicio de sucesión del testador está en curso.

Sentencia de primer grado. La dictó el Juez primero Civil del Circuito de Chiquinquirá el 20 de febrero de 1947, declarando nulo el reconocimiento de los hijos naturales y acogiendo el derecho de la actora invocado en la petición subsidiaria de la demanda, y absolvió a los demandados de los cargos segundo y tercero de la misma.

Sentencia recurrida. Por apelación concedida a la parte actora y a algunos de los demandados, subió el negocio al Tribunal Superior de Tunja, quien, en sentencia de 12 de julio de 1948, revocó la de primera instancia, y en su lugar, absolvió a los demandados de todos los cargos, por considerar improcedentes tanto las súplicas principales como la subsidiaria.

El apoderado de la demandante interpuso el recurso de casación, que le fue concedido y que la Corte pasa a decidir, por estar agotada la tramitación correspondiente.

La sentencia del Tribunal acoge la interpretación que el Juez del conocimiento hizo de la demanda, en el sentido de que "la acción de reforma, por voluntad expresa de la parte demandante, está sujeta a la procedencia de la acción principal sobre nulidad del reconocimiento efectuado por Jorge Salazar Villate"; y en vista de que en la segunda instancia se trajo al juicio, en copia auténtica, el fallo del mismo Tribunal de fecha 3 de septiembre de 1946, en que declaróse que los demandados Virguez no tienen la calidad de hijos legítimos de Raimundo Ruiz, no obstante haber nacido dentro del matrimonio de éste con Ana Celia Virguez, llega a la conclusión de que el expresado reconocimiento de hijos naturales de Salazar Villate tiene pleno valor, aunque hubiera sido hecho antes de dictarse el referido fallo que destruyó la presunción de ser hijos legítimos de Ruiz. Siguió el Tribunal la doctrina que al respecto sentó la Corte en sentencia de 31 de mayo de 1944.

Y agrega el sentenciador: "Tanto de las probanzas enunciadas que obran en el expediente, según se ha visto, como la doctrina de la Corte de que acaba de hacerse mérito, la cual tiene cabal aplicación al caso de estudio, lógicamente se deduce que las súplicas de la demanda no pueden decretarse y en consecuencia es insostenible la sentencia recurrida, **máxime cuando la reforma del testamento en su cláusula séptima, cuya acción sucesiva propuesta dependía únicamente de la declaración de invalidez de los actos de reconocimiento de hijos naturales** hechos por el testador Jorge Salazar Villate, de manera que siendo intocables, los memorados reconocimientos con que fueron favorecidos los demandados Onofre, Luis José, Leonor, María Matea y Berta Isabel Salazar Virguez, la acción de reforma del testamento en mención es improcedente y por tanto debe negarse" (Ha subrayado la Sala).

El recurso. El recurrente acusa la sentencia por violación directa e indirecta de la ley sustantiva, y formula tres cargos, de los cuales los dos primeros versan sobre error de hecho manifiesto, y en subsidio error de derecho, en la apreciación de las siguientes pruebas: la escritura 498 de 1942, sobre reconocimiento de los hijos naturales; el acta del matrimonio de Salazar Villate con Rosa Elena Baptista el 27 de noviembre de 1915; las partidas de bautizo de la actora como hija legítima del testador, y de los demandados Onofre, Luis José, Leonor y María Matea, cuyas fechas de nacimiento coinciden con las indicadas en la escritura de reconocimiento; y el testamento de Salazar Villate.

Explica el recurrente que "si el Tribunal hubiera tenido en cuenta las fechas de los nacimientos y la del matrimonio del testador, habría llegado a una conclusión distinta, en vista del artículo 28 de la ley 45 de 1936"; y agrega que en la cláusula séptima del testamento Salazar Villate "alteró con astucia la porción legitimaria de su hija legítima, valiéndose del ardid de citas legales para hacer creer a ésta que sus disposiciones de última voluntad se ceñían estrictamente a la ley 45 de 1936", pues en dicha cláusula se dispone que las tres cuartas partes de la herencia se distribuyan entre la hija legítima y los cincos hijos naturales, con lo cual la primera llevaría un sexto de las tres cuartas, cuando tiene derecho a una asignación mayor, porque es hija legítima de matrimonio anterior a la vigencia de la ley 45, y porque cuatro de los hijos reconocidos como naturales por el testador nacieron antes de la expedición de dicha ley, por lo cual no pueden concurrir con la hija legítima, según el artículo 28, y porque Berta Isabel, que sí fue concebida con posterioridad a la vigencia de ese estatuto, no puede llevar, en concurrencia con la hija legítima, sino la mitad de la cuota hereditaria correspondiente a ésta.

Y en relación con el error de derecho, dice el recurrente:

"...porque si el sentenciador consideró que la voluntad del testador es la regla suprema en materia sucesoria, le dio al testamento y a las de-

más pruebas señaladas en el primer cargo un valor distinto del que tienen legalmente, ya que, tratándose de legitimarios, sobre la voluntad del testador está la superior de la ley, como se ve por la definición del artículo 1239 del Código Civil...', y por la norma del 1274 de la misma obra, que da a los legitimarios la acción de reforma del testamento, cuando en éste no se les haya dejado lo que por ley les corresponde".

Señala como violados, a consecuencia de tales errores, los artículos 1239, 1274 y 1275 del C. C., 18 y 28 de la ley 45 de 1936 y 632 del C. J.

El tercer cargo se refiere a la violación directa de las mismas disposiciones sustantivas, por no haber sido aplicadas, ya que, estando probado el matrimonio del testador en 1915; que su hija legítima nació en 1918; que cuatro de los hijos naturales nacieron antes de expedirse la ley 45, y que aquél instituyó a sus hijos naturales "como herederos en concurrencia o igualdad de condiciones con su hija legítima", el sentenciador violó el citado artículo 28, según el cual los hijos naturales concebidos con anterioridad a la vigencia de la ley 45 no tienen derechos herenciales en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la misma ley, violación que llevó al Tribunal a violar también directamente, por omisión, los demás textos legales citados.

Se considera:

Ya se ha visto que el Tribunal, lo mismo que el Juez del conocimiento, interpretó la demanda en el sentido de que la acción de reforma del testamento se propuso como consecuencial de la nulidad del reconocimiento de los hijos naturales. No prosperando ésta, aquélla quedó desprovista de base. Y resolviendo el sentenciador, como resolvió, que el reconocimiento expresado tiene completo valor jurídico, lógicamente debía desechar, como desechó, la acción de reforma, propuesta como dependiente de la de anulación de aquel acto. Cayendo la acción principal, forzosamente debían caer sus consecuenciales y producirse la absolución plena de los demandados.

Y la interpretación de la demanda en el sentido indicado fue natural y fundada, desde luego que en la **segunda** súplica se pidió la declaración de que la cláusula séptima del testamento "no puede producir efecto alguno, **a virtud y por fuerza de la nulidad reconocida en el numeral anterior** (subraya la Sala). La súplica **tercera**, que perseguía la declaración de que la herencia corresponde en su integridad a la demandante, con prescindencia de los demandados, formulóse expresamente como "consecuencia" de las peticiones primera y segunda. Y finalmente, la subsidiaria está precedida de esta frase, que no deja duda acerca de su calidad de dependiente: "En subsidio de la declaración anterior (la tercera), pido al señor Juez que declare..." etc.

Ahora bien, todos los cargos del recurrente se refieren a la acción de reforma del testamento, la cual —se repite— cayó como efecto necesario de haberse propuesto como consecuencial de la de anulación del reconocimiento de los hijos naturales que no prosperó.

Por consiguiente, para que a la Corte le fuera posible ocuparse en el estudio de tales cargos y pronunciarse sobre ellos, sería indispensable que pudiera variar la referida interpretación de hecho de la demanda; pero ni se ha formulado acusación alguna por este aspecto, ni prosperaría la que no demostrara error de hecho manifiesto en esa interpretación, y un error evidente sobre este punto estaría eliminado con sólo leer los términos tan claros y precisos como aparecen formuladas las súplicas del libelo.

Lo dicho es suficiente para concluir que los cargos del recurrente no sirven para casar el fallo, por más fundados que ellos puedan ser en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Tunja con fecha doce (12) de julio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948).

Las costas a cargo del recurrente.

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—Emilio Prieto, Oficial Mayor en propiedad.

EN EL CASO DE ADQUISICION DE BALDIOS POR CULTIVO U OCUPACION CON GANADOS, AUNQUE EL DOMINIO SE ADQUIERE POR ESTOS HECHOS, EL TITULO LO CONSTITUYE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA — EL OPOSITOR A UNA ADJUDICACION DE BALDIOS A TITULO DE CULTIVADOR O DE OCUPANTE CON GANADOS, DEBE DEMOSTRAR NO SOLAMENTE QUE HA REALIZADO EL CULTIVO O HA OCUPADO CON GANADOS, SINO TAMBIEN QUE ESTOS HECHOS LOS HA REALIZADO PARA SI MISMO, Y NO PARA EL SOLICITANTE O POR CUENTA DE ESTE

1—En presencia de los artículos 65 del Código Fiscal y 9º de la Ley 34 de 1936, no puede dudarse que el dominio de los inmuebles se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, concepto éste que está en perfecto acuerdo con el desarrollo que al precepto constitucional de la propiedad función social le dio la Ley 200 de 1936. Esta ley y la 34 del mismo año, se inspiraron en idénticos móviles: dar mayor preponderancia a la explotación económica del terreno y ver en ésta la justificación del dominio del particular sobre predios rurales. Por eso la Ley 34 dá al cultivador derecho preferencial a la adjudicación del baldío, y la Ley 200 impone la extinción del derecho del propietario que durante cierto lapso deja de explotar económicamente sus tierras.

Es cierto que de conformidad con el artículo 77 del Código Fiscal, el Ministerio debe dictar la resolución que sirva de título al cultivador u ocupante con ganados, y que ésta debe remitirse a la oficina de registro correspondiente, para que se realice su inscripción. Pero no existe ninguna contradicción entre este texto legal y los anteriormente citados, porque, aunque el derecho se adquiere por su cultivo u ocupación con ganados al tenor de estos artículos, el título lo viene a constituir la resolución debidamente registrada. Se trata sí de un título simplemente declarativo, y, por eso, el artículo 9º de la Ley 34 dice que la providencia de adjudicación RECONOCE el hecho del cultivo y que éste es lo que transfiere el dominio. Cosa similar sucede en el caso de la prescripción adquisitiva de inmuebles de propiedad particular: el dominio lo adquiere el prescribiente por el hecho de la posesión durante el tiempo requerido por la ley, pero no dispondrá de un título mientras no obtenga la sentencia que le declare su prescripción. Nadie dirá, sin embargo, que es la sentencia la que transfiere el dominio.

2—El artículo 1757 del Código Civil es una norma de carácter adjetivo, y su violación no es por sí sola causal de casación.

3—Aunque es evidente que existe diferencia entre el poseedor de terrenos de propiedad particular y la situación en que se encuentra el ocupante de baldíos, porque el primero debe tener ánimo de señor y dueño sobre las tierras que posee, al paso que el segundo necesariamente está reconociéndole el dominio del terreno al Estado, esto último no excluye la necesidad de que la ocupación del baldío se esté realizando para sí y no para otro, pues en el último evento sería éste el verdadero colono, y no quienes a su nombre estén ocupando las tierras.

De modo que sí es indispensable que el opositor a una adjudicación de terrenos baldíos a título de cultivador u ocupante con ganados, demuestre no solamente que ha puesto los cultivos y efectuado los actos de ocupación, sino que establezca, además, cómo tal ocupación o tales cultivos los ha realizado a su propio nombre, para sí mismo, por su cuenta, y no para el solicitante o por cuenta de éste. Es decir, que tiene el carácter de verdadero colono, y no de tenedor a título precario y a nombre del solicitante de la adjudicación.

El hecho del cultivo otorga el dominio, pero no a quien físicamente lo realice, sino a quien jurídicamente ostente el carácter de cultivador. Y bien puede tener alguien este carácter a través de la actividad desa-

rrollada por otros que obran como mandatarios o dependientes suyos.

4—La Corte ha dicho que cuando un fallador aplica el art. 702 del C. J., obra dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica, y que para que pueda modificarse la apreciación del Tribunal en este caso es necesario que haya interpretado equivocada o erróneamente las pruebas que figuran en autos. En otros términos, para que pueda prosperar en casación el reparo consistente en el que el tribunal aplicó ese artículo, es indispensable que se demuestre que el Juez no tuvo en cuenta la calidad, número, fama e ilustración de los testigos cuyas deposiciones le sirvieron de prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Noel Parra Palacio en escrito dirigido al señor Gobernador del Tolima solicitó la adjudicación definitiva de un terreno denominado "Buenos Aires", situado en el Municipio de Villahermosa de ese Departamento. Al memorial acompañó copia de varias escrituras públicas con sus correspondientes notas de registro y un cerificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del circuito del Líbano como prueba de que con anterioridad a 1928 los sucesivos ocupantes del globo de tierra en cuestión comenzaron a transferir entre sí a título oneroso las mejoras plantadas en él, y que el solicitante es el actual propietario de ellas. A más de los documentos citados, para identificar el lote la demanda de adjudicación lleva adjuntos un plano topográfico del terreno, declaraciones de testigos y el acta de una inspección ocular practicada por el Inspector de Policía del lugar.

Admitido el denuncio por la Gobernación del Tolima, cuando ante la Aalcaldía de Villahermosa se hacían los anuncios de rigor se presentaron varias oposiciones a la adjudicación impetrada, entre ellas las de Ana María Peña v. de Cañón y Pedro Pablo Correa. Previas las diligencias de sustanciación a que hubo lugar, la Gobernación dispuso remitir el expediente al Juez Civil del Circuito del Líbano para que las partes hicieran valer sus derechos ante la justicia ordinaria.

Ante el Juez Civil del Circuito del Líbano el apoderado de Pedro Pablo Correa, Ana María Peña v. de Cañón y Eurípides Cañón, presentó la demanda que a continuación se transcribe: "Atendiendo al mandato y hablando en nombre de la sociedad conyugal de Florentino Cañón y Ana María Peña, disuelta por muerte del primero pero ilíquida, y de Pedro Pablo Correa, representada la primera por la cónyuge Ana María Peña v. de Cañón y por Eurípides Cañón como hijo de Florentino Cañón, todos mayores y de Villahermosa, con citación y audiencia del Agente del Ministerio Público demando al señor Noel Parra Palacio, mayor, vecino del Líbano, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan por su Juzgado las siguientes declaraciones: **Primera.** Que la sociedad conyugal formada por Florentino Cañón y Ana María Peña tiene mejor derecho que el demandado a que se le adjudique en su condición de colonos, un lote de terreno conocido con el nombre de El Conde, situado en el punto de Quebrada Negra, jurisdicción de Villahermoza, comprendido por los siguientes linderos: "De la quebrada de Los Chorritos; por la peña al camino que sale para Tembladal, volteando a Morronegro; de Morronegro de travesía, lindando con mejoras de Fermín Muñoz antes, hoy de Hipólito Cortés y con terrenos de Juan Poveda Calderón, hasta bajar a una quebrada; quebrada abajo a donde le desemboca una agüita; agüita arriba lindero con mejoras de Pedro Pablo Correa y del lote denominado Buenos Aires, hasta el primer lindero". **Segunda.** Que el señor Pedro Pablo Correa tiene mejor derecho que el demandado, a que se le adjudique como colono, un lote baldío conocido con el nombre de Boqueroncito, situado en Quebradanegra, jurisdicción de Villahermoza, encerrado por los siguientes linderos: "Partiendo de la casa de Pedro Pablo Correa por el camino que conduce de Murillo a Manizales; camino arriba al punto denominado Pantano Negro; de aquí, de travesía hacia abajo, buscando la quebrada de Los Chorritos lindando con mejoras de Florentino Cañón y Ana María Peña de aquí hacia abajo, por la misma quebrada de Los Chorritos hasta un alambrado que cruza la misma quebrada; de aquí, siguiendo el alambrado en línea recta a buscar unas peñas altas denominadas El Conde; por la parte de encima de dicha peña hasta buscar la quebradita de El Boquerón; quebradita de El Boquerón arriba a buscar una chamba y por la chamba arriba al primer lindero. **Tercera.** Que como consecuencia de las

declaraciones anteriores, los dos lotes alinderados deben ser excluídos de la adjudicación solicitada por el demandado del lote denominado Buenos Aires. **Cuarta**. Si el demandado se opone ruego sea condenado en costas".

Los hechos que fundamentan la demanda pueden sintetizarse así: Dentro del lote de terreno cuya adjudicación ha solicitado Noel Parra Palacio están incluídas las parcelas llamadas El Conde y Boquerón que la sociedad conyugal de Florentino Cañón y Ana María Peña, por una parte, y Pedro Pablo Correa por otra, hace más de treinta años vienen ocupando como colonos, es decir sin reconocer más dominio que el del Estado; "el señor Noel Parra Palacios hunca ha tenido la posesión material de tales porciones y por tanto no puede considerársele como colono"; Eurípides Cañón es hijo de Florentino Cañón y Ana María Peña; Florentino murió y la sociedad conyugal ha quedado disuelta è ilíquida.

Adjuntas a la demanda fueron presentadas las partidas eclesiásticas de matrimonio de Florentino Cañón con Ana María Peña, la de bautismo de Eurípides Cañón y la de fallecimiento de Florentino.

Por medio de apoderado, Noel Parra Palacio dio respuesta manifestando que tanto él como sus antecesores en la posesión del predio han ocupado en su explotación a numerosos trabajadores con el carácter de aparceros o simplemente con el de peones a jornal o a destajo, y que a tal título han estado allí Florentino Cañón y Pedro Pablo Correa. Los hechos los contestó así:

I.—"Es cierto que Noel Parra Palacio ha demandado la adjudicación del globo de tierra conocido con el nombre "Buenos Aires" —desprendido o segregado de la hacienda Quebrada Negra—, no porque al momento de formular petición de tal naturaleza el terreno fuese baldío, que entiéndese por tal, lo enseña el léxico, "la tierra o terreno común de un pueblo, que ni se labra ni está adhesado, y también 'a los solares yermos", pero esa petición fue formulada justamente para el solo efecto de reajustar una situación jurídica, que tiene como base una pluralidad de hechos, "ciertamente, las porciones de terreno llamadas El Conde y Boqueroncito, están ubicadas dentro de la alinderación de "Buenos Aires", cuya adjudicación solicita el demandado: no es cierto que Florentino Cañón y los demandantes hayan ocupado los lotes de El Conde y Boqueroncito como colonos, sin reconocer otro dominio que el del Estado; tanto Parra Palacio como sus tradentes han tenido la posesión material de la Hacienda Quebrada Negra repítese, hoy subdividida o fraccionada..., no es cierto que los actores tengan la calidad de colonos, condición que no se alcanza por el sólo efecto de INTERVENCION de título, pretendo (sic) trastornar lo que si no ofrece desconcierto ni trastorno".

En el alegato de instancia el demandado propuso la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes Eurípides Cañón y Ana María Peña v. de Cañón, en los siguientes términos: "Finalmente debo hacer notar al Juzgado que la oposición fue hecha directamente ante la Gobernación por Ana María Peña y Pedro Pablo Correa, al formalizar tal oposición dicha señora no lo hace en su propio nombre sino a nombre de la disuelta sociedad conyugal que tuvo con su esposo señor Florentino Cañón. De otro lado, Eurípides Cañón, obra en representación de la misma sociedad, en nuestro concepto, sin fundamento alguno. Pues siendo Eurípides Cañón hijo legítimo de los esposos Cañón-Peña, debe obrar a nombre de la sucesión de Florentino Cañón, entidad que representa".

El Juez del conocimiento declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva propuesta; y considerando que la prueba testimonial presentada por el demandante Pedro Pablo Correa acredita a su favor la tenencia, pero no la posesión del lote que ocupa, negó todas las declaraciones de la demanda.

El apoderado de Ana María Peña de Cañón, de Eurípides Cañón y de Pedro Correa apeló de la anterior providencia ante el superior.

La sentencia recurrida

Con base en un estudio detenido de la prueba testimonial aducida por los demandantes en las dos instancias, el Tribunal dice al finalizar la parte motiva de su sentencia: "Como se ve de esta relación de pruebas, sólo el testigo Tiburcio Espitia relata hechos que establecen que los demandantes cultivaron los lotes de El Conde y Boqueroncito con ánimo de señores o dueños. Todos los demás testigos dicen que los mismos demandantes ocuparon aquellos lotes, como arrendatarios o agregados, primero de don Roberto Londoño y luego del General Antonio María Echeverry, dueños de la hacienda de Quebradanegra, dentro de la cual se hallaban los mismos lotes de terreno, y tradentes hoy del demandado. Es, pues, necesàrio dar mayor credibilidad, en este caso, al mayor número de testigos, pues todos merecen igual fe. Y así las cosas es menes-

ter que se reconozca que los demandantes no han demostrado su derecho a oponerse a la adjudicación pedida por el demandado. Que éste tenga derecho a esta adjudicación es cosa que no corresponde decidirla al Poder Jurisdiccional sino a la autoridad administrativa, según las vóces del art. 77 del C. Fiscal. El Tribunal deja a salvo el derecho que tengan los demandantes sobre las mejoras que hayan plantado dentro de los lotes de "El Conde" y "Boqueroncito". No habiendo probado los demandantes su acción, es innecesario estudiar la excepción perentoria propuesta y estudiada en la sentencia de primera instancia. No encuentra la Sala que haya existido temeridad al proponer este juicio y por lo mismo debe revocarse la condenación en costas. Tampoco se hace condenación en costas en este segunda instancia".

Y concluyó: "En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior —Sala Civil— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REFORMA la sentencia apelada para negar las peticiones de la demanda, absolver en consecuencia, al demandado de los cargos de la misma demanda, y **revocar** la condenación en costas en la primera instancia. Tampoco se hace condenación en costas en esta segunda instancia".

Inconforme con lo resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, la parte demandante ha acudido a la Corte en recurso de casación.

Con fundamento en la primera causal de casación de que trata el artículo 520 del Código Judicial, el recurrente divide en dos grupos los cargos que formula contra la sentencia del Tribunal. En su orden serán examinados.

Primer grupo de cargos:

"a) Al reputar el Tribunal al demandado como dueño de los terrenos que pretende, por la sola virtud de la ocupación de baldíos que alega y en razón de que tanto el artículo 65 del Código Fiscal como el 9º de la Ley 34 de 1936 mencionan el cultivo u ocupación con ganados como medio de adquirir su dominio, ha interpretado erróneamente ambas disposiciones, violándolas en este concepto, y ha violado también el art. 77 del mismo Código por infracción directa, desconociendo la necesidad del título y el modo para adquirir". A la luz del artículo 77 del Código Fiscal "es menester el título traslaticio, constituído por la adjudicación, para que el cultivador u ocupante de un baldío se convierta en propietario";

"b) Estima el sentenciador, según resulta de los apartes transcritos del fallo, que la carga de la prueba gravita en este caso sobre los demandantes, a quienes apodero, y con tal fuerza, que llega a concluir que "no demostraron su derecho a oponerse a la adjudicación pedida por el demandado". Lo cual entraña un error de derecho, como consecuencia del cual se ha infringido también la ley sustantiva. En efecto: Mis mandantes, desde su memorial de oposición elevado ante el Gobernador, han venido invocando su calidad de colonos y cultivadores. Ahora bien: las obligaciones procesales, y entre éstas la relativa a la prueba, no se modifican, y menos son susceptibles de invertirse, porque incidental y equivocadamente, como en este caso, haya tomado la iniciativa en formular la demanda una prate a quien en principio y según la ley, no le correspondía hacerlo. Dicha obligación está regida por normas sustantivas de otro orden que atienden a la naturaleza de la relación contemplada en el proceso antes que a la forma y términos más o menos caprichosos en que esta relación haya venido a quedar planteada en el debate por la iniciativa de una o de la otra parte. Aquí no cabe duda de que ninguna disposición legal les imponía a mis mandantes la obligación de formalizar, mediante demanda, su oposición de la denuncia del señor Parra P. El art. 74 del Código Fiscal apenas ordena remitir el expediente al resepctivo Juez "para que ls partes hagan valer sus derechos". Cuál de ellas sea la que debe demandar, es cuestión que dependerá en cada caso de los fundamentos que invoque la oposición; los cuales pueden ser varios: calidad de colono o cultivador, calidad de adjudicatario, de dueño anterior etc. En cada uno de estos supuestos la situación de las partes variará, como es obvio. "...Bien entendido que los cultivadores o colonos se deben considerar como **poseedores"**, establece como principio general el art. 79 del Código Fiscal. Lo cual implica ya, para el caso de mis mandantes, que ellos debían ser los demandados, por cuanto ésta es la prerrogativa más preciosa que asiste al poseedor. Y no obsta el que también el señor Parra se presente como colono o cultivador, puesto que ha sido él quien con su denuncia y pretensiones, ha tomado la iniciativa en modificar una situación que de reflujo conlleva la modificación del **status** de que disfrutan mis poderdantes. Es principio de derecho que quien así procede echa sobre sí la carga íntegra de la prueba. Por lo demás, es sabido que según disposiciones como la del art. 4º de la Ley 200

de 1936, las personas establecidas en terrenos incultos sin reconocer dominio distinto al del Estado, gozan no sólo de la prerrogativa de ser demandadas, sino aún de la de hacer suyo el terreno que ha resultado de propiedad particular, en condiciones de pago muy ventajosas. ¿Qué no habrá de pensarse en casos como el actual en que se trata de terrenos verdaderamente baldíos? ¿Sería aceptable que mis mandantes vinieran a quedar en condiciones menos favorables que si el señor Parra fuera ya propietario privado territorial? Porque no es otra la conclusión que implica la tesis del H. Tribunal. Debe aceptarse, pues, como punto incuestionable, el de que la carga de la prueba pesaba en este caso sobre el señor Parra, quien por su parte ni se preocupó por dar demostración alguna de su ocupación de los terrenos de Buenos Aires, con actos personales suyos. Bastábale al H. Tribunal no haber pasado por alto los términos en que mis mandantes se opusieron primero y formalizaron luego su oposición a la adjudicación, para saber de cargo de quién era la obligación de probar. Con su doble error —de hecho manifiesto en virtud de aquella omisión y de derecho por invertir la carga de la prueba— infringió el sentenciador, en primer término el artículo 1757 del Código Civil, el 762 de la misma obra que establece la presunción de donde surge que el poseedor ha de ser demandado, el art. 79 del Código Fiscal que manda tratar al colono o cultivador como poseedor, y las demás disposiciones legales citadas en el presente aparte. c) Incurriendo en nuevos errores sostiene el Tribunal que en estos casos es menester que se demuestre "como para la posesión", que el cultivo u ocupación de los baldíos se realizan con ánimo de señor o dueño, es decir con el propósito de hacer propias las tierras cultivadas u ocupadas. A este respecto el error de derecho consistente en estimar como una misma cosa el cultivo u ocupación de los baldíos y la posesión de derecho privado que conduce a la prescripción adquisitiva y es tenida como la manifestación externa del dominio, resulta muy claro: Esta última consiste en "la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño" —art. 762 C. C.— y se caracteriza por su sentido de exclusión y desconocimiento del derecho de otro. En materia de baldíos, en cambio, quien entra a ocuparlos lo hace reconociendo el dominio del estado, o, si se quiere, sin reconocer dominio distinto al del Estado. En esto radica precisamente la seguridad y garantía de su ocupación. Ocupación que, por lo demás, toca con el Derecho Público; al contrario de la posesión que está anclada en el campo del Derecho Privado. La ocupación del colono o cultivador de terrenos baldíos no conduce al dominio a través de la prescripción (art. 61 C. F.); la posesión sí, de conformidad con los artículos 2518 (2831) del C. C. De otro lado, si en la posesión, a la tenencia debe ir unido el ánimo de señor o dueño al tenor del art. 762 ya citado y según las inspiraciones subjetivistas de nuestro Derecho Civil, en la ocupación de terrenos baldíos el punto de vista es estrictamente objetivo sobre este particular. Lo persuade así el art. 9º de la Ley 34 de 1936 cuando dice que "el **hecho** del cultivo reconocido etc.", y lo demuestran igualmente el art. 1º de la misma ley; el art. 1º de la Ley 47 de 1926 sustituído por aquél; el anterior artículo 3º de la Ley 85 de 1920; el 1º de la Ley 71 de 1917 que precedió a este último, y así mismo el primitivo artículo 66 del Código Fiscal, disposiciones todas que sólo exigen el establecimiento con casa de habitación, cultivos, etc. en terrenos baldíos para disfrutar de la condición de colono o cultivador y tener los derechos anejos a esta calidad, entre los cuales está el de pedir la adjudicación, oponerse a la pretendida por otro, etc. Lo cual no podría ser de otra manera, dado que si la ley, expresión de la voluntad superior del Estado, dueño de los terrenos, les ha dicho a los ciudadanos que pueden ocuparlos y que en su interés está que los ocupen, no hay duda que al proceder de acuerdo con esta facultad, los ocupantes, por el hecho de serlo, están demostrando su ánimo de adquirir la respectiva extensión territorial, sin que llegado el caso sea menester otra cosa que la prueba de su establecimiento allí en los términos de la ley. Exigir otra cosa, como lo ha hecho el Tribunal implica otro error de derecho que unido al enunciado al principio del presente numeral c) lo llevó a infringir, por ello y por interpretarlas también erróneamente, todas las disposiciones que me he permitido citar en este mismo aparte".

Se considera:

En síntesis, el cargo consiste en afimar que el Tribunal incurrió en interpretación errónea del artículo 65 del Código Fiscal y del 9º de la Ley 34 de 1936, al estimar que la propiedad de los terrenos la adquirió el demandado por virtud de su cultivo y ocupación con ganados, y que por el mismo motivo violó directamente el artículo 77 del citado Código.

No encuentra la Sala la errónea interpretación

que alega el recurrente, porque el Tribunal no reconoció dominio a favor del demandado y se limitó a repetir el claro texto de los artículos mencionados, al tenor del primero de los cuales "la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, de acuerdo con lo dispuesto en este Código", y conforme al segundo, "en las adjudicaciones de baldíos adjudicados a título de cultivador, lo que transfiere el dominio, tanto sobre el sector cultivado como sobre el adyacente que determinen las leyes respectivas, es el hecho del cultivo reconocido en la respectiva providencia de adjudicación".

En presencia de los textos transcritos no puede dudarse que el dominio de los inmuebles se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, concepto éste que está en perfecto acuerdo con el desarrollo que al precepto constitucional de la propiedad función social le dio la ley 200 de 1936. Esta ley y la 34 del mismo año se inspiraron en idénticos móviles: dar mayor preponderancia a la explotación económica del terreno y ver en ésta la justificación del dominio del particular sobre predios rurales. Por eso la Ley 34 dá al cultivador derecho preferencial a la adjudicación del baldío, y la ley 200 impone la extinción del derecho del propietario que durante cierto lapso deja de explotar económicamente sus tierras.

Es cierto que de conformidad con el artículo 77 del Código Fiscal el Ministerio debe dictar la resolución que sirva de título al cultivador u ocupante con ganados, y que ésta debe remitirse a la oficina de registro correspondiente para que se realice su inscripción. Pero no existe ninguna contradicción entre este texto legal y los anteriormente citados, porque auncuando el derecho se adquiere por su cultivo u ocupación con ganados al tenor de estos artículos, el título lo viene a constituir la resolución debidamente registrada. Se trata sí de un título simplemente declarativo y por eso el artículo 9º de la Ley 34 dice que la providencia de adjudicación **reconoce** el hecho del cultivo y que éste es lo que transfiere el dominio. Cosa similar sucede en el caso de la prescripción adquisitiva de inmuebles de propiedad particular: el dominio lo adquiere el prescribiente por el hecho de la posesión durante el tiempo requerido por la ley, pero no dispondrá de un título mientras no obtenga la sentencia que le declare su prescripción. Nadie dirá sinembargo que es la sentencia la que transfiere el dominio.

De manera que no existe tampoco la pretendida violación del artículo 77 del Código Fiscal que se limita a reglamentar el procedimiento a seguir luego de la llegada del expediente al Ministerio, y a declarar que la resolución, en el caso de ser de adjudicación, "tiene el carácter de título traslaticio de dominio equivalente a una escritura pública, y debe inscribirse original en la oficina de Registro correspondiente". Pero ya se dijo que esta disposición debe interpretarse en armonía con los artículos 65 del mismo Código y 9º de la Ley 34 de 1936, en la forma expuesta.

No se ve cómo haya podido ser violado este artículo por la sentencia recurrida, pues el Tribunal no ha desconocido la necesidad de que se dicte tal resolución y se registre, como lo pretende el recurrente. Es elemental que al estudiar las oposiciones que se presenten en el trámite de las solicitudes para la adjudicación de baldíos, el mejor derecho entre los interesados en el litigio se debe examinar de acuerdo con las normas que sobre ocupación de terrenos baldíos y efectos de dicha ocupación consagra la ley, sin que esto implique que el vencedor no deba concluir el trámite administrativo para obtener la providencia de adjudicación y someterla al registro.

Se rechaza el cargo.

Cargo b) La sustancia de este cargo consiste en que por haber alegado los demandantes su calidad de colonos y cultivadores desde cuando presentaren su oposición ante el Gobernador, no tenían la obligación de tomar la iniciativa judicial formulando la demanda como lo hicieron, porque el artículo 79 del Código Fiscal reputa poseedores a los cultivadores o colonos y en tal virtud los opositores han debido ser los demandados. También se dice en el cargo que al tenor del artículo 4º de la Ley 200 de 1936 las personas establecidas en terrenos incultos gozan de la prerrogativa de ser demandadas, además de la que consiste en hacer suyo el terreno ventajosamente; privilegios que deben favorecer con mayor razón a los ocupantes de terrenos baldíos. De todo lo cual concluye el recurrente que se violó el artículo 1757 del Código Civil, el 762 ibidem y el 79 del Código Fiscal.

Se observa en primer término que no señala el recurrente el sentido de la violación de los textos mencionados, ni explica la influencia que ello tuvo para la decisión del Tribunal, ni demuestra tampoco que mediante la apreciación correcta de determinadas pruebas apreciadas por el Tribunal erróneamente se hubiera debido lle-

gar a otro resultado. Se habla de error de hecho y de derecho sobre la prueba, pero sin que ni siquiera se indique concretamente a qué pruebas se refiere el cargo.

Por otra parte, el artículo 1757 del Código Civil es una norma de carácter adjetivo, y su violación por sí sola no es causal de casación.

El artículo 79 del Código Fiscal dice: "Las controversias entre colonos y adjudicatarios, o entre aquéllos y éstos con terceros, **que reclamen dominio** (se subraya) sobre el terreno cultivado, ocupado o adjudicado, se deciden judicialmente por la vía ordinaria; bien entendido que los cultivadores o colonos se deben considerar como poseedores".

La sola lectura del texto anterior es suficiente para concluir que nada tiene que ver él con el caso de autos y que mucho menos pudo haber sido violado por el Tribunal. Aquí no se trata de controversia entre colonos y adjudicatarios porque ni los demandantes ni el demandado tienen título de adjudicación, ni de litigio con terceros que reclamen dominio sobre el terreno, sino de controversia entre un colono que ha pedido la adjudicación y terceros que se pretenden igualmente colonos de parte de ese terreno. Y precisamente dentro de este juicio se trataba de saber si esos terceros opositores son realmente colonos, o por el contrario, simples tenedores a título precario. No desconoció el Tribunal la presunción de poseedores que cosagra dicho artículo, tanto por la razón expuesta como porque lo discutido es precisamente el carácter de cultivadores o colonos de los opositores.

Por otra parte, la circunstancia de haberse invocado la calidad de colonos y cultivadores al formular la oposición administrativa, no implica, como lo sostiene el recurrente, que tales opositores debieran ser indispensablemente los demandados, ni muchísimo menos que quedaran relevados de probar la calidad de colonos o cultivadores que pretenden tener.

La lógica indica que habiendo llenado el solicitante de la adjudicación de un terreno baldío los requisitos que la ley le exige, entre los cuales está la prueba sumaria de su ocupación con cultivos o ganados mediante declaración de tres testigos, y la inspección ocular mediante la cual se demuestra esa ocupación en las condiciones requeridas, si surge un opositor que alega ser colono o cultivador de parte de ese terreno le corresponda la prueba de su pretensión. Esto sería así aún en el caso de ser el opositor el demandado en el juicio para ventilar ante la justicia ordinaria dicha oposición. Pero si el opositor asume el carácter de demandante es indudable que a él le toca llevar la prueba de los hechos de su demanda.

Son suficientes las anteriores razones para desestimar el cargo.

Cargo c) Se ataca en este cargo el concepto del Tribunal de que para tener el carácter de cultivador u ocupante de baldíos en calidad de colono, es necesario que esa ocupación se lleve a cabo en propio nombre y no por cuenta de otro, es decir, con ánimo de señor y dueño sobre los cultivos y no al servicio de quien sea verdadero dueño de ellos y por cuya cuenta se estén realizando los trabajos y ejecutando los actos de ocupación consiguientes.

No es cierto que el concepto anterior implique confundir la situación del poseedor de terrenos de propiedad particular, con la del ocupante de terrenos baldíos. Evidentemente, el primero debe tener ánimo de señor y dueño sobre las tierras que posee, al paso que el segundo necesariamente está reconociéndole el dominio del terreno al Estado. Pero esto último no excluye la necesidad de que la ocupación del baldío se esté realizando para sí y no para otro, pues en el último evento sería éste el verdadero colono y no quienes a su nombre estén ocupando las tierras.

De modo que sí es indispensable que el opositor a una adjudicación de terrenos baldíos a título de cultivador u ocupante con ganados, demuestre no solamente que ha puesto los cultivos y efectuado los actos de ocupación, sino que establezca además, cómo tal ocupación o tales cultivos los ha realizado a su propio nombre, para sí mismo, por su cuenta y no para el solicitante o por cuenta de éste. Es decir, que tiene el carácter de verdadero colono y no de tenedor a título precario y a nombre del solicitante de la adjudicación.

El hecho del cultivo otorga el dominio pero no a quien físicamente lo realice, sino a quien jurídicamente ostente el carácter de cultivador. Y bien puede tener alguien este carácter a través de la actividad desarrollada por otros que obran como mandatarios o dependientes suyos.

No ha existido, en consecuencia, la interpretación errónea por parte del Tribunal de los textos que se citan en este cargo, ni han sido infringidos por ningún otro concepto. Se observa además que el recurrente se limita a afirmar que el Tribunal incurrió en errores de derecho

que lo llevaron a quebrantar tales textos, sin explicar el sentido de la supuesta violación, la cual de ninguna manera existe.

No prospera el cargo.

Segundo grupo de cargos:

"a) El denunciante señor Parra Palacio, sobre quien según hemos visto pesaba la obligación de probar, no ha demostrado en modo alguno, como era de rigor, actos propios de ocupación o cultivo de los terrenos que pretende, en los últimos años; ni tampoco la debida vinculación o sucesión respecto de sus pretendidos tradentes anteriores, hasta llegar al señor Londoño Covaleda. Bien claros han sido el primitivo artículo 66 del Código Fiscal y los posteriores de la Ley 85 de 1920 —art. 1º— y de la Ley 34 de 1936 al exigir el establecimiento u ocupación del respectivo terreno baldío como un hecho existente y actual, para poder pretender derecho a la adjudicación. Este mismo concepto resulta muy claro del numeral c) del artículo 69 del Código Fiscal, en su primera parte, cuando dice que en la solicitud de adjudicación debe expresarse "la circunstancia de haber sido establecidos los cultivos o hecha la ocupación por el solicitante", cuyo tiempo de ocupación expresará la Rción. (a. 5 L. 97/46). Ahora, de acuerdo con la última parte de este mismo numeral del art. 69 los cultivos también pueden haber sido establecidos, o hecha la ocupación "por otra u otras personas de quienes es causahabiente" el solicitante. ¿Ha demostrado esta calidad el señor Parra? Dice éste que su ocupación se remonta y proviene de la que tuvieron el General Antonio Ma. Echeverry primitivamente el señor Roberto Londoño sobre la llamada hacienda de Quebradanegra. Tratándose de mejoras en baldíos y dada su naturaleza inmueble, conforme al artículo 661 del Código Civil, y la circunstancia de que en la transferencia de ellas va envuelto el ánimo de que continúen permanentemente unidas al suelo —aparte de que algunas, como las edificaciones, son inmuebles por sí— la calidad de causahabientes de anteriores ocupantes no puede resultar sino de títulos escriturarios. En el cuaderno de las diligencias administrativas y sin que siquiera el señor Parra soicitase fueran tenidos como prueba, solamente encontramos los siguientes títulos:

1º—La escritura de partición material de un globo denominado Quebradanegra, entre el señor Lisímaco Puerta y el denunciante, la cual lleva el Nº 186 de la Notaría del Líbano, extendida el 12 de abril de 1943;

2º—Copia expedida por el Juzgado 2º del Circuito de Manizales del acta de remate de una finca sin nombre ubicada en jurisdicción de Villahermosa, diligencia verificada en el juicio de venta de bienes hipotecados de Empresas Unidas de Occidente y Norberto Ospina contra Antonio Ma. Eecheverri;

3º—Segunda copia de la escritura Nº 38 de 12 de enero de 1938 Notaría Primera de Manizales por la cual la señora Mercedes Posada de Pinzón y Empresas Unidas de Occidente aparecen vendiendo al General Echeverri la finca de Quebradanegra; y

4º—Un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Líbano que partiendo de la división material habida entre don Lisímaco Puerta y el denunciante, contenida en la escritura Nº 186 ya citada, menciona como únicos títulos anteriores las escrituras números 500 y 501 de 24 de febrero de 1940, Notaría 4ª de Bogotá, conforme a los cuales dizque adquirieron los señores Puerta y Parra Palacio la finca materia de la división. Mas estos instrumentos números 500 y 501 brillan por su ausencia en los autos. Sin que adujera tampoco el denunciante título alguno de adquisición anterior a la compra hecha en 1928 por el General Antonio M. Echeverri, no obstante su pretensión de que entre sus tradentes o causantes se encuentra el señor Roberto Londoño, muy antiguo ocupante según lo deja entender el señor Parra Palacio. Y también ha de observarse de una vez que en modo alguno está demostrado que los lotes de El Conde y Boqueroncito hayan hecho parte de la antigua posesión o mejora conocida con el nombre de Quebradanegra. Ni siquiera resulta esto completamente con relación al globo de Buenos Aires —no identificado tampoco como porción de la referida fundación o mejora—, dado que en la inspección ocular practicada en la primera instancia los señores peritos hicieron la salvedad de que "cada uno de éstos lotes (refiriéndose a El Conde y Boqueroncito) se separa de la alinderación del lote de Buenos Aires en una pequeña extensión" (f. 27 Cuad. Nº 4). Y auncuando de la misma acta aparece que a solicitud del apoderado del señor Parra los peritos conceptuaron que "los lotes Boqueroncito y El Conde ocupados actualmente por los demandantes están comprendidos dentro de la alinderación general de la escritura Nº 334 del año de 1911, Notaría del Líbano", es el caso que ni se trajo

a los autos este instrumento ni menos se conoce su contenido, el cual ni siquiera podría inferirse ya que se aludió a la alinderación general contenida en él, habiéndose expresado dos alinderaciones por el apoderado peticionario, ninguna de las cuales tiene semejanza con las conocidas en este proceso. De consiguiente, hay que concluir que el señor Parra P. ni ha demostrado la ocupación actual de los terrenos que pretende, con actos personales suyos; ni ha establecido debidamente ser causahabiente de los señores General Echeverri y Londoño C. "dueños de la hacienda de Quebradanegra", según el fallo; ni por último puede aceptarse, porque no está demostrado, que los lotes que ocupan mis mandantes hayan formado parte de la nombrada "hacienda de Quebradanegra" que tanto menciona el H. Tribunal. Ha creído éste encontrar probado lo contrario, cuando una simple lectura de las piezas procesales en cita pone de presente el manifiesto error que ello implica. Con este error proveniente de la equivocada apreciación de la prueba se violaron por el sentenciador los citados artículos 66 y 69 del Código Fiscal, el 593 del Código Judicial según el cual las decisiones judiciales no pueden fundarse sino en los hechos conducentes siempre que su verdad y existencia aparezcan probados plenamente por alguno de los medios establecidos en la ley: el artículo 722 del mismo Código Judcial, en relación con el 730 id., en cuanto al mérito de las pruebas de peritos e inspección ocular; y así mismo los artículos 1758/59 del Código Civil, en armonía con el 632 del Código Judicial en cuanto de las escrituras públicas y certificación del Registrador antes relacionados se dedujeron hechos que tales piezas procesales no demuestran. También se violó el artículo 1857 en armonía con el 661 ambos del Código Civil, relativos a la transferencia de inmuebles. b) Sostiene el Tribunal en su fallo que mis mandantes entraron a ocupar los lotes de El Conde y Boqueroncito "como arrendatarios o agregados, primero de don Roberto Londoño y luego del General Antonio M. Echeverri anteriores dueños de Quebradanegra", finca dentro de la cual se hallarían comprendidos aquellos lotes. Demostrado como está que en manera alguna se comprobó que el señor Parra sea causahabiente de don Roberto Londoño y no habiéndose establecido tampoco la circunstancia de ser los referidos lotes parte integrante de las mejoras o posesión denominadas Quebradanegra, la demostración del nuevo error en que ha incurrido el Tribunal por este otro aspecto se simplifica porque queda reducida al estudio de la prueba testimonial, dado que el fallo dice atenerse "al mayor número de testigos", formado en sentir del sentenciador por todos los declarantes traídos por la parte que represento, hecha excepción de Tiburcio Espitia, único según el fallo que acredita respecto de mis mandantes verdaderos hechos de ocupación en terrenos baldíos. Los demás testigos son Querubín Suárez E., Pastor Barragán, Moisés Hospital, Nicanor Oliveros, Luis Leopoldo y Jesús Aldana, Patrocinio Chizabas, Fernando Nuñez, Simón Castellanos y Paulino Cañón, todos los cuales coinciden en la afirmación de que mis mandantes se encuentran establecidos en los lotes de El Conde y Boqueroncito cultivos, etc. desde hace muchos años. La mayoría de ellos no saben en qué condiciones estarán allí la familia Cañón y Pedro Pablo Correa; algunos hablan de que éstos fueron llevados allí por don Roberto Londoño, hecho inconducente por cuanto no aparece que el señor Londoño sea causante de don Noel Parra (y sin que deba perderse de vista que por ejemplo Barragán y Suárez Espitia hablan muy claro de que cononcen aquellos terrenos como baldíos); La referencia de algunos de estos declarantes sobre el reconocimiento del General Echeverri como dueño o patrón, escuetamente, tampoco demuestra cosa alguna dado que tales expresiones son conceptos jurídicos, sin que a la vez hayan expresado los declarantes en qué hechos positivos consistió el reconocimiento del "dominio" o señorío; cosa ésta que por lo demás resulta de que el General les suministrara semillas para las siembras, o de que le dieran participación en los frutos, porque lo uno explicaría lo otro. Y cosa análoga puede decirse de los que, a la inversa, hablan de que mis mandantes fueran "agregados". Otro concepto en nada atendible, desde luego que no expresan los declarantes cómo y por qué lo fueran. Puesto que la verdad es que algunos como Chizabas —por ejemplo— deducen ese concepto de que alguna vez recibió de Correa quince cargas de papa, dizque para la hacienda; o apenas afirman, como cosa personal de los mismos testigos, haber tenido a los demandantes por "agregados". Pero no hay un número plural de acuerdo en que pagaran jornal por cuenta del arrendamiento; siendo varios en cambio los que dicen que el jornal se prestaba para poder tener animales en los potreros. Finalmente en cuanto a Correa, no solamente Espitia, sino también los dos Aldanas, Hospital y Oliveros, dejan en claro, sin lu-

gar a duda, su establecimiento u ocupación por cuenta propia. Ahora, diciendo, como la mayoría de estos testigos dicen, que cuando conocieron a mis mandantes ya se encontraban establecidos allí con casa, cultivos, etc., sin constarles las condiciones en que hubieran entrado en aquellos terrenos, y siendo evidente que también esos testigos siguieron viéndolos empeñados en el laboreo de los mismos, ¿qué otra cosa sino la condición de colonos o cultivadores que asiste a los Cañón y Correa, por oposición a la de agregados, es la que viene a quedar demostrada con la prueba testimonial? Porque no constarles a los declarantes las condiciones en que entraron a ocupar los Cañón y Correa los lotes de que se trata, es circunstancia que confirma aquella conclusión. Era el demandado quien debía demostrar lo contrario, y no lo ha hecho. De otro lado, es significativo —como antes lo he apuntado— que ni siquiera por la vía de las repreguntas única cosa a la cual se limitó la actividad probatoria del demandado, hubiera éste inquirido sobre la situación personal de mis representados frente a él y a la inversa. ¿Lo han reconocido como dueño? ¿Han sido efectivamente sus "agregados"? Completo mutismo.... Ha sido, pues, mal apreciada por el sentenciador la prueba testimonial, incurriendo en el error de considerar a mis mandantes como "agregados", con la violación consiguiente de los artículos 702 y 697 del Código Judicial. c) Y como finalmente el Tribunal desconoce a mis mandantes la calidad de colonos o cultivadores que sí resulta probada a cabalidad con los referidos testimonios y termina por denegarles el derecho a oponerse a la adjudicación que solicita el señor Parra, surge así una nueva estimación equivocada de la misma prueba y nuevos errores consecuenciales, tanto de hecho como de derecho, en que ha incurrido por este aspecto el sentenciador, con igual violación del art. 697 citado. RECAPITULACION: Conforme al artículo 1º de la Ley 34 de 1936 y al art. 66 del C. Fiscal "la persona establecida en terrenos baldíos con casa de habitación y cultivos, ...tiene derecho a que se le adjudique gratuitamente lo cultivado y una parte más". De acuerdo con el artículo 47 del mismo Código Fiscal, en su última parte, los derechos de los cultivadores o colonos en terrenos baldíos, han de quedar siempre a salvo en estos casos. El artículo 72 ib. dá derecho a cualquiera persona que tenga interés para oponerse a la adjudicación. Todos estos preceptos que el H. Tribunal dejó de aplicar o desconoció en virtud de lo demostrado en los anteriores apartes del presente escrito, fueron por esto mismo violados, a la vez que las demás disposiciones legales a que me he permitido hacer referencia".

Se considera:

Por no prestarse la redacción de estos cargos a la elaboración de un resumen adecuado de ellos, fue necesario hacer la transcripción completa. Pero en verdad ni aún así se capta con claridad la sustancia de los cargos desde el punto de vista de la técnica de casación. Para su mejor estudio se consideraran en conjunto.

En el cargo A de este segundo grupo se acusa la sentencia del Tribunal por violación de los artículos 66 y 69 del Código Fiscal, 593, 722, 730, 632 y 661 del Código Judicial y 1758, 1759, 1857 y 661 del Código Civil.

Los fundamentos de este cargo, como de su lectura aparece, radican primeramente en la tesis ya refutada de que al denunciante señor Parra Palacio, demandado en el presente juicio, le tocaba la carga de la prueba; de que a los demandantes opositores no les correspondía probar su verdadera calidad de colonos, tal como se dejó expuesto, de que el demandado no demostró dentro de este juicio la ocupación actual de los terrenos que pretende se le adjudiquen, ni estableció ser causahabiente del General Echeverry y del señor Londoño anteriores dueños de la hacienda de Quebradanegra, ni probó tampoco que los lotes de los opositores demandantes hubieran formado parte de la mencionada hacienda.

En realidad de verdad, el meollo de la cuestión radica en que el Tribunal estimó necesario que los demandantes opositores hubieran probado su calidad de cultivadores o colonos, para reconocerles el derecho a la oposición que formularon, y en que a su juicio la prueba traída por éstos a los autos, no fue suficiente. En presencia de este defecto en la prueba de los demandantes, el Tribunal consideró que su oposición necesariamente debía fracasar.

Los defectos que anota el recurrente en la prueba de la tradición de los derechos sobre las mejoras establecidas en la llamada hacienda de Quebradanegra, desde sus antiguos ocupantes señor Roberto Londoño y General Antonio Ma. Echeverry, hasta el actual, señor Parra Palacio, demandado en este juicio, no inciden en lo resolutivo de la sentencia. Y no influyen en la decisión del Tribunal, porque como en ella misma

se dice, en este proceso no se está discutiendo sobre tales cuestiones ni respecto del derecho de Parra a la adjudicación que solicita, pues la litis planteada radica exclusivamente acerca del mejor derecho que los opositores puedan tener en sus respectivas parcelas. Y no se comprende cómo se hayan violado los artículos 661 y 1857 del Código Civil, que se refieren, respectivamente, a la calidad de inmuebles por accesión y a la necesidad de otorgar escritura pública para la venta de los bienes raíces o inmuebles. Puesto que no se ha decidido sobre la adquisición a este título de un inmueble, tales textos han sido completamente ajenos a la sentencia.

El denunciante señor Parra presentó en las diligencias administrativas algunas escrituras y un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Líbano con el fin de establecer su calidad de causahabiente de quienes le transmitieron sus derechos sobre las mejoras y cultivos, para los efectos del artículo 69 del Código Fiscal, ordinal c., al tenor del cual en el memorial de solicitud de adjudicación se debe expresar: "la circunstancia de haber sido establecidos los cultivos o hecha la ocupación por el solicitante o por otra u otras personas de quienes son (sic) causahabientes". Pero esto no quiere decir que en este juicio se estuviera discutiendo sobre la validez de tales títulos ni sobre el derecho del solicitante a la adjudicación. Pues como ya se dijo, el juicio versa sobre el derecho de los opositores al tenor de las peticiones de su demanda.

Por otra parte, los artículos 593, 722, 730, 632 del Código Judicial y 1758 y 1759 del Código Civil son normas de carácter procesal y probatorio, no sustantivas, cuya violación no configura la causal primera de casación invocada. Y lo mismo cabe decir del artículo 69 del Código Fiscal cuyo carácter es el de simple norma de trámite administrativo de las solicitudes para la adjudicación de terrenos baldíos. El artículo 66 del mismo Código fue derogado por el artículo 10 de la ley 85 de 1920.

No es procedente por las razones anteriores, este cargo.

El cargo B. de este segundo grupo se limita a la acusación de haberse violado los artículos 702 y 697 del Código Judicial, sin explicar siquiera el sentido de tal violación. Y el cargo repite que el artículo 697 fue violado, omitiendo también explicar el sentido y alcance de su violación. Y como estas normas son simplemente procesales y su infracción, de existir, no configuraría la causal invocada de error en la apreciación de las pruebas, no es el caso de entrar al análisis de fondo de estos cargos. Son innumerables las sentencias en las cuales ha dicho la Corte que para la prosperidad de esta causal primera por error en la prueba, se necesita que el recurrente alegue y demuestre: 1º—Que en la apreciación de las pruebas el Tribunal incurrió en error de hecho o de derecho, explicando a cuál de éstos se refiere, (cosa que tampoco hace el recurrente); 2º—Que si se trata de error de hecho, sea éste manifiesto y evidente; 3º—Que se explique el sentido y alcance del error, señalándose concretamente las pruebas en cuya apreciación estuvo equivocado el Tribunal; 4º—Que se alegue y demuestre que como consecuencia de tal error el Tribúnal violó la ley sustantiva, indicándose expresamente las normas legales de tal naturaleza violadas y la forma y significado de su violación, según se le haga consistir en infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea. Estos requisitos fueron omitidos por el recurrente en la presentación de los cargos que se analizan.

Por otra parte, "Ha dicho la Corte que cuando un fallador aplica el art. 702, obra dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica, y que para que pueda modificarse la apreciación del tribunal en este caso, es necesario que haya interpretado equivocada o erróneamente las pruebas que figuran en autos. En otros términos, para que pueda prosperar en casación el reparo consistente en que el tribunal aplicó ese artículo, es indispensable que se demuestre que el juez no tuvo en cuenta la calidad, número, fama o ilustración de los testigos cuyas deposiciones le sirvieron de prueba" (Casación 10 septiembre 1942, LIV bis, 72).

Y aún admitiendo con criterio amplio que forma parte de estos cargos el acápite final de la demanda que lleva el título de "Recapitulación", tampoco se encuentran fundamentos para la prosperidad de este grupo de cargos a la sentencia. En efecto, se dice allí que "en virtud de lo demostrado en los anteriores apartes del presente escrito fueron por esto mismo violados" los artículos 1º de la Ley 34 de 1936 y 66 del Código Fiscal, conforme a los cuales se dá derecho al ocupante con casa de habitación y cultivos de terrenos baldíos en extensión no mayor de 25 hectáreas, a que se le adjudique lo cultivado y otro tanto; y los artículos 47 y 72 del Código Fiscal, de los cuales el 1º dispone que las adjudicaciones de baldíos no perjudican a terceros y dejan a salvo los derechos de los cultivadores o

colonos, y el segundo dice que cualquiera persona que tenga interés en ello puede oponerse a la adjudicación.

Pero sucede que precisamente el Tribunal consideró que los opositores demandantes no demostraron su calidad de colonos u ocupantes por derecho propio, para tener derecho a la adjudicación de esas parcelas conforme al primer texto citado. De manera que para la prosperidad del cargo era necesario que el recurrente hubiera demostrado, con todos los requisitos indicados atrás, que tal apreciación del Tribunal había sido el resultado de un error, de derecho o de hecho manifiesto y evidente, en la estimación de ciertas y determinadas pruebas, cosa que no hizo. Como posible error de derecho el cargo no puede prosperar porque ni siquiera se explica el fundamento de la violación de los artículos 702 y 697 del Código Judicial, únicos que se citan; y como error de hecho tampoco, porque no aparece en forma manifiesta y evidente su existencia. A más de que como ya se observó, ni siquiera se dice respecto a cuál de estas dos clases de errores se refiere el cargo.

Por último, el artículo 72 del Código Fiscal es de simple trámite administrativo y el Tribunal no desconoció el derecho de los demandantes a haberse opuesto a la adjudicación, ya que dictó sentencia sobre el fondo de su demanda. Es a la autoridad administrativa a quien compete aplicar este texto, remitiendo el expediente a la justicia ordinaria, como se hizo en este caso. Muy distinto es que el resultado del juicio ordinario sea o no favorable al opositor.

Y en cuanto al inciso final del artículo 47 del Código Fiscal que deja a salvo los derechos de los cultivadores o colonos, no ha sido violado por el Tribunal prque precisamente la sentencia deja a salvo el derecho que tengan los demandantes sobre las mejoras que hayan plantado.

Por 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 Ibagué, el 9 de marzo de 1949.

Costas á cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

LA ACCION REIVINDICATORIA ES POR SU NATURALEZA RESTITUTORIA Y NO SIMPLEMENTE DECLARATIVA — TAMBIEN HAY OTRAS ACCIONES QUE TIENEN UNA FINALIDAD RESTITUTORIA — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION — CAUSAL PRIMERA: EL ERROR DE HECHO Y EL ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS — TECNICA DE CASACION

1—"La reivindicación o acción de dominio —enseña el artículo 946 del C. C.— es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla". Lo cual quiere decir que dicha acción es por su naturaleza restitutoria, y no simplemente declarativa; el mejor derecho en el dominio, como causa de ella, es apenas un presupuesto fundamental de la restitución, y que como tal puede o no hacerse objeto de una declaración expresa, pero que de todas maneras debe ser acreditado, so pena de que la restitución fracase.

Con todo, fuera de la acción restitutoria que se funda en el dominio, jurídicamente tienen también esa misma finalidad y son por lo tanto procedentes, todas aquellas que se fundan en simples títulos precarios, como los de arrendamiento, comodato, depósito, etc., en los cuales la causa de la obligación de restituir no radica en el derecho de propiedad que puede tener o no el arrendador, comodante, etc., sino en el contrato a virtud del cual el deudor recibió la cosa cuya restitución se le demanda.

2—Como lo tiene repetido la Jurisprudencia, la causal segunda de casación por inconsonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, sólo tiene lugar 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 dejado de resolver sobre lo que fue materia de la controversia.

3—Cuando la violación de la ley sustantiva a que alude la causal primera se funda en error manifiesto en la apreciación de la prueba, como lo ha dicho la Corte, no es suficiente el concepto generalizado que se exponga, de haber sido equivocada la estimación hecha por el sentenciador de la que se adujo por las partes al juicio, sino que es necesario, además, que expresamente se singularice dicha prueba y se fije el concepto por el cual el error de su apreciación infringió un determinado precepto de la ley sustantiva.

4—Fundado el juicio del sentenciador a este respecto, no sólo en la declaración de D. Francisco Restrepo, cuyo mérito objeta el recurrente, sin referencia alguna al precepto sustantivo que con su errónea estimación pudo quebrantarse, sino también y principalmente en los resultados de la inspección verificada por el Juez de Tierras, contra la cual no se opone ningún reparo, el cargo que se considera resulta completamente innocuo, y debe por lo tanto rechazarse.

5—El error de derecho tiene lugar cuando se juzga falsamente del valor legal de una prueba, por habérsela desestimado cuando debía tenerse en cuenta, o por habérsela apreciado cuando, no obstante su inadmisibilidad o inconducencia, no podía serlo, o por habérsele dado un alcance distinto al que legalmente le corresponde.

De esta suerte, es absolutamente inadecuado, como lo hace el recurrente en este pleito, hablar de error de derecho consistente en errónea interpretación, "por falta de apreciación de diversas pruebas ya pormenorizadas y analizadas, y al mismo tiempo en apreciación errónea de otras, para concluir la indebida aplicación de los arts. 1602 y 1603 del C. C., "porque el Tribunal de Cali, no podía aplicar al contrato de 1934 ningún contrato distinto..., ni tampoco podía aplicar ese artículo para referirlo a otras obligaciones". Porque, se ha dicho, el juicio equivocado en que consiste el error de derecho dice relación a la ley, criterio jurídico, y no al contenido mismo de otras pruebas; y porque al valorar la sentencia el influjo

de determinados actos o contratos sobre el que es objeto de la litis, nada distinto hace al establecer los fundamentos de la conclusión a que precisamente debe llegar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b).—Bogotá, abril diez y seis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

El diez y nueve de julio de mil novecientos treinta y cuatro los señores JOSE MARIA y JULIO ECHEVERRI por una parte, y JUAN JOSE Y PEDRO CADAVID y FRANCISCO RESTREPO Q, por la otra, suscribieron un documento en virtud del cual aquéllos entregaron a éstos "un lote de terreno inculto, de propiedad de los primeros, para que... lo cultiven de café, plátano y otros cultivos, por el término que requiere la entrega de varios lotes de café que sembrarán los Cadavid y Restrepo mediante las siguientes condiciones: a) Entregar cada tres años un lote o varios de café, que tengan como existencia desde su siembra, la edad de tres años; en la siembra quedan comprendidos, el plátano y árboles frutales apropiados para el sombrío. b) Entregar arreglada la plantación y en estado de limpieza c) Sembrar el café a tres varas y media de distancia de cada árbol, en mayor distancia con el plátano y los árboles de sombrío, conservando la simetría, y siguiendo o conservando la forma triangular. Los Echeverris se obligan a pagar a los Cadavid y Restrepo la cantidad que represente cada lote de café entregado, a razón de diez centavos ($ 0.10), por cada árbol o mata de café en moneda legal y corriente al contado. Los Echeverris no podrán usufructuarse del café sembrado por los Cadavid y Restrepo, mientras no se les haya pagado a éstos el valor correspondiente a cada lote... En caso de que... no pudiesen ejecutar el pago, dentro de los respectivos plazos estipulados para la entrega de los lotes de café sembrados y cultivados por cuenta de los Cadavid y Restrepo, los Echeverri podrán enajenar los lotes de café..., pero mediante la intervención y aceptación de parte de los Cadavid y Restrepo.... Igualmente se advierte, que los productos de agricultura que por separado cultiven los Cadavid y Restrepo..., serán de su exclusiva propiedad, sin tener que participar parte alguna a los Echeverri. Los Echeverri se obligan... a contribuir con la mitad de los gastos que ocasione la construcción y conservación de los cercos necesarios al amparo y defensa de los cultivos..., pero no a suministrarles... dinero ni herramientas para la siembra..., pues tales gastos son por cuenta y riesgo de Cadavid y Restrepo hasta que se verifique la entrega de los citados lotes de los Echeverris".

Cinco años después los señores Restrepo y Cadavid enajenaron mediante escritura pública a don Alfredo Restrepo Cadavid, las mejoras que ellos habían pactado en desarrollo del contrato con los Echeverris; por lo cual y considerando éstos incumplido el contrato, decidieron demandar ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali, tanto a los contratistas como a su cesionario, para que previos los trámites del juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Es de propiedad de los demandantes José María Echeverri García y Julio Echeverri, mayores y vecinos de Dagua, el lote o porción de tierra que éstos entregaron para su cultivo a los señores Juan José Cadavid R., Pedro Cadavid P. y Francisco Restrepo Q. con fecha 19 de julio de 1934 y que se halla encerrado por los siguientes linderos generales, en el Distrito de Restrepo (Valle): Por el norte, mejoras de Manuel Arias; por el sur, propiedad de José María Echeverri García; por el oriente, mejoras del señor Cecilio Betancourt; y por el occidente, el camino vecinal.

"Segunda. Los demandados está en la obligación de entregar a los demandantes —una vez ejecutoriado este fallo— la cantidad de lotes de café que hayan dejado de entregar a los demandantes, en los términos del contrato de fecha 19 de julio de 1934; o, en su lugar, el valor correspondiente a esos lotes de café, al precio que legalmente se compraba la arroba de ese producto el día en que fué establecida la demanda;

"Tercera. Los demandados pagarán a los demandantes los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) ocasionados a éstos con motivo del incumplimiento del contrato que se ve en la copia de la escritura de protocolización Nº 1640 de 8 de octubre de 1941, de la Notaría Segunda de Cali; perjuicios que serán los que se demuestren en el juicio.

"Cuarta. Los demandados pagarán las costas y costos, si su temeridad es tal que afronten la litis".

A estas pretensiones se opusieron los demandados, alegando además las excepciones de "ca-

rencia de acción, falta de causalidad en la obligación demandada, ineptitud sustantiva de la demanda, ilegitimidad sustantiva de la personería, —de ambas partes— prescripción, dolo, enriquecimiento sin causa... falta de mora (sic) para exigir el cumplimiento de prestaciones recíprocas, mejoramiento y explotación económica del suelo", etc.

Surtida la tramitación propia de la primera instancia, fué ésta decidida en sentencia de veintiseis de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, así:

"1º—Decláranse no probadas las excepciones propuestas por los demandados en el presente juicio.

"2º—Es de propiedad de los demandantes José María Echeverri García y Julio Echeverri, mayores de edad, y vecinos de Dagua, el lote o porción de tierra que éstos entregaron para su cultivo a los señores Juan José Cadavid R., Pedro Cadavid P. y Francisco Restrepo Q., con fecha 19 de julio de 1934 y que se halla encerrado por los siguientes linderos generales, en el distrito de Restrepo (Valle): por el norte, mejoras de Manuel Arias; por el sur, propiedad de José María Echeverri García; por el oriente, mejoras del señor Cecilio Betancourt; por el occidente, el camino vecinal.

"3º—Absuélvese a los demandados de todos los demás cargos que les fueron formulados en la demanda que ha sido materia de este juicio".

Apelada por ambas partes esta decisión, el Tribunal Superior de Cali desató el recurso en fallo de diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, en los siguientes términos:

"1º—Los demandados Juan José Cadavid R., y Pedro Cadavid P. y Francisco Restrepo Q., cumplirán dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, las obligaciones que les resultan del contrato celebrado por los señores José María y Julio Echeverri, en la población de Restrepo, el 19 de julio de 1934, y por el cual los demandados recibieron de los Echeverris un lote de terreno inculto, para cultivarlo de café, plátano y otros cultivos, por el término que requiere la entrega de varios lotes de café que sembrarán los Cadavid y Restrepo, según las condiciones allí mismo especificadas, y con la determinación de cabida y linderos que se dan en el hecho segundo de la demanda.

"2º—Los demandados antes referidos están en la obligación de restituir dentro del término indicado en el punto anterior el inmueble que los demandantes entregaron a aquéllos para su cultivo de café y demás plantaciones a que se refiere el referido contrato; y como los demandados hicieron venta de tales cultivos y lote al señor Alfredo Restrepo, éste debe hacer dicha entrega a los actores dentro del término antes mencionado, previo el pago de dichos cultivos por parte de los actores en la forma estipulada en el contrato aludido. Esta condenación se hace en contra del citado Alfredo Restrepo por ser éste sucesor a título singular de los contratantes primitivos señores Juan José y Pedro Cadavid y Francisco Restrepo Q. según se expresó en la parte motiva de esta sentencia. Con tal fin se le concede a dicho demandado el derecho de retención hasta tanto los demandantes le paguen dichas mejoras o le aseguren el importe de las mismas a satisfacción;

"3º—Los demandados Juan José Cadavid R. Pedro Cadavid P. y Francisco Restrepo están obligados a pagar a los demandantes los perjuicios que les hayan ocasionado con la mora en el cumplimiento del contrato y de conformidad con los artículos 1615 y 1616 del C. C. Dichos perjuicios se liquidarán conforme lo previsto en el artículo 553 del C. J.

"4º—Se deja a salvo el derecho del demandado Alfredo Restrepo para reclamar de sus vendedores Cadavid y Restrepo el precio y demás prestaciones que correspondan por causa de los contratos de compraventa que éstos le hicieron de las mejoras de que se trata;

"5º—Las costas son de cargo de los demandados, en ambas instancias;

"6º—Se CONFIRMA el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada, o sea el que declaró no probadas las excepciones propuestas por los demandados".

Tuvo en cuenta el Tribunal, para llegar a este resultado, las siguientes consideraciones:

"Del estudio que se ha hecho de la demanda tanto en sus hechos como en la parte petitoria, se llega a la conclusión de que en ella los demandantes han acumulado varias acciones como la de ejecución del contrato por mora en el cumplimiento de una de las partes contratantes que consagran los artículos 1603, 1610 y 1616 del C. C. y la reivindicatoria o de dominio que contempla el artículo 946 ibidem.

"Se dice lo anterior por cuanto que en los hechos de la demanda se relaciona el contrato celebrado entre los actores y los señores Juan José Cadavid, Pedro Cadavid y Francisco Restrepo Q. sobre cultivo por parte de estos últimos de un lote de terreno perteneciente a los demandantes

y en la parte petitoria se suplica; 1º—Una declaración de dominio a favor de los demandantes; 2º—Una restitución del lote objeto del contrato mejorado; y 3º—Una indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato que sirve de fundamento a las acciones ejercitadas. (fs. 15 a 17, cuaderno Nº 1º).

"Esta interpretación de la demanda la hace el Tribunal siguiendo no sólo el imperativo de equidad y de verdad que regulan las disposiciones legales respectivas, sino también con arreglo a preceptos terminantes como los consagrados en los artículos 471 y 472 del C. J.

"Entendida así la demanda se procede en primer término a estudiar la ejecución del contrato de que se ha hablado".

Se refiere, en seguida, al contenido mismo del documento por medio del cual se formalizó el contrato, al que le asigna pleno valor probatorio de conformidad con el artículo 1602 del C. C., para concluir, que "los contratantes Juan José Cadavid, Pedro Cadavid y Francisco Restrepo debieron cumplir el contrato que ellos mismos consignaron en el documento de que se trata, entregando a los demandantes cada tres años la cantidad o lotes de terreno sembrados de árboles de café y matas de plátano y sombrío conforme a la estipulación que hicieron en el documento referido, y si los Echeverris no les cumplían con el pago de los mismos, bien podían haberlos hecho cumplir por medio de las acciones legales, pero no proceder en la forma como lo hicieron, esto es, vendiendo las mejoras por ellos plantadas en razón del contrato estudiado, al señor Alfredo Restrepo ya que el convenio bilateral, como es el de que se trata, no les daba base para hacer dicha venta y por lo mismo ésta no puede perjudicar a los actores, pues la posesión que los demandados Cadavid y Francisco Restrepo tenían tanto del lote de terreno como de las mejoras que éstos fueran sembrando era a título precario, y no a título de dueños, a excepción de los productos de agricultura que "por separado cultiven los Cadavid y Restrepo, en los lotes que se destinen a la siembra y cultivo del café, (los que según el mismo contrato) serán de su exclusiva propiedad, sin tener que participar parte alguna a los Echeverri". (Véase cláusula tercera del referido contrato).

"De tal manera que no habiendo cumplido los Cadavid y Restrepo con la obligación que les impone el contrato tántas veces mencionado, cual es la de entregar cada tres años a los demandantes las resepctivas porciones de terreno que vayan sembrando de árboles de café y estando por otra parte los Echeverris listos a cumplir lo que les corresponda, como aparece de autos, la acción ejercitada contra los referidos Juan José y Pedro Cadavid, Francisco Restrepo y Alfredo Restrepo debe prosperar, ya que dicha acción es personal y no real, y ella se dirige contra el que es parte en el contrato o contra sus herederos o sucesores, sin que pueda el demandado eximirse de la demanda (sic) alegando que ya no es poseedor de los bienes que han sido objeto del contrato. La entrega de los bienes reclamados es consecuencia de la ejecución del contrato, y por lo tanto al demandante le basta probar los hechos en que funda la acción ejercitada para que mediante la sentencia, nazca para el demandado la obligación de entregar, sin que el actor tenga que demostrar que el demandado es poseedor de los bienes como lo resuelve la Corte Suprema de Justicia en caso semejante, según puede verse en Casación de 28 de mayo de 1913, T. XXIII, página 25".

Observa a continuación, que aun cuando los demandantes quedaron obligados a contribuir con la mitad de los gastos para la construcción y conservación de las cercas, y a pagar a los señores Cadavid y Restrepo diez centavos por cada árbol de café de tres años, la manifestación que ellos hacen de haber cumplido y aún estar dispuestos a cumplir con la totalidad de sus obligaciones, los coloca en situación de pedir válidamente el cumplimiento de las que corresponden a la otra parte, con arreglo al artículo 1609 del mismo Código.

Y que el hecho de que en el contrato se hubiera dejado sin establecer la extensión del inmueble y el plazo para la devolución total del mismo, no son razones suficientes para enervar la acción restitutoria propuesta, dada la determinación que de estos puntos se hace en la demanda, en el acta de inspección practicada por el Juez de Tierras, y en la escritura posterior otorgada por Francisco Restrepo, en la cual éste reconoce que lo vendido por él y los Cadavid a Alfredo Restrepo, apenas tuvo por objeto "los derechos que los demandados tenían en el contrato de que se ha hablado, derechos que jamás podían convertirse en un derecho real o perfecto pues eran de tenencia, ya que si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo sobre la cosa entregada (art. 752, inciso 1º del C. C.)".

De donde concluye "que también es procedente

la acción intentada en este proceso contra el señor Alfredo Restrepo, ya que éste es sucesor a título singular de los primitivos contratantes Juan José y Pedro Cadavid y Francisco Restrepo, y que por lo mismo, debe restituir a los actores el lote o lotes de terreno cultivado de café y plátano a que se refiere el contrato mencionado, ya que no sería justo ni legal que por haber vendido los contratantes mencionados (los Cadavid y Francisco Restrepo) unas mejoras que no les correspondían fueran a quedar los actores desamparados de su derecho siendo que como antes se expresó, los tradentes de Alfredo Restrepo no podían transferirle más de lo que ellos tenían, lo que no era otra cosa que un derecho personal para hacerlo valer contra los actuales demandantes, o sea, el pago de los árboles de café a que se refiere el mencionado contrato".

Por último, considera improcedente la declaratoria de dominio de que trata la súplica primera de la demanda, "porque los demandantes no han acreditado dominio titular sobre el lote que dieron en contrato de mejoramiento a los demandados, sino únicamente una posesión que los demandados aceptaron al celebrar el contrato"; y aunque Alfredo Restrepo ha opuesto un título registrado, éste versa sobre "dominio y posesión de unas mejoras agrícolas, en terrenos baldíos de la Nación", como dice una de las escrituras, o sobre la tercera parte de unas mejoras agrícolas... situadas en el Municipio de Conto, paraje de Zabaletas, con el nombre especial de "La Granja" en terrenos quese dicen pertenecer a José María y Julio Echeverri, según lo expresa la otra.

Contra esta providencia interpuso la parte demandada recurso de casación, el cual fundó oportunamente en las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J., o sea, por "ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva" proveniente "de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba"; y por "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Dentro del orden lógico de dichas causales de que trata el artículo 537 del C. J. corresponde examinar en primer término la segunda, que el recurrente sostiene así:

"La demanda solicita que es de propiedad de los demandantes José Ma. y Julio Echeverri, el lote de tierra que éstos entregaron para su cultivo a los señores Juan José Cadavid R., Pedro Cadavid y Francisco Restrepo Quijano, el 19 de julio de 1934, alinderado: "Por el norte, mejoras de Manuel Arias; por el sur, propiedad de José Ma. Echeverri; por el oriente, mejoras de Cecilia Betancourt, y por el occidente, camino vecinal. "Esta alinderación fué acomodaticia muchos años después del contrato, y con títulos supuestos, y por este aspecto, la pretensión de los demandantes en el fundo era de reivindicar con acción de dominio (sic) fundándose en un presunto contrato de arrendamiento, un lote de terreno".

Pero como la viabilidad de esta acción, que el Tribunal reconoce, supone la previa comprobación de la propiedad de los actores respecto de la cosa singular que se reivindica, y estos extremos no fueron establecidos en el juicio, al ordenar la sentencia la restitución del inmueble con fundamento en una prueba distinta, falló en desacuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

La Sala considera:

"La **reivindicación o acción de dominio** —enseña el artículo 946 del C. C.— es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla". Lo cual quiere decir que, dicha acción por su naturaleza es restitutoria y no simplemente declarativa; el mejor derecho en el dominio, como causa de ella, es apenas un presupuesto fundamental de la restitución, y que como tal puede o no hacerse objeto de una declaratoria expresa, pero que de todas maneras debe ser acreditado, so pena de que la restitución fracase.

Con todo, fuera de la acción restitutoria que se funda en el dominio, jurídicamente tienen también esa misma finalidad y son por lo tanto procedentes, todas aquéllas que se fundan en simples títulos precarios, como los de arrendamiento, comodato, depósito etc., en los cuales la causa de la obligación de restituir no radica en el derecho de propiedad que puede tener o no el arrendador, comodante, etc., sino en el contrato a virtud del cual el deudor recibió la cosa cuya restitución se le demanda.

Ahora bien; en el caso de que aquí se trata, los actores ejercitan a través de la súplica primera de la demanda, no propiamente una acción reivindicatoria, sino de simple declaración de dominio que, dicho sea de paso, no fué acogida por el Tribunal; y propusieron además en la segunda, la acción restitutoria, pero no ya como consecuencia del dominio cuya declaratoria demandaron primero, sino "en los términos del contrato de fecha 19 de julio de 1934", y a la cual accedió

la sentencia, con fundamento en la siguiente precisa consideración, contraria en un todo al concepto de que parte el recurrente para formular su objeción:

"Se dirá que no se ha identficado la cosa objeto de la litis, y que el título por el cual adquirió el señor José María Echeverri unas mejoras agrícolas, acompañado a la demanda, es posterior a los presentados por el señor Alfredo Restrepo, pero es lo cierto que propiamente el litigio no se desata por la acción reivindicatoria sino por la de ejecución del contrato de que se ha hecho mérito, por ser el señor Alfredo Restrepo sucesor a título singular y precario de los otros demandados Juan José Cadavid, Pedro Cadavid y Francisco Restrepo quienes no podían transferir a su comprador más derechos de los que tenían en el inmueble de que se trata. Por otra parte el demandado Alfredo Restrepo reconoce el dominio de los actores sobre el fundo en cuestión y sólo exige que se le pague el valor de las mejoras, como aparece de la diligencia de inspección ocular al fundo en cuestión (sic) practicada por el Juez de Tierras de este Circuito y que en copia debidamente autenticada ha obrado en autos".

Luego si, como lo tiene repetido la Jurisprudencia, la causal segunda de casación por inconsonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, sólo tiene lugar 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 dejado de resolver sobre lo que fué materia de la controversia, se ve claro cómo los fundamentos con que se impugna el pronunciado en este juicio por el Tribunal de Cali, son totalmente improcedentes para justificar la causal que se examina.

El cargo, por lo tánto, debe rechazarse.

Causal primera

Con base en esta causal, se han formulado los siguientes cargos:

a) Error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas con las cuales el Tribunal singularizó el inmueble no identificado en el contrato de 1934 o sea: de la escritura Nº 916 de 13 de junio de 1940, por medio de la cual Manuel S. Abello vendió a José Ma. Echeverri "unas mejoras rurales... dentro de los terrenos denominados "Los Chancos", "Chapas", "Zabaletas", etc. en los Municipios de Dagua, la Cumbre y Conto; y de los documentos personales suscritos entre los demandantes y los señores Manuel J. Yepes, Ana Cardona de Yepes y Luis Felipe Montoya, que ni aislada ni conjuntamente "sirven para una relación concatenada de hechos, para una demanda restitutoria contra don Alfredo Restrepo Cadavid, que es poseedor de la finca de "La Granja", fundada en terrenos baldíos".

b) Error de derecho consistente "en que la prueba fué erróneamente interpretada por falta de apreciación de diversas pruebas ya pormenorizadas y analizadas, y al mismo tiempo apreciación errónea de otros"; lo cual llevó al Tribunal "hacia aplicación indebida de la ley, y a falta de aplicación de otro texto, que era el caso de aplicar y a tener en consideración en el fallo".

Como disposiciones indebidamente aplicadas señala los artículos 1602, 1603, 1609, 1610 y 946 del C. C. por los siguientes conceptos: "porque no podía aplicar al contrato de 1934, ningún contrato distinto", ni aplicar estas disposiciones a contratos extraños a los demandados; porque en el caso sub-judice no se trata de una obligación de hacer para cuyo cumplimiento se hubiera constituído en mora a los deudores, porque ejercitada por la parte demandante una acción de dominio cuyo derecho no acredita el contrato de 1934, debía rechazarse por el sentenciador, antes que conformar una acción personal de nulidad con base en la interpretación equivocada en los artículos 471 y 477.

Violó asímismo el Tribunal el artículo 1494 y como consecuencia los artículos 752, 740, 745 y 747, todos del C. C., al considerar el contrato de 1934 como fuente de la obligación de restituir no obstante la ausencia de prueba sobre el dominio pretendido por los demandantes y a la falta de identificación del inmueble a que dicho contrato se refería.

Se considera:

a) **Error de hecho**

Cuando la violación de la ley sustantiva a que alude la causal primera se funda en error manifiesto en la apreciación de la prueba, como lo ha dicho la Corte, no es suficiente el concepto generalizado que se exponga, de haber sido equivocada la estimación hecha por el sentenciador de la que se adujo por las partes al juicio, sino que es necesario además, que expresamente se singularice dicha prueba, y se fije el concepto por el cual el error de su apreciación infringió un determinado precepto de la ley sustantiva.

En el caso de autos, el error de que se acusa la sentencia en relación con la identificación del inmueble se refiere: a "la escritura de don Manuel Abello de 1940 que los demandantes presentaron como su título de dominio, o sea una finca situada en indivisos y en tres Municipios distintos" (numeral 5º); a "la prueba documentaria de documentos. (sic) personales de los demandantes, con procedencia de los señores Yepes, Luis Felipe Montoya y Manuel S. Abello"; y, según acusación que posteriormente se lee en otro aparte de la demanda, a la declaración de D. Francisco Restrepo "al considerar fragmentariamente la respuesta... y aplicarla a los señores Juan José y Pedro Cadavid y D. Alfredo Restrepo Cadavid y sin considerar que D. Francisco Restrepo, manifestó que se trataba de mejoras en terrenos baldíos".

Pues las dilatadas consideraciones propuestas, por el recurrente para establecer el error o errores en que, sostiene incurrió el Tribunal en la estimación del contrato por cuya inejecución se promovió el juicio, ni siquiera se hicieron materia de cargo específico alguno dentro del Capítulo destinado al planteamiento de las causales de casación en que se apoya el recurso.

Pero resulta, que de las pruebas que el demandante considera como erróneamente apreciadas para los fines de la identificación del inmueble, el Tribunal sólo tuvo en cuenta la declaración de Francisco Restrepo, según puede comprobarse con los siguientes apartes de la sentencia, en otro lugar transcrita:

"Es verdad también que en el documento no se estipuló la extensión de terreno entregada por los demandantes a los señores Cadavid y Francisco Restrepo ni tampoco se fijó el plazo para la devolución total del mismo por parte de los mencionados Cadavid y Francisco Restrepo a los Echeverris, pero ello no es óbice para que la acción incoada prospere, si se tiene en cuenta que en la demanda se indican claramente los linderos del lote entregado y la extensión del mismo; y se fija el término de años sucesivos para entregas parciales del lote cultivado; como también aparece la cabida de éste y su determinación necesaria, del acta de inspección practicada por el Juez de Tierras traída a los autos como prueba y de que ya se ha hecho mérito; apareciendo por otra parte de la escritura otorgada por Francisco Restrepo que el terreno es de propiedad de los actores, confesión ésta que está indicando a las claras que lo vendido por los Cadavid y Francisco Restrepo a Alfredo Restrepo no fué más que los derechos que los demandados tenían en el contrato de que se ha hablado, derechos que jamás podían convertirse en un derecho real o perfecto pues eran de tenencia, ya que si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada".

Luego fundado el juicio del sentenciador a este respecto, no sólo en la declaración de D. Francisco Restrepo, cuyo mérito objeta el recurrente, sin referencia alguna al precepto, sustantivo que con su errónea estimación pudo quebrantarse, sino también y principalmente en los resultados de la inspección verificada por el Juez de Tierras, contra la cual no se opone ningún reparo, el cargo que se considera resulta completamente innocuo, y debe por lo tanto rechazarse.

b) **Error de derecho**

Esta clase de error tiene lugar cuando se juzga falsamente del valor legal de una prueba, por habérsela desestimado cuando debía tenerse en cuenta, o por habérsela apreciado cuando, no obstante su inadmisibilidad o inconducencia, no podía serlo, o por habérsele dado un alcance distinto al que legalmente le corresponde.

De esta suerte, es absolutamente inadecuado, como lo hace el recurrente en este pleito, habla de error de derecho consistente en errónea interpretación "por falta de apreciación de diversas pruebas ya pormenorizadas y analizadas, y al mismo tiempo en apreciación errónea de otras, para concluir la indebida aplicación de los arts. 1602 y 1603 del C. C., "porque el Tribunal de Cali, no podía aplicar al contrato de 1934 ningún contrato distinto..., ni tampoco podía aplicar ese artículo para referirlo a otras obligaciones". Porque, se ha dicho, el juicio equivocado en que consiste el error de derecho dice relación a la ley, criterio jurídico, y no al contenido mismo de otras pruebas; y porque al valorar la sentencia el influjo de determinados actos o contratos sobre el que es objeto de la litis, nada distinto hace al establecer los fundamentos de la conclusión a que precisamente debe llegar.

Considera asímismo el recurrente infringido por aplicación indebida, el artículo 1610 del C. C., por haber declarado el Tribunal como constituídos en mora a los demandados, cuando en el juicio no se debate el cumplimiento de una obligación de hacer, ni hay prueba alguna de retar-

do en la inejecución de sus obligaciones. Y este reparo, tampoco es fundado. En efecto:

La obligación de restituir a que condena la sentencia se apoya, no exactamente en el contenido del artículo 1610 que, junto con los artículos 1615 citó la sentencia para concluir la obligación de indemnizar perjuicios, en que se encuentran los demandados, sino en la implícita aplicación del 1608 que señala como caso de mora, "cuando (el deudor) no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado" según se desprende de los siguientes considerandos del mismo fallo: "Así, pues, los contratantes Juan José Cadavid, Pedro Cadavid y Francisco Restrepo debieron cumplir el contrato que ellos mismos consignaron en el documento de que se trata, entregando a los demandantes cada tres años la cantidad o lotes de terrenos sembrados de árboles de café y matas de plátano y sombrío conforme a la estipulación que hicieron en el documento referido..., "De tal manera que no habiendo cumplido los Cadavid y Restrepo con la obligación que les impone el contrato tántas veces mencionado, cual es la de entregar cada tres años a los demandantes las respectivas porciones de terreno que vayan sembrando de árboles de café, y estando por otra parte los Echeverris listos a cumplir lo que les corresponda, como aparece de autos, la acción ejercitada contra los referidos Juan José y Pedro Cadavid, Francisco Restrepo y Alfredo Restrepo debe prosperar...".

Se acusa finalmente la sentencia como violatoria de los artículos 946, 1934, 752, 740 y 745 del C. C., por los siguientes conceptos: porque ejercitada por los actores una acción de dominio, como lo reconoce el Tribunal, no es procedente decretar la restitución, supuesta la falta de prueba sobre la propiedad, y singularización del inmueble; porque tratándose en el contrato de 1934 del dominio de un monte inculto no identificado, aquella estipulación no podía originar concurso de voluntades, que crean por consiguiente obligaciones para las partes; y porque obligados los actores como tradentes del inmueble a comprobar su dominio, no podía reconocerles el derecho de restitución que el fallo decreta, frente a la ausencia de títulos en favor suyo.

Sucede sinembargo, que, en otro lugar se expresa, la restitución que del inmueble dispone la sentencia, no lo fué por obra de una acción reivindicatoria, que ella misma reconoce como "legalmente improcedente, ya que los demandantes no han acreditado dominio titular sobre el lote que dieron en contrato de mejoramiento a los demandados, sino únicamente una posesión que los demandados aceptaron al celebrar el mejoramiento indicado"; se fundó expresamente en las estipulaciones del contrato acordado en 1934 cuyo contenido, no obstante la indeterminación de linderos que luégo hubo de subsanarse por otros medios, obliga exactamente a la restitución. Y si ésto es así, mal puede entonces pretenderse infracción alguna de los preceptos que regulan la tradición del dominio del inmueble, y el ejercicio de la acción reivindicatoria.

En consecuencia, también estos cargos deben rechazarse.

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y siete (17) de octubre de mil novecientos cuarenta y siete (1947), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali 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.

Luis Enrique Cuervo—Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

LOS DERECHOS DE LAS PARTES QUE SE ORIGINAN EN LA NULIDAD PRONUNCIADA EN SENTENCIA QUE TIENE LA FUERZA DE COSA JUZGADA, ESTAN SUBORDINADOS EN SU NATURALEZA Y EXTENSION AL MODO Y TIEMPO COMO CADA UNA DE ELLAS HAYA CUMPLIDO CON LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES QUE SE INVALIDAN — PERITAZGO — INTERPRETACION DEL ART. 721 DEL C. J.

1—Es verdad que conforme a los preceptos que el recurrente cita como violados por el sentenciador, "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, dá a las partes derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo", y que "en las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada una responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias. Pero naturalmente, subordinados cada uno de estos derechos, en su naturaleza y extensión, al modo y tiempo como cada una de las partes haya cumplido con las obligaciones contractuales que se invalidan. El vendedor tiene derecho a la restitución del bien enajenado y a sus frutos, y el comprador a la del precio y sus intereses, siempre que las obligaciones contractuales de donde procede la de restituir se hubieren cumplido, porque no es posible devolver sino lo que se ha recibido: y el tiempo desde el cual obligan las prestaciones accesorias debe medirse en relación con la fecha en que se ejecutaron las principales, precisamente porque sólo así vuelven las cosas al estado jurídico en que las partes se encontrarían, de no haberse realizado.

Por tánto, trabada la controversia sobre la base de la no entrega de los bienes enajenados, la declaratoria de nulidad que se impetraba no podía determinar obligaciones restitutorias a favor de la vendedora, por lo mismo que la demandada no tenía la cosa en su poder, ni había podido por consiguiente percibir frutos de ninguna clase.

2—De conformidad con el artículo 721 del C. J., en el caso de avalúos o de cualquiera regulación de cifra numérica en que haya desacuerdo entre los peritos, se toma el medio aritmético, "a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este evento, el Juez hace la regulación que estime equitativa y conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; y aún puede decretarse de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe". De donde resulta que, en el caso de un avalúo en que los peritos no están de acuerdo, puede ofrecerse una de dos situaciones: que la diferencia entre los dos extremos no exceda del cincuenta por ciento, y entonces debe el Juez para fijar el justo precio, tomar el medio aritmético de los guarismos fijados por los peritos; o que dicha diferencia sea mayor, y entonces, dada la incertidumbre a que conduciría el procedimiento mecánico de una deducción sacada de antecedentes ostensiblemente equivocados, debe el Juez elegir, entre una regulación equitativa hecha sobre los datos que le ofrezcan los propios dictámenes y demás pruebas del proceso, y el nuevo justiprecio por peritos que él mismo designe.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b).—Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Güalberto Rodríguez Peña)

Mediante la escritura pública Nº 3700 de 24 de octubre de 1942 otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Medellín, la señora Ernestina Ruiz de Saldarriaga vendió con pacto de retroventa a la señorita Judith Alvarez, tres lotes de terreno, jùnto con sus edificaciones y mejoras, ubicados y

deslindados como aparece en dicho instrumento, y por la suma de cuatro mil trescientos sesenta pesos ($ 4.360.00) moneda corriente, que la vendedora declaró recibidos a su satisfacción. Se estipuló así mismo, que "desde hoy queda la compradora en posesión de lo que adquiere, con las acciones y derechos consiguientes, usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas" y que la vendedora "se reserva el derecho de comprar nuevamente estos inmuebles, dando a su comprador la misma cantidad de cuatro mil trescientos sesenta pesos en cualquier tiempo, dentro del plazo de un año contado de hoy en adelante, y de no hacerlo en este plazo, la venta quedará en firme".

Vencido el tiempo prefijado para la retroventa sin que ésta se hubiera realizado, se consideró la señora de Saldarriaga gravemente lesionada en la referida venta, y con este motivo promovió ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, acción ordinaria contra la señorita Alvarez, en demanda de las siguientes declaraciones:

"a) Que se declare por usted la rescisión por lesión enorme del contrato de venta realizado por medio de la escritura Nº 3700 de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, pasado ante el señor Notario Cuarto de este Circuito, celebrado entre doña Ernestina Ruiz de S. y la señorita doña Judith Alvarez M.

"b) Que como consecuencia de esa declaración anterior, se declare por usted que los inmuebles que dá cuenta el título escriturario de que se habló en la petición anterior, no han salido del patrimonio de doña Ernestina Ruiz de S. y que en ninguna época han salido de su poder.

"c) Que se cancele la inscripción del mencionado título Nº 3700, fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, para lo cual se dignará oficiar al señor Registrador de Instrumentos Públicos de la ciudad, lugar de la ubicación de los inmuebles".

Previa la correspondiente tramitación del negocio, el Juzgado del conocimiento lo decidió en sentencia de catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, en el sentido de negar las declaraciones solicitadas y absolver, por lo tanto, a la demandada de los cargos que se le formularon.

Apelada esta providencia por la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, ante quien se surtió el recurso lo resolvió en sentencia de veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, en los siguientes términos:

"1º—Se revoca la sentencia que ha sido materia de apelación;

"2º—Se declara rescindido por causa de lesión enorme el contrato de compraventa contenido en la escritura número 3700 de fecha 24 de octubre de 1942, otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de Medellín y a la cual se alude en el libelo;

"3º—Como consecuencia de la anterior declaración, las partes serán restituídas al estado que antes tenían, si no se hiciere uso de la opción de que se hablará en seguida, en un sentido opuesto a la rescisión.

"4º—La compradora Judith Alvarez, podrá optar entre consentir la rescinsión o completar el justo precio, fijado en la cantidad de $ 9.000.00, con deducción de una décima parte a cuyo efecto se le señala el plazo de seis días.

"5º—Si la demandada optare por la rescisión, se cosiderará que el inmueble materia del contrato no ha salido nunca del patrimonio de la vendedora, y en consecuencia, se ordenará la cancelación del registro de la mencionada escritura;

"6º—En el mismo caso a que se refiere el numeral anterior, la señora Ernestina Ruiz deberá restituir a la señora Judith Alvarez el precio recibido, o sea, la suma de cuatro mil trescientos sesenta pesos ($ 4.360.00), con los intereses legales correspondientes desde la fecha del contrato;

"7º—No se hace condenación en costas".

El Tribunal, luégo de referirse a los antecedentes y pruebas allegadas al juicio, y de modo particular a los dictámenes periciales rendidos por los señores Cecilio Licona y Juan de Dios Cock, como principales y Martín Acevedo como tercero, los cuales fijaron como justo precio en el día de la venta las sumas de $ 25.704.00, $ 8.876.00 y $ 7.206.56, respectivamente, declara lo siguiente:

"Es, pues, evidente que la diferencia entre los dos extremos excede de un 50% de la cantidad menor, por lo cual es el caso de dar aplicación a la regla contenida en el artículo 721 del C. J., en su segunda parte. En efecto, la diferencia entre los dos extremos es de $ 18.497.44, suma ésta que excede en $ 11.290.88 del avalúo del doctor Acevedo, es decir, en más de la mitad según lo expresa a continuación:

"50% de 7.206.56 ..... 3.603.28
"Diferencia entre 25.504 y 7.206.56 ... 18.497.44
"Exceso de 18.497.44 sobre 3.603.28 .. 14.894.00

"El artículo 721 citado es del tenor siguiente:

"Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen unifor-

me y explicado y debidamente fundamentado de dos peritos hace plena prueba.

"Si hay desacuerdo se toma el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este evento, el Juez hace la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; y aún puede decretar de oficio otro avalúo, por medio de peritos que él designe".

"Corresponde, pues al Tribunal apreciar el verdadero valor de los objetos vendidos, ya que no optó por decretar nuevo avalúo, a causa de que en el incidente de objeciones se produjeron varios experticios que, con los ya aludidos, suministran una base suficiente de apreciación".

Analiza en seguida, los distintos factores que a través del informativo permiten la determinación del justo precio para llegar a la siguiente conclusión:

"El contrato de compraventa puede ser rescindido por lesión enorme. El vendedor sufre dicha lesión cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende en la época de la celebración del contrato (arts. 1946 y 1948 del C. C.).

"El justo precio de la cosa debe fijarse, en general, con la intervención de peritos, sin que deban rechazarse en absoluto los demás medios de prueba. En el caso presente, la Sala con base en el reconocimiento directo del inmueble, en los diversos dictámenes de peritos que obran en el expediente, ha fijado en la suma de nueve mil pesos ($ 9.000.00) el justo precio del inmueble, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 721 del C. J. en las circunstancias indicadas.

"Es de rigor admitir, por consiguiente, que la señora Ernestina Ruiz de S. sufrió lesión enorme y que, por tanto, el contrato debe ser rescindido, porque adolece de un vicio del consentimiento, erigido en causal de nulidad en virtud de expresas disposiciones legales.

"En efecto: el precio recibido fué el de $ 4.360.00, indudablemente inferior a la cantidad de $ 4.500.00, que, como se ha visto, es la mitad del justo precio.

"Se pronunciará, pues, la declaración de rescisión impetrada.

"De conformidad con el artículo 1948 del C. C., el comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá a su arbitro consentir en ella o completar el justo precio con deducción de una décima parte. Como la ley no fija plazo para hacer efectivo esta opción, el Juez debe fijarlo en el fallo, como se ha admitido por la jurisprudencia.

"El artículo 1746 del C. C. es también aplicable a la rescisión pronunciada por causa de lesión, puesto que se trata de una nulidad relativa, y, por tanto, las partes deberán ser restituídas al estado anterior al contrato, sin que respecto de la parte demandada se requiera demanda de reconvención, salvo, naturalmente, el derecho de opción de que ya se ha hablado.

"No se decretará la restitución del inmueble, porque según se afirma en el libelo, éste no fué entregado al comprador, y el vendedor lo ha poseído desde la fecha del contrato. Se condenará sí a la señora Ernestina Ruiz S. a restituir el precio recibido, con los intereses legales correspondientes desde la fecha del contrato. Esto es lo justo, porque aunque la buena fe se presume en ambos contratantes, el demandado no recibió el inmueble ni se lucró, por tanto, de los frutos producidos".

Al notificarse de este fallo la parte actora solicitó su aclaración, a fin de que se hiciera una completa declaración sobre prestaciones mutuas; se refiriera a la suma de $ 11.481, que es el medio aritmético, la diferencia de lo que en su caso debía pagarle la demandada, y se limitaran los intereses que ésta debe recibir, a los causados desde la contestación de la demanda y no desde la fecha del contrato.

Tal solicitud le fué negada en providencia de veintiuno de julio siguiente, por lo cual interpuso contra la sentencia el correspondiente

RECURSO DE CASACION

Como fundamento de la demanda invoca el recurrente las causales 1ª y 3ª del artículo 520 del C. J., o sea, por ser la sentencia del Tribunal violatoria de la ley sustantiva, y contener "en su parte resolutoria declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsistan a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella", conforme a los dos cargos siguientes:

a) Por error de derecho, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 961, 962, 964 a 1746 del C. C., que hablan de la obligación que tiene el poseedor vencido de restituir la cosa con sus mejoras y sus frutos, y del derecho que, en caso de nulidad judicialmente declarada, asiste a las partes para ser restituídas al mismo estado anterior, por haberse abstenido la sentencia, a virtud de interpretación errónea y aplicación indebida, "de ordenar la restitución del in-

mueble con sus frutos naturales y civiles"; y violando así mismo por error grave, el artículo 1849 de la misma obra que define el contrato de compraventa, al declarar para la vendedora la obligación de pagar intereses, cuando en los que se acuerdan con pacto de retroventa, el precio de éste incluye "el mayor valor que se debe pagar el día del retracto"; y

b) Por interpretación errónea y aplicación indebida, del artículo 721 del C. C., "por cuanto desechó el dictamen pericial de los señores Juan de Dios Cock, Cecilio Licona Hurtado y Martín Acevedo, pues declaró no probada la tacha de error grave propuesta por el apoderado de la demandada..., y después desestimó esa misma providencia que lo obligaba a verificar la tarea aritmética de orden legal, para hacer el justiprecio de esos inmuebles de acuerdo con ella, pero primó la operación aritmética verificada por el Honorable Tribunal, fija la cantidad de nueve mil pesos ($ 9.000.00) con deducción de una décima parte de este valor".

Posteriormente agrega, que "El Tribunal violó flagrantemente las leyes al fijar arbitrariamente, sin sujeción a las pruebas del proceso, las que le eran obligatorias, el precio a los inmuebles en una cantidad inferior a las que se podían deducir, al verificar la división de esas cantidades señalada en los dictámenes de que se ha venido hablando".

La Sala considera:

a) Es verdad que conforme a los preceptos que el recurrente cita como violados por el sentenciador, "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, dá a las partes derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo", y que "en las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada una responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias útiles o voluntarias. Pero naturalmente, subordinados cada uno de estos derechos, en su naturaleza y extensión, al modo y tiempo como cada una de las partes haya cumplido con las obligaciones contractuales que se invalidan. El vendedor tiene derecho a la restitución del bien enajenado y a sus frutos, y el comprador a la del precio y sus intereses, siempre que las obligaciones contractuales de donde proceden la de restituir se hubieren cumplido, porque no es posible devolver sino lo que se ha recibido: y el tiempo desde el cual obligan las prestaciones accesorias debe medirse en relación con la fecha en que se ejecutaron las principales, precisamente porque sólo así vuelven las cosas al estado jurídico en que las partes se encontrarían, de no haberse realizado.

Ahora bien. Aun cuando en la escritura de que se viene hablando la señora de Saldarriaga, expresó que "desde hoy queda la compradora en posesión de lo que adquiere", y la señorita Alvarez, al aceptar la escritura le dio su asentimiento a esta declaración, es lo cierto que en su demanda la vendedora la rectifica terminantemente, al afirmar: "Tercero. Mi mandante no se ha separado de la posesión material del inmueble, ya que la conserva hasta el momento de formularse ésta". Lo cual quiere decir, que trabada la controversia sobre la base de la no entrega de los bienes enajenados, la declaratoria de nulidad que se impetraba no podía determinar obligaciones restitutorias a favor de la vendedora, por lo mismo que la señorita demandada no tenía la cosa en su poder, ni había podido por consiguiente percibir frutos de ninguna clase.

No sucede lo propio con respecto al precio, que la vendedora declaró recibido a su satisfacción en la fecha misma del contrato, sin rectificación probatoria alguna en el curso del juicio. Por ésto la restitución que respecto de él y de sus intereses decreta el Tribunal resulta inobjetable, ya que si se limitara el pago de estos últimos a los causados desde la fecha de la demanda, como lo pretende el recurrente, tal limitación determinaría para la vendedora un enriquecimiento injusto por los producidos en el tiempo anterior, en que también disfrutó de los beneficios consiguientes al goce de la suma recibida.

El cargo, pues, debe rechazarse.

b) Por lo que hace a la segunda de las acusaciones propuestas, la Sala se limita a considerarla a la luz del artículo 721 del C. J. citado, por ser ésta la única disposición a que concretamente se refiere el cargo, puesto que, como lo establece el artículo 531 del C. J. y lo tiene repetido la jurisprudencia, no basta a la viabilidad del recurso que en la demanda se expresen la causal aducida para pedir la infirmación del fallo y los fundamentos en que se la apoya, sino que es necesario además que se citen "los textos legales que el recurrente estima infringidos".

Pues bien. De conformidad con el artículo 721 del C. J., que el demandante sostiene errónea-

mente interpretado y aplicado por el Tribunal, en el caso de avalúos o de cualquiera regulación de cifra numérica en que hay desacuerdo entre los peritos, se toma el medio aritmético, "a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento la cantidad menor, pues en este evento, el Juez hace la regulación que estime equitativa y conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; y aún puede decretarse de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe". De donde resulta que, en el caso de un avalúo en que los peritos no están de acuerdo, puede ofrecerse una de dos situaciones: que la diferencia entre los dos extremos no exceda del cincuenta por ciento y entonces debe el Juez para fijar el justo precio, tomar el medio aritmético de los guarismos fijados por los peritos; o que dicha diferencia sea mayor, y entonces dada la incertidumbre a que conduciría el procedimiento mecánico de una deducción sacada de antecedentes ostensiblemente equivocados, debe el Juez elegir, entre una regulación equitativa hecha sobre los datos que le ofrezcan los propios dictámenes y demás pruebas del proceso, y el nuevo justiprecio por peritos que él mismo designe.

Pero como es evidente que en el avalúo verificado en este juicio, la estimación del perito señor Licona en la suma de $ 25.000.00 excede en más del 50% la de $ 7.206.56 que hizo el perito Acevedo, el Tribunal no podía como lo pretende el recurrente, buscar el medio aritmético, sino disponer un nuevo avalúo o hacer él mismo la regulación, como lo hizo, sobre los distintos datos que arroja el expediente.

En consecuencia, también este cargo es infundado, y debe rechazarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de fecha veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín 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 SE TRATA DE TESTAMENTO CERRADO, EL PLIEGO DE DISPOSICIONES DEBE ESTAR FIRMADO NECESARIAMENTE DE PUÑO Y LETRA DEL TESTADOR Y NO VALE LA FIRMA PUESTA POR TERCERA PERSONA A RUEGO DE AQUEL

Si el fin de la limitación de que trata el artículo 1079 del C. C., como en general el de todas las prevenciones y solemnidades de que debe estar rodeada esta clase de actos, no es otro que el de asegurar absoluta y eficazmente la autenticidad de las declaraciones testamentarias, esa garantía, respecto del escrito que en sobre cerrado se presenta al Notario y a los testigos, no puede alcanzarse sino a través de una doble condición: que el otorgante esté EN CAPACIDAD ACTUAL DE VERIFICAR que el contenido del escrito corresponde fielmente a la determinación libre y espontánea de su voluntad; y que disponga asímismo de la APTITUD NECESARIA PARA DEMOSTRAR EN EL HECHO aquella identidad o concordancia. La primera se cumple mediante la prueba de su conocimiento en el arte de la lectura; la segunda, por la atestación de que debe dar fe su propia firma al pie del escrito de disposiciones, como implícitamente lo previene a continuación el inciso segundo del artículo 1080.

"Se requieren, pues —dice don Fernando Vélez— dos condiciones esenciales para poder otorgar testamento cerrado: 1ª Saber leer; 2ª Saber escribir. De suerte que no basta que una persona sepa una de estas dos cosas para que pueda testar de una manera secreta. La razón de ésto es clara: como del testamento cerrado, el Notario y los testigos sólo conocen la cubierta en que aquél se encierra, la garantía de que no se alteren sus dispociones, la busca la ley en los conocimientos del testador.

"De ésto resulta lógicamenté que el saber leer y escribir implica que se pueda leer y escribir, pues de lo contrario, conocimientos adquiridos que no puedan practicarse, si se nos permite la palabra, no servirían de precaución para impedir que al testador se le adulteren las disposiciones de su testamento". (Est. sobre el D. C. C., tomo IV, n. 219).

Lo cual corresponde exactamente al pensamiento expuesto por la Corte, cuando en sentencia de 26 de marzo de 1908, se expresa así:

"La firma del testador es solemnidad requerida para la validez del testamento cerrado. Si otra persona, por imposibilidad del testador, firma por él, no es el testador quien firma el testamento, sino esa otra persona, aunque lo haga a nombre del primero, y el testamento no sería válido. Si la ley hubiera querido autorizar este procedimiento, lo hubiera declarado expresamente, como lo ha hecho en casos análogos.

"Firma del testador es el nombre y apellido con rúbrica que el testador, de mano propia, pone al pie de su testamento (el cual puede estar escrito de mano propia o ajena), para darle autenticidad. De manera que al prescribir la ley que el testamento cerrado deberá estar firmado por el testador, prescribe que el nombre y apellido constitutivos de la firma sean escritos de propia mano del testador".

El ciego, por ejemplo, sólo puede "testar nuncupativamente y ante Notario o funcionario que haga veces de tal. Su testamento será leído en alta voz dos veces: la primera por el Notario o funcionario y la segunda por uno de los testigos, elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial en el testamento", conforme lo prescribe el artículo 1078 del C. C. Aunque sepa leer, el estado de incapacidad en que se encuentra al tiempo del otorgamiento para ejercer esa aptitud, le inhabilita para asegurar frente a terceros la autenticidad de las declaraciones que privadamente puede hacer, aún garantizadas con su propia firma, y de ahí por qué no pueda tampoco valerse de un comisionado que a nombre suyo ejercite aquella facultad.

De la misma manera, quien al tiempo de dictar las disposiciones de última voluntad, se encuentra en incapacidad física de es-

tampar de su puño y letra la firma con que antes acostumbraba autorizar los actos de su vida civil, por el mismo hecho está inhabilitado para garantizar la identidad entre lo dispuesto por él y lo que en privado resulte suscrito por un tercero a nombre suyo, en términos de lograrse evidenciar que el pliego presentado no pudo ser alterado o aún reemplazado por otro.

Se explica así, porqué tratándose de la firma del testador al pie del documento que contiene sus disposiciones, no es aceptable hablar del válido cumplimiento de aquella formalidad a través de la firma de un tercero que como mandatario las suscribe a nombre del otorgante: porque encaminado dicho requisito a establecer la autenticidad de un acto, que es reservado por su naturaleza, la forma indirecta o por conducto de terceros como pudiera cumplirse, no sólo conduciría al resultado de la muy difícil comprobación del encargo, sino que aún suponiéndolo evidenciado, desvirtuaría forzosamente el objeto mismo de la formalidad.

No sucede lo propio en tratándose de la firma con que el testador debe suscribir el acta de presentación redactada en la cubierta y la escritura de otorgamiento, y que en el caso de imposibilidad física pueden ser suplidas con la de otra persona que lo haga a ruego suyo. Porque siendo éste un precepto de excepción para tales casos, no es dable jurídicamente aplicarlo por analogía a otros distintos; y porque tratándose en aquellos actos de hacer público y solemne el otorgamiento, se comprende sin dificultad la previsión legal de que la firma pueda ser suplida por ante la fe del funcionario y de los testigos que garantizan la autenticidad de aquellos actos; lo cual, como es obvio, no sucede respecto del pliego mismo de disposiciones, que, se ha dicho, es, por su naturaleza, reservado.

2—De la declaración de nulidad del testamento, por haberse omitido al otorgarlo cualquiera de las formalidades a que debe sujetarse conforme a la ley, no pueden sin embargo deducirse las de nulidad del registro del testamento y del juicio de sucesión que con base en él hubo de seguirse, como tampocó la que se dirige a obtener que la herencia sea liquidada y distribuída de acuerdo con las reglas que rigen la sucesión ab intestato. Porque conformadas las dos primeras actuaciones por requisitos distintos e independientes a los del otorgamiento, los defectos o vicios del testamento, nada tienen que hacer con las formalidades de que deben estar rodeadas las primeras, para su validez y respecto de las cuales no se ha opuesto reparo específico ninguno, y porque el hecho de invalidarse el testamento, podría no conducir a la regulación de la herencia por las normas de la sucesión abintestato, como en el caso de que se presentara otro testamento.

Por lo demás el registro del fallo en que se declara la nulidad, cancela de hecho los del testamento y diligencias de publicación, y pone a los beneficiados con él, en aptitud de adelantar el juicio de sucesión de conformidad con las normas respectivas, si no está aún concluído, o de proponer las acciones correspondientes a la debida liquidación y adjudicación de la herencia, si el juicio estuviere fenecido; con lo cual, las consecuencias finales vienen a ser las mismas que las perseguidas a través de medios o de acciones claramente inadecuados.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gualberto Rodríguez Peña)

Ante el Notario Público del Circuito de Riosucio, en el Departamento de Caldas, otorgó don Tiberio Cadavid, el 24 de octubre de 1944 testamento cerrado, mediante la presentación de un pliego cerrado, sellado y rotulado con la palabra "Testamento" hechas ante los testigos instrumentales señores Eduardo Gartner, Alberto Vélez, Gerardo Aristizabal, Pablo Nicholls y Jorge Santos "declarando de viva voz ante los testigos nombrados y el suscrito Notario, de manera de ser visto y oído y entendido, que el referido pliego contiene su testamento o última voluntad para que tenga pleno efecto, después de sus días". Tanto el acta de presentación que se extendió en la cubierta, como la escritura de otorgamiento, fueron suscritas por el Notario, por el doctor Luis Angel Velásquez C., a quien el otorgante rogó hacerlo a su nombre a virtud de impedimento

físico para firmarlo directamente, y por los cinco testigos instrumentales ya citados.

Posteriormente, verificada ya la apertura y publicación del testamento, se comprobó, que el pliego de posiciones, en vez de hallarse directamente suscrito por el testador, aparecía firmado también por el mismo doctor Velásquez como rogado por Cadavid, en razón del impedimento físico de que éste adolecía en el expresado acto. Esta circunstancia llevó a los señores Guillermo, Jaime y Teresa García Cadavid, como herederos ab-intestato del causante, en su condición de nietos legítimos, a considerar inválido el testamento, y al efecto, demandaron ante el Juzgado del Circuito de Riosucio a los herederos y legatarios instituídos "señores Eva Cadavid, Eduardo, Cornelia y Tulia Cadavid Herrera, Enrique J. y Humberto, Alberto García Cadavid, en representación como herederos de la señora Virginia Cadavid ya fallecida, Adán Cadavid, Efigenia Restrepo de Cadavid, Adán Cadavid Restrepo, Graciela, Carmen, María, Berta y Margoth Cadavid Restrepo, Cleofe Ladino y Fernando Castaño", para que con su citación y audiencia se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nulo, de nulidad absoluta, el testamento cerrado que otorgó el señor Tiberio Cadavid, ante el Notario del Circuito de Riosucio y los testigos Eduardo Gartner, Alberto Vélez Toro, Gerardo Aristizabal, Pablo Nicholls y Jorge Santos, por medio de la escritura pública, número quinientos diez y nueve (519), de fecha 24 de octubre de 1944, testamento que lleva esa misma fecha, y que una vez cumplidas las formalidades legales de su apertura y publicación, fué protocolizado en la misma Notaría de este Circuito, según la escritura pública número noventa y tres (93) de fecha ocho de febrero de 1945, por cuanto el señor Tiberio Cadavid no podía otorgar testamento cerrado, firmando un testigo a su ruego;

"Segunda. Que es asímismo, nulo, el registro de dicho testamento, efectuado en la oficina de registro de instrumentos públicos y privados de este Circuito, en la fecha que debe constar en los libros respectivos.

"Tercera. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, la herencia del expresado causante Tiberio Cadavid, debe liquidarse y distribuirse de acuerdo con las disposiciones legales que rigen la sucesión intestada;

"Cuarta. Que es nulo el juicio de sucesión testada del señor Tiberio Cadavid, que actualmente cursa en este Juzgado, tanto lo actuado hasta hoy, como lo que siga actuando; y

"Quinta. Que si alguno de los herederos o legatarios demandados, se oponé temerariamente a esta acción, se le condene a pagar los costos y costas del presente juicio".

El Juzgado del conocimiento desató la controversia en primera instancia, por sentencia de trece de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, en sentido adverso a las pretensiones del actor, confirmada más tarde en providencia de nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, ante quien la primera fué apelada, con base en los siguientes razonamientos, a que posteriormente refirió el demandante el recurso de casación:

"En cuanto al testamento cerrado, nuestro Código Civil, adoptado en 1873, consagraba en el artículo 1080 los requisitos de forma que le eran propios, estableciendo que el Notario expresará sobre la cubierta, bajo el epígrafe **testamento,** la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos y el lugar, día, mes y año del otorgamiento. Pero en 1931, por la ley 36 se adicionó esta disposición en el sentido de que además de la constancia dicha, se extendiera "una escritura pública en que conste el lugar, día mes y año de la constitución del testamento cerrado; el nombre y apellido del Notario; el nombre y apellido, domicilio y vecindad del testador y cada uno de los testigos, la edad del otorgante, la circunstancia de hallarse éste en su entero y cabal juicio, el lugar de su nacimiento y la nación a que pertenece". También ordena en su artículo 2º esta ley, que en el mismo instrumento se consignará una relación pormenorizada de la clase, estado y forma de los sellos, marcas y señales que como medios de seguridad contenga la cubierta. En el artículo 3º dice que la escritura debe ser firmada por el testador, los cinco testigos y el Notario.

"El artículo 3° de esta ley no revocó el penúltimo inciso del artículo 1080 en lo referente a que si el testador no pudiera firmar al tiempo del otorgamiento, firmara por él otra persona diferente de los testigos instrumentales, pues como la misma ley lo dice en el artículo 7º ella sola

mente adicionó el artículo 1080 del C. Civil en referencia.

"De tal manera que, con las adiciones establecidas a la disposición citada, el testamento cerrado entre nosotros queda garantizado con las mayores seguridades sobre su conservación y autenticidad, pues en este caso interviene el Notario, como guardador de la fe pública. Con la escritura que se extiende acto continuo a la presentación del sobre cerrado que le presenta el testador a éste y a los testigos precediéndole la manifiestación de viva voz, y de manera que el Notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan que en ese sobre se contiene su testamento, se consagra la solemnidad más rigurosa que le dá vida, como testamento, al escrito que presenta el testador en la forma indicada, más la constancia que deja el Notario en el sobre. De manera que con ello queda asegurada, para el futuro, la voluntad del testador.

"Ahora bien, se pregunta, ¿es óbice para los efectos legales, que a pesar de tal solemnidad, complementada además con el consiguiente registro de la escritura, que si el testamento no lo firmó personalmente el testador, sino otra persona a su ruego, por impedimento físico, pueda desconocerse el valor legal, como testamento, al escrito así firmado? La letra del Código puede ser, quizás, un poco rígida, pero el espíritu que inspira la institución del testamento no puede ser tan aberrante, digámoslo, que por esa sola circunstancia se le desconozca su valor.

"Ya se dijo, que el testamento cerrado sólo puede otorgarlo el que sepa leer y escribir; por consiguiente, ésta es la primera y principal razón que dá pié para sostener que el testamento cerrado pueda firmarlo otra persona, cuando por impedimento físico el testador no puede hacerlo, pues presumiéndose que se encuentra en su cabal juicio, con la lectura del testamento firmado se obvia cualquier intento de sustitución del mismo testamento, y su autenticidad se realiza con la presentación personal de dicho escrito por el testador al Notario y a los cinco testigos consagrada por el legislador en forma solemne....

.....

"Ahora bien, sentado lo anterior sobre autenticidad del testamento, si el legislador dice, según las disposiciones citadas, que el cerrado debe estar firmado por el testador, auncuando no hay disposición expresa, como la hay en cuanto a la firma del sobre, que puede hacerlo por él otra persona cuando tenga impedimento físico, sinembargo, hay disposiciones legales que dán asidero para sostener que el testamento también puede firmarlo en las mismas condiciones otra persona a ruego del testador.

"Así por ejemplo, en cuanto a testamento público o abierto, según el artículo 1075 del C. Civil, el acto termina por las firmas del testador y testigos, y por la del Notario si lo hubiere.

"Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia expresando la causa.

"Si se hallare alguno de los testigos en el mismo caso, otro de ellos firmará por él. Nótese que la disposición ni siquiera autoriza que firme por el testador otra persona a su ruego cuando no supiere o no pudiere firmar. Por tánto, no es estrictamente necesaria la firma del testador en este caso, pues lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos. (Artículo 1071 ibidem).

"En cuanto al testamento militar, dice el 1099, será firmado por el testador, si supiere y pudiere escribir, por el funcionario que lo ha recibido y por los testigos.

"Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se expresará así en el testamento. El 1104 establece, que si el que puede testar militarmente prefiere hacer testamento cerrado, deberán observarse las solemnidades prescritas en el artículo 1080, actuando como ministro de fe cualquiera de las personas designadas al fin del inciso 1º del artículo 1098; que la carátula será visada, como el testamento, en el caso del artículo 1102, y para su remisión se procederá según el mismo artículo. Ahora, se pregunta, ¿si el que puede testar militarmente puede a la vez otorgar testamento cerrado, será nulo el testamento, si no lleva la firma del testador ya que el artículo 1099 prevé el caso cuando no supiere o no pudiere firmar? Basta con observar solamente, que el Código tampoco exige vaya firmado el testamento siquiera por otra persona rogada por el testador.

"El Código Civil en su artículo 2595 exige que las escrituras públicas vayan firmadas por los otorgantes o por las personas que firman por ruego de ellos cuando no puedan o no sepan hacerlo; el C. Judicial en el Título sobre pruebas, en su artículo 640 prevé la forma de reconocimiento de firmas puestas en documento privado a ruego de otra persona".

Cita en seguida distintas providencias de la Corte en que se han sostenido conclusiones análogas, y prosigue así:

"Recapitulando todo lo anteriormente dicho, se tiene pues, que si la ley se preocupa de rodear el testamento de formalidades que aseguren la realidad de la voluntad del testador, a su turno, como se ha visto a través de la jurisprudencia, ésta y la ley se guardan de extremar tales precauciones para que a la postre no se haga nugatoria tal voluntad. Pero el caso del testamento cerrado se hace más evidente, si tenemos en cuenta que la autenticidad del testamento se garantizó aún más con la adición que se le hizo al artículo 1080 del C. Civil por medio de la ley 36 de 1941; de tal manera que si hay identidad entre las firmas puestas a ruego en el escrito testamentario y la puesta en la escritura que debe extenderse a la presentación de aquél, como también, con la firma puesta en la misma forma en el sobre por el testador, por qué se le va a negar valor legal al testamento, por falta de firma, si no existe siquiera definición sobre lo que ella comprende?

"Estas son las razones que tiene el Tribunal para no aceptar la tesis de la parte demandante, y aun cuando haya jurisprudencia expresa sobre este punto, dictada en 1908, el rigorismo de la ley no puede extremarse hasta hacer nugatorios tales propósitos, cuando el tráfico social va imponiendo modalidades nuevas, para las cuales la ley debe ir atemperándose, claro está que en su interpretación y aplicación no se pueda ir contra los principios que regulan el orden público y en especial las nulidades, que son exhaustivas, sin que pueda tenerse como falta de firma el testamento cerrado, firmado a ruego cuando por impedimento físico y dejando allí constancia de ello, el testador que sabe leer y escribir, no puede hacerlo".

La demanda de casación

Contra la anterior sentencia interpuso la parte actora recurso de casación fundado en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., o sea, por considerarla violatoria de los artículos 1740 y 1741 del C. C., que el Tribunal infringió directamente, por no haberlos aplicado al caso del litigio, y de los artículos 1080 y 1081 del mismo Código, y 1º y 2º de la ley 36 de 1931, por errónea interpretación. En apoyo de estos conceptos, dice el recurrente:

"El artículo 1740 del Código Civil prescribe que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

"Teniendo en cuenta la anterior disposición, se deduce que para la validez de un testamento cerrado se requiere que en su otorgamiento se cumplan todas las formalidades o requistios que la ley exige para tal acto y que son las contenidas en los artículos 1080 del Código Civil, 1º, 2º y 3º de la ley 36 de 1931".

En el testamento otorgado por el señor Cadavid, agrega, no se cumplieron todos los requisitos señalados por la ley sustantiva, como que ni el pliego de disposiciones, ni el acta de presentación escrita sobre la cubierta, ni la escritura pública que en razón de dicho acto se otorgó, fueron suscritos por él, sino por otra persona que lo hizo a su ruego. Por lo cual, "la omisión de este requisito, necesariamente entraña nulidad del testamento, nulidad que es de carácter absoluto, porque el artículo 1741 del Código Civil, expresa que la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son **nulidades absolutas.**

"De manera que según la ley civil sustantiva, la persona que sepa leer y escribir, puede otorgar testamento cerrado, pero debe firmarlo de su puño y letra, y en el caso de que no sepa leer y escribir o que no pueda firmar por impedimento físico, no puede otorgar esta clase de testamento, sino que debe otorgarlo solemne. En el caso a estudio, el testador Cadavid, sabía leer y escribir, como así consta en los autos, luego podía otorgar su testamento cerrado, pero como por incapacidad física no podía firmar su testamento, entonces no podía rogar a un testigo que lo firmara por él, porque la ley exige en los testamento cerrados, en su cubierta y en la escritura pública, la firma del testador, que no puede ser suplida por un testigo a su ruego. Y como Cadavid no firmó su testamento cerrado, ni el sobre o cubierta que lo contenía, ni la escritura pública 519 otorgada por el Notario al serle presentada dicha escritura cerrada con el testamento de Cadavid, es evidente que faltó un requisito esencial para la validez de dicho testamento y por lo tanto es nulo, de nulidad absoluta el expresado testamento".

La Sala considera:

Como claramente resulta de los razonamientos en que se apoya el Tribunal para negar las acciones deducidas en la demanda, y de los que a

su vez le opone el recurrente para impugnar aquella conclusión, todo el problema por dilucidar se reduce a definir, si es o no legalmente válido el testamento cerrado de quien, sabiendo leer y escribir, no autoriza sin embargo con su propia firma, sino con la de un tercero que lo hace a ruego suyo, el pliego contentivo de sus últimas disposiciones.

La disparidad de criterios, que inclusive ha llegado a manifestarse en doctrinas opuestas de la misma Corte, se origina en el texto de los artículos 1079 y 1080 del C. C., cuyo tenor es como sigue:

"Artículo 1079: El que no sepa leer y escribir no podrá otorgar testamento cerrado".

"Artículo 1080. Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al Notario y a los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que el Notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan... que en aquella escritura se contiene su testamento... "El testamento deberá estar firmado por el testador. La cubierta del testamento estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta. "...Termina el otorgamiento por las firmas del testador, de los testigos y del Notario, sobre la cubierta. "Si el testador no pudiere firmar al tiempo del otorgamiento, firmará por él otra persona diferente de los testigos instrumentales...".

Y surge así la dificultad: Si de acuerdo con la ley, se dice, sólo quien no sepa leer y escribir es inhábil para otorgar testamento cerrado, lógicamente se deduce que quien sí sabe, lo puede válidamente hacer, aun cuando las disposiciones que lo contienen apenas sean autorizadas por un tercero que las suscribe a su nombre y no personalmente por el testador: pues que el fin de esta formalidad no es otro que el de garantizar la aptitud del testador de comprobar directa y personalmente que lo escrito corresponde a la expresión fiel y exacta de su voluntad; y como jurídicamente el acto del representante es acto propio del representado, la firma de quien suscribe a nombre del testador, cumple con la exigencia de que trata el inciso 2º del artículo 1080, como por mandato expreso del último inciso lo ratifica, para la diligencia y escritura que se extienden en el acto mismo del otorgamiento.

Para la Sala, este razonamiento es, sin embargo, de todo punto inaceptable. Porque si el fin de la limitación de que trata el artículo 1079, como en general, el de todas las prevenciones y solemnidades de que deben estar rodeadas esta clase de actos, no es otro que el de asegurar absoluta y eficazmente la autenticidad de las declaraciones testamentarias, esa garantía, respecto del escrito que en sobre cerrado se presenta al Notario y a los testigos no puede alcanzarse, sino a través de una doble condición: que el otorgante esté **en capacidad actual de verificar** que el contenido del escrito corresponde fielmente a la determinación libre y espontánea de su voluntad; y que disponga asimismo de la **aptitud necesaria para demostrar en el hecho** aquella identidad o concordancia. La primera se cumple, mediante la prueba de su conocimiento en el arte de la lectura; la segunda, por la atestación de que debe dar fe su propia firma al pie del escrito de disposiciones, como implícitamente lo previene a continuación el inciso segundo del artículo 1080, antes transcrito.

"Se requieren, pues —dice don Fernando Vélez— dos condiciones esenciales para poder otorgar testamento cerrado: 1ª Saber leer; 2ª Saber escribir. De suerte que no basta que una persona sepa una de estas dos cosas para que pueda testar de una manera secreta. La razón de esto es clara: como del testamento cerrado, el Notario y los testigos sólo conocen la cubierta en que aquél se encierra, la garantía de que no se alteren sus disposiciones, la busca la ley en los conocimientos del testador.

"De esto resulta lógicamente que el saber leer y escribir implica que se pueda leer y escribir, pues de lo contrario, conocimientos adquiridos que no puedan practicarse, si se nos permite la palabra, no servirían de precaucación para impedir que al testador se le adulteren las disposiciones de su testamento". (Est. sobre el D. C. C., tomo IV, número 219).

Lo cual corresponde exactamente al pensamiento expuesto por la Corte, cuando en sentencia de 26 de marzo de 1908, que cita el recurrente, se expresa así:

"La firma del testador es solemnidad requerida para la validez del testamento cerrado. Si otra persona, por imposibilidad del testador, firma por él, no es el testador quien firma el testamento, sino esa otra persona, aunque lo haga a nombre del primero, y el testamento no sería válido. Si la ley hubiera querido autorizar este procedimiento, lo hubiera declarado expresamente, como lo ha hecho en casos análogos.

"Firma del testador es el nombre y apellido con rúbrica que el testador, de mano propia, pone al pie de su testamento (el cual puede estar es-

crito de mano propia o ajena), para darle autenticidad. De manera que al prescribir la ley que el testamento cerrado deberá estar firmado por el testador, prescribe que el nombre y apellido constitutivos de la firma sean escritos de propia mano del testador".

El ciego, por ejemplo, sólo puede "testar nuncupativamente y ante Notario o funcionario que haga veces de tal. Su testamento será leído en alta voz dos veces: la primera por el Notario o funcionario y la segunda por uno de los testigos, elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial en el testamento", conforme lo prescribe el artículo 1078 del C. C. Aun cuando él sepa leer, el estado de incapacidad en que se encuentra al tiempo del otorgamiento para ejercer esa aptitud, le inhabilita para asegurar frente a terceros la autenticidad de las declaraciones que privadamente puede hacer, aún garantizadas con su propia firma, y de ahí por qué no pueda tampoco valerse de un comisionado que a nombre suyo ejercite aquella facultad.

De la misma manera, quien al tiempo de dictar las disposiciones de última voluntad, se encuentra en incapacidad física de estampar de su puño y letra la firma con que antes acostumbrara autorizar los actos de su vida civil, por el mismo hecho está inhabilitado para garantizar la identidad entre lo dispuesto por él y lo que en privado resulte suscrito por un tercero a nombre suyo, en términos de lograrse evidenciar que el pliego presentado no pudo ser alterado o aún reemplazado por otro.

Se explica así, por qué tratándose de la firma del testador al pie del documento que contiene sus disposiciones, no es aceptable hablar del válido cumplimiento de aquella formalidad a través de la firma de un tercero que como mandatario las suscribe a nombre del otorgante: porque encaminado dicho requisito a establecer la autenticidad de un acto, que es reservado por su naturaleza la forma indirecta o por conducto de terceros como pudiera cumplirse, no sólo conduciría al resultado de la muy difícil comprobación del encargo, sino que aún suponiéndolo evidenciado, desvirtuaría forzosamente el objeto mismo de la formalidad.

No sucede lo propio en tratándose de la firma con que el testador debe suscribir el acta de presentación redactada en la cubierta y la escritura de otorgamiento, y que en el caso de imposibilidad física pueden ser suplidas con la de otra persona que lo haga a ruego suyo. Porque siendo éste un precepto de excepción para tales casos, no es dable jurídicamente aplicarlo por analogía a otros distintos; y porque tratándose en aquellos actos de hacer público y solemne el otorgamiento, se comprende sin dificultad la previsión legal de que la firma pueda ser suplida por ante la fe del funcionario y de los testigos que garantizan la autenticidad de aquellos actos; lo cual, como es obvio, no sucede respecto del pliego mismo de disposiciones, que se ha dicho, es por su naturaleza, reservado.

De esta suerte, acorde en un todo la Sala con la doctrina más generalizada de la Corte sobre el particular, considera, que erró de derecho el Tribunal sentenciador, al reconocer como cumplida en el testamento cerrado de don Tiberio Cadavid, el requisito de la firma del testador no estampada por él sino por un tercero que lo hizo a su nombre; y que al hacerlo violó, también por errónea interpretación y aplicación indebida, los artículos 1079 y 1080 del C. C., por cuyo motivo el fallo recurrido debe invalidarse, para revocar en instancia el proferido por el Juzgado del conocimiento y proferir el que deba reemplazarlo.

Para este último efecto se considera:

Se encaminan las peticiones de la demanda, a que se declare: la nulidad del testamento cerrado de don Tiberio Cadavid, de que se ha venido hablando, junto con la inscripción que de tales diligencias se hizo en la Oficina de Registro respectiva; como consecuencia, que el haber hereditario de dicho señor, debe liquidarse y distribuírse de acuerdo con las disposiciones legales, que rigen la sucesión intestada; "que es nulo el juicio de sucesión testada del señor Tiberio Cadavid, que actualmente cursa en ese Juzgado...", y que se condene a los demandados al pago de las costas procesales del juicio.

La declaratoria de nulidad a que se contrae la petición primera, es una consecuencia lógica del vicio de que adolece el testamento, conforme a lo explicado anteriormente y a lo prevenido por el artículo 11 de la ley 95 de 1890 que, al subrogar el 1083 del C. C., establece: "El testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno".

De esta declaración no puede sin embargo deducirse las de nulidad del registro del testamento y del juicio de sucesión que con base en él hubo de seguirse, como tampoco la que se dirige a obtener que la herencia sea liquidada y distribuída de acuerdo con las reglas que rigen la sucesión **ab intestato**. Porque conformadas las dos prime-

ras actuaciones por requisitos distintos e independientes a los del otorgamiento, los defectos o vicios del testamento, nada tienen qué hacer con las formalidades de que deben estar rodeadas las primeras, para su validez, y respecto de las cuales no se ha opuesto reparo específico ninguno y porque el hecho de invalidarse el testamento, podría no conducir a la regulación de la herencia por las normas de la sucesión **ab intestato,** como en el caso de que se presentara otro testamento.

Por lo demás, el registro del fallo en que se declara la nulidad cancela de hecho los del testamento y diligencias de publicación, y pone a los beneficiados con él en aptitud de adelantar el juicio de sucesión en conformidad con las normas respectivas, si no está aún concluído, o de proponer las acciones correspondientes a la debida liquidación y adjudicación de la herencia, si el juicio estuviere fenecido; con lo cual, las consecuencias finales vienen a ser las mismas, que las perseguidas a través de medios o de acciones claramente inadecuadas.

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 de fecha nueve (9) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este juicio, REVOCA la de primera instancia, y en su lugar, FALLA:

Primero.—Declárase nulo el testamento cerrado que otorgó el señor Tiberio Cadavid ante el Notario del Circuito de Riosucio, mediante escritura pública número quinientos diez y nueve (519) de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), y cuyas diligencias de apertura y publicación fueron protocolizadas por escritura número noventa y tres (93) de ocho (8) de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) otorgada en la misma Notaría.

Segundo.—No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones siguientes de la demanda; y

Tercero.—No hay costas en el juicio.

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.

CAUSAL 2ª DE CASACION. — SOCIEDADES DE HECHO.—RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS FRENTE A TERCEROS

1. — En múltiples ocasiones ha dicho la Corte que la causal segunda del artículo 520 del C. J., o sea "por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", sólo tiene cabida cuando el fallador ha dejado de resolver sobre alguno de los puntos materia de la controversia, o cuando extiende su decisión a otros que no se debaten, o fuéra de los límites que las partes le señalaron; es decir, cuando se presenta una disconformidad o desacuerdo entre lo que constituye los extremos petitorios de la demanda, y los términos resolutorios de la sentencia. No cuando la inconformidad o desacuerdo radica en las razones o motivos que el fallador haya tenido en cuenta o dejado de estimar, para llegar a una determinada conclusión. Los errores en que incide el sentenciador al exponer los fundamentos de su resolución, ya por equivocada apreciación de los hechos o por falta de apreciación de las pruebas, y de los que se haya seguido una violación de la ley sustantiva, determinan una causal distinta de la de inconsonancia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Luego negadas como fueron por el Tribunal, en forma explícita y concreta, las declaraciones propuestas en la demanda, no cabe sostenerse, como lo pretende el recurrente, que haya disconformidad o desacuerdo entre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y lo resuelto por la sentencia.

2.—Las sociedades de hecho —como lo tiene repetido la jurisprudencia— son aquellas que se originan, o en el expreso consentimiento de los interesados, pero sin sujeción a los requisitos o solemnidades prevenidas por la ley para el cumplido funcionamiento de las de derecho; o en la implícita voluntad de asociación, que se manifiesta por la colaboración de dos o más personas en una operación o serie de operaciones para una utilidad común. En el ejercicio de tales actividades, pues, el ente social en cuyo interés se desarrollan, carece de toda personalidad y es, por lo mismo, incapaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones, por lo cual no es la sociedad sino los socios personalmente quienes "responden solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho", según lo previene el inciso segundo del artículo 472 del C. de Co.

Se comprende así, por qué, al organizarse de hecho una sociedad, la prueba de su existencia y modo de funcionamiento, no pueden hallarse subordinados a los medios solemnes de la escritura o del correspondiente extracto con que es forzoso acreditar los de las sociedades de derecho comerciales y aún algunas de las civiles, sino que se rigen por los ordinarios que la ley reconoce para los actos y contratos en general, en los términos establecidos por el artículo 477 del C. de Co., que dice: "Tampoco podrán (los socios) alegar la falta de una o más de las solemnidades mencionadas, contra los terceros interesados en la existencia de la sociedad, y éstos podrán acreditarla por cualquiera de los medios probatorios que reconoce este Código".

De esta suerte, al entrar una de estas sociedades en relaciones con terceros, el término de la responsabilidad personal y solidaria de los socios por los actos realizados por éstos en interés de aquélla, tiene naturalmente que medirse por el tiempo a que se haya referido el conocimiento o aviso de funcionamiento a virtud del cual dichos terceros aceptaron contratar en interés de la sociedad, o en caso de indeterminación, por el de la fecha o día en que posteriormente se les haga saber el fin de las operaciones comunes.

Y es porque, fundada aquella responsabilidad personal y solidaria de los asociados, en los términos de organización privada de que expresamente se hizo sabedores a los terceros que contratan en interés de la co-

munidad, los pactos posteriores con que se le modifique o extinga, aun cuando susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos entre los estipulantes, no lo son ni podrían serlo respecto de aquéllos que, al contratar sobre la base de un aviso expresamente comunicado, tienen derecho a que sus efectos se modifiquen o suspendan del mismo modo a como se originaron, o sea, mediante noticia expresa en contrario; ni siquiera el conocimiento privado, vale tanto como decir, el adquirido por conductos ajenos a la expresa declaración de los asociados, es apto a la consecución de tales fines, como claramente resulta del principio consignado en el artículo 477 del C. de Co., antes transcrito. Si así no fuera, la buena fe con que el tercero acepta contratar en interés de la comunidad, quedaría expuesta a la sorpresa de actos a que es completamente extraño. Por ello, el artículo 2140 del C. C., de aplicación analógica al caso de las sociedades de hecho, en lo que es compatible con la naturaleza de éstas, tiene establecido: "La disolución de la sociedad no podrá alegarse contra terceros sino en los casos siguientes: "1° Cuando la sociedad ha expirado por la llegada del día cierto prefijado para su terminación en el contrato. 2º Cuando se ha dado aviso de la disolución por medio de la imprenta, o por carteles fijados en tres de los parajes más frecuentados del respectivo lugar. 3º Cuando se pruebe que el tercero ha tenido oportunamente noticia de ella por cualquiera medios".

3.—La responsabilidad proveniente de la tradición o entrega simbólica que se hace a través de la simple expedición de la mercadería, se funda en el acuerdo previo que ha debido mediar entre el comprador y el vendedor, para formalizar el contrato y para que, en ejecución de éste, se haga la expedición o despacho; por lo cual, si ese acuerdo previo no existe, tampoco cabe la consiguiente responsabilidad, mientras la mercadería no haya sido recibida materialmente por sus destinatarios.

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

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Don Jesús Calle Machado, mayor y vecino de Santa Rosa, en el Departamento de Antioquia, y comerciante de profesión, organizó una o varias sociedades de hecho con los señores Jaime, Alberto y Elías Zuluaga, para la explotación del negocio de mercancías en la ciudad de Yarumal, las cuales "si bien usaban la razón social de 'Calle y Zuluaga' eran independientes entre sí unas de otras", conforme a lo sostenido por aquél, en las posiciones que absolvió dentro del juicio. Tan sólo al establecimiento administrado por Elías, se le distinguía particularmente con el nombre de "Baratillo Cazul".

En el desarrollo de este o estos contratos, Calle Machado tenía la calidad de socio capitalista, y los Zuluagas la de socios industriales; por lo cual y siendo aquél quien gozaba de crédito ante las casas despachadoras, hubo de presentarlos como tales entre otros, a los señores Roque Jaramillo y Cía. Ltda. del comercio de Medellín a efecto de que bajo su responsabilidad personal, se les confiara la mercancía que solicitaran con destino a sus negocios.

Para el mes de junio de 1946, la Compañía con don Jaime hubo de liquidarse, por cuyo motivo el Baratillo Cazul que administraba don Elías, se trasladó al local que aquél venía ocupando.

Cuatro meses después se presentó don Jaime Zuluaga a los almacenes de Roque Jaramillo y Cía. Ltda. de Medellín, en solicitud de una factura de mercancías a crédito, la que al efecto le fue concedida con fecha 4 de octubre, por la suma de $ 3.084.80 m./cte. y despachada luégo el 9 con destino a Baratillo Cazul de Yarumal, por conducto de la empresa pública de "Transportes Arango".

El precio de dicha mercancía no fue sin embargo cubierto; en tal virtud, con fecha ocho de septiembre de 1947, los señores Roque Jaramillo & Cía. decidieron demandar ante el Juzgado del Circuito de Santa Rosa a don Jesús Calle Machado, para que previos los trámites del juicio ordinario se declare a cargo suyo lo siguiente:

"Que está obligado a pagar a Roque Jaramillo & Cía. Ltda. la suma de tres mil ochenta y cuatro pesos, ochenta centavos ($ 3.084.80) moneda corriente, y los intereses que corresponden, valor del precio de mercancías que le fueron vendidas a la sociedad de hecho "Calle y Zuluaga", en virtud de la responsabilidad solidaria que él tiene en su condición de socio de la mentada sociedad de facto.

"Que se ordene sobre costas lo que reza la ley".

En la primera instancia el negocio fue desata-

do por sentencia de trece de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, declarándose: "Que el señor Jesús Calle Machado está obligado a pagar a la sociedad de facto 'Roque Jaramillo & Cía. Limitada' (sic), la suma de tres mil ochenta y cuatro pesos con ochenta centavos ($ 3.084.80 m. l.), valor del precio de mercancías que le fueron vendidas a la sociedad de hecho 'Calle y Zuluaga' (Jesús Calle Machado y Jaime Zuluaga), como socio de éste y por virtud de la solidaridad que por ello le es correlativa. "No se accede a las demás peticiones de la demanda, ni se condena en costas". Tampoco se declara probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado, propuesta en la contestación de la demanda.

La sentencia del Tribunal

Apelada esta decisión por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de veintiocho de junio de mil novecientos cuarenta y nueve la revocó, para negar las declaraciones pedidas.

Para llegar a este resultado el sentenciador, luégo de examinar a espacio la prueba relacionada con la personería de las partes en el juicio, con el funcionamiento en Yarumal de los negocios de Calle y Zuluaga y con las cuentas que a éstos se llevaban en la contabilidad de Roque Jaramillo & Cía., expresa lo siguiente:

"En el caso que se estudia se trata de una sociedad de hecho a la que faltan los requisitos que la ley exige para las sociedades de derecho. Por tener como giro social actos de comercio (artículo 20 del C. de Co.)' para su constitución ha debido someterse a las formalidades del Código de la materia. Y aunque éstas no se hayan llenado (el mismo demandado confiesa que se trata de sociedad de hecho), esa circunstancia no exonera a los socios de la responsabilidad solidaria ante terceros (artículos 2084 del C. C. y 472 del C. de Co.).

No hay prueba de que la sociedad de hecho Calle & Zuluaga, que se dice existió entre Jesús Calle Machado y Jaime Zuluaga M., sea la misma que se formó entre el mismo Calle Machado y Elías Zuluaga M., y que es dueña del almacén denominado "Baratillo Cazul". Ya se ha dicho que el mismo demandado manifiesta que tenía conocimiento de que eran dos sociedades distintas.

"Pueden coexistir varias sociedades de hecho en las cuales haya un socio común a ellas. La circunstancia de ocuparse esas distintas sociedades con un mismo giro de negocios y funcionar en una misma plaza determinada, no es bastante para confundirlas. Es indiscutible el interés del socio común de los otros para que se las diferencie. Puede suceder que uno o varios de los socios de una de esas compañías cumpla o cumplan una obligación a que solidariamente estén obligados todos los copartícipes. En tal caso, quien pagó queda subrogado en la acción del acreedor, limitada ésta respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda (artículo 1579 del C. C.). Por tanto, en el caso de que el socio común de dos sociedades de hecho de las características apuntadas, A. y B., v. gr., cumpliere íntegramente una de las obligaciones a que solidariamente se vieren obligados los socios, deberá dirigirse, respectivamente, contra los de la sociedad A. contra los de la B., pero no indistintamente contra unos y otros.

"Cuarto.—Alega la parte actora que Jaime Zuluaga M. pidió la mercancía de que se habla, para que fuera entregada al Baratillo Cazul, en Yarumal. El demandado, por su parte, afirma que el citado Jaime Zuluaga no tenía el carácter de socio, ni apoderado, ni representante, ni mandatario, administrador o factor de la sociedad 'Calle & Zuluaga', dueña del 'Baratillo Cazul'. Además ya se vio que al interrogar el apoderado del actor en posiciones al demandado, y al formular la pregunta décima, afirma dicho apoderado que Jaime Zuluaga pidió la mercancía personalmente para él.

"No aparece en los autos ninguna carta o nota de pedido suscrita por persona determinada. Tampoco hay constancia de que Jaime Zuluaga M. estuviera autorizado para pedir mercancías para el 'Baratillo Cazul', aunque ya se dijo que el demandado manifiesta que hasta junio de 1946 sí lo estaba para retirar mercancía, pero para el almacén Calle y Zuluaga, distinto éste del establecimiento denominado 'Baratillo Cazul'.

"El actor sostiene que la mercancía la recibió el Baratillo Cazul, cosa que niega el demandado. En su alegato de esta instancia dice el señor apoderado de éste:

" "Si en el Baratillo Cazul se hubiera recibido esa mercancía, el pleito no habría surgido. O Cazul, o el señor Calle M. hubieran pagado sin demora. La solvencia económica y moral del señor Calle M. brindaban al actor esa seguridad. Pero, repito, esos géneros no llegaron a Cazul. Es seguro que en Yarumal, en Transportes Arango,

fueron reclamados por Jaime Zuluaga a nombre de su hermano Elías. No otra explicación puede tener el caso. No hay prueba en el expediente de que esa entrega real se hubiera hcho a Cazul, por los agentes de la casa transportadora. En un principio, en declaración que rindió en primera instancia, a petición del demandante, el señor Antonio Arango, gerente de Transportes Arango, aseguró que la remisión y entrega de la mercancía se habían operado a satisfacción de la sociedad destinataria, de conformidad con la carta de remisión adjunta a la demanda. Que esa entrega se había hecho directamente a Cazul, en el local o almacén de esta compañía en Yarumal. En la segunda instancia pedí una nueva testificación del señor Arango. Rectificó en parte esencial su testimonio anterior, al decir que no había estado en Yarumal en ese tiempo, que no sabe quién hizo la entrega, ni quién recibió, ni en qué local o establecimiento comercial fue hecha, agregando que en su anterior exposición se había guiado simplemente por el contenido de la nota de remisión. En esa forma el testimonio en mención quedó perfectamente desvirtuado'.

"Efectivamente, como lo alega el señor apoderado del demandado, la declaración que en la primera instancia rindió el señor Carlos Antonio Arango quedó desvirtuada con su exposición rendida ante el Tribunal, que se dejó transcrita. Ese deponente dice que su declaración de primera instancia la hizo basándose únicamente 'en el recibo del caso y en los libros que se llevan en la oficina'.

"Es de advertir que a los autos no se trajo ninguna constancia auténtica, directamente tomada de los libros de la empresa transportadora, ni tampoco el recibo que debió haber expedido la persona a quien se le hizo la entrega.

"Si a la fecha en que la mercancía se despachó, el Almacén Cazul funcionaba, si bien en el mismo local en donde Juan Zuluaga tenía el almacén 'Calle y Zuluaga', ya bajo la dirección y administración de Elías Zuluaga, según está demostrado en autos, es claro que de haberse probado que la mercancía fue recibida por el Almacén Baratillo Cazul, de su valor debería responder la sociedad de facto de Jesús Calle M. y Elías Zuluaga. Pero esto, se repite, no se probó.

"En la carta de porte de folios 1 y a que se hizo mención antes, aparece que Transportes Arango recibió para el 'Baratillo Cazul (Calle & Zuluaga' de Yarumal, siete bultos de mercancías.

"El artículo 238 del C. de Comercio preceptúa que la expedición que hace el vendedor de las mercancías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido, importa la tradición efectiva de ellas. La expedición no implicará entrega, cuando fuere efectuada sin ánimo de transferir la propiedad, como si el vendedor hubiere remitido las mercaderías a un consignatario, con orden de no entregarlas hasta que el comprador pague el precio o dé garantías suficientes.

"Es verdad que conforme a la constancia de que acaba de hablarse, de folios 1, aparece que Roque Jaramillo & Cía. expidió a 'Calle y Zuluaga' para el establecimiento 'Baratillo Cazul' siete bultos de mercancía. Pero esa expedición, por sí sola, no estando acreditado que haya sido 'Calle y Zuluaga' (Baratillo Cazul) quien solicitó el despacho de la mercancía, no acredita la tradición de ella a dicha sociedad.

"La responsabilidad del demandado como socio de Calle y Zuluaga (Jesús Calle M. y Elías Zuluaga) aparecería demostrada, ya sea porque esta sociedad hubiera hecho el pedido de la mercancía, lo que no se comprobó, o porque la hubiera recibido, lo que tampoco aparece acreditado.

"....

"Quinto. — El hecho de no estar probado que Calle y Zuluaga, Baratillo Cazul, recibió la mercancía de que habla la demanda, está indicando que Jesús Calle Machado no es responsable del pago de esos efectos, en su carácter de socio de la mencionada entidad dueña del Baratillo Cazul.

"Falta por examinar si el dicho demandado Calle Machado debe responder por el pago de los mismos artículos en su carácter de consocio de Jaime Zuluaga en la otra sociedad de hecho 'Calle y Zuluaga', que se dice está extinguida ya.

"En primer lugar debe observarse que la demanda se ha dirigido contra el señor Calle Machado por el "precio de las mercancías que le fueron vendidas a la sociedad de hecho Calle y Zuluaga, en virtud de la responsabilidad que él tiene en su condición de socio de la mentada sociedad de facto.

"Aunque en la demanda se dice que quien recibió fué el Baratillo Cazul, y en este almacén se cargó en los libros del actor el valor de la mercancía, lo cierto es que la acción se ha enderezado contra Calle y Zuluaga, y está probado que tanto la sociedad que el señor Calle Machado formó con Jaime Zuluaga, como la que tiene constituída con Elías Zuluaga, se denominan Calle & Zuluaga. Aunque se trata efectivamente de dos entidades, como queda advertido antes, lo cierto es que el nombre de Calle & Zuluaga ha sido común a ambas.

"Por lo anterior, al enfocar la responsabilidad de don Jesús Calle Machado, no ya como socio de Calle & Zuluaga (Elías Zuluaga y Jesús Calle Machado), sino como copartícipe de la compañía de facto Calle & Zuluaga (Jesús Calle Machado y Jaime Zuluaga), se está operando siempre dentro de la relación procesal producida en el juicio.

"Se dijo antes que el demandado al formularle posiciones al actor, aseveró que quien pidió las mercancías fué Jaime Zuluaga, a quien se le despacharon. Ya se hizo la transcripción de esta parte de las posiciones.

"Se advirtió también que la mercancía fué expedida y que llegó a Yarumal. Se transcribió también parte de la alegación de esta instancia, presentada por el apoderado del opositor. Allí se dice: "Es seguro que en Yarumal, en "Transportes Arango, fueron reclamados (los géneros) por Jaime Zuluaga a nombre de su hermano Elías". "Esos efectos fueron recibidos, debieron serlo, por el mismo Jaime Zuluaga y ésta es la explicación final de su actuación fraudulenta en este negocio".

"No está demostrado que Jesús Calle Machado o Jaime Zuluaga hubieran dado aviso público de la disolución de la sociedad de facto que tenían formada, con anterioridad a la fecha en que el dicho Zuluaga hizo el pedido de mercancía de que habla la demanda. La factura tiene fecha 4 de octubre de 1946, y la carta de porte está dictada el 9 siguiente, según se ha dicho. No hay constancia, se repite, de que en esas fechas ya se hubiera dado aviso público por la prensa o por carteles o en alguna otra forma pública, de la disolución de esa compañía de hecho. Tampoco está probado que la sociedad demandante hubiera tenido oportuna noticia de esa disolución, por carta, información verbal directa de alguno de los consocios, o por cualquiera otros medios.

"El artículo 2140 del C. C. dice: 'La disolución de la sociedad no podrá alegarse contra terceros sino en los casos siguientes: 1º—Cuando la sociedad ha expirado por la llegada del día cierto prefijado para su terminación en el contrato; 2º Cuando se ha dado aviso de la disolución por medio de la imprenta, o por carteles fijados en tres de los parajes más frecuentados del respectivo lugar; 3º—Cuando se pruebe que el tercero ha tenido oportunamente noticia de ella por cualquiera medios'.

"La anterior disposición tiene aplicación tratándose de cualquiera clase de sociedades.

"En espíritu igual al de la disposición transcrita se inspira el artículo 2199 del C. C. cuando establece que el mandante queda obligado a terceros de buena fé por lo que con éstos hubiere pactado el mandatario, aún en el caso de que el mandato hubiera expirado.

"De las precedentes consideraciones hechas en este numeral resulta que Jaime Zuluaga pidió la mercancía de que trata la demanda, la cual se le despachó por conducto de Transportes Arango, a Yarumal. Que el mismo Jaime Zuluaga estaba autorizado para pedir mercancía en la casa de Roque Jaramillo & Cía. Ltda. para 'Calle y Zuluaga', autorización que había dado don Jesús Calle Machado. Que esa mercancía se despachó en atención a la solvencia del señor Calle Machado y al hecho de tener éste formada una sociedad de facto con Jaime Zuluaga. Que aunque la mercancía fué despachada a Baratillo Cazul y el precio de la misma cargado al mismo almacén, éste no la recibió; aunque aquella sociedad de facto está hoy liquidada, no aparece comprobado que la casa despachadora de la mercancía hubiera recibido oportuno aviso de esta disolución".

"....

"La parte opositora no ha negado, al contrario lo ha reconocido, que la mercancía se despachó en los términos de la demanda. Discrepa, sí el opositor en lo que al recibo de la misma se refiere. Como tántas veces lo ha expresado, el demandando asevera que fué Jaime Zuluaga, quien recibió o debió haber recibido dolosamente la pacotilla.

"Ya se anotó que la mercancía fué pedida, para Baratillo Cazul y despachada y cargada a este Almacén por la casa vendedora. Sinembargo, no la recibió este almacén, y no se comprobó que la hubiera recibido. A quien se le hizo seguramente la entrega fué a Jaime Zuluaga, dice el demandado. No hay más datos sobre este hecho.

"El señor apoderado del opositor manifiesta en su alegato de esta instancia que Jaime Zuluaga no hizo la solicitud para Calle & Zuluaga porque él sí sabía que dos meses antes esta sociedad había dejado de existir; y agrega: 'Debió pensar que ese hecho era conocido en la casa de Roque Jaramillo Limitada y que por ello no se le daría crédito para esa extinta sociedad. Esa fué la razón por la cual maliciosamente quiso comprometer el nombre de Cazul y pedir para éste".

"Alega el señor Calle M., como exonerativa de su responsabilidad, la circunstancia de que Jaime Zuluaga se hizo entregar fraudulentamente la mercancía que éste mismo había pedido para Baratillo Cazul, almacén para el cual iba destinada. Trátase pues, de estudiar si este hecho eli-

mina la responsabilidad del demandado aunque no esté demostrado qué éste hubiera dado oportuno aviso al público en general, ni particularmente a Roque Jaramillo & Cía. Ltda., sobre la disolución Calle & Zuluaga (Jesús Calle Machado y Jaime Zuluaga). El señor apoderado del opositor manifiesta en su alegato ante este Tribunal, que en el caso sub-judice se trata de decidir cuál de las dos partes contendientes debe "cargar con las consecuencias derivadas del acto ilegítimo de un tercero".

"Puede resumirse la alegación del demandado así: 1º—No estaba Jaime Zuluaga autorizado para pedir la mercancía con destino al almacén Cazul; 2º—La pacotilla de siete bultos despachada por conducto de Transportes Arango a Baratillo Cazul, no fué recibida por este almacén; 3º—Jaime Zuluaga seguramente se hizo entregar esa mercancía, procediendo así de manera dolosa, pues ya se había liquidado la sociedad de facto que había formado con Calle Machado.

"En cuanto al punto primero, se observa que efectivamente no está probado que Jaime Zuluaga tuviera autorización para pedir mercancía con destino al Baratillo Cazul. Con respecto al segundo, ya se dijo que no hay constancia de que Baratillo Cazul hubiera recibido el lote de mercancía. Y en lo tocante al tercero, se anotó antes que no hay dato referente a la entrega a persona determinada. El demandado, y ésto es lo único que al respecto obra en los autos, manifiesta que la recibió o debió haberla recibido, sin derecho, Jaime Zuluaga.

"Incurrió en error la casa de Roque Jaramillo y Cía. Ltda., al despachar a Baratillo Cazul el pedido hecho por Jaime Zuluaga. Puede pensarse que ésto obedeció a la circunstancia de que el señor Calle Machado había acreditado a Jaime Zuluaga como su consocio en la compañía 'Calle y Zuluaga'. Pero esta equivocación no se hubiera presentado si la casa despachadora hubiera parado mientes en el hecho de no ser Jaime Zuluaga consocio en el establecimiento Baratillo Cazul. Este almacén no lo confundía 'Roque Jaramillo & Cía.' con el de Jaime Zuluaga y Calle Machado. Hubiera bastado, para seguridad de la casa demandante, haber hecho confirmar el pedido por Baratillo Cazul (Calle Machado y Elías Zuluaga), o haber tenido en buen cuidado de advertirle a la empresa de transportes que condujo la pacotilla a Yarumal, que ese cargamento sólo podía ser entregado a Baratillo Cazul, al que iba dirigido y no a Jaime Zuluaga. Se dice ésto en atención a que el demandado asevera que la mercancía la recibió o debió haberla recibido Jaime Zuluaga, ya que el actor no probó que se le hubiere entregado a Baratillo Cazul, que era el destinario.

"Si 'Roque Jaramillo & Cía.' obró sin el necesario cuidado al entender el pedido que para Cazul hizo Jaime Zuluaga, y al portear la mercancía sin la advertencia de que sólo le fuere entregada al almacén destinatario, de ese proceder no puede responsabilizarse a don Jesús Calle Machado, máxime no estando probado, ni pudiéndose presumir, que éste se haya aprovechado de esos artículos. Distinto sería si el actor hubiera despachado, a solicitud del mismo Jaime Zuluaga, pero para el almacén de éste y del señor Calle Machado, la mercancía, en la creencia de que aún existía dicho establecimiento, por no haber recibido noticia de que 'Calle y Zuluaga' (Jesús y Jaime Zuluaga) se hubieran disuelto. En este caso estaría el demandante amparado por la presunción de buena fe. En el anterior no, porque habiendo obrado él de manera descuidada, como se deja advertido, no puede alegar su propia negligencia para sacar beneficio de ella, no habiendo probado, como no probó, que el demandado se hubiera aprovechado de la mercancía".

El recurso de casación

Contra este fallo recurrió en casación, la parte demandante, alegando contra él las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J., en los términos de que en seguida se hablará.

Causal segunda.

"La sentencia, dice el recurrente, no guarda relación con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes:

"Porque la litis se trabó acerca de la obligación solidaria de un socio de hecho de pagar el precio de unas mercancías compradas para la sociedad irregular por otro socio que tenía facultad para ello.

"Y la sentencia deja de estudiar este problema ante las disposiciones respectivas, para entrar a ocuparse de los resultados de la actividad de 'un tercero' imaginario, asunto que no tiene relación con esta controversia entre dos comerciantes que son: una sociedad regular y otra ilegal.

"Es verdad que el demandado alegó desde la contestación de la demanda que Jaime Zuluaga obró como un particular al pedir las mercancías en el almacén de Roque Jaramillo & Cía. Pero

la ley prohibe que se le admita esa alegación, por no haber cumplido los requisitos esenciales de la sociedad, de modo que tal medio no puede considerarse siquiera en este juicio.

"Aquí no hay ningún particular, ningún extraño entre las partes.

"Como la sentencia se fundó exclusivamente en la hipótesis del 'tercero', resultó fallando una cuestión ajena por completo al contenido de la controversia que le fué sometida".

La Sala observa:

En múltiples ocasiones ha dicho la Corte, que la causal segunda del artículo 520 del C. J., o sea "por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", sólo tiene cabida cuando el fallador ha dejado de resolver sobre alguno de los puntos materia de la controversia, o cuando extiende su decisión a otros que no se debaten, o fuera de los límites que las partes le señalaron; es decir, cuando se presenta una disconformidad o desacuerdo entre lo que constituye los extremos petitorios de la demanda, y los términos resolutorios de la sentencia. No cuando la inconformidad o desacuerdo radica, en las razones o motivos que el fallador haya tenido en cuenta o dejado de estimar, para llegar a una determinada conclusión. Los errores en que incide el sentenciador al exponer los fundamentos de su resolución, ya por una equivocada apreciación de los hechos o por falta de apreciación de las pruebas, y de los que se haya seguido una violación de la ley sustantiva, determinan una causal distinta de la de inconsonancia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Luego negadas como fueron por el Tribunal, en forma explícita y concreta, las declaraciones propuestas en la demanda, no cabe sostener, como lo pretende el recurrente, que haya disconformidad o desacuerdo entre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y lo resuelto por la sentencia. Por lo tánto, el cargo debe desecharse.

Causal primera

"Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Con base en esta causal opone el recurrente seis cargos contra la sentencia del Tribunal, que dada la íntima relación de su contenido, procede la Sala a plantear y examinar en su conjunto.

Primero. Por infracción directa, y error de derecho en la apreciación de la prueba, con que pretendió acreditarse la existencia de tres sociedades distintas, la sentencia es violatoria de los artículos 476, 477 y 478 del Código de Comercio, y 2084 del C. C., por reconocer a Jaime Zuluaga como "tercero" en las relaciones de Calle Machado y de Calle Zuluaga con la sociedad Roque Jaramillo y Cía. Ltda., invalidando así el pacto social de Jesús Calle con Jaime, para exonerar al demandado de la responsabilidad que le corresponde en los actos ejecutados a nombre de la sociedad, frente a terceros, y admitir que uno de los socios de hecho le opusiera a aquéllos, el conocimiento privado que, se afirma, tuvo de las condiciones de la sociedad irregular.

Segundo. Violación por infracción directa, de los artículos 465, 470 y 480 del Código de Comercio, consistente en haberles reconocido personería jurídica a tres supuestas sociedades de hecho, y aceptando luégo como prueba del cambio de la razón social y de la disolución de una de ellas, contra terceros, medios distintos a los sealados por la primera de dichas disposiciones. "Resulta incontestable este cargo —dice el recurrente— al leer en la sentencia acusada la manifestación de que Jaime Zuluaga no estaba autorizado para pedir mercancía para el Baratillo Cazul de Calle & Zuluaga, por ser esta sociedad distinta de la otra sociedad Calle & Zuluaga".

Tercero. Es violatoria la sentencia, por haberlos dejado de aplicar al caso del pleito, de los artículos 1568, inciso 2º del C. C. y 472, 487 y 607 del C. de Co.; por cuanto exime al demandado Calle Machado de la responsabilidad que a virtul de tales preceptos le corresponde frente a terceros, en su condición de socio de una compañía de hecho, o como miembro de una sociedad colectiva, o como socio comanditario que ejercía actos de administración.

Cuarto. Por infracción directa, la sentencia del Tribunal es violatoria de los artículos 182, 183 y 238 del C. de Co. y 1928 del C. C., por haber considerado a Jaime Zuluaga como tercero en la compra de las mercancías hecha a Roque Jaramillo para Calle Zuluaga (Baratillo Cazul), y concluído en consecuencia, que la operación fué realizada personalmente para Zuluaga, y que la expedición del despacho no operó la tradición a favor de la sociedad a quien se hizo.

Quinto. Directamente, y por error de derecho en la apreciación de algunas pruebas y falta de

apreciación de otras, la sentencia infringió los artículos 182, 465, 467, 470, 472 476 a 478, 480, 487 y 607 del C. de Co. y 1568, 1928 y 2084 del C. C., por los siguientes conceptos:

a) Por haber admitido la prueba testimonial para establecer la existencia de la sociedad Calle Zuluaga (Baratillo Cazul), de que formaba parte Elías Zuluaga, como entidad distinta de la de Calle y Zuluaga organizada por Jaime, y asignarle así a este último la calidad de tercero en la operación de compra de mercancías de que se viene hablando.

b) Por haberle dado valor probatorio contra un tercero, la sociedad demandante, al conocimiento privado que sobre la existencia de dos sociedades distintas resulta de dichos testimonios;

c) Por haber negado a la expedición de las mercancías, los efectos de la entrega o tradición de las mismas, con base en la simple manifestación del demandado que alega no haber sido recibidas por la entidad a quien habían sido despachadas;

d) Por negarle a la aceptación que el demandado le dio a los hechos 4º y 5º de la demanda, sobre el conocimiento que éste dio al comercio de la organización de la sociedad de hecho con Jaime Zuluaga y de la responsabilidad personal que contraía por los créditos que se le otorgaran, su correspondiente valor probatorio, para sostener que la entrega de la mercancía hecha a éste no podía comprometerle;

e) Por haber dejado de apreciar la parte de los testimonios rendidos por Mario Restrepo Uribe, Radas y algunos otros declarantes, en que consta que el comercio despachaba a crédito para Calle & Zuluaga, "simplemente por la responsabilidad y solvencia de don Jesús, **sin entrar en más distinciones**" y a virtud de pedidos formulados indistintamente por éste, por Jaime o por terceros comisionistas; y

f) Por no haber tomado en consideración la prueba resultante de la inspección practicada en los libros de contabilidad del demandante, y según los cuales "el crédito fué cargado a Baratillo Cazul".

Sexto. Finalmente, se acusa la sentencia, por indebida aplicación de los artículos 2341 a 2344 y 2347 del C. C. por haber hecho recaer la responsabilidad sobre el actor, con fundamento en la culpa de ése al pasar inadvertido que el señor Jaime Zuluaga no formaba parte de la entidad para quien solicitó el despacho de las mercancías.

La Sala considera:

Las sociedades de hecho, como lo tiene repetido la Jurisprudencia, son aquellas que se originan, o en el expreso consentimiento de los interesados, pero sin sujeción a los requisitos o solemnidades prevenidas por la ley para el cumplido funcionamiento de las de derecho; o en la implícita voluntad de asociación, que se manifiesta por la colaboración de dos o más personas en una operación o serie de operaciones para una utilidad común. En el ejercicio de tales actividades pues, el ente social en cuyo interés se desarrollan, carece de toda personalidad y es, por lo mismo, incapaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones, por lo cual no es la sociedad, sino los socios personalmente quienes "responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho", según lo previene el inciso segundo del artículo 472 del C. de Co.

Se comprende así, por qué, al organizarse de hecho una sociedad, la prueba de su existencia y modo de funcionamiento, no pueden hallarse subordinados a los medios solemnes de la escritura o del correspondiente extracto con que es forzoso acreditar los de las sociedades de derecho comerciales y aún algunas de las civiles, sino que se rigen por los ordinarios que la ley reconoce para los actos y contratos en general, en los términos establecidos por el artículo 477 del C. de Co., que dice "Tampoco podrán (los socios) alegar la falta de una o más de las solemnidades mencionadas, contra los terceros interesados en la existencia de la sociedad, y éstos podrán acreditarla por cualquiera de los medios probatorios que reconoce este Código".

De esta suerte, al entrar una de estas sociedades en relaciones con terceros, el término de la responsabilidad personal y solidaria de los socios por los actos realizados por éstos en interés de aquélla, tiene naturalmente que medirse por el tiempo a que se haya referido el conocimiento o aviso de funcionamiento a virtud del cual dichos terceros aceptaron contratar en interés de la sociedad; o en caso de indeterminación, por el de fecha o día en que posteriormente se les haga saber el fin de las operaciones comunes.

Y es porque, fundada aquella responsabilidad personal y solidaria de los asociados, en los términos de organización privada de que expresamente se hizo sabedores a los terceros que contratan en interés de la comunidad, los pactos posteriores con que se le modifique o extinga,

aun cuando suceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos entre los estipulantes, no lo son ni podrían serlo respecto de aquéllos que, al contratar sobre la base de un aviso expresamente comunicado, tienen derecho a que sus efectos se modifiquen o suspendan del mismo modo a como se originaron o sea, mediante noticia expresa en contrario; ni siquiera el conocimiento privado, vale tanto como decir, el adquirido por conductos ajenos a la expresa declaración de los asociados, es apto a la consecución de tales fines, como claramente resulta del principio consignado en el artículo 477 del C. de Cº, antes transcrito. Si así no fuera, la buena fe con que el tercero acepta contratar en interés de la comunidad, quedaría expuesta a la sorpresa de actos a que es completamente extraño. Por ello el artículo 2140 del C. C. de aplicación analógica al caso de las sociedades de hecho, en lo que es compatible con la naturaleza de éstas: "La disolución de la sociedad no podrá alegarse contra terceros sino en los casos siguientes: "1º — Cuando la sociedad ha expirado por la llegada del día cierto prefijado para su terminación en el contrato. "2º—Cuando se ha dado aviso de la disolución por medio de la imprenta, o por carteles fijados en tres de los parajes más frecuentados del respectivo lugar. "3º—Cuando se pruebe que el tercero ha tenido oportunamente noticia de ella por cualquiera medios".

En el caso que contempla este juicio, el demandado Jesús Calle organizó con D. Jaime Zuluaga una sociedad de hecho para la explotación del negocio de mercancías en la ciudad de Yarumal, denominada "Calle & Zuluaga", y cuya existencia "dio a conocer al comercio de Medellín" del cual forman parte los demandantes, "y pidió bajo su responsabilidad crédito en favor de la sociedad y en favor del señor Jaime Zuluaga M., como gestor o consocio en la mentada compañía de facto", según lo afirmado en los hechos 3º y 4º de la demanda, y lo confesado por Calle al referirse a tales hechos.

Para el mes de junio de 1946 dicha sociedad se disolvió particularmente entre los socios, pero se omitió dar conocimiento de ese hecho al comercio en general, lo mismo que a los señores Roque Jaramillo y Cía. Ltda., en particular. Pues que como lo anota el Tribunal en la sentencia, "no está demostrado que Jesús Calle Machado o Jaime Zuluaga hubieran dado aviso público de la disolución de la sociedad de facto que tenína formada, con anterioridad a la fecha en que el dicho Zuluaga hizo el pedido de mercancía de que habla la demanda. La factura tiene fecha 4 de octubre de 1946, y la carta de porte está datada el 9 siguiente, según se ha dicho. No hay constancia, se repite, de que en esas fechas ya se hubiera dado aviso público por la prensa o por carteles o en alguna otra forma pública, de la disolución de esa compañía de hecho. Tampoco está probado que la sociedad demandante hubiera tenido oportuna noticia de esa disolución, por carta, información verbal directa de alguno de los consocios, o por cualquiera otros medios".

De donde se sigue que, al solicitar don Jaime Zuluaga, posteriormente a dicha liquidación, el crédito de mercancías por $ 3.080.84, por cuyo valor se demanda en este juicio, su consocio señor Calle Machado no podía válidamente alegar aquella liquidación, como causa liberatoria de su responsabilidad, precisamente por no haberse logrado demostrar el oportuno conocimiento del hecho por parte de la casa despachadora.

Pero acontece, que no fué éste el motivo determinante de la conclusión absolutoria a que llegó el sentenciador de instancia, como equivocadamente lo entiende el recurrente; a este resultado llegó el Tribunal, por las siguientes razones: Porque "no está probado que Jaime Zuluaga tuviera autorización para pedir mercancía con destino al "Baratillo Cazul", porque "no hay constancia de que Baratillo Cazul hubiera recibido el lote de mercancía", y porque "no hay dato referente a la entrega a persona determinada".

Todo lo cual supone, dentro de los principios generales que acaban de exponerse, que en el conocimiento de Roque Jaramillo y Cía. Ltda. estaba, la clara distinción o diferencia existente entre la sociedad de "Calle y Zuluaga" constituída por Calle Machado y Jaime Zuluaga, y la de "Calle y Zuluaga" Baratillo Cazul organizada por el primero con don Elías Zuluaga, por cuyo motivo y salvo comprobación de un encargo especial, los créditos que en tales circunstancias concediera a solicitud de uno cualquiera de los socios industriales, no podía afectar otro interés que el de la entidad de que formara parte el respectivo solicitante.

Ahora bien. De acuerdo con lo establecido a través de la prueba testimonial allegada a los autos y a que alude la sentencia del Tribunal, es evidente que en el conocimiento público del comercio de Yarumal estaba, el funcionamiento de dos almacenes distintos, a los que se hallan vinculados el interés económico del señor Calle Machado: el organizado con don Jaime bajo la simple denominación de "Calle y Zuluaga", que éste

administraba, y el que bajo el nombre de "Baratillo Cazul", era gerenciado directamente por don Elías. Y según lo reconocen los propios demandantes en las posiciones que durante la segunda instancia del juicio absolvió don Roque Jaramillo, gestor de la sociedad despachadora, ésta sabía que en Yarumal funcionaba una sociedad formada por Calle Machado y por Elías denominada "Baratillo Cazul", para la cual despachaba a crédito los pedidos que uno u otro le hicieran. Dicen así las posiciones:

Preguntado: "¿Es cierto sí o no que en su almacén tuvo cuentas, por recomendación de don Jesús Calle Machado, el señor Elías Zuluaga, de Yarumal, para una sociedad comercial formada por éste y por Calle Machado, dueña dicha sociedad de un almacén conocido con el nombre de 'Baratillo Cazul', cuentas que se cargaban a Elías Zuluaga Baratillo Cazul, o a Elías Zuluaga simplemente? A esta pregunta contestó el señor Jaramillo: 'Es cierto, con la advertencia de que las cuentas por lo que retiraba Elías Zuluaga, se cargaban a Baratillo Cazul. Preguntado: "¿Es cierto, sí o no, que los pedidos por mercancías para el Baratillo Cazul, eran hechos a su almacén directamente por Elías Zuluaga? Contestó: No es cierto y explico. Los pedidos los hacía unas veces personalmente donde Jesús Calle Machado quien iba a comprar; otras veces iba un recomendado con la firma Calle & Zuluaga, o simplemente con la firma Baratillo Cazul. Preguntado: "¿Es cierto, sí o no, bajo la gravedad del juramento que prestó usted, sabía la existencia en Yarumal, hasta julio de 1946, de otra sociedad comercial, distinta de la anterior, llamada Calle & Zuluaga, constituída por Jaime Zuluaga y Jesús Calle Machado, sociedad ésta que tuvo cuentas en su almacén hasta que se liquidó? Contestó: Es verdad que sabía la existencia de la sociedad, llamada Calle & Zuluaga, constituída por Jaime Zuluaga y Jesús Calle Machado, distinta de la anterior, sociedad ésta que tuvo cuentas en mi almacén; pero no sé en qué fecha se liquidó, pues dichos socios no avisaron al almacén tal liquidación. Aclaro lo anterior en estos términos: unas veces retiraban mercancías Baratillo Cazul y otras Calle & Zuluaga. Aunque las firmas eran distintas, el almacén entregaba en el entendimiento de que eran para don Jesús Calle y alguno de sus asociados. Preguntado: "¿Es cierto, sí o no, que las cuentas a Calle & Zuluaga, abiertas por pedidos de Jaime Zuluaga para dicha sociedad, se cargaban en su almacén a esta sociedad o simplemente a Jaime Zuluaga; y eran distintas, aparte, de las que se cargan a Elías Zuluaga-Baratillo Cazul, hecho que usted no pudo negar por que consta en sus mismos libros comerciales? Contestó: No es cierto y explico: A Jaime Zuluaga no se le cargó nunca. Las cuentas se cargaban a Calle & Zuluaga o a Baratillo Cazul. Preguntado: "¿Es cierto, sí o no, que las cuentas que tenía también en su almacén Alberto Zuluaga, socio y recomendado de don Jesús Calle M. para un almacén que tenía en sociedad en Yarumal, se cargaban aparte, y eran en un todo diferentes de las cuentas de Calle & Zuluaga y Baratillo Cazul? Contestó: "No es cierto y explico: A Alberto Zuluaga nunca se le cargaron cuentas: Se cargaban a Calle & Zuluaga todos los despachos que se hacían para Jesús Calle Machado o sus socios, a menos que se especificara que el cargo debía hacerse al Baratillo Cazul".

También resulta claramente establecido que el crédito de mercancías que solicitó don Jaime Zuluaga, y por cuyo precio se adelanta este juicio, fué otorgado directamente a "Baratillo Cazul", y no a la sociedad de hecho Calle y Zuluaga, formada por Calle Machado y por don Jaime, como aparece de la factura de pedido y remesa que se acompañaron con la demanda, y de la misma acta de inspección ocular practicada en la contabilidad de los señores Roque Jaramillo y Cía. Ltda.

Luego, si los demandantes sabían de la existencia de "Baratillo Cazul" como entidad de hecho distinta de la de Calle y Zuluaga de que era socio don Jaime, y el crédito de mercancías que éste solicitó, no lo fué para esta última, a cuyo beneficio exclusivo había comprometido Calle Machado su responsabilidad por los pedidos de don Jaime, sino para la primera, es obvio que las consecuencias de tal actividad no podían perjudicar al demandado como socio de "Baratillo Cazul", sino a través de un encargo específico, que aquí no llegó a demostrarse. Como tampoco hubiera podido perjudicarle si en vez de solicitarse el crédito para Cazul, lo formula para entidad o persona distinta, ya que la responsabilidad solidaria que en casos como el presente corresponde a los socios de hecho frente a terceros, expresamente se halla concretada a los actos y contratos que se ejerciten "a nombre y en interés de la sociedad" (Art. 472 del C. de Co.).

En consecuencia, y siendo éste el fundamento en que se apoya la sentencia del Tribunal, es inadecuado y no cabe por consiguiente hablar de la violación de los preceptos sustantivos que menciona el recurrente, por haber admitido la existencia de varias sociedades de hecho y la liquidación de

una de ellas, mediante una prueba, que sólo es requerida para la de derecho, y tenido consecuencialmente al solicitante de la mercancía como tercero; por haber exonerado al socio demandado de la responsabilidad solidaria que le cabría, si el contrato se hubiera hecho a nombre y en interés de la sociedad de que hacía parte don Jaime Zuluaga; por haber dado efectos contra un tercero al pacto de liquidación de dicha sociedad, y, por haber apreciado indebidamente la prueba que se adujo para establecer los términos como se otorgó el crédito.

Así las cosas, queda sólo por considerar el punto que se relaciona con el recibo de las mercancías por la entidad a cuyo favor se abrió el correspondiente crédito.

"La expedición que hace el vendedor de las mercaderías al domicilio del comprador o a cualquiera otro lugar convenido, dice el artículo 238 del C. de Co., importa la tradición efectiva de ella...". De donde deduce el recurrente que, expedidas las mercancías solicitadas por don Jaime a favor de "Baratillo Cazul", este hecho demuestra la entrega y consiguiente responsabilidad de Calle como miembro de dicha sociedad; por cuyo motivo, concluye, el Tribunal infringió dicho precepto, cuando reconociendo la verdad de la expedición, negó sinembargo dicha responsabilidad.

El argumento sería valedero, si en los autos se hubiera demostrado una de estas tres cosas: Que Jaime Zuluaga hacía parte de la firma a cuyo favor se despachaba la mercancía; que tenía autorización de ésta para formular a su nombre el pedido; o que no obstante haber obrado sin ninguna de estas dos calidades, el despacho fué realmente recibido por el término en cuyo nombre cumplía una gestión oficiosa. Porque se comprende claramente, que la responsabilidad proveniente de la tradición o entrega simbólica que se hace a través de la simple expedición de la mercadería se funda, en el acuerdo previo que ha debido mediar entre el comprador y vendedor para formalizar el contrato y para que, en ejecución de éste, se haga la expedición o despacho; por lo cual, si ese acuerdo previo no existe, tampoco cabe la consiguiente responsabilidad, mientras la mercadería no haya sido recibida materialmente por sus destinatarios. Luego no habiéndose acreditado ninguno de aquellos tres supuestos en el caso de que se trata, la infracción que por este último concepto se invoca es infundada, y el cargo, como los anteriores, debe rechazarse.

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), 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.

Luis Enrique Cuervo—Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.



ACCION REIVINDICATORIA — NECESIDAD DE QUE SE COMPRUEBE EN EL JUICIO TAMBIEN LA POSESION DEL DEMANDADO — INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 214 y 215 DEL CODIGO JUDICIAL

1—La reivindicación o acción de dominio, como lo enseña el artículo 946 del C. C., es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla. De donde se sigue que siendo esta acción restitutoria, por naturaleza, su viabilidad en juicio se halla forzosamente subordinada a la comprobación, no sólo del dominio o propiedad de donde emana el derecho del actor a proponerla, sino del estado de posesión en que se halla el demandado, y por cuya razón puede ser obligado a restituir; por ello, y como lo repite luégo el artículo 952 subsiguiente, "la acción del dominio se dirige contra el actual poseedor", porque nadie sino el que tiene la cosa en su poder, puede ser obligado a restituirla. Pero, como al tenor del artículo 1557 del mismo Código, "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta", es claro entonces que, fundado el deber de restituir en la posesión afirmada por el actor, a nadie sino a éste le corresponde probarla, a efecto de que su pretensión pueda prosperar.

2.—Es indudable que en el caso contemplado por el artículo 214 del C. J., el SILENCIO del demandado sobre la posesión de la cosa que es materia de la litis, unido a la prueba de dominio por el actor, son suficientes para establecer presuntivamente dicha posesión respecto del primero, y hacerlo en consecuencia responsable de la cosa misma o de su precio. Pero si, como lo previene el artículo 215, el demandado antes que limitarse al silencio, NIEGA expresamente la calidad de poseedor porque se le demanda, entonces lo que se modifica no es, como en el caso anterior, la aplicación del principio sobre carga de la prueba, que sigue gravitando sobre el actor, sino el procedimiento para establecer el hecho, a fin de evitar, mediante los trámites breves de un incidente de excepciones dilatorias, la dispendiosa e inútil controversia que implica el juicio ordinario.

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

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Mediante escritura número 338 de 27 de diciembre de 1902, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Cali, el señor Francisco Restrepo P. transmitió a título de venta a los señores "Francisco Restrepo Hermanos", del comercio de aquella ciudad, la hacienda denominada "Parodias", situada en el Distrito de Florida de la Provincia de Palmira, deslindada como en dicho instrumento se expresa, y excepcionando "un lote de terreno constante de cuarenta plazas adyacentes, poco más o menos..., las cuales vendió en el año de mil ochocientos noventa y cuatro (1894) por escritura pública otorgada en el Distrito de Florida con el número doscientos trece (213) al señor Cruz Mera Ibáñez, conforme los linderos que en ella se determinan".

Esta hacienda según plano levantado en 1894 por el ingeniero Víctor Estrada, tenía entonces una área de 1745,28 hectáreas.

Por escritura pública número 12 de 17 de diciembre de 1924 de la misma Notaría, los señores Francisco, Luis, José María y Juan de Dios Restrepo, como socios y administradores de "Francisco Restrepo Hermanos", organizaron con don Francisco Restrepo Lloreda y don Jaime Benítez una sociedad anónima denominada "Empresa Agrícola de Parodías, S. A." a cuyo haber aportaron la citada hacienda más un lote con más o menos 40 plazas de superficie, adquirida por compra a Leopoldo Becerra, según escritura número 644 de 6 de agosto de 1946 otorgada en la Notaría Primera de Palmira, y que parece corresponder al que don Francisco Plata P. había enajenado en 1894 a Mera Ibáñez.

"De estos inmuebles, dice el respectivo certifi-

cado de Registro, la Empresa Agrícola de Perodías hizo varias enajenaciones parciales".

En 1945 la Empresa Agrícola se liquidó y en la distribución de bienes que se llevó a cabo por escritura número 2374 de 15 de octubre de la Notaría 2ª de Cali, se adjudicó a los señores Francisco, Pablo y Alfredo Restrepo Lloreda la expresada hacienda.

El día 20 de los propios mes y año, los señores Restrepo Lloreda organizaron mediante escritura pública número 2436 de la misma Notaría "una sociedad colectiva de responsabilidad limitada denominada "Hacienda de Perodías, Limitada", a cuyo haber aportaron, entre otros bienes, "La hacienda o finca rural denominada 'Perodías', ubicada en el Municipio de Florida, compuesta de casa de habitación, varias casas para obreros, edificios de trapiches, secadores de bagazo, edificios para secar y despulpar café, pesebrera, baño para ganados, dos galpones, una capilla antigua, edificios para taller de carpintería y herrería, plantaciones de caña de azúcar, café, cacao, plátano y potreros de pasto güinea, dos plantas eléctricas, y todas las maquinarias con sus componentes y que se detallan en la escritura de constitución de la sociedad, fundada la hacienda en terrenos propios deslindados, con una superficie de 950 fanegadas, distribuídas en tres porciones individualizadas así:

Primera porción de 947 fanegadas, delimitadas así: Norte, en parte, el zanjón llamado 'Zanja Honda' y en parte la quebrada de Zumbamico al medio, con terrenos de Tulio Reyes; en parte el río de Las Cañas al medio con terrenos de Tulio Reyes; en parte el río de Las Cañas al medio con terrenos de El Paraíso, hoy de Fernando Navia y otros y con la hacienda de Calanda del doctor Hernando Caicedo; sur, el zanjón de La Pastucera al medio, con terrenos de los señores Lozanos al otro lado de la carretera que de Florida conduce al Hortigal y en parte con la madre vieja de Las Cañas al medio con el indiviso de El Remolino; oriente, la carretera Florida al Hortigal y en parte terrenos de Aurelio Sardi G. al otro lado de la misma carretera; occidente, terrenos del indiviso de El Paraíso de Fernando Navia en parte, la hacienda de El Bosque, hoy de Hernando Caicedo en parte, terrenos del indiviso de El Remolino en parte, y al otro lado de la carretera que de Florida conduce al Hortigal con tierras de los herederos de Belarmino Becerra. La segunda porción de una superficie de dos fanegadas, se delimita así: Norte y occidente, terrenos del señor Tulio Reyes, que fueron anteriormente de Jaime Holguín y Caro, quien los adquirió por compra a la Empresa Agrícola de Parodías, S. A. por escritura número 2058 de 21 de diciembre de 1935, de la Notaría 3ª de Bogotá; y oriente y sur, con el río Fraile. En este lote cultivado de pasto común y cercado de alambre de púas se encuentra la bocatoma de la acequia que partiendo del río Fraile va a desembocar en el río de Las Cañas y de allí al trapiche de Perodías. Los derechos de la hacienda en el cauce y al uso de las aguas que por allí corren, están definidos en la escritura número 35 de 15 de enero de 1929 de la Notaría 3ª de Cali sobre venta hecha a Aurelio Sardi por la Empresa Agrícola de Parodías, S. A. y en la escritura número 2058 antes citada, por la cual la misma entidad vende a Jaime Holguín y Caro. Tercera porción de una fanegada, donde existió un desarenador, se delimita así: Norte, sur y oriente, predios de los herederos de Aurelio Sardi; y occidente, el camino de Florida a la población de Santana y al caserío del "Hortigal".

En esta situación, se halló la sociedad con que una pequeña parte del extremo sureste de la hacienda y con "Superficie aproximada de una hectárea con 1.606 metros cuadrados, o sea una fanegada con 5.206 metros cuadrados" era ocupada por el señor Apolinar Ortiz, y en tal virtud, decidió su Gerente señor Pablo Restrepo Ll. demandarlo por conducto de apoderado ante el Juez 2º Civil del Circuito de Palmira, para que previos los trámites del juicio ordinario se declare lo siguiente:

"Primero. Que la sociedad 'Hacienda de Perodías, Limitada', constituída por escritura número 2436 de 20 de octubre de 1945 de la Notaría 2ª de Cali, es dueña exclusiva de la finca rural (terreno y mejoras) ubicada en el Municipio de Florida, de este Departamento, que tiene una superficie aproximada de una hectárea con 1.606 metros cuadrados, o una fanegada con 5.206 metros cuadrados, con cultivos de café, cacao, plátano, caña de azúcar y algunos otros y delimitada así: Por el norte, en 162 metros de longitud, con mejoras ocupadas por Jorge I. Domínguez y Fidelina Caicedo; y en 35 metros de longitud, con mejoras ocupadas por Herminia Caicedo, hasta llegar a la madre vieja del río Las Cañas; por el oriente, siguiendo la madre vieja del río Las Cañas en dirección nortesur en una longitud aproximada de 70 metros, y luégo siguiendo la misma madre vieja en dirección o más este-oeste en una longitud aproximada de 40 metros hasta salir al lindero de la mejora ocupada por Pioquinto Ro-

dríguez, con propiedad del mismo demandado, Apolinar Ortiz, madre vieja de Las Cañas al medio; por el sur, en 150 metros de longitud, con mejoras ocupadas por Pioquinto Rodríguez; y por el occidente, en 71 metros de longitud, hasta regresar al punto de partida, con potreros de la 'Hacienda de Perodías, Limitada'.

"Segundo. Que, en consecuencia, el demandado está obligado a restituir a la sociedad demandante, dentro del término que usted le señale al efecto, el referido inmueble, con todos sus componentes, dependencias y anexidades.

"Tercero. Que el demandado es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa reivindicada, deterioros consistentes en la destrucción de guaduales y bosques que allí existían, habiéndose aprovechado el demandado de los materiales extraídos; y que es responsable igualmente de todos los demás perjuicios sufridos por la parte demandante a consecuencia de la indebida apropiación de la cosa reivindicada y de los actos de dominio ejercitados sobre dicha cosa por el demandado.

"Cuarto. Que el demandado está igualmente obligado a restituir a la sociedad demandante los frutos naturales y civiles de la cosa, durante todo el tiempo que la ha tenido y la tenga en su poder, hasta la fecha de la entrega, y no solamente los frutos percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder.

"Quinto. Que el demandado debe pagar a la sociedad demandante, por concepto de las condenaciones de que tratan los dos puntos anteriores, las cantidades que usted fije en la sentencia de acuerdo con las pruebas procesales, o las que se determinen posteriormente conforme a los trámites establecidos en el artículo 553 del Código Judicial.

"Sexto. Que en cuanto al pago de mejoras el demandado sólo tiene los derechos que corresponden al poseedor de mala fe.

"Séptimo. Que el demandado debe pagar las costas de este juicio si se opone a la demanda".

El Juzgado del conocimiento, en sentencia de diez y ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, accedió a las dos primeras y a la última de las declaraciones pedidas, dispuso la cancelación del registro de la demanda e inscripción del fallo, y negó las restantes.

La sentencia del Tribunal

De este fallo apeló el demandado para ante el Tribunal Superior de Cali, en donde cumplida la tramitación propia de la segunda instancia, fue desatado el recurso mediante la sentencia de siete de junio de 1949, que revocó la de primer grado, absolviendo en su lugar al demandado de todos los cargos de la demanda. Como razones de esta decisión, expone el sentenciador las siguientes:

"La acción de dominio, que es la que en el presente juicio se ejercita, se configura con la presencia de los siguientes elementos: dominio por parte del actor, cosa singular reivindicable o cuota determinada proindiviso de cosa singular, posesión del demandado e identidad entre el bien poseído por éste y el indicado en la demanda. Se pasa a ver, por lo tanto, si en el caso de autos se han reunido tales extremos, pues si uno cualquiera de ellos carece de plena comprobación dentro del expediente, el demandado debe ser absuelto de los cargos contra él formulados en la demanda.

"El demandante, para acreditar el dominio que invoca, acompañó a su demanda la escritura pública número 2436 de 20 de octubre del año de 1945, ya indicada, y por medio de la cual la sociedad 'Hacienda de Perodías, Limitada', adquirió el inmueble dentro del cual se dice que está comprendido el lote objeto del juicio. Tal escritura trae su correspondiente nota de registro y se acompañó, además, un certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Palmira de donde aparece que la sociedad 'Hacienda de Perodías, Ltda.' es la actual poseedora inscrita del dicho inmueble y que los registros anteriores al actual han sido cancelados en un período de 30 años.

"Si bien es cierto que con los documentos públicos antes indicados se ha demostrado que en la sociedad demandante está situada el de menor extensión que trata de reivindicarse, no se ha probado, sin embargo, que el señor Apolinar Ortiz sea el actual poseedor de la parcela o fundo objeto del presente juicio. En efecto: Según puede observarse por lo transcrito de la contestacion de la demanda, el apoderado del demandado negó en su totalidad los hechos que informan el libelo. Frente a esta negativa, tocaba al actor demostrar que el señor Ortiz sí es el actual poseedor del inmueble, pues tal hecho, según se dejó visto, es un extremo de la acción reivindicatoria y de no aparecer probado fehacientemente, faltaría un presupuesto indispensable en la relación jurídica que entre demandante y el demandado debe definirse con la sentencia que ponga fin al litigio. Esa prueba no fue traída a los autos, pues que ni siquiera en la diligencia de inspección ocular practicada a solicitud del demandante para iden-

tificar el predio dicho, se dijo haberse encontrado en él, poseyéndolo, al demandado señor Ortiz. Podría argüirse que el señor apoderado en su alegato de conclusión, tácitamente confiesa que el señor Ortiz es el actual poseedor del inmueble materia de la reivindicación. A esto cabe observar que, según las voces del inciso segundo del artículo 607 del C. Judicial, la autorización del apoderado judicial para confesar solamente se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas; y que, fuéra de estos casos, la confesión suya dentro de la secuela del juicio solamente vale cuando para hacerla haya recibido autorización del poderdante. No está pues acreditado que el señor Apolinar Ortiz sea el actual poseedor del fundo que por medio del presente juicio se trata de reivindicar.

"Además de lo anterior, tampoco se ha establecido plenamente la identidad entre el bien indicado en la demanda y el que se dice, posee el demandado señor Ortiz. En efecto: En la diligencia de inspección ocular llevada a cabo dentro del término probatorio del juicio, el señor Juez que la practicó se limitó a decir que el personal del Juzgado y las demás personas que en ella intervinieron llegaron "al lugar materia de la diligencia". Fuéra de darle posesión a uno de los peritos, a lo anterior se limitó aquel acto; sin que el señor Juez identificara el inmueble y sin que hiciera observación alguna sobre lo que era materia de la inspección ocular. Por lo tanto, como no se dio cumplimiento al artículo 727 del C. Judicial, y las partes tampoco reclamaron de tales omisiones, esa diligencia no es prueba alguna para el demandante respecto a los puntos que con ella quiso acreditar.

"En tales circunstancias, solamente tiene valor el dictamen pericial rendido por los señores José Pablo López y Heriberto Vega Rivera. Dichos peritos expresan en su dictamen que localizaron sobre el terreno el lote materia de la litis, lo que hicieron teniendo a la vista el croquis acompañado a la demanda; que al identificarlo encontraron que sus linderos especiales son los mismos anotados en el hecho 9° de la demanda. Hasta aquí vemos que los señores peritos identificaron el terreno que trata de reivindicarse. Mas tal identificación no basta, pues también debe aparecer identificado por sus respectivos linderos el lote de mayor extensión o finca de "Perodías, Ltda." para acreditar así que el fundo que se dice posee el Sr. Ortiz, se encuentra realmente dentro de la mencionada finca de la sociedad demandante. Los señores peritos no identificaron sobre el terreno el fundo de mayor extensión. Se limitan a decir que el fundo del señor Apolinar Ortiz sí está comprendido "dentro del perímetro fijado en los títulos escriturarios y en el plano del doctor Estrada", levantado éste en el año de 1894, y cuya copia se acompañó a la demanda. Es pues, una deducción la que hacen los señores peritos observando solamente las escrituras y planos presentados por el demandante, sin verificación alguna sobre el terreno. Así puede observarse del siguiente punto del dictamen pericial:

"Al numeral cuarto del punto a) del ya nombrado memorial de pruebas. Según los títulos acompañados a la demanda, de manera especial a la escritura número 338 de 27 de diciembre de 1902, otorgada en la Notaría Segunda de Cali, título éste que determina los linderos de los terrenos de la hacienda de "Perodías, Limitada", linderos que coinciden perfectamente con los anotados por el ingeniero doctor Víctor Estrada en el plano que de tales terrenos elaboró en 1894, en nuestro concepto, según ese título escriturario y otros que obran en el expediente, así como también el plano topográfico del doctor Estrada, ya citado, cuya exactitud debe aceptarse, mientras no se pruebe lo contrario sobre el terreno, el lote de terreno ocupado por Apolinar Ortiz, con cultivos agrícolas y que reivindica la hacienda de 'Perodías, Limitada' se encuentra dentro del perímetro fijado en los títulos escriturarios y en el plano del doctor Estrada".

"Como se deja visto, el demandante no ha probado que el señor Apolinar Ortiz sea el actual poseedor del inmueble que se demanda; tampoco ha establecido que lo indicado como poseído por Ortiz se encuentre realmente dentro de los límites de la hacienda de propiedad de la sociedad demandante. Cabe además observar que el plano acompañado a la demanda es el de la antigua hacienda denominada "Perodías", con una cabida de mil setecientos cuarenta y cinco hectáreas, y no el de la actual finca de la sociedad denominada "Hacienda de Parodías, Limitada", cuya cabida es sólo de novecientas cincuenta plazas, según la escritura de adquisición acompañada también al libelo de demanda. Por último es de observar que, si no se ha dejado demostrado que el señor Apolinar Ortiz sea el actual poseedor del lote materia de la reivindicación, y si no se ha demostrado que el lote que, se dice, dicho señor Ortiz posee, se encuentre dentro de los límites de la hacienda de propiedad de la sociedad demandante, no puede afirmarse que ésta haya probado su derecho de dominio sobre el inmueble objeto

del juicio, pues no estando así localizado no se sabe si los títulos prsentados por el demandante amparen o no dicho fundo. En consecuencia de todo lo anterior, es de rigor absolver al demandado".

El recurso de casación

Contra la anterior sentencia del Tribunal interpuso el señor apoderado de la parte demandante recurso de casación, para lo cual invocó la causal primera del artículo 520 del C. J., con fundamento en estos dos cargos:

Por error de derecho en la apreciación del escrito de respuesta de la demanda "y de las pruebas aducidas por el actor", en cuanto desechó la calidad de poseedor que tiene el demandado sobre el lote que se reivindica, y negó por falta de esa prueba la acción de dominio que se propuso, la sentencia "violó directamente, por omisión", los artículos 946 y ss., 953, 954, 955, 957 y 1757 del C. C. y 214, 215, 328, 329, 333, 348 y 472 del C. J. y sus concordantes; y

Por errónea apreciación del dictamen pericial con que se identificó el lote que es materia de la controversia y falta de estimación de las escrituras, certificados, plano y acta de inspección ocular que determinara exactamente el inmueble general dentro de cuyos límites se encuentra el primero, la sentencia violó por infracción directa los artículos 722, 761, 768, 769, 785, 787, 789, 946, 947, 950, 952, 961 incisos primeros de los artículos 964 y 966, los dos últimos del 966, 2526 y 2531, todos del C. C., y 722 del C. J.

Primer cargo.—Lo funda así el recurrente:

Establece el artículo 214, que "Cuando alguno es demandado diciéndose de él que tiene la cosa en su poder, si no es así, debe expresarlo en la contestación pues de lo contrario, al probar el actor su propiedad se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio, a menos que el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquél no era el poseedor". El 215 dispone, que "Si el que es demandado por cosa que no posee, lo expresa así al Juez, se sustancia esta excepción dilatoria, comprendida en la de inepta demanda; y si se sentencia en favor del demandado, queda exento de la demanda, a no ser que sea el ladrón o estafador de la cosa demandada, o que dolosamente la haya enajenado para hacer más difícil la gestión del actor". Y el 328 de la misma obra agrega: "Las excepciones que pueden proponerse en juicio se dividen en dilatorias, que se refieren al procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo; y en perentorias, que son las que se oponen a lo sustancial de la acción".

Lo anterior significa, a juicio del recurrente, que la negativa del demadado a la afirmación de ser éste el poseedor actual de la cosa, constituye una excepción dilatoria de inepta demanda, y que como tal debía tramitarse previamente, para mejorar o suspender el procedimiento. Si pues, por descuido del Juez y de las partes no se tramitó, ello no autoriza que pueda ahora alterarse la naturaleza para convertirla en perentoria: "que se opone a lo sustancial de la acción", como en definitiva lo hizo el Tribunal, para fundar en la ausencia de prueba, respecto de la posesión, un fallo absolutorio.

"Las consecuencias de ese olvido u omisión, prosigue el recurrente, serían para el actor, en el peor de los casos, que una sentencia proferida contra Apolinar Ortiz resultara baldía o ilusoria en sus efectos, por haberse dictado contra quien en realidad no es poseedor, bien por no haber tenido nunca ese carácter, bien por haberlo perdido antes de la notificación de la demanda. Pero la tácita renuncia de las partes a la ritualidad procesal o garantía procedimental consistente en que la excepción dilatoria dicha se tramitara y fallara previamente a la sentencia definitiva, renuncia referente a un **derecho secundario**, no impide en manera alguna, qué se dicte un fallo condenatorio si hay mérito para ello, si llegado el momento de cumplir la condena, el demandado prueba que no era el poseedor, quien resulte serlo en verdad no sufrirá ningún perjuicio, pues la sentencia sería para ese tercero extraño, **res inter alios judicata**.

".....

"La legitimación para obrar o personería sustantiva de las partes constituye, sin duda, un elemento esencial para la configuración y decisión de la acción judicial; pero no un presupuesto procesal propiamente dicho, según concepto de la Corte. De modo que es otro error del Tribunal, error de derecho, considerar que la circunstancia de ser realmente el demandado el poseedor actual de la cosa que se reivindica, constituye un presupuesto procesal. La capacidad jurídica del demandado para ser parte, o sea su facultad para actuar en el juicio, es su legitimación de causa o legitimación para obrar. 'La acción procesal puede considerarse como el objeto inmediato del proceso y la de derecho civil por el cual aquélla se ejercita por el mediato', dice Kisch. La legitimación de causa en el demandado, o su personería

sustantiva, para usar terminología corriente, es elemento esencial de la acción civil, de la acción procesal.

"En otra clase de juicios la personería sustantiva del demandado, o su capacidad jurídica para ser parte puede quizás tenerse como presupuesto procesal, es decir, como elemento esencial de la acción procesal propiamente dicha; pero no en el juicio reivindicatorio, en donde imperan las normas especialísimas contenidas en los artículos 214 y 215 del Código Judicial, que no son, por cierto, disposiciones procedimentales **strictu sensu**, no obstante pertenecer al Código del ramo, sino, más bien, disposiciones civiles, que desarrollan y complementan los principios consagrados por los artículos 953, 954, 955 y 957 del Código Civil".

La Sala considera:

"La reivindicación o acción de dominio, como lo enseña el artículo 946 del C. C., es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla'. De donde se sigue que siendo esta acción restitutoria por naturaleza, su viabilidad en juicio se halla forzosamente subordinada a la comprobación, no sólo del dominio o propiedad de donde emana el derecho del actor a proponerla, sino del estado de posesión en que se halla el demandado, y por cuya razón puede ser obligado a restituir; por ello, y como lo repite luégo el artículo 952 subsiguiente, "la acción del dominio se dirige contra el actual poseedor", porque nadie sino el que tiene la cosa en su poder, puede ser obligado a restituírla. Pero como al tenor del artículo 1557 del mismo Código, "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta, es claro entonces que fundado el deber de restituir en la posesión afirmada por el actor, a nadie sino a éste le corresponde probarla, a efecto de que su pretensión pueda prosperar.

Sostiene sin embargo el recurrente, con base en el artículo 214 del C. J., que al establecer dicho precepto la obligación que tiene el demandado por cosa que no está en su poder, de manifestarlo así al contestar la demanda, "pues de lo contrario, al probar el actor su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio", implícitamente quedó modificado para los juicios reivindicatorios el principio sobre carga de la prueba que echó sobre el demandado; y que, en consecuencia, al negar él la posesión, está en el deber de comprobar dentro de un incidente de excepciones dilatorias, que no es el poseedor, como lo previene el artículo 215. Por tanto, concluye, cuando a pesar de la negativa del demandado, "tal excepción **dilatoria** no se tramitó, por descuido del Juez o de las partes, no puede por ello adquirir la naturaleza de **perentoria, que se opone a lo sustancial de la acción"**; el hecho, agrega más adelante, apenas "tiene el significado de una renuncia tácita a una ritualidad procesal o garantía procedimental de carácter secundario y adjetivo, renuncia hecha por ambas partes y que a ambas partes puede llegar a perjudicar cuando vaya a ser ejecutada la sentencia".

Al respecto, observa la Sala:

Es indudable que en el caso contemplado por el artículo 214 del C. J., el **silencio** del demandado sobre la posición del dominio se dirige contra el actual poseedor", porque nadie sino el que tiene la cosa en su poder, puede ser obligado a restituírla. Pero como al tenor del artículo 1557 del mismo Código, "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta, es claro entonces que fundado el deber de restituir en la posesión afirmada por el actor, a nadie sino a éste le corresponde probarla, a efecto de que su pretensión pueda prosperar.

Sostiene sin embargo el recurrente, con base en el artículo 214 del C. J., que al establecer dicho precepto la obligación que tiene el demandado por cosa que no está en su poder, de manifestarlo así al contestar la demanda, "pues de lo contrario, al probar el actor su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio", implícitamente quedó modificado para los juicios reivindicatorios el principio sobre carga de la prueba que echó sobre el demandado; y que, en consecuencia, al negar él la posesión, está en el deber de comprobar dentro de un incidente de excepciones dilatorias, que no es el poseedor, como lo previene el artículo 215. Por tanto, concluye, cuando a pesar de la negativa del demandado, "tal excepción **dilatoria** no se tramitó, por descuido del Juez o de las partes, no puede por ello adquirir la naturaleza de **perentoria, que se opone a lo sustancial de la acción"**; el hecho, agrega más adelante, apenas "tiene el significado de una renuncia tácita a una ritualidad procesal o garantía procedimental de carácter secundario y adjetivo, renuncia hecha por ambas partes y que a ambas partes puede llegar a perjudicar cuando vaya a ser ejecutada la sentencia".

Al respecto, observa la Sala:

Es indudable que en el caso contemplado por el artículo 214 del C. J., el **silencio** del demandado sobre la posesión de la cosa que es materia de la litis, unido a la prueba de dominio por el actor,

son suficientes para establecer presuntivamente dicha posesión respecto del primero, y hacerlo en consecuencia responsable de la cosa misma o de su precio. Pero si, como lo previene el artículo 215, el demandado antes que limitarse al silencio, **niega** expresamente la calidad de poseedor porque se le demanda, entonces lo que se modifica no es, como en el caso anterior, la aplicación del principio sobre carga de la prueba, que sigue gravitando sobre el actor, sino el procedimiento para establecer el hecho, a fin de evitar, mediante los trámites breves de un incidente de excepciones dilatorias, la dispendiosa e inútil controversia que implica el juicio ordinario.

"Las excepciones perentorias —dice el profesor Fábrega y Cortés— se subdividen en absolutas y relativas; depende del sistema de defensa que adopta el demandado; cuando éste, al contestar la demanda, se limita a negar los hechos en que el actor la apoya, se dice que opone una excepción absoluta, o, como dice Maynz, tiene lugar la **litis contestatio** negativa, o, como dice Savigny, la negativa absoluta; otras veces el demandado no se limita a negar los hechos en que se apoya la demanda, sino que alega otros hechos que los contradicen o varían, y entonces tiene lugar la excepción relativa, o como la llama Savigny, la negativa relativa. La utilidad de esta división es grande cuando se trata de resolver a quién incumbe probar; cuando el demandado se ciñe a negar los hechos de la demanda, la prueba incumbe al actor, no porque sea siempre verdad lo que se ha consignado como principio jurídico **onus probandi incumbit actori** (la carga de la prueba incumbe al actor), sino que el que afirma es quien debe probar, **afirmans probat,** y como entonces es el actor quien afirma, pues el demandado se limita a negar y no cabe prueba de los hechos negativos, de aquí que cuando el demandado utiliza una excepción absoluta, puede ampararse del principio **actore non probante, reus absolvendus** (no probando el actor, debe ser absuelto el demandado); en cambio, cuando el demandado haya opuesto hechos a hechos, entonces debe probar los hechos que ha alegado, debe probar el fundamento de su excepción, y en este caso rige el principio de que en la excepción el demandado se convierte en actor, **reus in exceptione actor fit**". (Lecciones de Procedimiento Judicial, página 379).

Quiere decir lo expuesto, que al negar el demandado Ortiz, en forma pura y simple, la calidad de poseedor con que se le llamó al juicio, la excepción con que se defendía era absoluta, por cuanto a la negativa en que la hizo consistir, no le opuso el hecho contrario de otra posesión, susceptible de ser demostrada por él; por lo cual y por no haberse dado por el actor la prueba correspondiente, el fallo tenía que ser como lo fue, plenamente absolutorio.

Ni vale argüir contra esta conclusión, que siendo dilatorio el medio procedimental a que debía sujetarse la previa calificación de aquella negativa, la omisión de dicho trámite no puede convertirse en excepción perentoria, para fundar así la absolución. Porque si "excepción perentoria es todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió", resulta inaceptable negársele tal carácter, respecto de las acciones restitutorias, a un hecho que como el de la ausencia de posesión, se dirige primordialmente a extinguir para siempre la propuesta contra el demandado, y sólo en forma consecuencial y secundaria a suspenderla o mejorarla en relación con el actor, que así se verá obligado a promoverla contra el verdadero poseedor. Y si esto es así, mal puede entonces pretenderse que por obra del simple procedimiento de excepción dilatoria, autorizado sólo en gracia de la economía procesal, haya de convertirse en adjetivo y secundario, lo que constituye uno de los extremos fundamentales de la obligación de restituir, y a la cual es correlativo el derecho ejercitado por el actor. Como se ve más claramente aún con las excepciones de cosa juzgada y transacción, que no obstante, ser oponibles como dilatorias (art. 541 del C. J.), conservan su naturaleza de medios defensivos perentorios, dirigidos siempre contra "lo sustancial de la acción".

En consecuencia, y por no existir los errores de hecho y de derecho de que se acusa la sentencia, el cargo que de ellos se dedujo debe ser rechazado.

Segundo cargo.—Como ya se expresó en otro lugar, este cargo se hace consistir, en la errónea apreciación de las pruebas con que el actor identificó el inmueble objeto de la reivindicación, la cual lo llevó a desestimar las pretensiones de la demanda, con violación de numerosos preceptos de la ley sustantiva.

La Sala sin embargo se abstiene de considerarlo, puesto que desestimada, como acaba de serlo,

la primera acusación, el resultado a que hubiera de conducir el examen de este cargo, en nada podría modificar la conclusión absolutoria a que, por la ausencia de prueba respecto de la posesión del demandado, llegó el sentenciador de instancia.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha siete (7) de junio 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, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo—Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas Hernando Lizarralde, Secretario.

EL ERROR COMO CAUSA DE LA ANULACION DE UN ACTO O CONTRATO—EL ERROR SOBRE LA ESPECIE DEL ACTO O CONTRATO QUE SE EJECUTA—EL ERROR RESPECTO DE LA SUSTANCIA O CALIDAD ESENCIAL DEL OBJETO SOBRE QUE VERSA EL CONTRATO

1—Desde luégo, como es sabido, no toda diferencia o desacuerdo entre la voluntad que se manifiesta y las obligaciones que de ella resultan, constituye un error susceptible de producir la anulación del respectivo acto o contrato; "tal doctrina —como lo observan Planiol y Ripert— no podría aplicarse sin exponer al contratante a tales riesgos que privarían de toda seguridad al comercio jurídico". La ley y la jurisprudencia limitan dicho efecto al error que recae sobre la naturaleza de la obligación, o como dice el Código Civil, "sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra", ERROR IN NEGOTIO, el cual lleva implícitamente envuelto un error en la causa de la obligación; o cuando versa "sobre la identidad de la cosa específica de que se trata", o sobre "la sustancia o calidad esencial" de la misma, o sobre una calidad accidental de la cual consta a la otra parte que constituye el principal motivo para contratar, ERROR IN CORPORE; o, finalmente, cuando el error se refiere a la persona con quien se contrata, por consideración especial a ella. Ni el error sobre la simple denominación del contrato, sobre los motivos que hayan determinado su celebración o sobre calidades no esenciales del objeto, ni el que haya podido producirse en el valor o por simples equivocaciones de cálculo, son suficientes para viciar el consentimiento, y producir como consecuencia, la nulidad del respectivo acto o contrato.

2—El error sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, modifica, de acuerdo con la naturaleza de cada uno, las obligaciones y derechos que el pacto está llamado a producir; como se ve muy claro en el ejemplo con que el artículo 1510 del C. C. ilustra este concepto: si quien recibe un dinero a título de mútuo entiende hacerlo a título de donación, no consiente en el deber de restitución, que es obligada consecuencia del préstamo, ni quien lo entrega lo hace con el ánimo de desprenderse gratuitamente de su dominio; se produce entonces un error en la causa de la estipulación que desvirtúa su naturaleza y la hace legalmente ineficaz, y que es desde luégo jurídicamente distinta del MOTIVO DETERMINANTE que decidió a las partes a obligarse.

"El motivo —dice Henri Capitant— es la razón contingente subjetiva, y, por lo mismo variable de individuo a individuo, que determina a una persona a hacer un contrato. Así, uno vende determinada cosa porque tiene necesidad de dinero para pagar deudas o porque abandona el lugar donde está situada esta cosa, o porque quiere adquirir otra más remuneradora, etc. De la misma manera, el comprador se determina por consideraciones harto distintas, según los casos. El que toma a préstamo, lo hace bien por pagar una deuda, bien por especular, bien por edificar, bien por cualquiera otra razón.

"El motivo ejerce una influencia decisiva sobre la voluntad del que contrata. Es lo que le determina a obligarse. Existe una relación indiscutible de causa a efecto entre el motivo y la obligación. Y por eso, el error sobre el motivo no anula la obligación. El derecho no lo tiene en cuenta; aunque el consentimiento no corresponda a la voluntad efectiva del contratante, admite sin embargo la validez de la obligación. ¿Cómo se explica ésto?

"La razón consiste en que el contrato es esencialmente un acuerdo de voluntades; el acuerdo es quien fija límites a su contenido. Todo lo que han convenido los interesados, es decir, todo aquello en que se han puesto de acuerdo, viene a ser un elemento constitutivo del contrato. Por el contrario, aquello que no han conocido ni deseado las partes contratantes, queda fuera del campo contractual, y, por consiguiente, no puede ejercer ninguna influencia sobre la validez de las obligaciones. Ahora bien, el motivo

psicológico que determina a cada uno a obligarse, no forma parte del acuerdo de voluntades" (De la causa de las obligaciones, pág. 23).

3—En el error respecto de la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato, no se trata, como lo observa el señor Vélez, "de error en cuanto al contrato, ni de que las partes no estén de acuerdo respecto de la cosa sobre que versa el contrato: se trata de algo que puede considerarse como menos grave: de que la sustancia o calidad esencial de la cosa, es diversa de lo que se cree, como si en el contrato de compraventa, cree, por ejemplo, el comprador que la barra que compra es de oro y resulta de cobre. Aunque este error no es de la gravedad de los precedentes, puesto que en el contrato sí concurren las dos voluntades respecto de la especie de éste y de la identidad de la cosa, como hay un vicio radical en el consentimiento, pues de presumirse que éste no se hubiera dado sin el error, es justo que el contrato que tiene un consentimiento viciado, pueda rescindirse". (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, tomo sexto, n. 50).

En el derecho moderno, como lo dice el Tribunal recordando anteriores doctrinas de la Corte, el concepto de sustancia no se halla limitado por el sentido objetivo de la materia de que está formada la cosa, ni sus cualidades esenciales circunscritas a las que conjuntamente determinan su índole específica y sirven generalmente para distinguirla de todas las demás; sobre la base del fin que se persigue, cual es el de "asegurar la concordancia de los efectos jurídicos de la voluntad con la voluntad y la intención reales, dicen Planiol y Ripert, hay que entender por sustancia toda cualidad cuya consideración haya sido causa determinante del contrato, aun cuando para cualquiera otra persona no mereciere esa importancia. Inversamente, una cualidad que para los demás puede ser esencial puede carecer en un caso dado de esa importancia determinante. La determinación de la CUALIDAD SUSTANCIAL, como se ha dicho, haciendo una hábil trasposición de términos, es una cuestión de hecho, de investigación de la intención. En cuanto a los riesgos que esa determinación de la intención del que sufra el error pudiera ocasionar para la otra parte, talvez ignorándolos ésta, riesgos que quedan descartados en la construcción objetiva de la sustancia, desaparecen cuando se exige que las partes hayan hecho de la existencia de la cualidad de que se trate una condición de validez del contrato".

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

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

A nombre de don Julio C. Ríos, su yerno señor Alfonso Vélez Toro entró en negociaciones con don Alfonso Gaviria, sobre la enajenación de una casita de dos pisos junto con el lote de noventa y tres y media varas en que se halla construída, en el Barrio de "Majal" de la ciudad de Medellín, de la que era propietario el primero, y un lote de terreno con cabida de 2485 varas cuadradas, de la misma ubicación del anterior y pertenecientes al segundo.

A través de tales conversaciones, Vélez Toro y Gaviria convinieron en permutar los dos inmuebles, haciéndose cargo el señor Ríos, por quien aquél estipulaba, de pagar por cuenta de Gaviria el crédito hipotecario que por la suma de $ 8.379.10 le adeudaba éste a don Germán de Jesús Tamayo, con garantía del lote que le traspasaba a Ríos y de darle además como encime, la suma de $ 3.000.00.

Acordado así el contrato, Vélez Toro llamó a Ríos, quien se encontraba en la ciudad de Cali, a efecto de que se presentara a formalizarlo mediante la correspondiente escritura. Pero resulta que ya en el acto del otorgamiento, bien porque como lo sostiene Gaviria, el Notario insinuara la conveniencia de darle forma de venta a la negociación, o porque como afirma Ríos, éste no aceptara los términos en que había sido acordada, el hecho es que en vez de formalizar el convenio palabreado extendieron dos escrituras de venta, y que bajo los números 955 y 956 de fecha 26 de febrero de 1945, autorizó el Notario Primero del Cicuito de Medellín. Por medio de la primera, Gaviria dijo venderle a Ríos el lote de 2485 varas cuadradas de superficie, por la cantidad de $ 12.000.00, así: "Tres mil seiscientos veinte pesos con noventa centavos ($ 3.620.90), en dinero de contado que declara tener recibidos a su satisfacción, y los ocho mil trescientos setenta y nueve pesos, diez centavos, restantes, que deja en poder del comprador para que pague el crédito hipotecario

arriba mencionado". Mediante la segunda, Ríos dijo venderle a Gaviria la casita de dos pisos, antes expresada, por la suma de $ 8.000.00, que éste pagaba así: $ 3.000.00 que el comprador declaró haber recibido de contado a su satisfacción; y los $ 5.000.00 restantes, que quedaba a deber, mediante la garantía de una hipoteca sobre el mismo inmueble, crédito que más tarde fue cedido por Ríos a don Gabriel Gómez.

Con estas operaciones, el señor Gaviria se sintió defraudado en la suma de $ 8.000.00 que arroja su diferencia con la permuta primeramente planeada, $ 3.000.00 que dejaba de recibir y $ 5.000.00 que había quedado a deber como parte no pagada del precio de la casa, y en tal virtud decidió demandar ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín a los señores Ríos y Gómez, para que previos los trámites del juicio ordinario se declare:

"A) Que el contrato celebrado por el señor Alfonso Gaviria G., por una parte, y don Julio C. Ríos A. por la otra, por medio de la escritura pública Nº 955 de 26 de febrero de 1945, de la Notaría Primera de este Circuito de Medellín, es nulo, de nulidad absoluta, por falta de consentimiento; toda vez que la voluntad de los contratantes no concurrió respecto de una misma cosa, es decir, por haber querido celebrar dos contratos diferentes, Ríos C., una compraventa y Gaviria, una permuta.

"B) Que el contrato celebrado por el señor don Julio C. Ríos, por una parte, y Alfonso Gaviria G. por la otra, solemnizado por medio de la escritura pública Nº 956 de 26 de febrero de 1945, de la Notaría Primera de este Circuito Notarial, es nulo, de nulidad absoluta, por falta de consentimiento y de causa; toda vez, que la voluntad de los contratantes no concurrió respecto de una misma cosa, es decir, por haber querido celebrar dos contratos diferentes el uno, Ríos A. una compraventa, y el otro, Gaviria G., una verdadera permuta.

"C) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores las cosas deben restablecerse al estado que tenían antes de celebrarse los contratos, como si éstos no existieran y por consiguiente, el demandado Ríos A., está obligado a restituir dentro del tiempo que usted señale, o la ley determine, las dos mil cuatrocientas ochenta y cinco varas cuadradas, situadas en la manzana Nº 16 del Barrio Majal y comprendidas dentro de estos linderos: Por frente u occidente, con la carrera del Palo o Gómez Angel, continuación; por el sur, con la propiedad de Martín y Daniel Chalarca; por el norte, con casa y solar que fué de José Miguel Alvarez, hoy Ricardo Mejía A.; y por atrás u oriente, con solares de Romelia Puerta, Purificación Aguirre, Braulio Zapata e Isaacs Londoño.

"D) Que es igualmente nula, o mejor, que son completamente nulas las tradiciones efectuadas por medio de las escrituras Nos. 955 y 956 de 26 de febrero de 1945, de la Notaría Primera de este Circuito, lo mismo que sus respectivas inscripciones hechas en la oficina de Instrumentos Públicos de este Circuito, por falta de consentimiento.

"E) Que es nula la hipoteca constituída por don Alfonso Gaviria G., a favor del señor don Julio C. Ríos A., por medio de la escritura Nº 956 de 26 de febrero de 1945, de la Notaría Primera de este Circuito, por ser nulo, e írrito, el contrato principal, ya que éste adolece de error en el consentimiento.

"F) Que consecuencialmente el contrato de cesión celebrado entre los señores Julio C. Ríos A y Gabriel Gómez H., es nulo, y por consiguiente carece de valor y efecto.

"G) Que la inscripción de los contratos mencionados efectuada por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de este Circuito en los libros de su cargo carecen de valor legal y efecto jurídico, y consecuencialmente se ordene la cancelación de esas inscripciones al mismo Registrador.

"En subsidio de la primera y segunda súplica, os ruego decretéis: 1º Que el contrato celebrado por el señor Alfonso Gaviria, por una parte y Julio C. Ríos A., por la otra (compraventa) por medio de la escritura Nº 955 de 26 de febrero de 1945 de la Notaría Primera de este Circuito de Medellín, ES NULO, DE NULIDAD RELATIVA, por error en el consentimiento de los contratantes por haber querido celebrar el uno un contrato de compraventa y el otro una verdadera permuta.

"2º—Que el contrato celebrado por el señor Julio C. Ríos A., por una parte, y Alfonso Gaviria G., por la otra, (COMPRA-VENTA) por medio de la escritura Nº 956 de 26 de febrero de 1945, de la Notaría Primera de este Circuito de Medellín ES NULO, DE NULIDAD RELATIVA, porque su consentimiento estaba viciado por un error de hecho en el momento de otorgar la escritura que solemnizó el acuerdo.

"3º—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, las cosas deben restablecerse al estado que tenían antes de celebrarse tales contratos, como si éstos no existieran, y por consen-

timiento, Ríos A. está obligado a restituir a Gaviria G., dentro del término que usted le señale o la ley determine, el inmueble descrito en el hecho primero de este libelo de demanda.

"MAS EN SUBSIDIO os pido falléis: Que hubo lesión enorme para el vendedor en el contrato de compraventa celebrado por la escritura pública Nº 955 de 26 de febrero de 1945 de la Notaría Primera de este Circuito entre don Alfonso Gaviria G., por una parte, y Julio C. Ríos A., por la otra, y por consiguiente, que este contrato es nulo, de nulidad relativa; y

"Que don Julio C. Ríos A., debe devolver al señor Gaviria G., el inmueble determinado en la escritura Nº 955 preindicada, a menos que completen el justo precio de él dentro del plazo que la ley señale o su juzgado determine con deducción de una décima parte.

"Ya se hagan las súplicas principales, ora las subsidiarias, pido que los demandados sean condenados a pagar las costas de este juicio si temerariamente afrontan la litis".

El Juzgado del conocimiento falló la demanda en sentencia de veintitres de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, negando las solicitudes propuestas.

La sentencia recurrida

De este fallo apeló el actor para ante el Tribunal Superior de Medellín, el cual, en sentencia de once de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, revocó el de primera instancia, y en su lugar declaró:

"Primero.—Son nulos de nulidad relativa, por error en el consentimiento los contratos relacionados en las escrituras números novecientos cincuenta y cinco y novecientos cincuenta y seis, pasadas en la Notaría Primera de este Circuito, el veintiseis de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, sobre compraventa de unos inmuebles, celebrado por los señores Alfonso Gaviria G., y Julio C. Ríos, y sobre hipoteca de uno de esos inmuebles para garantizar su pago.

"Segundo.—Como consecuencia de la declaración anterior las cosas deben restablecerse al estado que tenían antes de celebrarse tales contratos, y por consiguinte, cada uno de los contratantes está obligado a restituir al otro los bienes que de él recibió, con las restituciones mutuas que correspondan a los poseedores de buena fe.

"Tercera.—La inscripción de las mencionadas escrituras efectuadas por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de este Circuito en los Libros de Registro carece de efecto legal y se ordena su cancelación.

"Cuarto. No se hacen las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

"Quinto.—No se hace especial condenación en costas".

Para llegar a esta conclusión, tuvo en cuenta el Tribunal, entre otras razones, las siguientes que corresponden a la impugnación de que ahora conoce la Corte:

"El negocio que se acaba de analizar ha sido acusado de nulidad por el contratante Gaviria con miras a que se resuelva o se rescinda, según sea que la nulidad de que se le acusa sea absoluta o relativa. Se hace consistir la nulidad en error como vicio del consentimiento. Para resolver el problema es necesario analizar uno a uno los siguientes factores que lo conforman: Qué contrato entendió o quiso celebrar el demandante Gaviria G. que es quien alega el error; qué contrato fué el que resultó celebrado; qué diferencia existe entre el contrato que se pretendió celebrar y el que en realidad quedó celebrado. Establecida esa diferencia entre lo que se pretendió hacer y lo que en realidad se hizo, ver si ella constituye error en el consentimiento o falta de él.

"¿Qué negocio quiso o pretendió o entendió hacer el señor Gaviria? De ello dan fe los testigos Germán Mesa y Alfonso Vélez Toro, testigos perfectamente conocedores del negocio porque fueron los que los iniciaron. Lo que quiso fue un negocio "consistente en que el suegro del señor Vélez daba una casita de dos pisos, de adobe y teja, instalaciones de agua y luz, encimando tres mil pesos y a su vez pagaría un crédito hipotecario que gravaba la propiedad de don Alfonso Gaviria en la suma de ocho mil trescientos setenta y nueve pesos con diez centavos moneda legal, por un lote de terreno con una cabida de 2.485 varas cuadradas, situado en el Barrio Majal, que entregó el señor Gaviria al contratante Ríos a su entera satisfacción, dados los términos del acuerdo". Así se expresa el testigo Mesa G. y el testigo Vélez Toro dice: "El negocio se hizo conforme al convenio celebrado por medio de una carta entre el suscrito y el señor Alfonso Gaviria G. consistente en que el suegro mío daba una casita de dos pisos, de adobe y teja, instalaciones de agua y luz, encimando tres mil pesos y a su vez pagaría un crédito hipotecario que gravaba la propiedad de don Alfonso Gaviria en la suma de ocho mil trescientos setenta y nueve pesos moneda legal,

por un lote de terreno con una cabida de 2.485 varas cuadradas, situado en el Barrio Majal, que entregó el señor Gaviria al contratante Ríos a su entera satisfacción, dados los términos del acuerdo".

"....

"¿Qué contrato fué el que resultó celebrado? La sentencia recurrida y el demandado señor Ríos A. sostienen que fue el siguiente que es el que aparece constatado en las escrituras números 955 y 956 multicitadas: Gaviria G. cedió su lote de terreno en la cantidad de doce mil pesos que se le pagaron así: tres mil seiscientos veinte pesos y noventa centavos que quedaron en poder del comprador para pagar el crédito hipotecario que afectaba el solar vendido por Gaviria y adquirido por Ríos A. y éste a su vez cedió a Gaviria la casita en la cantidad de ocho mil pesos moneda legal que Gaviria pagó así: Tres mil en dinero (El que había recibido como valor del solar según lo afirma Ríos en las posiciones que absolvió en esta instancia) y los cinco mil pesos restantes los quedó a deber y los garantizó con hipoteca sobre la misma casa que adquiría. Así quedó el negocio al decir de las escrituras que es lo que hay que tomar como verdadero porque ellas fueron traídas como pruebas al debate; porque el señor Juez a-quo así lo dice en la sentencia que se revisa; y porque el demandante Ríos así lo asegura, aunque el Tribunal tiene que hacer desde ahora la advertencia de que lo que las escrituras dicen no puede ser la verdad exacta de lo ocurrido por las razones que más adelante se verán.

"¿Qué diferencia existe entre el contrato que pensó y pretendió celebrar Gaviria y el contrato que quedó expresado en las escrituras? La de que la hipoteca por valor de ocho mil trescientos setenta y nueve pesos con diez centavos que pesaba sobre el solar enajenado por Gaviria y adquirido por Ríos ya no lo pabaga éste con su propio dinero sino con dinero que Gaviria dejaba en poder para atender a esa finalidad. Ya vimos al analizar las pruebas de declaraciones cómo Ríos debía dar la casita, encimar tres mil pesos y pagar la hipoteca, para recibir en cambio el solar. Vemos ahora que recibe no sólo el solar sino el dinero que se reserva para pagar la hipoteca. Allí está la diferencia y en ella consiste el error, justamente porque en esa parte es en la que la intención de Gaviria no se acomoda a la realidad de los hechos narrados en las escrituras.

"¿La diferencia anotada ya constituye falta o carencia de consentimiento? No. Aunque de manera imperfecta él existió y quedó constatado en las escrituras. ¿Constituye entonces error capaz de viciar el consentimiento? Sí lo constituye por las siguientes razones: Primero. Porque recae sobre la especie del negocio que se ejecuta o celebra. En fecto, si Ríos A. adquiría el solar con su gravamen hipotecario, el solar valía mucho menos y entonces la encima en dinero (tres mil pesos) valía menos que la casita que recibió y el negocio por lo mismo era de permuta. Mas si por el contrario, el valor de la hipoteca se entendía como parte del precio, así subía el valor del solar y entonces la encima en dinero (hipoteca) valía más que la casita y entonces el negocio era de compraventa. A este respecto el señor apoderado del demandado hace el reparo de que en la legislación colombiana la venta y la permuta producen los mismos efectos. Ello es cierto pero no lo es menos que entre los dos existe una diferencia demarcada por la ley, y así cuando una persona enajena un bien de su propiedad y como parte del precio recibe otro bien de menor valor si dice que permutó hay que entenderlo que en dinero recibió mayor cantidad que la representada en el otro bien. Y así viene a confirmarse lo que sostiene el demandante. Que él entendió permuta cuando la otra parte entendió venta.

"Segundo: Porque el error recayó sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato. Es necesario advertir que la Sala para la apreciación anterior ha acogido y acoge en todas sus partes la doctrina sentada por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis en que analiza el concepto de sustancia no 'como los primeros exégetas del código entendieron por sustancia la MATERIA de que la cosa estaba formada' sino como en la actualidad se entiende cuando dice: "La evolución ha culminado siempre sobre la base de que por SUSTANCIA hay que entender las calidades sustanciales con la teoría contemporánea inspirada en un criterio subjetivo, de orden psicológico, en que encuentra su centro de gravedad no en un elemento material sino en la noción de móvil determinante de la voluntad según la cual son sustanciales aquellas calidades que han sido determinantes o propulsoras de la voluntad de las partes".

"Y es que en realidad de verdad no es la misma calidad esencial de la cosa, o mejor varía ésta de manera notable si se le mira desde los dos puntos de vista; desde el señalado en las escrituras y el que el contratante entendió; no es lo mismo entregar un bien con un gravamen que debe so-

portar quien lo recibe; que entregar el mismo bien ya sin gravamen. Varía la calidad esencial del objeto.

"Se expresó antes que las escrituras números 955 y 956 tántas veces citadas no son la exacta realidad de los hechos, y para demostrarlo veamos: La primera dice que Gaviria le vende a Ríos un solar en doce mil pesos que recibe así: tres mil seiscientos veinte pesos y noventa centavos, y el resto lo dejó en poder del señor Ríos para el pago de la hipoteca. En posiciones el señor Ríos dice que los tres mil pesos que recibió como valor de la casa a que se refiere la segunda escritura son los mismos recibidos por Gaviria como valor de la venta del solar. Si así se entiende la cosa a Gaviria entonces le tenía que quedar en efectivo seiscientos veinte pesos y noventa centavos, y como esa cantidad no la recibió él sino que por el contrario entregó trescientos setenta y nueve pesos con diez centavos, resulta que se completaron así mil pesos que pasaron de manos de Gaviria a la de Ríos sin causa ni objeto justificables. Y esa diferencia de mil pesos no pudo justificarla la parte demandada. Al contestar la demanda dice por boca de su apoderado: "don Julio Ríos le compró al demandante el terreno de su propiedad en la suma de doce mil pesos los cuales pagó así: en dinero tres mil pesos, y en liberación de un gravamen hipotecario que pesaba sobre el inmueble ocho mil pesos". Mas la verdad es que tres mil y ocho mil no han sido, ni son ni podrán llegar a ser doce mil. Siempre tres y ocho fueron, son y serán once. Don Julio C. Ríos para explicar el mismo pago dice en posiciones absueltas en la segunda instancia: "Yo vendí la casa en nueve mil pesos y él vendió un solar por doce mil pesos". Así se explica la diferencia de tres mil pesos entre el valor del solar y el valor de la casa; mas como ésta no fué vendida en la cantidad de nueve mil pesos según lo reza la escritura correspondiente sino en la suma de ocho mil pesos, encontramos que el error subsiste porque los tres mil pesos de la diferencia y los ocho mil de la casa no componen los doce mil pesos valor del solar. Ocho y tres son once y no doce.

"Este error de los mil pesos que el demandado no ha explicado satisfactoriamente, y él debía hacerlo porque él es quien afirma la veracidad de las escrituras, no entraña posiblemente error en el consentimiento, pero sí confirma la idea de que Gaviria no se proponía como finalidad u objeto del negocio que quería y entendía celebrar, lo que como tal quedó constatado en las escrituras.

"El error en el consentimiento de que se ha tratado constituye nulidad relativa que dá origen a la rescisión del contrato de que tratan las escrituras números 955 y 956, y es evidente que anulado ese contrato que es el principal, el de hipoteca relacionado en la escritura última resulta nulo también como accesorio al principal".

El recurso de casación

Contra la anterior providencia del Tribunal interpusieron los demandados recurso de casación formulándole al efecto numerosos cargos. De éstos, la Sala procede a considerar de preferencia los que versan sobre la violación de la ley sustantiva, por haber estimado erróneamente como vicio del consentimiento susceptible de anular el contrato, lo que apenas pudo ser un simple error circunstancial en los cálculos del negocio. Sobre el particular dice el señor apoderado del recurrente Ríos:

"La sentencia es además violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea del artículo 1510 del C. C. cuyo texto es el siguiente:

" 'El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; y sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra'.

"Esta interpretación errónea se advierte al considerar las negociaciones entre los señores Gaviria y Ríos, como que en el ánimo de Gaviria sólo estuvo el hacer una permuta y resultó realizando dos compraventas.

"Aún dando por sentado que estuviera demostrado, contra el texto de las escrituras, que la intención del señor Gaviria fue la de realizar una permuta, no hubo vicio del consentimiento que recayera sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta, de acuerdo con el texto del artículo 1510.

"En efecto, el error sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta vicia el consentimiento no por el acto o contrato en sí mismo, sino por las obligaciones y derechos que de ellos emanan. Es evidente que no es lo mismo recibir algo a título de préstamo que recibirlo a título de donación.

"Todos los tratadistas de derecho, al comentar una disposición como ésta, coinciden en mirar el error no por la especie del acto en sí mismo sino por las obligaciones y derechos que de él emanan. Y para no citar sino al propio doctor Fernando

Vélez, de suyo tan dubitativo, es en este lugar suficientemente explícito y categórico:

" 'Refiriéndonos sólo a la primera parte de este artículo, puesto que la segunda trata de la identidad de la cosa, notaremos que nada es más lógico que aquélla, porque cada especie de contrato supone derechos y obligaciones de diferente naturaleza, como lo demuestra el ejemplo del artículo, pues es claro que en el empréstito el que lo recibe tiene que devolverlo, lo que no ocurriría si el contrato fuese de donación, porque el donatario no contrae ninguna obligación. Otro ejemplo sería que quien recibe una cosa no fungible, entendiese que se la dan en comodato, que por su esencia es gratuito (artículo 2.200), mientras que el que la entrega entiende darla en arrendamiento, que por su esencia es remunerado (artículo 1972). En estos casos, y los que sean iguales a ellos, no habría contrato, porque las partes habrían querido dos cosas diferentes, y por lo mismo sus dos voluntades no habían concurrido respecto de una misma cosa'. (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Tomo VI, pág. 32).

"Esta errónea interpretación del artículo 1510 del C. C., condujo también como es de suponerse, a la errónea interpretación del artículo 1958 del C. C. que en un todo, por lo que toca a las obligaciones y derechos, el contrato de permuta al contrato de compraventa".

Y el otro recurrente señor Gómez, al referirse concretamente a este punto, se expresa así:

"13.—En el fallo se afirman dos tesis diferentes sobre el supuesto error en el consentimiento de los contratantes una que recae sobre la especie del acto o contrato, y otra sobre la sustancia y calidad esencial del objeto sobre que versa el mismo, y se respalda la segunda tesis en jurisprudencia que esa H. Corte sentó en casos bastante diferentes del de autos. Del primer error trata el artículo 1510 del C. C. y del segundo se ocupa el artículo 1511 de la misma obra. Considero que es desacertado sostener que el consentimiento de los contratantes adolece de ambos vicios al mismo tiempo, fundando los yerros en un solo hecho, naturalmente supuesto. Juzgo que si tal hecho se hubiera comprobado, cuando más podría constituir un solo error: o sobre la especie de acto o contrato, o sobre la calidad sustancial del objeto de tal acto, considerado subjetivamente; esto es, como móvil determinante de la voluntad.

"14.—Al estimar el fallador que hubo error en el consentimiento sobre la especie del acto o contrato celebrado entre Gaviria y Ríos, incurrió en violación de la ley sustantiva, por indebida aplicación del principio consagrado en el citado artículo 1510 del C. C., que era rechazado por los presupuestos procesales.

"15.—Suponiendo que hubiese existido el vicio o error en la especie de acto o contrato, tal circunstancia no alcanzaría a causar la nulidad, porque si la especie de contrato que quiso celebrar Gaviria fue la de permuta, en tanto que Ríos quiso verificar el de compraventa, en ambos casos debía llegarse a la aplicación de idénticas disposiciones legales. Este es el principio consagrado por el artículo 1958 del C. C., y fue violado también en forma directa, por no haber sido aplicado.

"16.—También incurrió el sentenciador en violación de la ley sustantiva por indebida aplicación del principio contenido en el artículo 1511 del C. C. No era el caso de considerar viciado el consentimiento por error acerca de la sustancia del objeto del acto o contrato, por ser diverso de lo que se creyó, porque la realidad procesal no lo admite. Bien está que por calidad sustancial se tome no sólo la materia de que esté formada la cosa, sino toda cualidad en virtud de la cual una cosa se clasifique entre cierta categoría de sustantivos, como alguien dijo; pero no lo está que se diga, como lo hizo el fallador, que en los contratos de que dan cuenta los autos hubo error que recayó sobre la sustancia y calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato, buscando la noción de móvil determinante de la voluntad de los litigantes en el hecho de que Gaviria entendió que el gravamen que pesaba sobre el terreno cuyo dominio transfirió a su contraparte sería pagado con dineros de éste, en tanto que Ríos entendió que se pagaría con parte del precio del inmueble. El motivo determinante de los contratantes no pudo ser otro que el de adquirir el dominio de los inmuebles que dijeron venderse. Esta la sustancia de la operación, natural, lógica y corriente; los demás detalles son accesorios. Por ello es por lo que el contenido de las escrituras, que en todo se halla de acuerdo con lo dicho aquí, representa la verdad absoluta de las operaciones concertadas. Y por ello no existe error sustancial o de calidad como se afirmó en el fallo".

Consideraciones de la Sala

Desde luego y como es sabido, no toda diferencia o desacuerdo entre la voluntad que se manifiesta y las obligaciones que de ella resultan, constituye un error susceptible de producir la anulación del respectivo acto o contrato; "tal doctrina,

como lo observan Planiol y Ripert, no podría aplicarse sin exponer al contratante a tales riesgos que privarían de toda seguridad al comercio jurídico". La ley y la jurisprudencia limitan dicho efecto al error que recae sobre la naturaleza de la obligación o como dice el código civil, "sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra", **error in negotio**, el cual lleva implícitamente envuelto un error en la causa de la obligación; o cuando versa "sobre la identidad de la cosa específica de que se trata", o sobre "la sustancia o calidad esencial" de la misma, o sobre una calidad accidental de la cual consta a la otra parte que constituye el principal motivo para contratar, **error in corpore**; o, finalmente, cuando el error se refiere a la persona con quien se contrata, por consideración especial a ella. Ni el error sobre la simple denominación del contrato, sobre los motivos que hayan determinado su celebración o sobre calidades no esenciales del objeto, ni el que haya podido producirse en el valor o por simples equivocaciones de cálculo, son suficientes para viciar el consentimiento, y producir como consecuencia, la nulidad del respectivo acto o contrato.

De los primeros, la Sala se detiene a examinar los que se relacionan con la especie de contrato y con la sustancia o calidad esencial del objeto, por ser ellos los que sirvieron de base al Tribunal para deducir la nulidad que se propuso en este juicio, y que los recurrentes impugnan en el cargo de que se trata.

El error sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, modifica, de acuerdo con la naturaleza de cada uno, las obligaciones y derechos que el pacto está llamado a producir; como se ve muy claro en el ejemplo con que el artículo 1510 del C. C. ilustra este concepto: Si quien recibe un dinero a título de mutuo entiende hacerlo a título de donación, no consiente en el deber de restitución, que es obligada consecuencia del préstamo, ni quien lo entrega lo hace con el ánimo de desprenderse gratuitamente de su dominio; se produce entonces un error en la causa de la estipulación que desvirtúa su naturaleza y la hace legalmente ineficaz, y que es desde luego jurídicamente distinta, del **motivo determinante** que decidió a las partes a obligarse.

"El motivo —dice Henri Capitant— es la razón contingente subjetiva, y, por lo mismo variable de individuo a individuo, que determina a una persona hacer un contrato. Así, uno vende determinada cosa porque tiene necesidad de dinero para pagar deudas o porque abandona el lugar donde está situada esta cosa, o porque quiere adquirir otra más remuneradora, etc. De la misma manera, el comprador se determina por consideraciones harto distintas, según los casos. El que toma a préstamo, lo hace bien por pagar una deuda, bien por especular, bien por edificar, bien por cualquiera otra razón.

"El motivo ejerce una influencia decisiva sobre la voluntad del que contrata. Es lo que le determina a obligarse. Existe una relación indiscutible de causa a efecto entre el motivo y la obligación. Y por eso el error sobre el motivo no anula la obligación. El derecho no lo tiene en cuenta; aunque el consentimiento no corresponda a la voluntad efectiva del contratante, admite sin embargo la validez de la obligación. ¿Cómo se explica esto?

"La razón consiste en que el contrato es esencialmente un acuerdo de voluntades; el acuerdo de voluntades es quien fija límites a su contenido. Todo lo que han convenido los interesados, es decir, todo aquello en que se han puesto de acuerdo, viene a ser un elemento constitutivo del contrato. Por el contrario, aquello que no han conocido ni deseado las partes contratantes, queda fuéra del campo contractual, y, por consiguiente, no puede ejercer ninguna influencia sobre la validez de las obligaciones. Ahora bien, el motivo psicológico que determina a cada uno a obligarse, no forma parte del acuerdo de voluntades". (De la causa de las Obligaciones, pág. 23).

En el error respecto de la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato, no se trata, como lo observa el señor Vélez "de error en cuanto al contrato, ni de que las partes no estén de acuerdo respecto de la cosa sobre que versa el contrato: se trata de algo que puede considerarse como menos grave: de que la sustancia o calidad esencial de la cosa, es diversa de lo que se cree, como si en el contrato de compraventa, cree, por ejemplo, el comprador, que la barra que compra es de oro y resulta de cobre. Aunque este error no es de la gravedad de los dos precedentes, puesto que en el contrato sí concurren las dos voluntades respecto de la especie de éste y de la identidad de la cosa, como hay un vicio radical en el consentimiento, pues de presumirse que éste no se hubiera dado sin el error, es justo que el contrato que tiene un consentimiento viciado, pueda rescindirse". (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, tomo sexto, número 50).

En el derecho moderno, como lo dice el Tribunal recordando anteriores doctrinas de la Corte, el concetpo de sustancia no se halla limitado por el sentido objetivo de la materia de que está for-

mada la cosa, ni sus cualidades esenciales circunscritas, a las que conjuntamente determinan su índole específica y sirven generalmente para distinguirlas de todas las demás; sobre la base del fin que se persigue, cual es el de "asegurar la concordancia de los efectos jurídicos de la voluntad con la voluntad y la intención reales, dicen Planiol y Ripert, hay que entender por sustancia toda cualidad cuya consideración haya sido causa determinante del contrato, aun cuando para cualquiera otra persona no mereciere esa importancia. Inversamente, una cualidad que para los demás puede ser esencial puede carecer en un caso dado de esa importancia determinante. La determinación de la **cualidad sustancial,** como se ha dicho, haciendo una hábil transposición de términos, es una cuestión de hecho, de investigación de la intención. En cuanto a los riesgos que esa determinación de la intención del que sufra el error pudiera ocasionar para la otra parte, talvez ignorándolos ésta, riesgos que quedan descartados en la construcción objetiva de la sustancia, desaparecen cuando se exige que las partes hayan hecho de la existencia de la cualidad de que se trate una condición de validez del contrato".

Supuestos estos conceptos, cabe ahora examinar si dados los términos de los contratos de que aquí se trata, medió en ellos el error en la "especie de negocio", o en la "sustancia o calidad esencial del objeto" sobre que versaron, y que sirvieron de base al Tribunal sentenciador para declarar su nulidad.

Conforme a la relación de antecedentes que se ha descrito, la negociación planeada entre Gaviria y Ríos, actuando por este último su yerno señor Vélez Toro, consistía en que el primero traspasaba al segundo el dominio de su lote de 2.485 varas cuadradas a cambio de una casa y el encime de una suma equivalente al valor de la hipoteca, que pesaba sobre él y $ 3.000.00 más en efectivo. Pero resulta que ya al formalizarse la operación, los términos como ésta había sido proyectada se modificaron fundamentalmente, acordándose en cambio dos contratos distintos de venta: el del lote que Gaviria dijo venderle a Ríos por la suma de $ 12.000.00 pagados así: $ 8.379.10 en el monto de la hipoteca que éste tomó a su cargo, y los $ 3.620.90 restantes que declaró pagarle de contado; y el de la casa que Ríos le vendió a Gaviria por el precio de $ 8.000.00 que el comprador cancelaba: $ 3.000.00 de contado, y los 5.000.00 restantes mediante un crédito que el comprador aseguró con hipoteca de la misma casa. De esta suerte y como en otro lugar se anotó, las ventas realizadas vinieron a dar, en relación con el contrato planeado, una diferencia de $ 8.000.00 en contra de Gaviria, representada esta suma por los $ 3.000.00 que dejó de recibir, más los $ 5.000.00 de la hipoteca con que gravó la casa que adquiría. ¿Cuál en estas condiciones el error en la especie del contrato o en la sustancia o calidad esencial del objeto, que han servido de base para decretar la nulidad?

En la operación planeada, tanto Gaviria como Vélez Toro entendían ver un contrato de permuta, pero que en realidad no lo era, sino de venta: porque si la verdad fiel y objetiva de las cosas, determinaba para Ríos el tener que encimar a más de los $ 3.000.00 que le pagaba de contado, los ocho mil y más pesos de la hipoteca que se obligaba a pagar a nombre de Gaviria, la suma de estos dos guarismos ostensiblemente resultaba muy superior al precio de la casa que en la escritura sólo fué acordado en ocho mil; y sabido es que "Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario", según lo previene el artículo 1850 del C. C. Hubo, pues, de parte del señor Gaviria un puro y simple error de derecho, insusceptible para cambiar de por sí la naturaleza del contrato proyectado. Luego al efectuarse dos ventas separadas, en vez de una sola, lo que cambió no fué la naturaleza o especie del contrato que primitivamente se había proyectado sino la forma de sus estipulaciones, respecto de las cuales el error en que se hubiera podido incurrir, no llega a determinar vicio del consentimiento.

De otro lado el artículo 1958 establece que "Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que dá, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio". Pero si, como se ha visto, la nulidad por error en la especie del contrato se funda en la diversidad de derechos y obligaciones que cada clase de estipulación genera para los contratantes, resulta clarísimo que el producido en el cambio o mutuación de uno de tales contratos por el otro, sólo puede determinar la nulidad del pacto, sobre la base de que con dicho error se altere o modifique la naturaleza —no simplemente la cuantía— de las obligaciones que las partes querían, ya que el error en la cuantía, según se sabe, origina acciones distintas, como la de rescisión por lesión enorme.

Y en el presente caso la diferencia entre el contrato planeado y los que luégo se solemnizaron por medio de escrituras públicas, no está en la naturaleza de las prestaciones buscadas por las partes, sino en la cuantía de la suma que como parte del precio debía recibir el señor Gaviria: el monto de la hipoteca más $ 3.000.00 en efectivo según el primero; la sola diferencia de los $ 3.000.00, conforme al segundo. Luego con base en esta consideración, no puede aceptarse la existencia de error en la especie del contrato, para concluir su nulidad, como lo hizo el Tribunal.

Tampoco cabe deducir de los antecedentes relacionados, la existencia de error sobre la sustancia o calidad esencial del objeto que estructura el sentenciador de instancia, teniendo en cuenta la diferencia entre lo que debía entregarse conforme al convenio prospectado y lo que realmente se dio a virtud de los acuerdos solemnizados cuando dice, que "No es lo mismo entregar un bien con un gravamen que debe soportar quien lo recibe, que entregar el mismo bien ya sin el gravamen". Porque jurídicamente no puede sostenerse que en ninguna de las dos operaciones, la planeada y las solemnizadas, el lote que Gaviria enajenaba, lo fuera libre de la hipoteca que tenía, por cuanto en una y otra el adquirente señor Ríos, tomaba a su cargo la obligación de cancelar su valor; como tampoco es posible sostener, que por haberse establecido en las operaciones realizadas un gravamen hipotecario sobre la casa, no previsto en el proyecto, se diera un error sobre la sustancia o calidad esencial del objeto, por la modificación que el hecho implica en los móviles determinantes de la voluntad. Pues que fuera del propósito común a toda negociación de que ésta se realice en las mejores condiciones económicas posibles, no consta que la voluntad contractual del señor Gaviria estuviera específicamente determinada por el fin de adquirir la casa libre de todo gravamen, ni que en la estipulación hubiera mediado una disconformidad entre lo que su voluntad quería y los resultados mismos del contrato.

Se sigue de todo lo dicho, que al declarar el Tribunal la nulidad de los contratos de que se viene hablando, con base en supuestos errores sobre la "especie del negocio" y sobre "la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato", violó por interpretación errónea y aplicación indebida los artículos 1510 y 1511 del C. C., por lo cual, y sin necesidad de entrar en el examen de los cargos restantes, es el caso de infirmar su fallo, para confirmar consecuencialmente en instancia, y con base en estas mismas consideraciones, el absolutorio a que llegó el Juez del conocimiento, respecto de las acciones de nulidad que se han examinado.

Por lo que hace a las subsidiarias de rescisión por lesión enorme de la venta del lote hecha por Gaviria a Ríos mediante la escritura Nº 955 de que se ha estado hablando, la Sala recoge como fundamento de su negativa, los siguientes apartes del fallo de primera instancia, no desvirtuados dentro del término probatorio de la segunda:

"...en esta instancia del juicio se hizo practicar por peritos nombrados en la forma legal tal examen, y en su dictamen conceptuaron en absoluto desacuerdo los dos principales, por lo que tuvo que proveerse por el Juzgado al nombramiento de un tercero; en su dictamen éste se produjo de común de acuerdo con uno de aquéllos, el designado por la parte demandante, conceptuando que el lote de terreno materia del contrato tuvo para la fecha en que fué celebrado un precio de nueve pesos ($ 9.00) la vara, o sea en un todo, teniendo en cuenta su cabida de 2485 varas cuadradas, de veintidos mil trescientos sesenta y cinco pesos ($ 22.365.00). Sobre la base de esta prueba cree la parte actora haber establecido el fundamento legal de la demanda sobre rescisión.

"El dictamen en referencia hace plena prueba de acuerdo con el artículo 721 del C. J. En tal virtud y para que de conformidad con el mismo haya habido lesión enorme en la venta del bien de que se trata, tendría que haberse pagado por él un precio inferior a $ 11.000.00. Según la escritura en que consta dicha venta, instrumento público que como tal es la prueba fehaciente a este respecto, el demandado pagó por el lote de terreno que le vendió el demandante Gaviria G. la cantidad de $ 12.000.00, en la forma en que allí mismo se expresa. De donde tiene que concluirse, que no sufrió el vendedor la lesión enorme que dice le causó con la ameritada compraventa. Todo otro análisis al respecto es innecesario.

"De otra parte, cualquiera alegación que según lo visto atrás se pueda hacer en el sentido de que ese precio, en todo o en parte, no fue efectivamente pagado en la forma en que reza el contrato, no tiene cabida para suponer que no el expresado sino otro precio se pagó por el inmueble. Ello tan sólo podría determinar la existencia de un crédito en favor del vendedor y en contra del comprador. Tampoco en este campo juega ningún papel de influencia en la decisión,

el valor que haya tenido y tenga actualmente el inmueble objeto de la otra compraventa, cuyo valor jurídico se controvierte, pero no por el concepto de lesión enorme".

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha once (11) de julio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este negocio, y en su lugar CONFIRMA la de primer grado de fecha veintitres (23) de agosto de mil novecientos cuarenta y siete (1947), proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Civil del Circuito de Medellín.

Sin costas en el juicio.

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—Hernando Lizarralde, Secretario.

LA EXCEPCION DE PLURALIDAD DE RELACIONES, CONSAGRADA EN EL INCISO FINAL DEL NUMERAL 4º DEL ARTICULO 4º DE LA LEY 45 DE 1936, ES DISTINTA DE LA EXCEPCION DE VIDA DISOLUTA DE LA MADRE, QUE CONSAGRAN OTRAS LEGISLACIONES

El numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 consagra con el carácter de excepciones perentorias las defensas de que dispone el presunto padre para oponerse a que opere la presunción de paternidad que establece, si cree que no obstante las relaciones sexuales estables con la madre del hijo que se le imputa, no fue su progenitor y que la pluralidad de relaciones sexuales de la mujer dentro del lapso en que legalmente se presume la concepción, establecida de modo fidedigno, desnaturaliza la presunción de paternidad que lleva implicada la fidelidad de la mujer, pues entonces el hijo puede serlo de cualquiera de los hombres que la han poseído carnalmente en el tiempo indicado.

Pero esta excepción, cuya demostración corre a cargo del demandado, se integra según la ley con la triple prueba del hecho material de las relaciones sexuales concurrentes, de la determinación o individualización del hombre u hombres con quien las haya tenido y de la coincidencia de esas relaciones con la época legal de la concepción. Esta situación exceptiva, dentro de la ley colombiana, requiere las preindicadas demostraciones concretas, y es bien distinta de la llamada excepción de vida disoluta, concerniente de manera general a la mala conducta notoria de la madre, que otras legislaciones autorizan.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

María Luisa Barrera propuso ante el Juez 3º Civil del Circuito de Bucaramanga juicio ordinario contra Rafael Mora Blanco para que se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que el demandado Rafael Mora Blanco es el padre natural de mis menores hijos, Josefa y Pedro Antonio Barrera, en cuyo nombre acciono.

"b) Que, consecuencialmente, debe prestarles la protección a que la ley se refiere, darles alimentos congruos e instituirlos herederos, a la fecha de su muerte.

"c) Que sea condenado en costas, en caso de oposición temeraria".

En los fundamentos de la demanda se afirmó en resumen que la Barrera y Mora Blanco mantuvieron durante varios años relaciones sexuales estables y notorias; que durante esa vida en común tuvieron y procrearon sus dos hijos llamados Josefa y Pedro Antonio, nacidos en 13 de enero de 1935 y 22 de febrero de 1936, respectivamente.

El apoderado designado por el demandado dio respuesta a la demanda, negando los hechos en que se apoya y oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas, y una vez surtidos los trámites del juicio, el Juez del conocimiento sentenció con fecha 23 de febrero de 1949, accediendo apenas a la declaratoria de filiación pedida en la súplica a), sin costas.

Por apelación del demandado subió el negocio al Tribunal de Bucaramanga, y éste, en sentencia de 31 de agosto del citado año, revocó la apelada y en su lugar absolvió al demandado "de todos los cargos formulados, negando consecuencialmente las declaraciones pedidas en la demanda".

En ese fallo el Tribunal advierte previamente que el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 autoriza la investigación de la paternidad natural y su declaratoria judicial, entre otros casos, cuando entre el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria relaciones sexuales estables y cuando se acredita la posesión notoria del estado de hijo; que en el primero de esos dos motivos, las relaciones sexuales estables y la fidelidad de la madre al presunto padre son imprescindibles, y que en el segundo, la confesión judicial no es prueba idónea para demostrar

la posesión notoria. Después, al analizar las posiciones absueltas por el demandado expresa que éste aceptó y confesó haber tenido relaciones sexuales estables, con vida en común, con la Barrera y que durante ese lapso habían tenido y procreado a Josefa y Pedro Antonio, pero a quienes no reconocía como hijas suyas por causa de infidelidad de aquélla, y que este hecho exceptivo le correspondía probarlo al demandado. Al esclarecer si éste produjo esa prueba, extracta el contenido de las declaraciones de Luis A. Pérez y Luis P. Mora, de las cuales subraya sus apartes más salientes, y dice al respecto:

"La Ley y la jurisprudencia son muy exigentes en este punto de la paternidad y la filiación naturales, como claramente lo dice la H. Corte en el fallo ya citado: la relativa honestidad de la mujer no casada que mantiene relaciones sexuales estables y notorias con un hombre, equivale a la absoluta fidelidad para ese hombre. Por lo mismo, y por la gravedad de transcendencia de un fallo de declaratoria de paternidad, debe aparecer no controvertida la honestidad relativa, porque como lo ha dicho la jurisprudencia para muchos no es honesta la mujer no casada que hace vida común, carnal, con un hombre.

"Los dos testigos aseguran un hecho, sostenido por Mora Blanco: a la casa de María Luisa Barrera, en 'Bocas', entraban muchos hombres, a los que ella atendía. Esos hombres permanecían hasta altas horas de la noche en aquella casa, y era fama de que María Luisa era de vida libre y no le guardaba fidelidad a Mora Blanco. Uno de los testigos asegura el caso concreto de las relaciones sexuales irregulares con él, en ausencia de Mora. La permanencia y entrada de hombres hasta altas horas de la noche en casa de María Luisa, mujer con fama de vida libre, es un indicio de bastante fuerza. La afirmación del testigo Mora es, conforme al artículo 696, presunción atendible, que se complementa con las afirmaciones imparciales serenas y concretas del testigo Pérez .

"En presencia de tales pruebas, que, por lo menos, llevan a la duda, y toda duda se resuelve a favor del demandado, no puede el Tribunal hacer una declaración tan rotunda y grave de la paternidad demandada, entre otras cosas, porque los fallos referentes al estado civil de las personas no pueden hacerse a la ligera, sin serios e irrebatibles fundamentos de hecho".

Al apoderado de la actora se le concedió recurso de casación, el que hoy se procede a decidir.

El recurrente formula varios cargos contra la sentencia y como la Sala encuentra que es fundado uno de los que propone con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, a él concreta su estudio, en atención a lo prescrito en el artículo 538 ibidem.

En ese cargo que es el contenido en el aparte A del capítulo I de la demanda de casación, se sostiene que la sentencia es violatoria del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, a consecuencia de errada apreciación de las pruebas que se citan.

Allí después de transcribir el texto legal mencionado y el inciso final del mismo, cita el recurrente las posiciones absueltas por el demandado, que fueron acompañadas a la demanda en copia debidamente autenticada, en las cuales aquél confiesa que mantuvo relaciones sexuales, estables y notorias con María Luisa Barrera por varios años, durante las cuales nacieron Josefa, en 13 de enero de 1935 y Pedro Antonio en 22 de febrero de 1936; dice que allí el demandado alegó la infidelidad de la mujer como causa para abstenerse de reconocer a los menores; que a él le tocaba la prueba de ese hecho, el que el Tribunal encontró probado, apreciando erróneamente las pruebas, con las declaraciones de Luis H. Pérez y Luis F. Mora. Luego transcribe apartes de una jurisprudencia de la Corte sobre el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 y dice que lo que ésta reglamenta es la excepción de infidelidad; que la prueba de esa excepción corre a cargo del presunto padre; que para que ella se demuestre se requiere: a) Relaciones sexuales concurrentes; b) Determinación del hombre u hombres con quienes la mujer las haya tenido y c) Coincidencia de esas relaciones con la época legal de la concepción; que las declaraciones citadas no prueban esas circunstancias, pues el testigo Pérez, que dice haber vivido en casa de la Barrera, expresa que no puede aseverar que ella tuviera relaciones sexuales con otro hombre, y que aun cuando el testigo Mora dice que la Barrera tuvo relaciones carnales con él y con otros hombres, no expresa el tiempo en que ello ocurrió o sea si coincidieron con la época en que legalmente se presume la concepción, y como además se trata de un testimonio único no hace plena prueba; que el valor de presunción que como tal le asigna el artículo 696 del C. J. no alcanza a destruir la presunción de paternidad que surge de la confesión del demandado, ya referida.

Considera la Sala:

Según lo estatuye el numeral 4º del artículo

4º de la Ley 45 de 1936, "Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural:

"4º—En caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron".

El inciso final de esa misma disposición estatuye que "en el caso del ordinal 4º de este artículo, no se hará la declaración de paternidad, si el demandado demuestra que durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción, según el artículo 92 del Código Civil, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, o prueba que dentro de dicho tiempo ésta tuvo relaciones carnales con otro hombre".

Refiriéndose al transcrito precepto ha observado esta Sala que él consagra con el carácter de excepciones perentorias las defensas de que dispone el presunto padre para oponerse a que opere la presunción de paternidad que establece, si cree que no obstante las relaciones sexuales estables con la madre del hijo que se le imputa, no fue su progenitor y que "la plúralidad de relaciones sexuales de la mujer dentro del lapso en que legalmente se presume la concepción, establecida de modo fidedigno, desnaturaliza la presunción de paternidad que lleva implicada la fidelidad de la mujer, pues entonces el hijo, puede serlo de cualquiera de los hombres que la han poseído carnalmente en el tiempo indicado. "Pero esta excepción, cuya demostración corre a cargo del demandado, se integra según la ley con la triple prueba del hecho material de las relaciones sexuales concurrentes, de la determinación o individualización del hombre u hombres con quien las haya tenido y la de la coincidencia de esas relaciones con la época legal de la concepción. Esta situación exceptiva, dentro de la ley colombiana, requiere las preindicadas demostraciones concretas, y es bien distinta de la llamada excepción de vida disoluta concerniente de manera general a la mala conducta notoria de la madre, que otras legislaciones autorizan". (Casación, 6 de abril de 1949, T. LXV, pág. 665).

Aplicando esas tesis al caso de autos se tiene:

Con las posiciones a que se refiere el recurrente (f. 3 y 4, c. p.) resulta plenamente establecido mediante la confesión del demandado Mora Blanco, que éste desde el día 3 de octubre de 1929 hasta el 20 de julio de 1938, con una separación temporal de pocos meses en 1933, mantuvo relaciones sexuales estables y notorias, viviendo bajo un mismo techo, con María Luisa Barrera y que durante esa unión nacieron Josefa y Pedro Antonio Barrera en 13 de enero de 1935 y 22 de febrero de 1936, respectivamente, a quienes Mora Blanco presentó como sus hijos ante sus amigos y conocidos. Agregó el confesante que a los mencionados menores no los reconocía como hijos suyos debido a la infidelidad de la Barrera, que se entregaba a relaciones sexuales con otros hombres cuando él se ausentaba de casa.

Las pruebas de origen eclesiástico que obran a los folios 1 y 2 del citado cuaderno, acreditan que el nacimiento de los referidos menores ocurrió en las fechas preanotadas, o sea dentro de los términos previstos en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para que opere la presunción de paternidad que ese texto consagra.

Aceptada por el demandado la integridad de los hechos referidos, los cuales dan lugar a la declaración judicial de la paternidad natural a que se contrae la acción, a aquél para enervarla le correspondía dar la plena prueba, no de la mala conducta notoria de la madre, sino del hecho preciso de que ella tuvo relaciones carnales con otro hombre durante el tiempo en que legalmente se presume la concepción, según lo estatuído en el artículo 92 del C. C., pues ésa es la circunstancia que requiere el inciso final ya copiado del citado artículo 4º, para que caiga la presunción de paternidad referida.

Y la prueba testimonial que el recurrente cita, que es la misma que tuvo en cuenta el Tribunal, no acredita en manera alguna esa circunstancia, por lo cual el sentenciador al admitir en el fondo o síntesis que ella desvirtúa la presunción de paternidad cuestionada, la superestimó, incurriendo con ello en el correspondiente error que le imputa el recurrente y en el consecuencial quebranto del transcrito precepto de la Ley 45 de 1936.

Y se afirma lo anterior, porque aunque el testigo Pérez (f. 3 c. Nº 2) dice que la Barrera tenía fama de "mujer de vida libre" y que veía entrar distintos hombres a su casa, expresamente asevera que no puede declarar que ella "mantuviera relaciones carnales con ninguno" y aun cuando el testigo Mora (f. 3, c. Nº 3), refiere los mismos particulares y sostiene que él mantuvo relaciones carnales con la Barrera, de un lado, no precisa la época en que ello ocurrió, o sea si ese hecho tuvo lugar durante el tiempo en que se presume la concepción, que es como se ha

visto la circunstancia que requiere la Ley, y de otro, se trata de un testimonio único, al cual sólo puede conferírsele el valor de una presunción más o menos atendible, según lo estatuído en el artículo 696 del C. J., pero no el de plena prueba, el que sólo puede otorgársele a dos declaraciones de testigos hábiles, que reúnan las exigencias previstas en el artículo 697 ibidem.

Es, por tanto deber del sentenciador hacer la declaración de paternidad demandada, por encontrarse reunida la plenitud de las circunstancias que al efecto requiere el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y por no haber probado el demandado la excepción de infidelidad de la mujer, en los términos previstos en el inciso final de la citada disposición.

Lo expuesto significa que la sentencia recurrida deba ser casada, y para proferir la decisión de instancia sirven de fundamento las razones precedentes, a las cuales sólo resta agregar que no hay lugar a considerar la petición segunda de la demanda, por cuanto la sentencia de primera instancia no accedió a decretarla y la demandante no apeló de lo que en ella se decidió.

Por 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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en este negocio, con fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, y en su lugar confirma la que en veinte y tres de febrero del mismo año, dictó el Juez Tercero Civil del Circuito de la misma ciudad.

No hay lugar a costas.

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 Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

PARA QUE OPERE LA PRESUNCION DE RECONOCIMIENTO POR PARTE DE LA MADRE ES INDISPENSABLE QUE ANTE TODO ESTE COMROBADO, LEGALMENTE, EL HECHO DEL NACIMIENTO — DEMANDADA POR VARIOS HEREDEROS LA VALIDEZ DE UN TESTAMENTO, NO PUEDE DECLARARSE SOLO RESPECTO DE UNOS, DECIDIENDO AL MISMO TIEMPO QUE NO LO ES RESPECTO DE LOS RESTANTES — IGUALMENTE, SI SE DEMANDA LA NULIDAD RESPECTO DE VARIOS HEREDEROS, NO ES POSIBLE HACER ESTA DECLARACION SINO EN RELACION CON TODOS LOS QUE LO FUERON EN ESE CARACTER — EL RECONOCIMIENTO DE UNA EXCEPCION PERENTORIA EXCLUYE LA INCONSONANCIA

1—Sin la partida de nacimiento, medio específico para comprobar ese hecho, no funciona la presunción de reconocimiento por parte de la madre. No basta que ésta afirme, expresa o tácitamente, serlo, si por los medios legales no se acredita el hecho primordial del nacimiento, con la respectiva copia del acta del registro civil o del eclesiástico, o con la prueba supletoria en la forma prevista por la misma ley, con otros documentos auténticos, con declaraciones de testigos que presenciaron los hechos constitutivos de ese estado civil o con la posesión notoria del mismo.

2—Hay en derecho civil ciertas acciones que no pueden ejercitarse y obligaciones que no pueden cumplirse, sino por el grupo de titulares del respectivo derecho, ya activa, o ya pasivamente, como acreedores o como deudores, en común. Porque si los juicios promovidos con base en una de estas acciones, se siguieran separadamente, no conducirían al fin perseguido, porque con ello se rompería la unidad de la acción. De otra parte, la resolución que ha de recaer en estos casos, debe ser la misma para todos los litigantes, pues es inconcebible la situación jurídica afirmativa para unos y la negativa para otros; tal cosa acontece cuando varias personas instituídas hrederas en un testamento, a título universal o singular, demandan la declaración de su autenticidad. El problema debe resolverse afirmativa o negativamente frente a todos los demandantes; hay imposibilidad jurídica para dividir la resolución, en el sentido de declarar la autenticidad para unos, y negarla para otros.

A la inversa, demandada la nulidad de un testamento, por persona que tiene interés en la declaración de su validez, y dirigida la acción contra las instituídas herederas universal y singularmente, y como tales, la resolución no puede producirse declarando la invalidez para unos herederos y la validez para otros, cuando los demandados lo han sido en la misma calidad. Es lo que la doctrina llama "identidad subjetiva de las acciones", fenómeno procesal que ocurre cuando las personas, los objetos y las causas de pedir, son comunes, la calidad de las partes es una misma.

3—La infracción directa no tiene asidero sino en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., o sea, en la causal 1ª de casación.

4—El reconocimiento de una excepción perentoria, excluye por sí solo, como es obvio, la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones deducidas por los litigantes.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

El día 6 de julio de 1905, José Tomás Caicedo contrajo matrimonio con Máxima Barona, según el acta respectiva, expedida por el Cura Párroco de la Iglesia de la Candelaria, Municipio del mismo nombre, Departamento del Valle del Cauca, acta en la cual se hizo constar, además, que los contrayentes legitimaban a Nicolasa, hija de ellos y nacida el 12 de noviembre de 1903.

Durante el matrimonio Caicedo-Barona, la so-

ciedad conyugal, por ellos formada, adquirió varios bienes raíces.

José Tomás Caicedo, falleció el 27 de enero de 1928 y en el mes de julio de 1934, Máxima Barona de Caicedo y Nicolasa Caicedo, demandaron la apertura de la sucesión de su marido y padre respectivamente, y se les reconoció en el respectivo juicio las calidades de cónyuge sobreviviente y heredera. En el curso del juicio se presentó Vicente Peña, exhibiendo el testamento contenido en la escritura pública N° 527 de 14 de agosto de 1928, de la Notaría 1ª del Circuito de Palmira, y solicitó que el juicio se tramitara como de sucesión testamentaria, a lo cual accedió el Juez del Circuito de ese lugar.

En el testamento contenido en la escritura 527 citada, se instituyen como asignatarios a José Vicente Peña, Domingo Correa, José Domingo Bermúdez y Moisés Caicedo guardándose silencio en relación con la heredera Nicolasa Caicedo y se deja un legado de $ 100.00, a la viuda Máxima Barona de Caicedo.

Por escritura 869 de 23 de octubre de 1937, otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Cali, la cónyuge sobreviviente transfirió a su hija Nicolasa, una pequeña finca y todos los derechos y acciones que le corresponden en la sucesión de José Tomás Caicedo, como gananciales o como porción conyugal.

Nicolasa Caicedo de Arrechea, como legitimaria de José Tomás Caicedo y cesionaria de los derechos de Máxima Barona viuda de Caicedo, demandó ante el Juez Civil del Circuito de Palmira, por la vía ordinaria de mayor cuantía, a José Vicente Peña, Domingo Correa, José Domingo Bermúdez y Moisés Caicedo, para que con su audiencia y en su calidad de herederos testamentarios, se declarara que: "es nulo el testamento de José Tomás Caicedo que aparece protocolizado como nuncupativo, por escritura pública Nº 527 de 14 de agosto de 1928, pasada ante el señor Notario 1º del Circuito de Palmira, y como consecuencia, cancélese el registro de dicha escritura o protocolización y el registro de la sentencia que declaró nuncupativo el testamento".

De la anterior declaración, en caso de hacerse, deriva el demandante ocho más, que no se reproducen por no guardar relación con lo que ha de decidirse del estudio del libelo de casación.

La demanda fue corregida en el sentido de dirigirla contra la señora Brígida Bermúdez en su condición de madre del demandado José Domingo Bermúdez, quien había fallecido el 29 de marzo de 1933.

Falló el negocio el Juzgado del conocimiento, declarando probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada en el juicio, en sentencia de 7 de septiembre de 1942.

Apelada ésta por el demandante, fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali, según fallo de diciembre 18 de 1946.

Los sentenciadores de instancia, tuvieron, como fundamento esencial y único para reconocer la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, el hecho de haberse enderezado la demanda contra los asignatarios instituídos en el testamento de José Tomás Caicedo, entre ellos José Domingo Bermúdez, quien por haber fallecido en el año de 1933, se corrigió la demanda en el sentido de señalar a la señora Brígida Bermúdez, como la persona, que, dentro del grupo de las que constituyen el sujeto pasivo de la acción de nulidad incoada y en su condición o calidad de madre natural, debía representar a aquél.

Hallaron los sentenciadores en el análisis de los elementos probatorios, allegados a los autos, la ausencia de la probanza específica que acreditara, "la relación de consanguinidad, o el estado civil de madre natural de Brígida Bermúdez en relación con José Domingo Bermúdez", pues, se presentó la partida de defunción de éste, pero con el solo nombre de "Domingo Bermúdez", y no acreditar en modo alguno ella la calidad de madre natural de la primera en relación con José Domingo Bermúdez. Debió presentarse copia del acta de nacimiento de éste, expedida de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 57 de 1887.

Esta ausencia, dicen los sentenciadores, de la prueba de ese estado civil o de esa calidad de madre natural de uno de los demandados, el desaparecido, hace resaltar en el proceso, la ilegitimidad de la personería de aquel sujeto a quien se indica como representante del fallecido José Domingo Bermúdez. Y no se trata de la simple personería adjetiva que dice relación exclusiva con el apoderado o representante judicial de una de las partes, sino de la personería sustantiva que alude a lo sustancial o al titular del derecho, o al sujeto pasivo de la obligación.

Que como se trata de "discutir la validez jurídica de un testamento, esto es, de un acto por naturaleza indivisible, esa ilegitimidad de la personería sustantiva forzosamente afecta a toda la parte demandada, y siendo esto así, en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 443 del Có-

digo Judicial se impone declarar probada la excepción correspondiente".

El recurso:

El fallo del Tribunal, fue recurrido en casación por el demandante. El recurso está legalmente sustanciado y por ello la Sala procede a dictar la decisión del caso.

Viene fundado el recurso en las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del Código Judicial.

Causal primera.—Con amparo en esta causal, considera el recurrente el fallo impugnado como violatorio de la ley sustantiva: "por falta de apreciación del testamento y por apreciación del mismo y de las actas de origen eclesiástico, y demás documentos y pruebas allegadas, incurriendo en error de derecho y en error de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos".

En la primera parte de la demanda de casación y bajo la denominación de **Primer Motivo,** formula el recurrente varios cargos, así: a) Apreciación indebida de las actas de origen eclesiástico, relacionadas con el nacimiento de Nicolasa Caicedo y con el matrimonio de sus padres, en que fue legitimada. Al no apreciarse debidamente estas partidas, se violaron el art. 38 de la Constitución Nacional de 1886 y el 1º del Concordato de 1887, según los cuales la Religión Católica, Apostólica y Romana es la religión de Colombia; los poderes públicos la reconocen como elemento esencial del orden social y se obligan a protegerla y a hacerla respetar, conservándola en el goce de sus prerrogativas. El artículo 2º del Concordato, da a la Iglesia Católica libertad, e independencia de la potestad civil, para ejercer su autoridad espiritual y su autoridad eclesiástica, conformándose a sus propias leyes. El artículo 3º, advierte que la legislación católica es independiente de la civil, pero no forma parte de ésta, y será solemnemente respetada por las Autoridades de la República.

"Pues bien, si esa partida de matrimonio de Caicedo y la Barona y el reconocimiento de su hija, se conforma a la legislación canónica, y al Código de Derecho Canónico, y figura como prueba de conformidad con lo ritos de la Iglesia, no podría ser desestimada o pasada en silencio, como prueba para el matrimonio y como prueba para el reconocimiento, puesto que la prueba debía ser estimada congruentemente con las de nacimiento de Nicolasa, en toda su integridad probatoria".

Cita también como violados los artículos 17 y 18 del Concordato, y como refuerzo a su argumentación los textos 464 y 120 del Código de Derecho Canónico, los cánones 1081 y siguientes y 11-16 y 11-17.

b) "Con errónea apreciación de esas pruebas eclesiásticas, se han violado los artículos 12 y 19 de la Ley 57 de 1887, el art. 50 de la Ley 153 de 1887, el art. 17 de la Ley 135 de 1888; el art. 236, el art. 237, el art. 238 del Código Civil; y se han violado estos textos, además, por la deficiente estimación, de la prueba de declaraciones, en que se estableció que Nicolasa Caicedo de Arrechea había sido tenida siempre como hija legítima de José Tomás Caicedo y Máxima Barona de Caicedo, y el art. 22 de la Ley 57 de 1887, por tratarse de pruebas anteriores a la Ley 92 de 1938. La invalidez de una partida eclesiástica sólo puede declararla un Tribunal eclesiástico".

Segundo motivo. "Estimación errónea de la prueba consistente en el testamento de José Tomás Caicedo, protocolizado por escritura 527 de 14 de agosto de 1928, pasada ante el Señor Notario 1º del Circuito de Palmira".

Anota el recurrente una serie de irregularidades en el otorgamiento del testamento, que estima anulan ese acto de acuerdo con el artículo 1072 del Código Civil, y agrega:

"Al estimar ese testamento como válido, se violó la regla novena y la regla 15, del artículo 1068 del Código Civil, porque Copete era el propio escribiente y porque los dos nietos eran hermanos entre sí, prueba ésta que dejó de estimarse por el H. Tribunal Superior, en tratándose de una nulidad absoluta que debía decretarse por el solo interés de la moral o de la ley. Y se violó el artículo 1075 del Código Civil, no solamente, por no haberse hecho firmar por un testigo a su ruego, sino porque no se hizo en unidad de acto; y porque aparece otorgado en dos actos distintos, solamente en presencia, de cuatro testigos, dos de los cuales eran hermanos entre sí, con lo cual se violó el artículo 1077".

Cita, además, el recurrente, en su orden, los artículos 11 de la Ley 95 de 1890, 1088, 1089, 1740 y 1741 del Código Civil.

Se considera:

No prosperan estos cargos, porque: a) El Tribunal no ha hecho ninguna clase de apreciación de los elementos probatorios a que alude el recurrente. En efecto, esa entidad limitó la motivación de su fallo, sólo al aspecto de la existencia

de la excepción perentoria de carencia de personería sustantiva de la parte demandada, tal como se desprende de los fundamentos transcritos en la primera parte de esta sentencia.

b) El hecho de haber declarado fundada aquella excepción, está indicando que el Tribunal no falló el fondo del litigio y sólo observó la falta de la prueba específica que acredite la calidad con que expresamente fue demandada la señora Brígida Bermúdez, la que no fue allegada a los autos en ninguna de las instancias. Esto es, la respectiva partida de nacimiento de José Domingo Bermúdez, ya de origen eclesiástico o ya civil.

c) En las sentencias de instancia, sólo se hace referencia a la copia de la partida de matrimonio, donde consta el contraído por José Tomás Caicedo y Máxima Barona y la legitimación de la demandante, para los efectos de estudiar la "legitimación en causa" de la misma actora, no para el grupo de personas que forman la parte demandada. Se trata de un concepto incidental en la motivación de la sentencia, que bien puede ser errado, pero sin repercusión en su parte resolutiva, en ésta no se ordenó nada en relación con la personería de la demandante.

d) En consecuencia, hay sustracción de materia en los ataques, por cuanto la sentencia no contempla ninguno de los aspectos porque se impugna.

En tal virtud se rechazan estos cargos.

Tercer motivo.—Interpretación errónea de los artículos 346 y 347 del Código Civil, infringidos por indebidamente aplicada la doctrina contenida en ellos; 2º de la Ley 45 de 1936, por cuanto, "esta disposición se refiere al reconocimiento por parte del padre, puesto que con respecto a la madre basta la sola circunstancia del nacimiento; y se infringió ese texto dándole una interpretación errada, porque el solo hecho de habérsele incluído en la demanda a la madre, en su calidad de heredera, como se indica en la demanda, ella no impugnó la afirmación, ni dijo que era la madre de Domingo Bermúdez.

Asímismo, está mal interpretado el art. 202 del C. Judicial y el citado 2º de la Ley 45 de 1936, "porque a Brígida Bermúdez se le notificó, debidamente del juicio y de la corrección de la demanda, y el traslado surtió sus efectos de acuerdo con el art. 19 del C. J. De manera que hubiérala contestado o no, la demanda se le corría a ella en su calidad de heredera, como madre natural de Domingo Bermúdez, y por consiguiente, como el objeto principal no era el reconocimiento, se tiene al hijo por reconocido, dando estricta aplicación a los artículos 1º y siguientes de la Ley 45 de 1936, y a las disposiciones concordantes, de la Ley 153 de 1887, sobre filiación natural y sobre representación de herencia".

"En lo demás, el H. Tribunal Superior no estudió la demanda con respecto a las demás personas contra las cuales se trabó la litis de acuerdo con los artículos 205 y 234 y con los artículos 734 a 763, relacionado con el juicio ordinario, lo que representa un suceso inexplicable. Lo esencial era: una sociedad conyugal formada por matrimonio católico, con reconocimiento de hijo en que aquél producía efectos retroactivos, no sólo con respecto a derechos y obligaciones que nacen del vínculo religioso, sino con respecto a las relaciones de orden doméstico y aún a las concernientes a los bienes, como afirmó la Corte en su Casación de 8 de junio de 1922".

Se considera:

El cargo puede rechzarse con la sola consideración de la falta de acierto en el uso de la técnica del recurso extraordinario de casación. Pero como existen otras razones de fondo para negarlo, la Sala las consigna para mejor firmeza en su decisión.

a) Los artículos 346 y 347 del C. Civil, hablan de lo que constituye el estado civil de las personas, como "la calidad de un individuo, en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles", y que: "dicha calidad debe constar en el registro del estado civil, cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado", respectivamente. No puede haber indebida aplicación de esas disposiciones por el Tribunal desde el momento que éste se limitó a poner de presente la ausencia en el proceso de la respectiva partida de nacimiento de José Domingo Bermúdez, medio probatorio específico para comprobar ese hecho, y sin el cual no funciona la presunción de reconocimiento por parte de la madre. No basta que ésta afirme, expresa o tácitamente, serlo, si por los medios legales no se acredita el hecho primordial del nacimiento, con la respectiva copia del acta del registro civil o del eclesiástico, o con la prueba supletoria en la forma prevista por la misma Ley, con otros documentos auténticos, con declaraciones de testigos que presenciaron los hechos constitutivos de ese estado civil o con la posesión notoria del mismo.

Mucho menos, puede existir interpretación errónea de esas disposiciones, cuando la claridad de sus textos, no dan lugar a otra distinta de la que le dio el sentenciador.

b) Hay en Derecho Civil ciertas acciones que no pueden ejercitarse y obligaciones que no pueden cumplirse, sino por el grupo de titulares del respectivo derecho, ya activa, o ya pasivamente, como acreedores o como deudores, en común. Porque si los juicios promovidos con base en una de estas acciones, siguieran separadamente, no conducirían al fin perseguido, porque con ello se rompería la unidad de la acción. De otra parte, la resolución que ha de recaer en estos casos, debe ser la misma para todos los litigantes, pues, es inconcebible, la situación jurídica afirmativa para unos y la negativa para otros; tal cosa acontece, cuando varias personas instituídas herederas en un testamento a título universal o singular, demandan la declaración de su autenticidad. El problema debe resolverse afirmativa o negativamente frente a todos los demandantes, hay imposibilidad jurídica para dividir la resolución, en el sentido de declarar la autenticidad para unos y negarla para los otros.

A la inversa, demandada la nulidad de un testamento, por persona que tiene interés en la declaración de su invalidez y dirigida la acción contra las instituídas herederas universal y singularmente, y como tales, la resolución no puede producirse declarando la invalidez para unos herederos y la validez para otros, cuando los demandados lo han sido en la misma calidad. Es lo que la doctrina llama "identidad subjetiva de las acciones"; fenómeno procesal que ocurre cuando las personas, los objetos y las causas de pedir, son comunes, y la calidad de las partes es una misma.

En este litigio la parte demandada, está constituída por un grupo de personas, que lo fueron con una misma calidad, y respecto de ellas existe la identidad subjetiva de la acción, por cuanto son asignatarios, en la acción ejercitada, respecto del titular de ella. La acción incoada se encamina a perseguir un solo efecto jurídico, la nulidad del testamento. Así las cosas, la resolución no podía producirse sino en la forma afirmativa o negativa en relación con las personas que constituyen la parte demandada; en otra, se quebraría la identidad subjetiva de la acción, fallando para unos demandados y absteniéndose de hacerlo para otros.

No anduvo, pues, errado el sentenciador al estimar indivisible la acción promovida y declarar fundada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

En tal virtud, no se admite el cargo por ninguno de los aspectos estudiados.

Causal segunda.—"De acuerdo con el Art. 1494 del C. Civil las obligciones nacen del concurso de voluntades; de un hecho voluntario como la aceptación de una herencia; de una injuria; o de la Ley. El cuasi-contrato de litis-contestación crea también derechos, y trabado el pleito, el funcionario tiene la obligación, impuesta por la Ley, de considerar la demanda, de analizar las pruebas y de decidir, teniendo en cuenta lo ordenado en el Art. 472 del Código Civil".

"Estas dos disposiciones sustantivas fueron igualmente violadas, con infracción directa por el Honorable Tribunal Superior de Cali porque se abstuvo de considerarlas. Eludió el litigio en su realidad jurídica, sin fallar, condenando o absolviendo, tratando de ignorar, la realidad física de las partes, y la objetividad real y objetiva de las pruebas".

"En tratándose de un testamento nuncupativo, consignado en escritura pública, que hace fe de sus defectos, conforme al Art. 1759 del C. Civil; y aún en lo meramente enunciativo del otorgamiento de acuerdo con el Art. 1765 de la misma obra; y que tiene sobre sí la presunción de invalidez y de ilegalidad en forma grave, precisa y concordante, el H. Tribunal Superior de Cali, no falló en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes, dando lugar a la segunda causal de casación, (por haber infringido esos textos) al dejar de aplicarlos de conformidad con lo dispuesto en el Ordinal 2° del Art. 520 del C. Judicial. No falló en consonancia con las pretensiones, pruebas y contra-pruebas de las partes porque desestimó los textos de los artículos 1327, 1335, 1341, 1352, 1347 y 1358 C. C., que regulan las atribuciones del albacea y le nulifican sus actos dolosos, ignorando que fue el principal demandado".

Se considera:

La transcripción del cargo, pone de manifiesto su improcedencia dentro de la causal segunda de casación; la infracción directa no tiene asidero sino en el Ordinal 1º del art. 520 del C. Judicial, o sea, en la causal 1ª. Por otra parte, lejos estuvo el Tribunal de abstenerse de fallar el negocio, pues, lo decidió reconociendo la existencia

de la excepción perentoria, porque halló justificados los hechos que la constituían y se ajustó así a la autorización del art. 343 del C. Judicial.

Ahora, el solo reconocimiento de la excepción perentoria, es obvio que excluye la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones deducidas por los litigantes.

Es improcedente 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 Cali, dictada el 18 de diciembre de 1946 en este juicio.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.



EL COMUNERO PUEDE USUCAPIR EN FAVOR PROPIO LA COSA COMUN QUE HA POSEIDO EXCLUSIVAMENTE Y EN SU NOMBRE DURANTE EL TIEMPO DE LA PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

1—La nueva ley (51 de 1943) no desconoce, pues, la existencia de la comunidad, ni reforma las disposiciones que la reglamentan; sólo busca legalizar las situaciones de hecho, resultantes de que un comunero, desconociendo el derecho de los demás, tome una parte de la comunidad, o todo el bien común y lo explote económicamente, con ánimo de señor y dueño y con prescindencia de los demás, comuneros, por el tiempo requerido para alegar la prescripción extraordinaria.

La doctrina de esta Corte también había ahondado en el problema, y con anterioridad a la expedición de la ley, la Sala Civil había dicho qué "si un comunero logra poseer la cosa común con ánimo de señor y dueño y con exclusión de los demás condueños de origen, hace suya la cosa de un modo absoluto" (Sentencia de 15 de marzo de 1945, G. J., Tomo 58, n. 2017, pág. 662).

Lo dicho es suficiente para concluir que el comunero que haya poseído el bien común, con explotación económica, en su propio nombre y en las condiciones que la ley exige para la prescripción extraordinaria, con exclusión de los demás comuneros, ganará como cualquier otro poseedor en su caso, el dominio del bien por el modo de la usucapión.

2—Según el art. 2514 del Código Civil, la prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente, pero sólo después de cumplida.

Se renuncia tácitamente, cuando el que puede alegarla, manifiesta por un hecho suyo, que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el ordinario de Andrés Valencia contra Ricardo Bermúdez y Obdulia Tovar de Bermúdez, sobre nulidad de un remate y prescripción entre comuneros.

Antecedentes:

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Ambalema, con fecha catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, el nombrado Valencia demandó a Bermúdez y esposa, para que con su audiencia se declare la nulidad del remate del predio "Rodeo de San Juan", llevado a efecto por el Tribunal de Arbitros en la división de la gran comunidad territorial de "San Francisco de La Sierra", efectuado el ocho de agosto de mil novecientos treinta y tres, por medio del cual se adjudicó a los demandados una zona de terreno denominada "Rodeo de San Juan", segregada de la referida comunidad por los árbitros y rematada para hacer los gastos de partición y liquidación del citado indiviso.

Como consecuencia, solicita se cancele en la Oficina de Registro la inscripción del respectivo remate y se declare nula la diligencia de entrega de lo subastado.

Pide también, que por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria de treinta años, a título de poseedor material se le reconozca como dueño del mismo predio del Rodeo y se ordene la inscripción del respectivo fallo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Señala como hechos que justifican su demanda, los siguientes: que la gran comunidad de San Francisco de la Sierra, ubicada en jurisdicción del Municipio de Lérida, Departamento del Tolima, fue dividida en partes materiales por un Tri-

bunal de Arbitros constituído por los mismos comuneros, con arreglo a las disposiciones legales que entonces regulaban esa materia, en armonía con disposiciones de 1888 y 1890; que los terrenos comprendían una superficie de ocho mil hectáreas, delimitadas como allí aparece; que de tales tierras hacía parte la zona del Rodeo; que el Tribunal de Arbitros destinó este bien para cubrir sueldos y demás gastos del arbitramento y dispuso venderlo en pública subasta, habiéndolo rematado los demandados y obtenido la aprobación e inscripción del título en el Registro; que tal remate es nulo, porque ha debido efectuarse ante los jueces civiles ordinarios, a petición del administrador de la comunidad, como su representante; que para la fecha en que se efectuó, el mismo inmueble estaba embargado por el Municipio de Lérida para el pago del impuesto predial; que el demandante ha poseído en los términos de la ley, ese mismo bien cuya declaración de pertenencia solicita, por un término mayor de cincuenta años, sumada a la suya, la posesión de sus antecesores en el dominio; que con fecha cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, el Juzgado **a quo** hizo entrega a los demandados de la cosa que reclama, precisamente cuando el peticionario tenía un lapso mayor de treinta años continuos de posesión material sobre dicho inmueble y a pesar de haber hecho oposición a dicha entrega; que ésta fue simplemente simbólica, porque el demandante no ha dejado de ocupar continuamente el terreno, explotándolo económicamente, como dueño y señor, hasta el momento de la demanda; que la finca de "El Rodeo", que se separó por los árbitros de la comunidad, para cubrir gastos, no fue adjudicada a ningún copartícipe.

Dice, además, que **desistió de la oposición que formuló** en la diligencia de entrega, en virtud de grave coacción moral que ejercitaron sobre él un grupo de comuneros y terceras personas que asistieron a la diligencia respectiva, y que el contrato de arrendamiento suscrito por Valencia, el propio día de la posesión dada al rematante, lo fue por la presión y amenazas de que se le hizo víctima.

En derecho, se funda la demanda en las disposiciones sobre prescripción adquisitiva del dominio y en el artículo 2º de la ley 120 de 1928.

Los demandados dieron respuesta, aceptando el hecho del remate del predio de "El Rodeo" realizado por los árbitros, y su inscripción, y niegan los restantes.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento absolvió a los demandados, por considerar probadas las excepciones de falta de personería sustantiva en el actor para demandar la nulidad del remate de la cosa en litigio, y la de carencia de acción en el mismo para impetrar la declaración de pertenencia solicitada.

La sentencia recurrida

Por apelación que interpuso el demandante, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, donde con fecha veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, se desató la segunda instancia, con la confirmación de la providencia recurrida, con la sola reforma de que "la absolución de los demandados de los cargos de la acción de pertenencia, obedece al hecho o circunstancia de no tener el demandante derecho de pedir, de reclamar o invocar a su favor la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio, sobre la zona de terreno de "El Rodeo de San Juan", y porque si pudo existir prescripción del dominio, el demandante tácitamente renunció a ella".

Como razones fundamentales del fallo, se destacan:

a) Que el señor Andrés Valencia, no obstante ser uno de los condueños o comuneros del predio de San Francisco de la Sierra, hecho que aparece demostrado, demanda la nulidad del remate en su nombre y no en el de la comunidad de la cual formaba parte, o para ella.

b) Que si el interés jurídico o patrimonial del actor estriba en su "calidad de poseedor exclusivo de una parte de terreno de la comunidad", "necesario es entonces responder que aún en el supuesto o hipótesis de haber comprobado posesión treintenaria o veintenaria, en los términos de la ley, **esa su posesión no pudo ser exclusiva de su parte,** pues como accionado o copartícipe, **poseía a nombre de la comunidad** (subraya la Corte), máxime cuando la liquidación de ésta se cumplió con anterioridad a la vigencia de la ley 51 de 1943, que sí permite la prescripción del predio común o de una parte de éste por el comunero, esto es, cuando imperaba la doctrina jurisprudencial, según la cual, entre condueños no se podía prescribir, por la sencilla razón de que todo comunero poseía, no en su nombre propio, sino en el de la comunidad de que hacía o formaba parte".

c) Que la liquidación y partición de la referida

comunidad y la sentencia aprobatoria, se registraron debidamente el día primero de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, cuando no había empezado a regir la nueva ley de comunidades.

d) Que en cuanto a la acción de pertenencia por prescripción adquisitiva extraordinaria, incoada por Valencia, el Tribunal halla que dicha acción se endereza contra personas conocidas o ciertas: los demandados Bermúdez y esposa, al tenor del artículo 4º de la ley 120 de 1928, o sea contra quienes se consideran legítimos dueños del inmueble, a diferencia de la acción dirigida ERGA OMNES, con base en el artículo 6º de la referida ley, que se encamina contra todos los que se créan con derecho al bien en cuestión. De ahí que el litigio siguiera el trámite de los juicios ordinarios comunes.

e) Que el demandante Valencia, dado su carácter de comunero, "no pudo poseer de manera exclusiva, parte de los terrenos de dicha comunidad", por lo menos hasta cuando ésta fue liquidada, y que el tiempo transcurrido desde tal liquidación, no es suficiente para invocar la extraordinaria de treinta años.

f) Dice que, ni aún considerada aplicable al caso la ley 51, se podría decidir de conformidad con lo demandado, porque ocurre que el propio Valencia "se ha considerado como mero tenedor" del bien, ya que de manera libre y voluntaria, según lo dicen, no sólo los testigos, sino los mismos funcionarios que intervinieron en la diligencia de entrega el cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, y el propio abogado del demandante, "quien ahora desempeña las funciones de Magistrado del Trabajo de Ibagué", expresó desistir de su oposición a la entrega del inmueble de "El Rodeo", y es más, suscribió ese mismo cinco de agosto, un contrato de subarriendo con el señor Félix Rodríguez D., quien a su vez, obraba como arrendatario de los rematantes.

g) Que los demandados han probado, no sólo posesión inscrita, sino material, con explotación económica del suelo.

Todo lo cual movió al juzgador de segundo grado, a declarar que el demandante no tiene derecho para pedir a su favor la declaración judicial de pertenencia, por prescripción adquisitiva extraordinaria, del terreno tántas veces nombrado.

El recurso de casación

Contra la referida sentencia, interpuso recurso de casación el demandante, limitándose a hacerle un solo cargo, por violación directa de ley sustantiva, y también por la falta de apreciación de algunas pruebas que señala.

Sostiene que el Tribunal de Ibagué violó directamente las siguientes disposiciones:

"El artículo 2512 del C. C. y que enseña cómo la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido esas acciones y derechos durante cierto tiempo; y los artículos 2528 y 2529 del mismo código, en cuanto por ellos se enseña cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que un poseedor se haga dueño, conforme a la ley, de la cosa poseída, y sin que necesite sentencia judicial alguna, ya que ésta apenas tiene el sentido de una providencia de carácter declarativo. Asímismo se violaron por el H. Tribunal, los artículos 2519, 2527, 2530 de la misma obra, en cuanto no reconoció que todos los bienes corporales, raíces o muebles, que estén en el comercio humano y que se hayan poseído con las condiciones legales, lo mismo que los otros derechos reales que no se hayan exceptuado expresamente, son susceptibles de prescripción, y la naturaleza de cada una de las prescripciones conforme al código, y también las causas que pueden suspender e interrumpir una prescripción de conformidad con el estatuto de la prescripción. Esta violación se debió a interpretación errónea y a aplicación indebida de dichos textos legales y como adelante se explicará.

"El H. Tribunal plantea en la sentencia los siguientes errores: a) que un comunero o accionado no puede promover demanda sobre declaración de prescripción a nombre propio, y que solamente puede ejercer derechos a nombre de la Comunidad; b) que la posesión que se ejerza exclusivamente no tiene ese carácter sino que es siempre para la comunidad porque solamente mediante la ley 51 de 1943, puede el comunero adquirir por prescripción contra los demás accionados; c) que una vez liquidada la comunidad, entonces sí se puede adquirir derechos contra ella, y entonces el demandante solamente puede alegar el tiempo correspondiente desde el 1º de octubre de 1942; y d) que el hecho de haber desistido de la oposición y haber admitido durante ella otro título distinto para la posesión, le hace perder sus derechos adquiridos por la posesión".

Dice que las acciones de nulidad y de pertenencia se han iniciado individualmente, sin intervención alguna de la comunidad; que para los efectos que persigue el demandante, no inte-

resa el que él pertenezca o "figure como accionado en esa comunidad".

Que no es cierto que la prescripción entre comuneros se pueda decretar simplemente a partir de la ley 51 de 1943, porque antes y después, la posesión de los bienes con ánimo de señor y dueño ha sido fuente de derechos, y ella constituye por sí misma un instrumento jurídico para adquirir por ese medio, para toda persona; la posesión en sí no es un derecho complementario o accesorio y que necesita para ejercerla, desprenderse de la condición de comunero. La relación entre comuneros, por el derecho común que tenían sobre el inmueble, no impide en manera alguna que el demandante tenga un interés propio, en que sea desconocido o desestimado el derecho de los demás.

Al final expresa que, decir que el desistimiento a la oposición, equivalga al cambio del derecho del demandante, es otro error jurídico, porque lo principal es que se hubieran realizado los hechos que integran necesariamente el derecho a pedir o invocar la usucapión. Si Valencia ha acreditado los hechos de donde se desprende la usucapión, afirme que tiene derecho a que se le atribuyan las consecuencias jurídicas a que se refieren las providencias sobre posesión o inscripción.

La Sala nota que en esta parte no se indica precepto alguno como violado.

Para resolver, se considera:

Como puede observarse, el Tribunal sostiene la tesis errada de que "aun en el supuesto o hipótesis de haber comprobado posesión treintenaria o veintenaria, en los términos de la ley, esa posesión no pudo ser exclusiva de su parte, pues como accionado o copartícipe, poseía a nombre de la comunidad". Advierte que la de San Francisco de la Sierra se liquidó con anterioridad a la vigencia de la ley 51 de 1943, que sí permite la prescripción entre condueños. Que tal liquidación se operó cuando en el país imperaba la doctrina jurisprudencial según la cual, "entre comuneros no se podía prescribir por la sencilla razón de que todo comunero poseía, no en su nombre, sino en el de la comunidad que hacía o formaba parte". Fundado en estas razones, el juzgador rechazó por este aspecto la acción, absteniéndose de estudiar la prueba producida en el proceso, para deducir si estaba, o no, demostrada la prescripción extraordinaria contra la comunidad, fundamento de la acción de pertenencia incoada.

El fallo sostiene, en síntesis, que la prescripción entre comuneros, sólo tiene eficacia a partir de la vigencia de la ley 51 de 1943 que, dicho sea de paso, se publicó el veinte de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres en el Diario Oficial, número 25424, y entró a regir, según los términos del artículo 62 del Código Político y Municipal, el veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

No se compagina esta interpretación dada por el Tribunal, ni con los antecedentes de la ley 51 de 1943, ni con la doctrina de los tratadistas, ni con la sentencia de esta Corte que declaró la inexequibilidad de la referida ley y determinó sus alcances, ni aún con la propia jurisprudencia de esta Sala en repetidos fallos anteriores a la ley, en que reconoció, aún cuando de manera tímida, "la prescripción entre comuneros".

La ley 51 de 1943, es una ley simplemente interpretativa de las disposiciones sobre prescripción

A.—La nueva ley no desconoce, pues, la existencia de la comunidad, ni reforma las disposiciones que la reglamentan; sólo busca legalizar las situaciones de hecho, resultantes de que un comunero desconociendo el derecho de los demás, tome una parte de la comunidad, o todo el bien común y lo explote económicamente, con ánimo de señor y dueño y con prescindencia de los demás comuneros, por el tiempo requerido para alegar la prescripción extraordinaria.

B.—Interesa, en orden a determinar los fines de la ley en estudio, conocer cómo uno de los proponentes del proyecto que fue la ley 51, indica los alcances del nuevo estatuto: "Es muy curioso que a la hora de ir a buscar disposiciones del Código Civil que quedan modificadas por este proyecto de ley que va a ser expedido por el Congreso, no las hemos de encontrar, porque en realidad nosotros no vamos a modificar disposiciones vigentes en la actualidad, sino que vamos a modificar una jurisprudencia fundada o deducida de algunas disposiciones que no quedarán modificadas". (Discurso del Senador Chaux).

C.—La Corte Suprema tuvo también ocasión de pronunciarse sobre la materia, al fallar la demanda sobre inexequibilidad de la referida ley 51. Con tal motivo, la Sala Plena de la Corporación, dijo lo siguiente al respecto:

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

"En una palabra, el legislador tiene libertad para modificar por vía de interpretación auténtica de la ley la significación que los Tribunales habían dado por vía de doctrina". (Sentencia de 2 de noviembre de 1944, G. J. 2016, página 10 y siguientes).

D.—La doctrina de esta Corte también había ahondado en el problema, y con anterioridad a la expedición de la ley, la Sala Civil había dicho que "si un comunero logra poseer la cosa común con ánimo de señor y dueño y con exclusión de los demás condueños de origen, hace suya la cosa de un modo absoluto". (Sentencia de 15 de marzo de 1945, GACETA JUDICIAL Nº 2017, Tomo 58, pág. 662).

Esta misma tesis se ha sentado en otros fallos, de los cuales se anotan los siguientes apartes:

"Un comunero no puede prescribir contra otro comunero, pero hay excepciones", dice en sentencia que obra en los números 1631, 1632 de la GACETA JUDICIAL.

"Un comunero puede prescribir contra otro comunero". GACETA JUDICIAL número 1876, páginas 501 y 504.

"Un comunero puede prescribir la cuota de otro comunero". GACETA JUDICIAL número 1887, Tomo XL, página 202.

"Un comunero no puede prescribir contra otro comunero, salvo casos especiales". GACETA JUDICIAL números 1955 y 1956, páginas 303 y siguientes.

"Un comunero puede prescribir contra otro comunero". GACETA JUDICIAL, Tomo 49, p. 310.

"Un comunero puede prescribir contra otro comunero". (GACETA JUDICIAL Tomo 43, página 611 . GACETA JUDICIAL Nº 2012, pág. 662).

E.—"El Código Civil Francés de 1804 admitió expresamente la prescripción entre comuneros; el artículo 816 de dicho código es claro al respecto. De acuerdo con su tenor, el comunero puede adquirir por prescripción la propiedad exclusiva de la cosa común, siéndole necesario para ello, desde luego, el haber estado en posesión exclusiva, tranquila y no interrumpida durante el lapso requerido por la legislación. La mencionada disposición, según la doctrina y jurisprudencia francesa, es aplicable a toda clase de comuneros". (Planiol, Tomo II, número 2340, 2344; Aubry et Rau, Quinta edición, Tomo X, número 622, pág. 156, Nota 8ª; Jurisprudencia en materia de derecho civil; Henry Solus, Revue Trimetrelle de Droit Civil, Tomo 25, 1926, página 1061).

F.—Antes de la expedición de la ley 51, ya había dicho el expositor de Derecho Civil doctor Rodríguez Piñeres: "Pero si el que alega la usucapión en su favor no lo hace con su título de comunero sino sobre la base de una posesión exclusiva, entonces sí puede usucapir el bien íntegro como, sin despojarse de la calidad de comunero, puede hacerlo respecto del derecho de aquel o aquellos de sus condueños siempre que haya poseído con exclusión de los últimos". (Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano, Tomo IV, pág. 86).

Véase la obra "Procedimiento Civil Colombiano". Dr. L. F. Latorre, pág. 313.

Lo dicho es suficiente para concluir que el comunero que haya poseído el bien común, con explotación económica, en su propio nombre y con beneficio exclusivo, por el tiempo y en las condiciones que la ley exige para la prescripción extraordinaria, con exclusión de los demás comuneros, ganará como cualquier otro poseedor en su caso, el dominio del bien por el modo de la usucapión.

Esta tesis, aceptada, pues, por la jurisprudencia, vino a ser consignada en preceptos sustantivos por el legislador de 1943, quien consagró en su ley 51, el principio de la prescripción entre condueños, no como un principio nuevo en nuestro derecho civil, sino como una interpretación hecha por el legislador, de sus propias disposiciones sobre prescripción adquisitiva del dominio. (GACETA JUDICIAL Nº 2083/84 Tomo 67, pág. 454. G. J. 2087/88 pág. 14).

Lo dicho sería suficiente para casar el fallo recurrido, por cuanto el Tribunal, desconociendo estos principios, no quiso entrar a estudiar la cuestión de hecho que se le planteaba, de examinar las pruebas aducidas, para definir la si-

tuación jurídica, de quien demanda se le declare dueño, por haberlo ganado por prescripción extraordinaria, de una zona de terreno perteneciente a una comunidad de la cual formaba parte, por haber poseído como señor y dueño, con exclusión de toda persona y por linderos que fueron claramente definidos. Pero, encontrando la Sala que la sentencia tiene otros soportes suficientes para mantener el fallo recurrido y que no fueron atacados en casación, se limita a enmendar la doctrina, sin tocar la parte resolutiva.

En efecto, el Tribunal da cuenta, además de lo dicho sobre prescripción entre comuneros, que "el propio demandante se ha considerado como mero tenedor de dicho inmueble (Rodeo de San Juan), pues de manera libre o voluntaria, según así lo dicen, no sólo testigos sino los mismos funcionarios que intervinieron en la diligencia de entrega el cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, y el propio abogado del demandante Valencia M., quien expresó que desistía de su oposición a la entrega del inmueble "Rodeo de San Juan"; y es más, suscribió ese mismo día, cinco de agosto, un contrato de subarriendo con el arrendatario de los dueños, señor Félix Rodríguez D.

Según el artículo 2514 del Código Civil, la prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente, pero sólo después de cumplida.

Se renuncia tácitamente, cuando el que puede alegarla, manifiesta por un hecho suyo, que reconoce el derecho del dueño o del acreedor: por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos.

Según Planiol y Ripert, "la renuncia tácita resulta de hechos posteriores al cumplimiento de la prescripción, los cuales, siendo realizados voluntariamente y teniendo conciencia plena de ello, implican la intención de abandonar el derecho adquirido. Es evidente que los Jueces no deben admitir a la ligera esa intención, induciéndola de actos equívocos que fueran susceptibles de otra interpretación; las renuncias no pueden presumirse...". (Planiol y Ripert, Tomo III, Nº 752, pág. 635).

"Siendo la prescripción un modo de adquirir las cosas ajenas, el acto de su renuncia consiste simplemente en abdicar de la facultad adquirida de invocar el derecho". (GACETA JUDICIAL, Tomo 47, pág. 431, y Tomo 58, pág. 664).

Habiendo, pues, fundamentado su sentencia el Tribunal también en estas razones o soportes que se dejan expuestos, y que no fueron atacados en casación, el fallo habrá de sostenerse, sin condenar en costas al recurrente, pues el único reparo propuesto a la sentencia, motivó la rectificación de la doctrina atrás consignada (artículo 357 del C. J. G. J. Tomo 49, Nº 1959, pág. 848).

Sentencia:

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Juticia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, en el ordinario propuesto por Andrés Valencia contra Ricardo Bermúdez y Obdulia Tovar de Bermúdez.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

SE PUEDEN ABRIR VENTANAS PARA DAR LUZ A UNA HABITACION, A UNA ALTURA INFERIOR DE TRES METROS, SI SE GARANTIZA AL PROPIO TIEMPO, MEDIANTE EL EMPLEO DE CIERTOS MATERIALES, QUE NO SERA POSIBLE LA VISTA HACIA AFUERA

El JUS LUMINUM de los romanos, que era "el derecho de abrir una ventana en la pared del vecino, para dar luz a mi casa", fue adoptado como servidumbre en los proyectos del señor Bello, y pasó, hace ya un siglo, a ser texto legal del Código Chileno; y este texto fue adoptado en nuestra legislación civil, desde muchos años atrás, cuando el progreso nacional era casi imperceptible, por lo general no había sino habitaciones de un solo piso, y no se conocían los edificios de varias plantas, ni se conocían los materiales de construcción que la arquitectura moderna emplea para economía, para embellecimiento y para comodidad. Hoy, cuando esa arquitectura puede emplear materiales martillados traslúcidos e intrasparentes, que iluminando los cuartos no dan vista hacia afuera y que dan seguridades a los muros, el artículo 953 del C. C., en lo que respecta a la altura de tres metros, no tiene aplicación para esos casos, y no se puede apuntar violación de él si con aquellos sistemas de edificación, que garantizan la seguridad de las habitaciones, se garantiza también la imposibilidad de dar vista hacia afuera, que es pensamiento cardinal del artículo comentado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Tiburcio Rojas Parra tiene en el área urbana de Bogotá una casa contigua a un edificio de los señores Antonio Patiño C., Domingo Patiño C. y José Patrocinio Patiño C., y considerando aquél que tal edificio da luz y vista sobre sus habitaciones, presentó demanda ordinaria contra los mencionados Patiño C., por conducto de su apoderado, en que pide, en síntesis, como puntos principales:

A.—Que se condene a los demandados a "cerar o tapar las ventanas que construyeron y tienen sobre la pared divisoria de su casa", las cuales "dan vista y luz" sobre ella, y con las cuales ventanas "se ha establecido una servidumbre de luz y de vista gravemente perjudicial, sin las condiciones establecidas por la ley, que beneficia al predio de los señores Patiño Camargo y perjudica al predio del actor".

B.—Que se condene a los demandados "a que levanten una pared no menor de tres metros de altura sobre la azotea construída sobre el edificio de aquéllos, para impedir la vista de esa azotea sobre la casa o predio vecino de propiedad del actor".

C.—Que se condene a los demandados "a demoler o quitar la escalera que sirve o está destinada para subir a la azotea de dicho edificio, desde la cual también se ejercita la servidumbre sobre el predio del actor".

Los demandados se opusieron a estas peticiones, negando los hechos en que ellas se fundan, y a su turno presentaron demanda de reconvención contra Rojas Parra, en la cual solicitan estas declaraciones judiciales, fuera de los perjuicios:

Que los nombrados Patiño C. "son dueños y poseedores inscritos de una faja de terreno situada en la intersección de su edificio y el inmueble de Rojas Parra"; y

Que se condene a éste a restituir a aquéllos la faja en mención.

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá clausuró esta etapa del juicio con la sentencia de tres de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en que se resolvió:

1º—Condenar a los demandados a realizar las obras que se van a expresar, en el muro del edificio de su propiedad "y en los mismos sitios donde se hallan actualmente los vanos de las quince ventanas": a) "poner quince ventanas fijas, de hierro tanto los marcos como los travesaños horizontales y verticales, debidamente aseguradas al muro, guardando una distancia máxima de trein-

ta centímetros entre cada travesaño horizontal y de veinticinco centímetros entre cada travesaño vertical todo con vidrios martillados opacos que no permitan la vista al predio vecino"; b) "colocar en cada una de las quince ventanas del lado exterior de las vidrieras, un marco de hierro con red de alambre cuyas mallas tengan de abertura tres centímetros o menos, asegurado al muro"; d) "colocar en cada ventana, después de la red de alambre, hacia la parte exterior, una reja de hierro con varrillas horizonales y verticales, de dos centímetros o más de espesor, que cubra plenamente la respectiva ventana, remetida en el muro cinco centímetros o más y completamente asegurada...".

2º—"No es el caso de atender la petición primera en la forma solicitada" (se refiere esta petición a que sean cerradas o tapadas las ventanas).

3º—"Se desechan las peticiones segunda y tercera del libelo principal" (la segunda versa sobre el levantamiento de un muro en la azotea, y la tercera versa sobre la destrucción de la escalera).

4º—No se accede a condenar por perjuicios.

5º—Declárase que los Patiño C. son dueños de una faja que les tiene tomada Rojas Parra.

6º—Condénase a éste a restituir tal faja a los citados Patiño C.

Los dueños del edificio, señores Patiño C. se conformaron con esta sentencia en que se negó la clausura ("cerrar o tapar", dice la demanda) de unas ventanas que dan luz y vista al inmueble vecino, según dice la demanda, y en que se dictó reglamentación sobre las condiciones que deben tener esas ventanas; mas el actor Rojas Parra no se conformó con esa sentencia del Juzgado, y apeló de ella.

En lo que se refiere, pues, a los señores Patiño C., quedó ejecutoriada la sentencia de primer grado. Ellos mismos lo expresan así por conducto de su apoderado en casación, quien dice en su demanda respectiva: "Y todo ésto en el supuesto de que el Tribunal pudiere revisar un fallo ya ejecutoriado en cuanto al punto aquí debatido, desde luego que los demandados Patiños Caballeros consintieron el mencionado fallo del Juzgado...".

Es preciso entonces tener ésto muy presente: Que quedó definido en relación con los señores Patiño C. la existencia de 15 ventanas, que deben cumplir, entre otras condiciones, éstas: serán fijas y de vidrios opacos martillados; tendrán marco de hierro con una red de alambre; tendrán reja de hierro hacia la parte exterior; esta reja estará embutida en el muro no menos de cinco centímetros, etc.

El Tribunal Superior de Bogotá consideró el caso, y confirmó la sentencia del Juez, con una adición, a saber: que las ventanas de que trata el punto a) de la parte resolutiva del fallo de primer grado "deben estar a una distancia por lo menos de tres metros del piso de la respectiva habitación a la cual den luz".

El actor Rojas Parra se conformó con esta sentencia del Tribunal, pues no interpuso contra ella el recurso de casación; en cambio lo interpuso la parte de los señores Patiño C. De esta suerte la sentencia del Tribunal, en cuanto confirmó la reglamentación establecida en el fallo de primera instancia, quedó también ejecutoriada en lo que se refiere a Rojas Parra, pues éste no recurrió en casación.

Quedó así clausurado el negocio en instancias, con este resultado: ambas partes aceptaron la reglamentación de las llamadas ventanas, en lugar de la clausura; mientras que los dueños del edificio, señores Patiño C., no aceptaron la adición impuesta por el Tribunal a esa reglamentación, en cuanto se establece que las ventanas en mención deben estar colocadas a tres metros del piso de las habitaciones. Esto es, pues, lo que ha quedado por fuera de instancias.

Recurso extraordinario

La parte de los señores Patiño C. acusa la sentencia del Tribunal "por violación de la ley sustantiva, por infracción directa proveniente ésta del error de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la demanda y de la prueba, por aplicación indebida, por interpretación errónea, y por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en juicio por los litigantes. Vale decir —agrega el recurrente— que invoco las causales de casación establecidas por los ordinales 1º y 2º del art. 520 del C. J.".

Varias quejas presenta la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal; pero como el único agravio que tal sentencia le infirió consiste en que se adicionó la reglamentación de las llamadas ventanas, imponiendo la obligación de que éstas se instalen a tres metros de altura del piso, la Sala va a examinar el cargo relacionado con esa adición, pues si se encontrare viable, es innecesario analizar los otros.

Sobre el cargo en mención dicen los recurrentes:

"La limitación del derecho de dar luz a las habitaciones, prevista por el artículo 933 del C. C., en sus dos ordinales, busca dos objetivos: 1º—Dar seguridad al dueño del predio vecino, para cuyo efecto ordena el guarnecimiento con rejas de hierro y red de alambre, y 2º—Impedir la vista sobre el predio vecino, para lo cual señala la altura de tres metros.

"Pero en el caso presente, señores Magistrados, los señores Patiños Caballeros han levantado su edificación ceñidos a la arquitectura moderna, y entonces ésta les ha indicado que en lugar de abrir ventanas o troneras, deben servirse de verdaderas paredes de vidrio incrustadas en los muros, y esos vidrios no sólo dan toda garantía de seguridad por su consistente estructura sino que por ser intransparentes y opacos, florentinos o martillados, impiden toda vista hacia el predio vecino. En suma: con la pared fija o clavada al muro, se dá seguridad plena al predio vecino, puesto que se impide el paso de un predio al otro, finalidad que se persigue con las rejas de hierro y redes de alambre, ordenadas por la ley; y con la estructura de pared de vidrios opacos que configura la pseudo ventana, se impide la vista, cuya privación se busca con la altura de los tres metros, fijados por la ley.

"Vale decir, que la arquitectura moderna ha venido a simplificar las construcciones, garantizando siempre el derecho de los colindantes, sin que sea por demás advertir que si así no fuera, ningún edificio moderno podría exhibir las paredes de vidrio que ostenta el de los señores Patiños Caballeros, porque según esta moderna estructura arquitectónica, ningún edificio de varias plantas podría servirse de esta comodidad o recurso moderno, como quiera que hoy, la altura de cada uno de esos pisos a lo sumo alcanza la altura de dos metros con cincuenta centímetros. Luego se haría imposible colocar sus paredes de vidrio, aquí calificadas de ventanas arbitrariamente, en sus respectivos compartimentos".

Termina así el capítulo acusatorio:

"Este somero análisis lleva lógicamente a la conclusión de que aquí no tiene aplicación el artículo 933 del C. C., en la forma en que lo ha actualizado el sentenciador, puesto que su espíritu y exégesis que son claros, se hallan cumplidos por la parte demandada, de acuerdo con la moderna arquitectura".

Y sostiene entonces el recurrente que el Tribunal violó el artículo 933 del C. C.

Dice este artículo:

"La servidumbre legal de luz está sujeta a las condiciones que van a expresarse:

"1ª—La ventana estará guarnecida de rejas de hierro, y de una red de alambre, cuyas mallas tengan tres centímetros de abertura o menos.

"2ª—La parte inferior de la ventana distará del suelo de la vivienda a que da luz tres metros a los menos".

Sobre la primera condición, nada hay que tratar aquí, pues fue punto que quedó definido en instancias. Se debe examinar solamente la segunda condición.

En la primera instancia expresó la sentencia, considerando la condición de los tres metros: "El Juzgado no puede aplicar en forma drástica el artículo 933 del C. C.", y como razón principal expuso:

"En la actualidad, por el desarrollo de las ciudades, la arquitectura moderna presenta planos para los edificios con diferencias muy sustanciales a los que se elaboraban en el siglo pasado. El aumento constante en el costo de los materiales y de la mano de obra, hace que los edificios de reciente construcción no tengan como altura de cada piso tres metros. Basta con recorrer varios de los edificios más centrales y de última construcción de Bogotá para darse cuenta de que en la mayoría de ellos la altura de cada piso del segundo en adelante es inferior a tres metros. La valorización de la tierra también contribuye a elevar el precio de las casas y edificios.... El movimiento jurídico es arrollador y ha hecho sufrir al derecho, en pocos años, grandes evoluciones en sus distintas ramas; y la jurisprudencia ha venido demostrando la forma elástica y acorde con el progreso, para interpretar las leyes en relación con cada caso controvertido".

El Tribunal no aceptó los puntos de vista del Juzgado, pero sin hacer estudio alguno del caso, no obstante que éste lo merecía; únicamente, hablando del artículo en consideración, dijo: "No es posible modificar su alcance como lo hizo, sin base legal, el Juez en la sentencia de primera instancia". Y en seguida confirmó el fallo del Juzgado, pero adicionándolo, según ya se vió, con la condición de que las ventanas debían quedar a una altura de tres metros.

El artículo 933 que el recurrente acusa en una parte, y que el Tribunal defiende, tiene una finalidad afirmativa: dar luz; y una finalidad negativa: no dar vista. Mas en todo caso, el pensamiento íntimo de ese texto legal es poder iluminar un cuarto oscuro, sin que desde él se dé vista hacia afuera. Es ésta la interpretación que debe darse al artículo en mención; y si esas condi-

ciones quedan cumplidas, dentro de una garantía de seguridad, el mandato legal no se está desconociendo.

Cocretando la cuestión al caso a estudio, se tiene: la sentencia ordena instalar las llamadas ventanas en forma fija; en marcos de hierro debidamente asegurados al muro y cubiertos con vidrios martillados opacos que no permitan la vista hacia los predios vecinos; y guarnecida la vidriera o plano vertical de vidrios por un enrejado de hierro y de alambre en la parte exterior, también empotrado en los muros.

En esta forma, fuera de que se garantizan la seguridad y fortaleza de los muros, se dá luz a las habitaciones y se impide la vista hacia el exterior.

Pero ahondando más sobre el asunto, se pregunta: ¿eso así reglamentado por la sentencia del Juzgado, y aceptado por el Tribunal, es la ventana a que se refiere el artículo mencionado? Es preciso dar contestación negativa a esta pregunta:

Ventana viene del latín **ventum,** que significa viento. Y por eso, ventana es "abertura más o menos elevada sobre el suelo, que se deja en una pared para dar luz y ventilación"; y es también la hoja u hojas de madera o de cristales con que se cierra esa abertura" (Diccionario de la Real Academia Española, edición de 1939). Para este caso, según el mismo Diccionario, es **ventanazo** "el acto de tirar violentamente la ventana en señal de enojo". Una ventana se compone del vano o cuadro, y de los tableros llamados hojas, que por medio de visagras giran a un lado o al otro, o si no son giratorias, se deslizan en el cuadro en forma horizontal o vertical, llamada así ventanas de corredera; o puede ser una claraboya que, según el mismo Diccionario, es ventana sin alas para dar luz y ventilación; casos ambos en que se cumplen las dos finalidades enunciadas: iluminar y ventilar.

A las ventanas, así con alas giratorias o deslizantes, o a las simples claraboyas, se refiere el artículo 933, y también el artículo 681 del mismo Código Civil. Y esas ventanas y claraboyas se deben colocar a tres metros de altura, pues de otra manera darían vista hacia afuera, contraviniéndose lo prescrito en el texto legal que se ha estado estudiando.

Expuesto lo anterior, se torna a preguntar: ¿es ventana lo que reglamenta la sentencia? Desde luego que ésta expresa que las ventanas reglamentadas no pueden dar vista hacia el exterior, y deben ser **fijas,** es decir, no giratorias ni deslizantes, no se trata de las ventanas a que el artículo en mención se refiere. Eso así no es ventana, sino la parte de un muro que por su especial construcción dá luz a las habitaciones, sin dar vista a las vecinas.

El **jus luminum** de los romanos, que era "el derecho de abrir una ventana en la pared del vecino para dar luz a mi casa", fue adoptado como servidumbre en los proyectos del señor Bello, y pasó, hace ya un siglo, a ser texto legal del Código Chileno; y este texto fue adoptado en nuestra legislación civil, desde muchos años atrás, cuando el progreso nacional era casi imperceptible, por lo general no había sino habitaciones de un solo piso, y no se conocían los edificios de varias plantas, ni se conocían los materiales de construcción que la arquitectura moderna emplea para economía, para embellecimiento y para comodidad. Hoy, cuando esa arquitectura puede emplear materiales martillados traslúcidos e instrasparentes, qué iluminando los cuartos no dan vista hacia afuera y que dan seguridad a los muros, el artículo 933, en lo que respecta a la altura de tres metros, no tiene aplicación para esos casos, y no se puede apuntar violación de él si con aquellos sistemas de edificación, que garantizan la seguridad de las habitaciones, se garantiza también la imposibilidad de dar vista hacia afuera, que es pensamiento cardinal del artículo comentado.

Puede suceder que a esos rectángulos de luz dejados en los muros para iluminar los cuartos, la moderna arquitectura los llame ventanas. Los peritos que intervinieron en este proceso hablan unas veces de ventanas giratorias y otras de ventanas fijas. Pero de acuerdo con la definición ya examinada, esos rectángulos de luz y esas ventanas fijas intransparentes, no son las ventanas a que se refieren los artículos del Código Civil citados.

La anterior exposición deja ver que para el caso no tiene aplicación el ordinal 2º del artículo 933 del C. Civil, y que se aplicó indebidamente por el Tribunal; de suerte que tienen razón los recurrentes al acusár la sentencia en cuanto adicionó el fallo del Juzgado ordenando que las ventanas a que él se refiere deben quedar a tres metros de altura del suelo, y debe casarse entonces la sentencia en esta parte, para lo cual basta con los fundamentos que se han dejado analizados.

La Sala se dá cuenta de que el caso que se estudia tiene mucha importancia, sobre todo en centros poblados y de modernas edificaciones, y por eso quiere dejar muy en claro sus puntos de vista al respecto, para lo cual los recapitula así:

a) La servidumbre de luz excluye la de vista, según el artículo 933 del C. Civil.

b) Los tres metros de altura a que se refiere este artículo rigen para toda ventana o claraboya destinada a dar luz y ventilación.

c) En muros que den garantía de seguridad puede entrar la luz por vidrios o cristales traslúcidos y opacos que no permitan la vista hacia afuera, sin que para este caso rija el texto legal en mención, porque no se trata de ventanas destinadas a dar luz y ventilación.

d) Si los muros dan vista hacia afuera, caen bajo la regla de tres metros a que se refiere el precitado artículo 933.

e) Las ventanas reglamentadas por la sentencia que se estudia no son propiamente ventanas, pues son fijas, no dan vista hacia el exterior ni dan ventilación, y por ésto no es aplicable al caso el citado mandato legal.

f) No es que el artículo 933 se haya tornado inactual, como se alega, ni que habría que aplicarlo en forma drástica, como lo dice la sentencia del Juzgado. El artículo conserva todo su vigor; y si no se aplica a las nuevas situaciones creadas por la arquitectura moderna, es porque ésta ha vadeado científicamente la dificultad que tal texto legal le presenta con la exigencia de los tres metros, dando libre luz a cuartos oscuros y evitando al mismo tiempo la visibilidad hacia el exterior, todo dentro de una garantía de resistencia de los muros, que es precisamente lo que el Legislador tiene ordenado.

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 veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, en cuanto por ella se dispuso que las ventanas a que se refiere la sentencia de primer grado "deben estar a una distancia por lo menos de tres metros del piso de la respectiva habitación a la cual le dan luz", y se deja en firme todo lo demás de la citada sentencia del Tribunal.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

EL RECURSO DE CASACION NO ES UNA ACCION POPULAR Y, POR ESO, PARA SU PROCEDENCIA, SE REQUIERE QUE EL RECURRENTE ACREDITE EL MISMO INTERES PRACTICO QUE SE SUELE LLAMAR PERSONERIA SUSTANTIVA—CARECE DE INTERES PARA RECURRIR EN CASACION CONTRA EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA CONFIRMATORIO DEL DE PRIMER GRADO, LA PARTE QUE NO INTERPUSO RECURSO CONTRA ESTE

1—Si es cierto que ya el recurso de casación no tiene, por uno de sus fines principales, enmendar los agravios inferidos a las partes, sino unificar la jurisprudencia nacional, también lo es que quienes no apelan del fallo de primera instancia, carecen de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquél, porque el fin de unificar el derecho jurisprudencial, no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien esté interesado en el debate.

2—El recurso de casación, aunque tiene por fin principal el de unificar la jurisprudencia, asunto de interés eminentemente público, sin embargo no alcanza a revestir el carácter de acción pública o, hablando más estrictamente, de acción popular, porque se le hubiera establecido en el solo interés de la doctrina y de la ley. Se requiere, como requisito indispensable, acreditar el mismo interés práctico constitutivo de lo que suele llamarse la personería sustantiva, sin la cual no se da acción alguna en el fuero del derecho privado. Así, pues, el recurso de casación, aunque instituído para unificar la jurisprudencia, debe tener como motor indispensable, el mismo interés privado que se halla en juego ante la aplicación de la ley cuando se ejercitan las acciones civiles.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo)

Sociedad Minera de Guayaquil contra Alpidio Ramírez

En el Municipio de Pensilvania del departamento de Caldas, existen, entre otras minas de oro y plata, las denominadas "Guayaquil" y "La Morena". De la primera expidió título aquella Gobernación, a 15 de enero de 1932, donde consta que las veinticuatro unidades, en que se divide el número clásico de acciones, fue distribuído entre once personas, y allí le correspondieron al señor Alpidio Ramírez tres y media acciones. Más adelante se organizaron los adjudicatarios en sociedad ordinaria de minas, tomando el nombre del venero adjudicado.

En el acta No. 8 de las reuniones de la Junta Directiva de la sociedad, cuya convocatoria se efectuó el 26 de mayo de 1932, consta que se convino en comisionar al dicho Ramírez para que avisara y denunciara, en favor de la sociedad, una mina de nuevo descubrimiento que después vino a llamarse La Morena; objeto de pleitos anteriores, tramitados, tanto en el fuero de la justicia ordinaria, como en el especial de la administrativa, según se verá.

Hallándose en curso las diligencias pertinentes para obtener la adjudicación de tal mina La Morena, sin que, hasta entonces, hubieran surgido diferencias entre la Sociedad Minera de Guayaquil y el señor Alpidio Ramírez, llegó el 25 de enero de 1933, día señalado para dar la posesión que previene el código de la materia, diligencia que debía cumplirse por ministerio del Alcalde de Pensilvania. Se opusieron entonces algunos interesados, alegando ser descubridores de minas vecinas llamadas La Perla y Amagamientos, etcétera, de lo cual se siguió un primer juicio ordinario que vino a ser fallado por el Juez del Circuito de Pensilvania el 21 de marzo de 1934, cuya sentencia confirmó el Tribunal Superior de Manizales el 5 de marzo de 1936, quedando establecido, por fuerza de esos fallos, que la Sociedad Minera de Guayaquil conjuntamente con el señor Alpidio Ramírez, tenían mejor derecho que sus opositores para la mensura y demás de la mina La Morena.

Cuando ya había llegado la oportunidad de ex-

pedir el título, estalló el primer conflicto entre la Sociedad Minera de Guayaquil y el señor Alpidio Ramírez, conflicto que desató la Gobernación de Caldas en Resolución del 27 de octubre de 1936, disponiendo que el título se expidiera exclusivamente a favor de la mencionada sociedad. Ramírez apeló ante el Ministerio de la Economía Nacional pero, por hallarse impedido el funcionario que lo desempeñaba por aquella época, correspondió al Ministerio de Gobierno pronunciarse sobre el particular y lo hizo mediante la Resolución Nº 1077 del 8 de noviembre de 1938, confirmatoria de la que había sido materia del recurso. Propuesto el de reposición contra la última, el Ministerio la negó en providencia Nº 105 del 28 de enero de 1939.

Aquellas resoluciones ministeriales fueron llevadas, por el señor Ramírez, ante el Consejo de Estado, acusadas de nulidad, y esa corporación decidió decretarla, en sentencia del 17 de noviembre de 1939.

Atendiendo a lo resuelto por el Consejo de Estado, la Sociedad Minera de Guayaquil se dirigió a la Gobernación de Caldas, pidiéndole que suspendiera la expedición del título de la mencionada mina y que ordenara remitir el expediente al Juez del Circuito de Pensilvania, para que, ante él, ventilaran las partes sus opuestas pretensiones sobre la distribución o propiedad de las acciones; la Gobernación accedió a lo que le pedía la Sociedad Minera de Guayaquil y suspendió la concesión del título de La Morena, según consta en la decisión que lleva fecha 29 de abril de 1940.

Descontento Ramírez con aquella Resolución apeló de ella ante el Ministerio del ramo, despacho que admitió el recurso y lo falló en favor de las pretensiones de Ramírez, por Resolución Nº 268 de 26 de julio de 1941, revocando la providencia apelada disponiendo que, en su lugar, se otorgara el título de la mina disputada, conforme a cierta distribución de acciones hecha por el apoderado de Ramírez en escrito del 4 de agosto de 1936; pero la Sociedad pidió reposición, la que negó el Ministerio de Minas y Petróleos por Resolución Nº 426 de 3 de diciembre de 1941.

Vale parar mientes en que, habiéndose presentado la necesidad de fijar la interpretación y alcance de la sentencia del Consejo de Estado, cuando dicha entidad anuló las anteriores providencias ministeriales, arriba citadas, el Ministro de Minas, doctor Juan Pablo Manotas, hizo un interesante y acertado estudio, que no hace falta reproducir aquí, pero que pone en claro la situación diciendo, que lo decidido por el Juez de Pensilvania y confirmado por el Tribunal de Manizales (en sentencias del 21 de marzo de 1934 y 5 de marzo de 1936, en su orden, interpretadas erradamente por la Gobernación de Manizales y por las providencias ministeriales acusadas, lo cual dio origen a su nulidad), debía entenderse considerando a la Sociedad Minera de Guayaquil y al señor Alpidio Ramírez, como interesados conjuntos, en cuyo favor debía expedirse el título de propiedad de la mina La Morena. Pero hallándose en curso el proceso administrativo que debía culminar con la adjudicación de ella, la parte demandante en el presente juicio acudió de nuevo ante los tribunales de la justicia ordinaria, invocando pretensiones de adjudicación exclusiva contra Ramírez.

Este nuevo litigio, que es el que ha llegado hasta la Corte, a través del recurso, materia del presente fallo, recibió el de primera instancia en el Juzgado del Circuito de Pensilvania, cuya decisión de fondo lleva fecha 10 de noviembre de 1941, y declara que la mina de La Morena, pertenece en posesión y propiedad exclusiva a la Sociedad Minera de Guayaquil, sin que por tal declaración, se entiendan desconocidos los derechos de Alpidio Ramírez.

Notificado que fue aquel fallo, sólo apeló el representante del actor, es decir, de la Sociedad Minera de Guayaquil, subiendo los autos al Tribunal de Manizales, ante quien se surtió la segunda instancia.

La sentencia recurrida

Aquella corporación le puso fin el 15 de marzo de 1946, acogiendo parcialmente la sentencia de primer grado, por cuanto reconoce la posesión y propiedad exclusivas, de la referida mina, en favor de la Sociedad Minera de Guayaquil, si bien guardando silencio respecto a los derechos de Ramírez, que habían quedado a salvo en el fallo del Juez del Circuito de Pensilvania.

El recurso

Venidos los autos a la Corte el recurso se admitió por auto de 27 de marzo de 1947 y cumplidos los traslados y presentada la respectiva demanda que no tuvo respuesta por parte del opositor, el asunto pasó al despacho para sentencia el 25 de julio del mismo año. La casación se interpuso a nombre de Alpidio Ramírez.

Invoca el recurrente la causal primera del ar-

tículo 520 del Código Judicial, fundamentándola en impecable alegato que, sin embargo, no habrá oportunidad de estudiar a fondo, y por las razones que en seguida se expresan.

El recurso no procede por falta de interés jurídico

En efecto, como ya se hizo ver, el demandado Alpidio Ramírez, representado por el doctor Serna, es quien recurre en casación sin haber apelado de la sentencia de primera instancia.

En verdad. el Tribunal no confirmó pura y simplemente la sentencia del Juzgado; mas antes de pasar adelante debe observarse: primero, que el doctor Serna en su demanda, se limitó a pedir la casación del fallo, sin formular súplica para lo que hubiera de venir después de obtenida dicha casación; segundo, que reconoce de manera terminante que su representado goza del amparo de resoluciones ejecutoriadas en el fuero administrativo, de acuerdo con el artículo 78 de la Ley 167 de 1941. Ello equivale a reconocer que carece de interés actual en la decisión de este negocio, como no sea el puramente jurídico o teórico legal, si puede decirse.

La Corte ha sentado doctrina acerca de los dos problemas que se dejan enunciados.

El primero, que consiste en saber qué ocurre cuando el recurrente no apela de la sentencia de primer grado y el superior se limita a confirmarla, está resuelto respondiendo que no es admisible el recurso. Así se deduce del fallo de 30 de octubre de 1936 en el cual se dijo:

"Si es cierto que ya el recurso de casación no tiene, por uno de sus fines principales, enmendar los agravios inferidos a las partes, sino unificar la jurisprudencia nacional, también lo es que quienes no apelan del fallo de primera instancia, carecen de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquél, porque el fin de unificar el derecho jurisprudencial no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien está interesado en el debate". (G. J., Tomo XLIV, pág. 462).

Viniendo a la segunda hipótesis, o sea cuando no habiendo apelado de la sentencia de primera instancia, se recurre en casación contra el fallo que no se limita a confirmar aquél sino que lo reforma parcialmente, la doctrina aplicable es la siguiente, que no difiere de la anterior:

"El interés indispensable para recurrir en casación, ha dicho la Sala, puede no existir, desaparecer o haberse hecho imposible en su ejercicio y, en tratándose del recurso de casación por dos motivos: primero, porque la sentencia del Tribunal no infiera ningún agravio al recurrente, y segundo, porque éste haya consentido la sentencia de primer grado, puesto que el recurso no es viable sino cuando se han agotado los medios de instancia que la ley autoriza y permite" (Sentencia de casación de 27 de septiembre de 1946; G. J. LXII, pág. 42).

La doctrina anterior, que ha permanecido invariable, se funda en postulados de verdad evidente, puesto que el recurso de casación, aunque tiene por fin principal el de unificar la jurisprudencia, asunto de interés eminentemente público, sin embargo no alcanza a revestir el carácter de acción pública o, hablando más estrictamente, de acción popular, porque se le hubiera establecido en el solo interés de la doctrina y de la ley. Se requiere, como requisito indispensable, acreditar el mismo interés práctico constitutivo de lo qué suele llamarse la personería sustantiva, sin la cual no se dá acción alguna en el fuero del derecho privado. Así, pues, el recurso de casación, aunque instituído para unificar la jurisprudencia, debe tener como motor indispensable el mismo interés privado que se halla en juego ante la aplicación de la ley cuando se ejercitan las acciones civiles.

Reanudando el pensamiento que se insinuó arriba, habrá de decidirse que, no siendo el caso de resolver sobre la inadmisibilidad del recurso, entre otras razones, por la muy poderosa de que eso ya fue decidido en el presente negocio por la Sala, la solución que se imponga en circunstancias como ésta, es la de que el recurso de casación ha de declararse improcedente.

Sentencia:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO INFIRMA la sentencia pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior de Manizales el 15 de marzo de 1946, por no ser procedente el recurso.

Costas a cargo del recurrente. (Artículo 537 del C. J.).

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

Luis Enrique Cuervo A.—Pablo Emilio Manotas—Güalberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

IMPEDIMENTOS DE AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO—EL PARENTESCO

El parentesco existente entre el Procurador Delegado en lo Penal y el Juez de primera instancia, no es causal de impedimento para que aquél actúe como Agente del Ministerio Público en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El doctor Luis Zafra, Procurador Delegado en lo Penal, ha considerado prudente poner en conocimiento de la Sala un hecho que puede ser motivo de impedimento de su parte para intervenir en el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, por la cual impuso a Enrique Mosquera Jaramillo, acusado del delito de robo, la pena de tres años de presidio.

Como motivo de impedimento presenta el doctor Zafra su posición de tío del doctor Jaime Mondragón Gutiérrez, el Juez que dictó la sentencia de primera instancia en este proceso. Circunstancia que —dice— puede relacionarse con la causal de impedimento que prevé el artículo 73, numeral 7º del Código de Procedimiento Penal.

Es oportuno, como premisas de la decisión que ha de proferirse, hacer referencia a las normas que regulan el parentesco, en relación con los impedimentos de los funcionarios de la rama jurisdiccional, y del Ministerio Público. En cuanto a los primeros, el vínculo familiar, de consanguinidad o afinidad en los grados que la ley establece, y que el estatuto procesal penal considera como obstáculo para que ejerzan o continúen ejerciendo sus funciones en un determinado proceso se concretan a los casos siguientes:

a) Cuando el pariente del funcionario tiene algún interés en el proceso;

b) Cuando el funcionario sea pariente del apoderado o del defensor de alguna de las partes; y

c) Cuando lo sea del inferior que dictó la providencia que se va a revisar.

En cuanto a los segundos —Agentes del Ministerio Público— equiparados a los funcionarios judiciales por mandato del artículo 79 en relación con los motivos o causales de impedimento, el parentesco los inhabilitaría para ejercer su función en los siguientes casos:

a) Cuando el pariente del Agente del Ministerio Público está interesado en el proceso;

b) Cuando tal Agente sea pariente del apoderado o defensor de alguna de las partes; y

c) Cuando lo sea del que dictó la providencia que se va a revisar.

En el caso a estudio el parentesco del doctor Zafra no es con ninguno de los Magistrados del Tribunal Superior de Cali que dictaron la sentencia recurrida en casación, caso en el cual su impedimento sería legal de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 7° del art. 73 del estatuto procedimental, sino con el Juez que dictó la sentencia de primera instancia, doctor Jaime Mondragón Gutiérrez, parentesco éste que no alcanza a ser motivo de impedimento que inhabilite legalmente al doctor Zafra para intervenir en el recurso de casación que ése ha presentado en este proceso.

En tal virtud, la Corte Suprema —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 doctor Luis Zafra, Procurador Delegado en lo Penal, y que, por lo tanto, debe seguir interviniendo en el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al señor Procurador Delegado, para lo de su cargo.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO EL TIEMPO, EL LUGAR Y LAS CIRCUNSTANCIAS ULTERIORES ROMPEN LOS EFECTOS DE LA PRIMITIVA OFENSA, EL INICIAL PROVOCADOR PUEDE ALEGAR LA JUSTIFICACION DE LA LEGITIMA DEFENSA, AL SER AGREDIDO DE NUEVO

Tanto la jurisprudencia como los tratadistas, exigen para que se configure la legítima defensa, una agresión injusta, y la injusticia de ésta no existe cuando el que alega la defensa ha provocado la agresión de que es víctima, por un hecho personal suyo contrario a derecho. También se exige que la provocación sea grave, es decir, que tenga capacidad para colocar al ofendido en un estado de ira o intenso dolor que sea excusante de su reacción. Porque no cualquier palabra ofensiva, carente de capacidad para producir uno de esos estados pasionales, podría tenerse como provocación grave, pues ello equivaldría a dejar sin defensa a las personas, contra los ataques de los individuos camorristas y peleadores. Debe haber en esos casos, una provocación suficiente, para que el provocador pierda el derecho de ejercitar la legítima defensa ante una reacción exagerada, desmedida y peligrosa.

Los tratadistas están conformes en exigir en tales casos la gravedad y capacidad de la ofensa, para que se pueda reaccionar legítimamente, y cuando el motivo de esa reacción carece de esas condiciones, falta la necesidad de tal reacción, y el móvil determinante de ella no sería el de repeler una agresión actual e injusta que pone en peligro un bien jurídicamente protegido, sino que sería más bien el odio o la venganza hacia el ofensor, y, en tales circunstancias, esa provocación carecería de virtualidad para destruir el derecho de defensa en quien es objeto de una reacción desproporcionada.

Además de lo anterior, como exigen Carrara, Groizard y otros penalistas, la provocación del que posteriormente se defiende, debe ser inmediata al hecho es decir, que haya continuidad entre la provocación y la serie de actos que culminan en el encuentro personal. Entre la provocación y el resultado, todo ha de concurrir al desarrollo y fin de la acción, en un lugar y tiempo determinados. Así, la conducta reprobable del creador del conflicto ha de suscitar razonablemente la reacción del ofendido, luego el ataque de éste y, en seguida, el rechazo de su violencia por parte de quien se defiende. En ese proceso debe existir un nexo causal necesario. Si en ello hay solución de continuidad, si el tiempo, el lugar y las circunstancias ulteriores rompen los efectos de la primitiva ofensa, el inicial provocador puede alegar la justificación al ser agredido de nuevo, porque mediando esa distancia entre los hechos precedentes y los tardíamente posteriores, la primera provocación queda desvanecida, borrada de la nueva escena, y entonces el verdadero promotor de ésta queda en condiciones de atacante injusto, por obrar sin razón mi derecho y en un arrebato de cruda venganza.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Con fecha veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta, el Tribunal Superior de Manizales condenó a Baldomero Vélez como responsable del delito de lesiones personales en Antonio Jesús Medina, a la pena principal de veintiocho meses de presidio y multa por valor de doscientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 233.33) moneda corriente.

Contra este fallo, interpuso el recurso de casación, su defensor doctor Hernando Lozano Palacio, quien en el escrito de demanda invoca la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

Los sucesos que dieron lugar a la formación de este proceso, según las pruebas recogidas en el informativo, consisten en que el día veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, Antonio Jesús Medina y Baldomero Vélez, quienes se hallaban en estado avanzado de embriaguez, se encontraron en las últimas horas de la tarde, en la tienda o cantina denominada "El Paraíso" de propiedad de Luciano Ríos, ubicada en jurisdicción del municipio de Aguadas. Más o menos entre las ocho y las nueve de la noche, Medina empezó a provocar de palabra a Vélez sin que éste aceptara los retos que le hacía. Como el dueño de la tienda cerrara el establecimiento, los mencionados Medina y Vélez se salieron y el primero continuó lanzando al segundo expresiones ofensivas y el último le contestaba que no quería pelear. La actitud pacífica de Vélez, lejos de evitar el encuentro personal, parece que enardeció más a su ofensor, quien arremetió contra aquél armado de un garrote o zurriago y entonces el agredido Vélez, sacó su machete y le causó a su atacante dos heridas: una en el codo derecho, cara externa, de doce centímetros de longitud, que le interesó la piel, el tejido celular, las masas musculares del brazo y el antebrazo, abrió la articulación del codo y seccionó una parte de la epífasis del radio; y otra en el tercio superior, cara posterior del antebrazo derecho, de unos cuatro centímetros de longitud, que lesionó la piel, el tejido celular y las masas musculares. El herido Medina, tuvo una incapacidad definitiva de treinta días y como consecuencias, una perturbación funcional transitoria del miembro lesionado.

Vélez, según consta de autos, presentaba a los reconocimientos que se le practicaron, algunas contusiones que no le produjeron incapacidad mayor de dos días y la ruana y la camisa con algunas desgarraduras, al parecer causadas con puñaleta.

Por estos hechos, el señor Juez del Circuito en lo Penal de Aguadas, abrió causa criminal contra el mencionado Baldomero Vélez por el delito de lesiones personales.

El auto de proceder fue apelado y el Tribunal Superior de Manizales lo confirmó mediante auto que tiene fecha tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, no aceptando la solicitud hecha por el Fiscal de esa Corporación, quien sostuvo que el procesado había actuado en los hechos en ejercicio del derecho de legítima defensa y por lo tanto, debía ser favorecido con un sobreseimiento definitivo.

La causa siguió su curso legal y el Juez del Circuito en lo Penal de Aguadas, dictó sentencia con fecha doce de junio de mil novecientos cincuenta, condenando al procesado Baldomero Vélez, como responsable del delito de lesiones personales y reconociendo que actuó con la concurrencia de la riña imprevista, a la pena principal de catorce meses de prisión y multa por valor de ciento diez y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 116.66) moneda corriente.

El Tribunal Superior de Manizales conoció de la sentencia antes relacionada por consulta y en fallo de veinte de noviembre del mencionado año de mil novecientos cincuenta, la reformó imponiendo al sentenciado la pena principal de veintiocho meses de presidio y multa a favor del Tesoro Nacional, por la suma de doscientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 233.33) moneda corriente.

Causal Segunda. Errada interpretación de los hechos

El representante del procesado plantea en su demanda, dos cuestiones con base en la causal enunciada: una relativa al reconocimiento de la legítima defensa en que actuó aquél al lesionar al ofendido; y la otra, de carácter subsidiario, para que se acepte que su representado cometió el hecho delictuoso dentro de una riña imprevista para él.

Ambas cuestiones han sido debidamente estudiadas y fundamentadas por el actor en extenso alegato y serán materia de estudio por parte de la Sala. La cuestión principal, la sintetiza en los siguientes términos:

"Todas las pruebas traídas al informativo sirven para conformar la justificante de la legítima defensa en que obró Baldomero Vélez, pues no dejan lugar a duda que el ofendido Medina no sólo provocó de palabra sino que también lo atacó con arma idónea para herir o matar, y su reacción fue la simple instintiva de defensa".

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario, estudia la situación jurídica del procesado con base en los elementos de prueba recogidos en el proceso, expone los postulados jurídicos en que se apoya la causal de justificación alegada en la demanda, refuta las razones que tuvo el Tribunal para negarle al proce-

sado esa situación jurídica y concluye afirmando que está probada la causal segunda, con base en el motivo principal alegado, resultando innecesario ocuparse de la petición subsidiaria alegada en el libelo, por lo cual solicita que se invalide el fallo recurrido y en su lugar, se absuelva al sentenciado por el delito de lesiones personales, que es materia del proceso.

Se considera:

Al examinar el Procurador Delegado en lo Penal la situación del procesado de acuerdo con las pruebas traídas al informativo, encuentra que los sucesos tuvieron dos partes: En la primera, hubo cambio de frases entre los contendores, sin que por ello, se produjera entre éstos una situación que hiciera temer que a causa de tales frases, se fueran a las manos. Realmente, las palabras que se cruzaron lo fueron en conversación amigable y en tono de chanza, debido al estado un tanto avanzado de embriaguez, en que se hallaban Medina y Vélez. A este incidente que tuvo lugar a eso de las cinco de la tarde, se refiere Medina cuando afirma que Vélez le dijo: "qué opina de este caballo (el que montaba Vélez) y él le contestó que le parecía bueno, por lo cual Vélez le replicó: "pero más bueno soy para el arma blanca".

Los testigos Alfonso Salazar y Jesús A. Martínez, refiriéndose al mismo momento de los hechos, lo relatan en forma distinta: El primero dice que Vélez manifestó a Medina: "usted sabe que soy bueno para el suncho, pero usted y yo no peliamos", pero que estas frases las dijo en conversación que tuvieron como amigos. El segundo, refiere que Vélez al ver a Medina cabalgando en una yegua, le preguntó "que cuál sería mejor de esa yegua y él y ante ésto, "Medina se tiró una carcajada y tos".

En cuanto al momento de la realización de los hechos, hay dos grupos de testigos: unos que solamente se dieron cuenta de la actitud desafiante y peleadora de Medina, contrastando con la conducta de Vélez que se negaba entrar en la riña o combate que aquél le provocaba; los otros, que sí presenciaron el desarrollo de los hechos y pudieron darse cuenta de la manera como se llevaron a cabo, siendo forzoso conocer íntegramente sus declaraciones, para sacar de sus dichos las consecuencias que correspondan. Tales declarantes, no son otros que los que menciona el señor Procurador Delegado en lo Penal, o sean, Carlos Enrique Torres, Elena Bedoya, María Ocampo, Gilma Cardona y Manuel Antonio López.

En la declaración de Carlos Enrique Torres se lee:

"El veintisiete de marzo pasado, por ahí a eso de las ocho de la noche más o menos, me encontraba frente a la cantina de Luciano Ríos situada (sic), denominada El Paraíso, y salida (sic) para Pore de esta jurisdicción, bregando por montar a Antonio J. Medina, quien se encontraba bastante ebrio, cuando llegó el señor Baldomero Vélez, entró a la cantina y mandó servir un trago, visto ésto por Medina, le replicó a Vélez: "Viene monito preparado para mí". Vélez le contestó que él no peliaba, y como luego el dueño de la cantina la cerrara, quedaron éstos en el corredor, y con un garrote o zurriago siguió Medina tirándole a Vélez y éste atajándole con un machete, y apenas Medina se vio herido le dijo a Vélez: "me cortaste 'hijueputa' te voy a matar", luego que Medina le dijo ésto a Baldomero se vino. La herida causada es en el brazo derecho y para mí el zurriago o garrote todo ensangrentado (se le mostró el que figura en esta diligencia), es el mismo que poseía Medina en esos momentos".

La Bedoya manifiesta:

"Tengo mi vivienda cercana a la cantina de "El Paraíso" de propiedad del señor Luciano Ríos H., situada en la vía de "Pore" de este municipio y el sábado veintisiete de marzo próximo pasado, a eso de las siete de la noche, bajaba yo del centro de la ciudad para mi casa y observé que el señor Baldomero Vélez iba de para abajo un poco embriagado. Cuando ya estuve en mi morada me llamó el dueño de la cantina señor Ríos H. para que hiciera la forma de llamar un Agente de la Autoridad, por motivos de que se quería suscitar una riña allí, y al reparar y mirar al corredor de la aludida cantina observé que Antonio Jesús Medina, muy ebrio le decía hijueputa a Vélez, y éste con calma apenas contestaba que no lo insultara y que no peleaba con él; Medina continuaba tratándolo muy mal con la expresión de hijueputa, y agregando que era el guapo de Mermita, y no obstante que Vélez le repetía que no lo tratara mal ni que peleaba con él, Medina siguió como arrinconándolo y yo oía que rastrillaba algo como un palo pero por lo oscuro que estaba no pude saber qué arma era, ni qué arma tenía el ofendido Baldomero Vélez".

María Ocampo refiere:

"Vivía yo en la vía de 'Pore', de este municipio y a la oración, como a las siete u ocho de la

noche del veintisiete de marzo último iba hacia mi casa y cuando pasaba frente al punto 'El Paraiso' ví en la calle o camino público al señor Antonio Jesús Medina muy ebrio o regado como armado pero por lo oscuro que estaba no pude apreciar qué arma tenía; en todo caso desafiaba a pelear a Baldomero Vélez quien se hallaba en el corredor de la cantina y tienda de negocios del señor Luciano Ríos y le lanzaba la expresión de 'hijueputa', Vélez únicamente le decía que no lo molestara ni lo provocara, pero como luego Medina le tiró, entonces Vélez también le tiró y lo dejó herido en un brazo sin darme cuenta con qué arma le tiró; luego que Medina se vio herido dejó de molestar y apenas dijo: "vé hombre ya me cortaste" y no fue más lo que ocurrió. Que se hubieran dado cuenta estaban Elena Bedoya, mi esposo Emiliano Cardona, Pedro Ruiz quien se vino a llamar a la Policía y mi hija Gilma Cardona. En resumen Vélez hirió a Medina de acosado y obligado por la actitud de dicho individuo.

Gilma Cardona declara:

"Es verdad que en las primeras horas de la noche del veintisiete de marzo último iba yo en compañía de mi madre María Ocampo y de mi papá Emiliano Cardona por la vía de 'Pore', de este lugar y cuando pasaba frente al 'Paraíso', donde tiene cantina y víveres el señor Luciano Ríos ví a Antonio Jesús Medina muy ebrio, desafiando a pelea y lanzándole la expresión de hijueputa a Baldomero Vélez quien se hallaba en el corredor que dá a la vía pública del establecimiento de Ríos; Baldomero no le hacía caso y únicamente le decía que no lo molestara hasta que Medina se avanzó hasta donde estaba Vélez y le tiró a lo cual le correspondió Baldomero habiendo quedado herido en un brazo Medina y cuando ya se vió herido dejó la fatiga y todo terminó".

Finalmente, Manuel Antonio López dice:

"El veintisiete de marzo desde temprano estuve en asocio del señor Baldomero Vélez apurando licores embriagantes en algunas cantinas de esta ciudad y a la oración en momentos en que nos encontrábamos en el 'Paraiso' en la cantina o tienda de negocio del señor Luciano Ríos, apareció el señor Antonio Jesús Medina muy ebrio tratando sumamente mal a Vélez lo desafiaba a pelea, fue mucho lo que aquél oprobió a éste con palabras injuriosas hasta lanzándole la expresión de 'hijueputa' y Vélez contestaba que él no peleaba; de un momento a otro Medina se le avanzó con el zurriago o garrote ensangrenta (sic) que se muestra (se le mostró el que hace parte de esta investigación) y entonces Baldomero no tuvo más que defenderse con una peinilla donde atajaba los golpes hasta que cesó la pelea dejando herido a Medina, en un brazo. En resumen: Vélez tiró a su adversario acosado y para defenderse porque era mucha la ofensa y los desafíos de Medina, y ambos estaban un poco embriagados".

El procesado Baldomero Vélez, manifiesta en su declaración indagatoria, que Medina lo injurió en la tienda de Luciano Ríos, diciéndole: "párate hijueputa que soy Antolino Medina el que manda en Mermita, el que manda en Santana y en los infiernos"; y que luego le tiró con una puñaleta y con un garrote, causándole algunas contusiones y rompiéndole la ruana que tenía puesta y se vió "en calzas prietas para defenderme de él porque a pesar de yo le huía, me seguía"; y que tuvo que ponerse en defensa porque le prometió que lo iba a matar.

Con base en las pruebas trascritas y relacionadas se dictó auto de proceder contra el mencionado Baldomero Vélez y se le condenó en las sentencias de primera y segunda instancias, en la forma puntualizada al comienzo de esta providencia.

Teniendo en cuenta las comprobaciones indicadas, el Procurador Delegado en lo Penal, analiza la situación del procesado, en los siguientes términos:

"La legítima defensa responde al derecho de conservación de la persona, puesto en acto de una manera especial y jurídica. Consiste, en esencia, en repeler una agresión actual e injusta para poner a salvo un bien jurídicamente protegido que se halla en peligro. La legítima defensa se ejerce, pues, ante una situación de angustia, de necesidad y urgencia, en que hay que recurrir al empleo de la fuerza individual para rechazar al injusto atacante. Si la violencia ya se realizó, o el peligro sólo es futuro, la causal de justificación desaparece, porque, en el primer caso, el sujeto nada defiende y su reacción es apenas el resultado de la ira o del dolor moral intenso causado por la ofensa; y en el segundo evento, el peligro deja de ser actual y puede, por lo mismo, evitarlo recurriendo a la autoridad y a otro medio lícito.

"De ahí que se distinga la legítima defensa de la provocación. En una, el acto defensivo se actualiza cuando aún no se ha consumado el daño que pretende el agresor, y todo el interés y la conciencia del atacado injustamente se concentra en un móvil de elevadísimo interés social y

humano, el de la conservación de la vida y los bienes tutelados por el derecho. En la otra, —la provocación—, se reacciona ante una ofensa ya cumplida, y el espíritu que anima al sujeto ofendido es el de la venganza, el del resentimiento, el del orgullo contrariado.

"Son elementos sustanciales de la legítima defensa:

"a) Que haya una violencia actual, esto es, una amenaza presente, un ataque en acción;

"b) Que la violencia sea injusta, lo que vale decir, que se ejecute sin razón, derecho o ley.

"La injusticia desaparece cuando el que se defiende ha provocado, con ofensas graves o suficientes, la agresión de que es víctima;

"c) Que la violencia ponga en peligro un bien jurídicamente protegido; y

"d) Que haya proporción entre el ataque y la defensa, en el sentido que exista una relativa equivalencia entre el daño que amenaza y el perjuicio que se causa al agresor.

"En el presente caso aparecen plenamente demostrados los siguientes hechos: Que Baldomero Vélez llegó pacíficamente al establecimiento de Luciano Ríos a tomar trago, porque ese día andaba "apurando licores embriagantes en las cantinas que dan a la salida de "Pore", como lo declara su compañero Jesús A. Martínez; que estando allí, Antonio Jesús Medina comenzó a provocar a Vélez, y como el dueño de la tienda la cerrara, Vélez y Medina tuvieron que salirse a la calle; que ya en este lugar, Medina arreció los insultos e incitaciones a luchar, ofendiendo el honor de la madre de Vélez; que éste no accedió a estos incentivos ultrajantes, sino que, por el contrario, se limitó a decir que no quería pelear y que lo dejara quieto; que después Medina avanzó hacia Vélez y le tiró con un palo o zurriago; que Vélez atajaba con su machete esos golpes, hasta que al fin hizo uso del arma e hirió a Medina en el miembro superior derecho.

"Por lo tanto, aparecen nítidos los requisitos de la causal de justificación.

"1º—Hubo ataque inminente o violencia actual, traducido en el acometimiento con palo que Medina le hizo a Vélez; 2º—La agresión de Medina fue totalmente injusta, porque de parte de Vélez no hubo en esos momentos, ni antes, acto grave alguno que determinara la ira de Medina y lo obligara a reaccionar violentamente, acometiéndolo con arma; 3º—El ataque de Medina puso en peligro la vida o la integridad de Vélez, ya que un garrote es instrumento suficientemente apto para producir homicidio o lesiones personales; y 4º—Hubo proporción entre el acto agresivo de Medina y la reacción ofensiva de Vélez, pues la conducta de éste estuvo adecuada a la fuerza del ataque emprendido por aquél: los golpes de una arma letal se repelieron con golpes de otra igualmente dañina. Ese era el único medio de rechazar la violencia. En una palabra, las heridas causadas a Medina obedecieron a la necesidad imperiosa que tenía Vélez de ponerse a salvo contra un mal grave a su persona".

Las tesis expuestas por el Representante del Ministerio Público, ora en relación con los postulados que integran la legítima defensa, ya en lo tocante a la situación jurídica del procesado con base en las comprobaciones que obran en el expediente, las acoge la Sala, porque ellas son el fiel reflejo de la interpretación estricta de la ley sustantiva penal y de la realidad procesal. Lo que quiere decir, que el procesado actuó en el caso de autos en condiciones que justifican el hecho porque se le juzgó de acuerdo con el artículo 25, numeral 2° del estatuto represivo.

En la sentencia materia del recurso, se dice que las frases lanzadas por Vélez a Medina, en la tarde de los sucesos y antes de que éstos se realizaran, fueron la causa de que el último atacara al primero horas más tarde, y consecuencialmente, el precitado Vélez fue el provocador del encuentro. En otros términos, no hubo legitimidad en la defensa alegada por Vélez y por su defensor, porque aquél había provocado los hechos con un acto reprobable y como la legítima defensa siempre exige una agresión injusta contra la cual reacciona el injustamente agredido, faltando la injusticia de la agresión, la causal de justificación no puede extructurarse.

Tanto la jurisprudencia como los tratadistas, exigen para que se configure la legítima defensa, una agresión injusta y la injusticia de ésta no existe, cuando el que alega la defensa, ha provocado la agresión de que es víctima por un hecho personal suyo contrario a derecho. También se exige que la provocación sea grave, es decir, que tenga capacidad para colocar al ofendido en un estado de ira o intenso dolor que sea excusante de su reacción. Porque no cualquier palabra ofensiva, carente de capacidad para producir uno de esos estados pasionales, podría tenerse como provocación grave, pues ello equivaldría a dejar sin defensa a las personas contra los ataques de los individuos camorristas y peleadores. Debe haber en esos casos una provocación suficiente, para que el provocador pierda el derecho de ejercitar la legítima defensa ante

una reacción exagerada, desmedida y peligrosa.

Como lo hace notar el Procurador Delegado en lo Penal, los tratadistas están conformes en exigir en tales casos la gravedad y capacidad de la ofensa para que se pueda reaccionar legítimamente y cuando el motivo de esa reacción, carece de esas condiciones, falta la necesidad de tal reacción y el móvil determinante de ella no sería el de repeler una agresión actual e injusta que pone en peligro un bien jurídicamente protegido, sino que sería más bien el odio o la venganza hacia el ofensor y en tales circunstancias, esa provocación carecería de virtualidad para destruir el derecho de defensa en quien es objeto de una reacción desproporcionada.

A este respecto ha dicho la Corte:

"En cuanto a la provocación debe admitirse que si una de las condiciones de la legítima defensa es la de constituir una reacción contra una violencia injusta, el provocador no puede invocarla, pues con su acto propio reprobable o antijurídico viene a ser el autor del daño que la reacción del provocado puede ocasionar. **A no ser que éste reaccione en forma notoriamente desproporcionada, como en el ejemplo que trae Ferri del injuriado de palabra que resuelve matar al ofensor, caso en que no podría negarse a éste la facultad de repeler la reacción desmedida de que es objeto".** (Casación de José Miguel Luque Miranda, de 5 de septiembre de 1947. GACETA números 2055-56 pág. 441) Subraya la Corte.

Además de lo anterior, como exigen Carrara, Groizard y otros penalistas, la provocación del que posteriormente se defiende debe ser inmediata al hecho, es decir, que haya continuidad entre la provocación y la serie de actos que culminan en el encuentro personal. Entre la provocación y el resultado, como lo afirma el Procurador Delegado en lo Penal, todo ha de concurrir al desarrollo y fin de la acción, en un lugar y tiempo determinados. "Así, la conducta reprobable del creador del conflicto ha de suscitar razonablemente la reacción del ofendido, luego el ataque de éste y en seguida el rechazo de su violencia por parte de quien se defiende. En ese proceso debe, existir un nexo causal necesario. Si en ello hay solución de continuidad, si el tiempo, el lugar y las circunstancias ulteriores rompen los efectos de la primitiva ofensa, el inicial provocador puede alegar la justificación al ser agredido de nuevo, porque mediando esa distancia entre los hechos precedentes y los tardíamente posteriores, la primera provocación queda desvanecida, borrada de la nueva escena, y entonces el verdadero promotor de ésta queda en condiciones de atacante injusto, por obrar sin razón ni derecho y en un arrebato de cruda venganza".

Según se deduce de las pruebas transcritas y relacionadas en esta providencia, el procesado Vélez no asumió dentro de los hechos de que trata el proceso la actitud de un provocador en sentido jurídico y aún en el caso de haberlo sido, la provocación y el encuentro con Medina, no se realizaron en forma inmediata y continua.

Las frases que se ponen en boca del mencionado Vélez, de haber dicho a Medina: "más bueno soy para el arma blanca" o bien "usted sabe que soy bueno para el suncho, pero usted y yo no peliamos" o finalmente, como dice el declarante Martínez, que Vélez preguntó a Medina "que cuál sería mejor de esa yegua y él" y el aludido se rió y se retiró, no traducen propiamente una ofensa, tanto más cuanto que ambos se hallaban en estado de embriaguez.

De otro lado, de parte de Vélez al lanzar esas expresiones no hubo intención ofensiva y fueron **dichas en conversación amigable**, sin que produjeran en ese instante reacción de ninguna clase en el aludido, ni hay constancia de que el nombrado Vélez, después de ese momento hubiera seguido mortificando a su contrario con frases como las que se han mencionado, que en el fondo sólo traducían la vanidad de aquél acerca de su habilidad en el manejo del arma blanca.

En cuanto a la continuidad entre lo que se ha tenido como provocación y el choque propiamente dicho, esta modalidad no se cumple en el caso de autos. Lo primero tuvo lugar a eso de las cinco de la tarde y el encuentro, entre las ocho a nueve de la noche del mismo día, lo que quiere decir, que no existió continuidad entre los dos hechos, los cuales se presentan como independientes el uno del otro, sin la concurrencia de un vínculo de causalidad que dé fundamento para considerar al uno como consecuencia del otro. Todo indica, que fue el estado de embriaguez en que se hallaba Medina, la causa generadora de su agresión a la persona de Vélez, quien reaccionó ante el peligro que para él representaba esa agresión.

También se dice en la sentencia recurrida, que hubo desproporción entre las armas empleadas por Medina en el ataque y las que usó Vélez al repeler esa agresión y por consiguiente, por este aspecto tampoco se configuraría la legítima defensa.

A este respecto, cabe observar que la despro-

porción en las armas de que habla el Tribunal, realmente no existió. En el expediente se habla de que Vélez presentaba algunas heridas contusas y desgarraduras en la ruana y en la camisa, al parecer causadas éstas últimas con puñaleta. Y entonces, si Medina agredió a su contrario con garrote y puñaleta y Vélez empleó al repeler esa agresión su machete, que era la única arma que portaba, no puede hablarse de esa desproporción en las armas, porque los medios ofensivos de ataque de los dos contendores estaban equiparados en cuanto a su capacidad para causar daño.

Por lo demás, como lo observa el procurador Delegado en lo Penal, en la legítima defensa no se exige la equivalencia objetiva y matemática de las armas; al que reacciona defendiéndose legítimamente, le basta hallarse ante un peligro grave e inminente, cualquiera que sea el instrumento de que haga uso el agresor para atentar contra su vida o contra su integridad personal y lo único que debe tenerse en cuenta, es que el instrumento tenga capacidad para causarle daño, sin que en esos momentos se pueda exigir al injustamente agredido que calcule si la capacidad ofensiva del arma del agresor es igual a la suya, inferior o superior.

El testimonio del agente de Policía Alfonso Agudelo, quien llegó al sitio donde ocurrieron los hechos cuando éstos habían terminado y quien dice, que Medina tenía en la mano un zurriago con varias averiaduras de arma cortante, dando a entender que Vélez fue el atacante, no prueba nada en contra de la tesis expuesta. En primer lugar, porque semejante conclusión va contra lo afirmado por las personas que presenciaron el encuentro, quienes sostienen que Medina era el atacante de Vélez y éste atajaba los golpes de palo con ese machete; y en segundo lugar, porque las averiaduras del zurriago, de acuerdo con los dichos de los testigos, se produjeron al chocar el palo de Medina con el machete empleado por Vélez para parar los golpes que aquél le dirigía, conclusión que es más aceptable en presencia de la prueba testimonial que la respalda.

De todo lo anterior, se deduce que en el caso de autos está acreditado que Baldomero Vélez al lesionar a Antonio Jesús Medina en los hechos de que dá cuenta este proceso, obró en ejercicio del derecho de legítima defensa y por consiguiente, debe prosperar la causal invocada en la demanda, con base en el motivo principal alegado por el defensor del procesado.

Por lo dicho antes, no es el caso de estudiar el motivo subsidiario o sea, el que se refiere a si el procesado actuó en los hechos materia del informativo, con la concurrencia de la circunstancia de la riña imprevista, pues la legítima defensa que debe reconocerse al sentenciado, implica su absolución.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde 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 del Tribunal Superior de Manizales de fecha veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta por la cual condena a Baldomero Vélez, como responsable del delito de lesiones personales de que trata este proceso, a la pena principal de veintiocho meses de presidio y multa por valor de doscientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 233.33) moneda corriente y en su lugar, ABSUELVE a dicho procesado por el delito en mención.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO

No puede existir delito de falsedad porque se cambie la fecha que primitivamente se había puesto a un proyecto de providencia, para poner en cambio la correspondiente al día en que se firmó, porque la providencia no podía tener existencia jurídica sino en este día, y resulta equivocado hablár de falsedad en documentos, antes de que éstos tengan esa calidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo nueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Cartagena, su auto de fecha diez y ocho de abril de mil novecientos cincuenta y uno, por el cual se sobresee definitivamente a favor del doctor Juan Zarante Ramos, Juez Segundo Superior de dicha ciudad, por el delito de falsedad en Documentos.

Tramitada la instancia en forma legal, se procede a resolver lo que fuere del caso.

Hechos:

El proceso se inició en virtud de denuncia formulada por el doctor Alfonso Sotomayor, Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Cartagena, quien por medio de escrito de fecha 2 de julio de 1947, ratificado bajo juramento el 24 del mismo mes y año, afirma lo siguiente:

"El día sábado, treinta y uno del mes de mayo, fui notificado en la Secretaría del Juzgado Superior, de una providencia por medio de la cual se negaba la revocatoria del auto de detención preventiva que se había dictado contra el señor Leocadio de la T. Barba, por los delitos de Detención Arbitraria y Prevaricato.

"La providencia que se me notificaba tenía fecha VEINTIUNO DE MAYO, por cierto que el suscrito advirtió a los empleados de dicha Secretaría la demora notoria de la notificación que se me había hecho.

"Hoy al revisar nuevamente el expediente he encontrado que la fecha de la providencia fue alterada, como se advierte a las claras, y en lugar de veintiuno aparece VEINTINUEVE.

Más adelante agrega el denunciante:

"Para estar más seguro de lo que sucedía y corroborar por otros medios lo que había visto por mis propios ojos, fuíme a la Secretaría de la Sala Penal y con vista de la relación de detenidos que hizo el Juzgado Segundo Superior para la visita del sábado retro-próximo, o sea el treinta y uno de mayo, pude comprobar que no estaba engañado, pues la relación dada por el Juzgado acerca del sumario del detenido Barba dice textualmente que, con fecha veintiuno de mayo se había negado la reposición interpuesta por el apoderado del sindicado".

Al proceso se trajeron copias de las actas de nombramiento, y confirmación del mismo expedidas por la Secretaria del Tribunal Superior de Cartagena. Igualmente aparece en el expediente la copia de posesión del doctor Juan Zarante Ramos como Juez Segundo Superior de ese Distrito y la certificación por medio de la cual consta que dicho funcionario ejerció el cargo desde el día de la posesión hasta el diez de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

Aparece, pues, comprobado, que el día a que se refiere el denunciante en su escrito, el doctor Juan Zarante Ramos ejercía el cargo de Juez Segundo Superior del Distrito de Cartagena.

En el curso de la investigación, fue practicada una Inspección Ocular por el funcionario comisionado, que lo fué el señor Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena, sobre el expediente que en el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad se siguió contra Leocadio de la T. Barba. Esta Inspección Ocular, fué practicada en asocio de peritos y en ella se dice lo siguiente:

"...Examinado por el suscrito Juez y los señores testigos actuarios, ante mí el Secretario, el segundo cuaderno principal del proceso que se adelanta contra el señor Leocadio de la T. Barba y otro por el delitos (sic) de Detención Arbitraria y Prevaricato aparece al folio 164 a 172 inclusive, la providencia dictada por el Juzgado Segundo Superior, y suscrita por el Juez doctor

Juan Zarante Ramos y el Secretario H. Miranda V., por medio de la cual se le niega la libertad incondicional solicitada por el doctor Pedro Pacheco Osorio en su carácter de apoderado del detenido Leocadio de la T. Barba. Este proveído está fechado el 29 de mayo de 1947. Se observa que tanto el día como el año está escrito solamente en letras. Y que el día 29, o sea la palabra veintinueve, se lee perfecta y claramente, pero se observa, poniendo el papel al tras luz que en el sitio donde está escrita la palabra veintinueve el papel denota huellas de alteración.

Los peritos que actuaron en la diligencia, reconocieron que el papel sobre el cual estaba escrita la fecha de la providencia, había sufrido alteración, la cual se podía percibir al colocar el mismo papel "al tras luz".

El sindicado doctor Zarante Ramos manifestó en su indagatoria lo siguiente:

"Si mal no recuerdo, el día 21 de mayo último vencía término para resolver, en mi condición de Juez Segundo Superior de este Distrito Judicial, recurso de reposición contra auto de detención provisional dictado en aquel negocio contra el expresado señor Leocadio de la T. Barba. En la mañana de ese día comencé a dictar la providencia respectiva, a la vez que le iba entregando el trabajo que producía al Escribiente para esa época del Juzgado, señor Edgar Vera, quien se encargaba de pasar las providencias en limpio. En la tarde del mismo día, aún no había concluído la citada providencia. En ésto estaba cuando se presentaron al Juzgado los doctores Pedro Pacheco Osorio y Manuel Pineda Garrido manifestándome que debíamos salir por la vía de trén al día siguiente a las siete de la mañana, para la población de Tacamocho, a cumplir una comisión en negocio que cursaba en el Juzgado, y que a ellos interesaba como apoderado del sindicado el primero, y como representante de la Parte Civil el último, y que, para no perder la fecha, ya escogida debía irme del Juzgado inmediatamente a preparar lo relacionado con el viaje. Acto seguido salí en compañía de los citados doctores a arreglar el viaje que me proponía, sin terminar la providencia que estaba dictando en ese momento a que antes me referí. El 22 de mayo, a las siete de la mañana, me ausenté de la ciudad rumbo a Tacamocho en compañía de los doctores Pacheco Osorio y Pineda Garrido, y del Secretario del Juzgado, señor Héctor Miranda Vásquez. El día 28 de mayo regresé en la noche después de haber cumplido la comisión que se me había encomendado, habiendo vuelto a reanudar labores del Juzgado el 29 del mismo mes. En esta fecha seguía en turno entre los negocios al Despacho el que había dejado en suspenso y a que antes me he referido y así continué la providencia en su última parte. Habiéndole pasado al Escribiente Vera el resto de proyecto de providencia para que lo sacara en limpio, a la vez que le ordené le cambiara la fecha de 21 de mayo por la de 29 del mismo mes que era justamente la que correspondía a la citada providencia. Lo anteriormente se hizo por el subalterno en mención y el proveído salió firmado por el Juez para la secretaría en esta misma fecha para que siguiera su curso normal".

Las varias declaraciones que obran en el expediente, respaldan lo dicho por el sindicado en su indagatoria, no encontrándose entre ésta y las primeras ninguna notoria discrepancia.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Después de hacer varias consideraciones sobre el negocio en referencia el señor Procurador Delegado afirma:

"De la realidad acreditada en este sumario, se desprende que el auto por el cual fue acusado el Juez, doctor Zarante Ramos, se resolvió no en una alteración dolosa de fechas en providencia judicial, sino en el simple cambio de aquéllas para ajustar la actuación procesal a la verdad. Porque cuando el funcionario fechó el auto de reposición el 21 de mayo, aún no existía esa providencia, puesto que apenas estaba principiada y sin firma responsable. El auto sólo vino a tener vida y a constituir un documento auténtico o público el día en que su autor lo terminó y firmó, esto es, el 29 de mayo, y cabalmente ésa fue la fecha cierta que le puso".

Agrega posteriormente el señor Agente del Ministerio Público:

"Por consiguiente, la conducta del Juez resulta lícita, acorde con la naturaleza de las cosas e informada, precisamente, en el deseo de respetar la verdad, y de no cambiarla o alterarla maliciosamente, como ocurre en la falsificación documental".

El señor Procurador Delegado en lo Penal termina su vista, solicitando se confirme el auto consultado por el cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Zarante Ramos.

Se considera:

Al doctor Zarante Ramos, se le hace el cargo de falsedad, que consistió en haber alterado la fecha de un auto emanado del Juzgado que desempeñaba, auto que primero llevó la fecha 21 de

mayo y posteriormente se cambió esa fecha por la del 29 del mismo mes.

El Jefe del Ministerio Público al dar su concepto, dice que en el caso que se estudia no hubo ninguna alteración dolosa de fechas. Simplemente lo que ocurrió fue un cambio de éstas en el proyecto de providencia dictado por el doctor Zarante Ramos, que comenzó a dictar el día 21 de mayo de 1947 y lo terminó el día 29 del mismo mes y año.

El indagado relata de manera sencilla todo lo relacionado con el cargo que se le hace, dejando claramente establecido que la providencia en mención se comenzó a dictar el día 21 de mayo, pero por circunstancias establecidas en autos, ajenas a su voluntad, tuvo que suspenderla, para continuar su redacción el día 29 del mismo mes.

Estas afirmaciones del doctor Zarante Ramos, están confirmadas por las declaraciones de los doctores Pedro Pacheco Osorio (folio 37), Manuel Pineda Garrido (folio 36), Edgar Vera Amador (folio 41), Roberto Mordecai M. (folio 26) y por la del señor Héctor Miranda Vásquez (folio 7).

De todo ésto resulta, que el cargo imputado al doctor Zarante Ramos no es constitutivo del delito de falsedad en documentos y que si hizo un cambio en la fecha del proyecto en mención, fue precisamente para ponerle la que correspondía al día de pronunciamiento. Si a esto se agrega, que la providencia en la cual se dice se cometió la falsedad no podía tener vida jurídica sino el día en que se firmó, resulta equivocado hablar de falsedad material en documentos, antes de tener esa calidad, pues el documento sobre el cual podía recaer el delito aún no existía.

Por todo lo anterior, el sobreseimiento definitivo consultado, debe confirmarse en todas sus partes.

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, CONFIRMA el auto consultado, por el cual el Tribunal Superior de Cartagena, sobresee definitivamente a favor del doctor Juan Zarante Ramos por el delito de falsedad en documentos de que se le sindica en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

PARA QUE PUEDA DARSE APLICACION AL ARTICULO 28 DEL CODIGO PENAL, SE REQUIERE, EN LOS JUICIOS CON INTERVECION DEL JURADO, QUE ESTE HAYA RECONOCIDO EXPRESAMENTE LA GRAVEDAD Y LA INJUSTICIA DE LA PROVOCACION — CUANDO EL CUESTIONARIO NO ESTA ACORDE CON EL AUTO DE PROCEDER, DEBE INVOCARSE LA CAUSAL CUARTA — LA CAUSAL SEPTIMA DE CASACION NO HACE REFERENCIA A LAS PREGUNTAS DEL CUESTIONARIO, SINO UNICAMENTE A LA CONTRADICCION EXISTENTE ENTRE LAS RESPUEST AS DEL VEREDICTO

1—La Corte, en varias oportunidades, ha sentado doctrina acerca de la interpretación del artículo 28 del Código Penal, y ha hecho la distinción precisa entre las nociones de gravedad e injusticia de la ofensa, dejando establecido en forma clara que no es dable reconocer la atenuante especial a que se refiere la disposición citada, sino cuando ambos conceptos —gravedad e injusticia— concurren de modo simultáneo.

No es suficiente la gravedad; es necesario que vaya acompañada de la injusticia, y aquélla y ésta, como características especiales de la ofensa o de la provocación, deben ser declaradas de modo expreso en el veredicto del Jurado, para que el juzgador pueda aplicar en la sentencia el artículo 28.

Gravedad e injusticia no son precisamente términos similares ni equivalentes, de forma que reconocido el uno, no por lo mismo se entiende aceptado el otro. De conformidad con la norma legal, deben estar presentes en las modalidades de la infracción, para que constituyan circunstancia atenuante de la responsabilidad.

Por eso, cuando el Jurado en el veredicto expresa uno solo de los términos, no le es permitido al Juez suponer la voluntad de los jueces de conciencia, interpretando la respuesta al cuestionario como una modificación de aquella responsabilidad.

El silencio del Jurado sobre uno de los presupuestos de la excusa por provocación, lleva a considerar la decisión de aquel tribunal como inequívoca demostración de que no estuvo en su ánimo atemperar la pena por este concepto. Hubiéralo querido, y sin necesidad de emplear términos sacramentales, fácilmente así lo habría estampado en el veredicto, sobre todo porque siendo esta materia motivo de especial controversia en el curso del juicio público, su aceptación o rechazo no podía provenir sino de quienes siendo jueces de conciencia, estaban por ello mismo capacitados para adoptar en la decisión uno de los extremos del caso controvertido, resultando igualmente cierto que cualquiera que hubiera sido la decisión, el fallo habría tenido el carácter de definitivo, porque la íntima convicción era en esta oportunidad inapelable.

El carácter de injusticia en la provocación implica una vinculación de naturaleza ilícita con el hecho cometido, de tal suerte que por tener aquella calidad, puede afirmarse de él que la ley lo prohibe por esa misma circunstancia. En cambio, la gravedad hace referencia a conceptos más cercanos a las consecuencias mismas de la infracción. Como prohibición legal y consecuencias suman un común denominador, para aceptar una excusa fundada en aquellos motivos determinantes de la ira, sin los cuales ésta o el dolor no habrían podido producirse, resulta necesario exigir ambos extremos, no uno sólo, para que tenga aplicabilidad una norma que los exige conjuntamente, no de manera autónoma o independiente.

2—Cuando el cuestionario al Jurado fue mal elaborado y se salió del pliego de cargos contenido en el auto de proceder, el error sólo se corrige en casación con base en la causal cuarta, que hace relación a nulidad del juicio.

3—La causal séptima de casación apenas hace referencia a los casos en que la contradicción dice relación al veredicto mismo y no a los términos del cuestionario some-

tido al Jurado, y ésto es obvio, porque es apenas allí donde puede presentarse lo inconciliable de las proposiciones que constituyen la respuesta, que es el significado auténtico del veredicto contradictorio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en sentencia de fecha ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, condenó a José Manuel Ortega Guevara a la pena principal de ocho años de presidio, a las accesorias correspondientes y al pago de $ 2.500.00 por concepto de perjuicios civiles, como responsable del delito de homicidio en la persona de Pablo Zambrano.

Contra dicho fallo interpuso recurso extraordinario de casación el defensor del procesado, concedido el cual y surtida en la Corte la tramitación correspondiente, es llegado el momento de decidir.

En la demanda se señalan principalmente, en su orden, las causales tercera y primera; y también, de modo secundario, la segunda y séptima.

Hechos y actuación procesal

El 25 de julio de 1948, en el camino que conduce a la región de "El Consuelo", Corregimiento de Cumbitara, jurisdicción del Municipio de Sotomayor, Departamento de Nariño, se encontraron Pablo Zambrano y José Manuel Ortega Guevara. Después de saludarse y cruzar algunas palabras entre sí, el primero hizo alusión a una multa con que había sido sancionado, en virtud de querella formulada por el segundo, por lo que Ortega Guevara expresó su complacencia. Zambrano replicó dirigiéndole a Ortega Guevara la expresión de "huevón" por lo cual quiso éste pegarle a aquél. De allí en adelante, y a pesar de la intervención de algunos de los circunstantes, se produjeron ofensas verbales recíprocas, arrojándose luego piedras hasta trabarse en lucha personal, de la que resultó herido Zambrano, quien falleció pocos minutos después.

Adelantada la investigación, el Juzgado Segundo Superior de Pasto abrió causa criminal contra el procesado José Manuel Ortega Guevara por el delito de homicidio, considerado como simplemente intencional.

Al Jurado se le propuso el siguiente cuestionario:

"¿El acusado José Manuel Ortega Guevara, es responsable de haber causado a Pablo Zambrano, con intención de matar, varias heridas de carácter mortal, con arma punzocortante, en la región toráxica, las que le produjeron una hemorragia aguda que le ocasionó la muerte casi inmediatamente después de recibidas, hecho ocurrido en la sección 'El Consuelo', jurisdicción del Municipio de Sotomayor, el día 25 de julio de 1948?".

El Jurado contestó: "Sí es responsable, pero en estado de ira causado por grave ofensa".

Por medio de sentencia de siete de diciembre de mil novecientos cincuenta, el Juzgado impuso al procesado Ortega Guevara ocho años de presidio por el ilícito en mención, las penas accesorias correspondientes, condenándolo igualmente al pago de la suma de dos mil quinientos pesos por concepto de perjuicios civiles, providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Pasto, en sentencia que como ya se ha dicho, lleva fecha ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, que es materia del recurso.

Causales de casación

Como tienen íntima relación las causales tercera y primera propuestas en la demanda, no serán motivo de estudio por separado. Estos motivos de casación determinan, en su orden, que la sentencia esté en desacuerdo con el veredicto del Jurado y errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal.

Se acusa de ilegal la sentencia del Tribunal, porque desechó la aplicación del artículo 28 del Código Penal cuando dijo que el Jurado no expresó todos los requisitos exigidos por la ley y la doctrina, para que se produjera la atenuante prevista en esa disposición. En cuanto a la primera causal manifiesta el actor que dijeron los Jueces de conciencia que Ortega Guevara sí es responsable pero en estado de ira causado por grave ofensa, y en la sentencia se desechó y no se hizo caso del veredicto del Jurado, imponiendo al procesado la sanción de ocho años de presidio, sin tener en cuenta la situación de provocado, cuando ha debido estimarse el veredicto viendo en él la situación contemplada en el artículo 28, que disminuye la sanción imponible, ya que en el veredicto se dan todos los requisitos exigidos por la ley para la aplicación de tal artículo. Argumenta al efecto, que Ortega Guevara obró en momento de ira que fue causada por un

acto del occiso Zambrano, acto que consistió en ofensa grave de palabra y de obra y que solamente esa ofensa fue la causa de la acción de Ortega Guevara.

Que al sentenciarlo nada se dijo acerca de la injusticia de la provocación, o sea de la injusta causa del estado de ira en que obró Ortega Guevara.

Con relación a la causal segunda, manifiesta el actor que, como consecuencia de lo dicho, el Tribunal debió aplicar el artículo 362, de acuerdo con el 28, y al no hacerlo así, aplicó indebidamente la ley penal.

Se considera:

En su primera indagatoria Ortega Guevara, negó en forma rotunda los cargos que se le hicieron. Después y a solicitud suya, hecha en memorial que obra a folio 11 del cuaderno primero, se le recibió ampliación de indagatoria en la cual hace extensa relación de los hechos, tratando de justificar su conducta hasta el punto de afirmar —según sus presunciones— que Zambrano debió herirse a sí mismo y darse muerte. Mas, adelantada la investigación, se observa que los declarantes o testigos presenciales, en líneas generales están acordes con la relación de hechos que anteriormente se hizo.

Con fundamento en el veredicto, el Juzgado profirió sentencia condenando a Ortega Guevara con aplicación del mínimo señalado por el artículo 362 del Código Penal, providencia que fue apelada y que el Tribunal Superior de Pasto confirmó.

En lo juicios por Jurado, la sentencia se dicta de acuerdo con la calificación que dé éste a los hechos materia del debate, conforme al artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, y por tanto, es a los Jueces populares a quienes corresponde determinar los elementos sustanciales que constituyan circunstancias específicas o modificadoras de la responsabilidad y por consiguiente de la sanción. Y si ésto no ocurre, en la sentencia no es permitido llenar los vacíos que deje el Jurado sobre el particular.

El veredicto en el caso que es materia de estudio, afirmó la responsabilidad de Ortega Guevara como autor del homicidio en la persona de Pablo Zambrano, y agregó que lo hizo "en estado de ira causado por grave ofensa"; pero esa circunstancia que el Jurado agregó al reconocer la responsabilidad, no configura la excusa de provocación que contempla el artículo 28 del Código Penal.

Las razones aducidas en la demanda no son válidas para establecer la equivalencia entre los términos "estado de ira, causado por grave e injusta provocación" y "estado de ira, causado por grave ofensa". Para que ésto fuera posible, el Jurado debió pronunciarse en el sentido de que la ofensa fue no solamente grave, sino también injusta, según lo exige en forma perentoria el artículo 28 del Código Penal.

La Corte en varias oportunidades ha sentado doctrina acerca de la interpretación de este artículo y se ha hecho la distinción precisa entre las nociones de gravedad e injusticia de la ofensa, dejando establecido en forma clara que no es dable reconocer la atenuante especial a que se refiere la disposición citada, sino cuando ambos conceptos —gravedad e injusticia— concurren de modo simultáneo.

No es suficiente la gravedad; es necesario que vaya acompañada de la injusticia y aquélla o ésta, como características especiales de la ofensa o de la provocación, deben ser declaradas de modo expreso en el veredicto del Jurado, para que el juzgador pueda aplicar en la sentencia el artículo 28 invocado en la demanda.

Omitieron en el caso presente, los Jueces de conciencia, y de modo deliberado, reconocer que el estado de ira suscitado en el procesado Ortega Guevara obedeció a una ofensa injusta, y por tanto la adición sólo puede tenerse como una circunstancia de menor peligrosidad, de acuerdo con el numeral 3º del artículo 38 del Código Penal.

Gravedad e injusticia no son precisamente términos similares, ni equivalentes, de forma que reconocido el uno, no por lo mismo se entiende aceptado el otro. De conformidad con la norma legal deben estar presentes en las modalidades de la infracción para que constituyan circunstancia atenuante de la responsabilidad.

Por eso, cuando el Jurado en el veredicto expresa uno solo de los términos —como en el caso, la gravedad de la ofensa—, no le es permitido al Juez suponer la voluntad de los Jueces de conciencia, interpretando la respuesta al cuestionario como una modificación de aquella responsabilidad.

El silencio del Jurado sobre uno de los presupuestos de la excusa por provocación que consagra el artículo 28 del Código Penal, conlleva a considerar la decisión de aquel tribunal como inequívoca demostración de que no estuvo en su ánimo atemperar la pena por este concepto. Hu-

biéralo querido, y sin necesidad de emplear términos sacramentales, fácilmente así lo habría estampado en el veredicto, sobre todo porque siendo esta materia motivo de especial controversia en el curso del juicio público, como que la defensa de manera expresa se la propuso al Jurado, su aceptación o rechazo no podía provenir sino de quienes siendo Jueces de conciencia, estaban por ello mismo capacitados para adoptar en la decisión uno de los extremos del caso controvertido, resultando igualmente cierto que cualquiera que hubiera sido la decisión, el fallo habría tenido el carácter de definitivo, porque la íntima convicción era en esta oportunidad inapelable.

El carácter de injusticia en la provocación implica una vinculación de naturaleza ilícita con el hecho cometido, de tal suerte que por tener aquella calidad, puede afirmarse de él que la ley lo prohibe por esa misma circunstancia. En cambio, la gravedad hace referencia a conceptos más cercanos a las consecuencias mismas de la infracción. Como prohibición legal y consecuencias suman un común denominador, para aceptar una excusa fundada en aquellos motivos determinantes de la ira, sin los cuales ésta o el dolor no habrían podido producirse, resulta necesario exigir ambos extremos, no uno sólo —como lo reconoció en este caso el veredicto— para que tenga aplicabilidad una norma que los exige conjuntamente, no de manera autónoma o independiente.

Esta ha sido la doctrina constante en la Corte, que en múltiples fallos ha mantenido, no empece a los argumentos en contrario, como única forma de dar contenido distinto a lo que constituye una circunstancia modificadora de la responsabilidad, de una constitutiva de menor peligrosidad. Y porque no siéndole dado llenar el pensamiento del Jurado con interpretaciones acomodaticias y circunstanciales, los presupuestos de la ley deben ser cumplidos siempre, a fin de evitar la arbitrariedad en los fallos, para que los Jueces tengan una única norma a seguir, que impida la injusticia de un proceder contrario a este criterio.

Con razón motiva el Tribunal de instancia "que la ofensa como generadora de la ira debe ser no solamente grave sino también injusta de acuerdo con los términos del artículo 28; y como al Juez de derecho no le es permitido llenar los vacíos que contenga el veredicto sobre uno de los elementos de la ira como circunstancia modificadora de la responsabilidad del agente, ella no podía ser tenida en cuenta, y de consiguiente, al reo había que condenarlo como autor de un delito de homicidio simplemente intencional".

De acuerdo con las anteriores consideraciones se halla el señor Procurador.

No están, por consiguiente, probadas las causales tercera y primera.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Según el actor, en el cuestionario se pregunta a los jurados si Ortega Guevara es responsable de haber causado heridas a Pablo Zambrano, lo que acepta. Y que a renglón seguido, en la sentencia del Tribunal, se acepta el hecho de ser responsable de la muerte.

Según la demanda, por este motivo, se encamina a "buscar una enmienda en los cuestionarios propuestos a los jurados" y arguye que hay contradicción sustantiva en la apreciación de los hechos: u Ortega Guevara simplemente causó heridas, o causó la muerte, hechos éstos distintos.

Empero, la impugnación, en esta forma planteada, nada tiene que ver con la causal segunda, pues si el cuestionario estuvo mal elaborado y se salió del pliego de cargos contenidos en el auto de proceder, el error sólo se corrige en casación con base en la causal cuarta que hace relación a nulidad del juicio. Y si el Tribunal condenó por delito distinto del reconocido por el Jurado, quiere ésto decir que la sentencia se puso en desacuerdo con el veredicto y entonces la causal pertinente sería la tercera.

Ahora bien: en los juicios en que interviene el Jurado, no cabe alegar la causal segunda, según lo tiene resuelto la Corte en jurisprudencia conocida, y, que por tanto, no es el caso de reproducir en este fallo.

Por consiguiente, este cargo resulta inoperante.

Causal séptima

Veredicto evidentemente contradictorio.

Advierte el demandante que en el veredicto hay contradicción ya que en el cuestionario que es parte inegrante de él, se pregunta si Ortega Guevara es responsable de causar lesiones personales, si esas lesiones fueron hechas con intención de matar y si fueron ocasión de la muerte de Zambrano, en lo que hay contradicción u oscuridad que implica contraevidencia.

Luego de exponer cómo el homicidio no consiste en causar heridas mortales, sino en matar, manifiesta que nuestra ley (art. 362) dice que el

que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro, se le tendrá como homicida y responderá de su hecho como tal. Pero del cuestionario se desprende que la ocasión inmediata de la muerte de Pablo Zambrano, no fue el hecho de Ortega Guevara, sino que fueron las lesiones. Es decir, que se ha despersonalizado la autoría en el homicidio, se ha hecho a Ortega Guevara autor de lesiones, mas no de una muerte, y sobre ésta no se preguntó al Jurado, ya que ella es un hecho protuberante que debe figurar en primer término en los cuestionarios por homicidio perfecto.

El señor Procurador, luego de examinar el cuestionario propuesto, manifiesta que basta su lectura para destruir las alegaciones del demandante. Que el delito de homicidio doloso lo integran estos elementos esenciales: destrucción de una vida humana; relación de causalidad entre la muerte y la acción del homicida; y la intención de matar o **animus necandi.** Y estos requisitos están cabalmente consignados en el cuestionario, toda vez que en él se expresa que Pablo Zambrano murió; que la muerte fue producida por varias heridas de arma punzo-cortante, que las lesiones mortales las causó el procesado y que éste actuó, al lesionar a la víctima con intención de matar. La referencia del cuestionario a las varias heridas que Ortega Guevara infirió a Zambrano, alude al medio empleado por aquél para extinguir la vida de éste, pero nunca para estructurar un delito de lesiones personales, que hubiera sido absurdo en el caso a estudio.

El veredicto es contradictorio —agrega el Ministerio Público— cuando consagra una situación imposible de aceptar jurídicamente por representar un absurdo, una negación del principio mismo de contradicción, cuando un hecho único tiene afirmaciones o negaciones que se excluyen o repelen, ya dentro de la realidad subjetiva, ya en el ámbito de las normas legales, y ya se ve cómo la alegada contradicción del veredicto no aparece en el proceso.

Esta causal como la segunda, tampoco puede prosperar, expresa la Procuraduría.

Se considera:

El actor al sustentar sus razones en orden a la causal séptima parece dar a entender que los términos del cuestionario deben formularse de manera diferente a como fueron propuestos —por cierto en forma esrictamente legal— pues de otra suerte tendría existencia una contradicción, porque en "el hecho de causar varias lesiones, con intención de matar y con características mortales, no hay homicidio, puede presentarse el caso de delito inperfecto (tentativa o delito frustrado)", como reza textualmente la demanda.

Esto parece indicar que para el actor cuando el Jurado al afirmar la responsabilidad acepta el hecho material de herir, la relación de causalidad entre ese hecho y el resultado conseguido, la muerte, y el ánimo o propósito de matar, no aparecen reunidos los elementos estructurales que dan fisonomía de homicidio al delito y se trata de lesiones personales, como sin ninguna razón jurídica lo sustenta la demanda.

Decir que el homicidio no consiste en causar heridas mortales, consiste en matar, es hacer una afirmación carente en absoluto de sentido legal, porque la misma relación de causa a efecto entre las lesiones producidas y el efecto logrado de causar la muerte, advierten claramente que sin lo primero no se habría producido lo segundo; y es esta relación precisamente la que determina la especie de homicidio cumplido por el procesado, porque existiendo aquélla en virtud del veredicto que la reconoció de manera expresa, no puede darse al homicidio carácter distinto del que merece por voluntad del Jurado, que de manera expresa reconoció el vínculo de causalidad entre el acto dél procesado al causar las lesiones y el resultado de las mismas, la muerte de Zambrano, a consecuencia de la naturaleza mortal de ellas.

Del cuestionario sometido a los Jueces de conciencia se desprende en relación con la responsabilidad admitida en la respuesta que constituye el veredicto, que el procesado es responsable de haber causado, con propósito de matar y con arma punzo-cortante, en la región toráxica, varias heridas de carácter mortal al occiso, las que le produjeron la muerte inmediata, por hemorragia aguda.

No puede darse una más explícita forma de configurar un delito de homicidio intencional, ya que la circunstancia de haber admitido el veredicto, al aceptar la responsabilidad con una respuesta afirmativa, el dolo específico contenido en el cuestionario al incluir el propósito de matar dentro de sus términos, constituye la más rotunda demostración de la inconsistencia jurídica del razonamiento del actor, al pretender sustentar la tesis de que tal cuestionario apenas admite un delito de lesiones personales. Con razón se formula el Agente del Ministerio Público este interrogante: ¿De dónde, pues, sacar que sólo se preguntó al Jurado sobre simples lesiones per-

sonales y no sobre la muerte de Zambrano?

No dice el recurrente en qué consiste la contradicción del veredicto para sustentar la causal séptima, pues los argumentos en que basa su afirmación al respecto carecen de la seriedad técnica que distingue al recurso de casación. Afirmar que la contradicción consiste en que al tiempo que se pregunta en el cuestionario si el procesado es responsable de causar lesiones personales, se interroga si esas lesiones fueron hechas con intención de matar, es hacer una afirmación desprovista de todo sentido jurídico, porque ese planteamiento no lo contiene la cuestión propuesta al Jurado, como se demuestra con sólo comparar sus términos.

De otra parte, la causal séptima alegada hace apenas referencia a los casos en que la contradicción dice relación al veredicto mismo y no a los términos del cuestionario sometido al Jurado, como es obvio porque es apenas allí en donde puede presentarse lo inconciliable de las proposiciones que constituyen la respuesta, que es el significado auténtico del veredicto contradictorio. Por ello no puede mostrarse un mejor ejemplo de la manera correcta como fue presentado al tribunal de conciencia el cuestionario, pues en él se contienen todos aquellos elementos estructurales que tipifican en la legislación penal un homicidio.

De manera que no es cierto, como lo afirma la demanda, que la sentencia reconoce como responsable de heridas al procesado y se le castiga como homicida, lo que es contradictorio. Lo que dice es que causó heridas mortales de acuerdo con el cuestionario y que a consecunecia de ellas falleció el occiso. No hay pues, ninguna contradicción en los términos; lo que hay es una relación de medio a fin, porque sin el medio que son las heridas, la muerte cuando ellas no son mortales, no podría producirse.

Son suficientes estas razones para rechazar la causal séptima.

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 ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó a José Manuel Ortega Guevara a la pena principal de ocho años de presidio, a las penas accesorias correspondientes y al pago de $ 2.500.00 por concepto de perjuicios civiles, como responsable del delito de homicidio en la persona de Pablo Zambrano..

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

Cuando la Corte emite concepto favorable a que se cambie la radicación de determinado proceso, no quiere decir ésto que participe de la sugerencia de que el carácter del origen político de los funcionarios los vincule, en sus decisiones, a los intereses de los directorios políticos, riesgo eventual y contingente. Lo indispensable —y éste el fundamento de la tesis— es evitar el riesgo de que tales intereses puedan actuar, aunque no tengan —como no pueden tenerlo— efecto alguno en la autonomía de la justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo trece de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El doctor Manuel Serrano Blanco, apoderado del doctor Carlos Saúl Goyeneche, solicitó del Ministerio de Justicia, que —con base en el art. 58 del Código de Procedimiento Penal— los procesos que se instruyen en la Fiscalía del Juzgado 3º Superior de Bucaramanga, contra el doctor Ciro E. Goyeneche, por abuso de autoridad y otras infracciones (en la especie del art. 425 del Código Penal), delitos cuyos objetos fueron las haciendas de "La Insula", ubicada en el Municipio de Enciso, y "El Huracán", en el de San José de Miranda, se radiquen en otro Distrito.

A) Motivos de hecho

Como motivos de hecho, el solicitante expuso los siguientes, que la Sala transcribe:

a) En cuanto a un proceso (el relativo a "La Insula"), que se inició desde el año de mil novecientos cincuenta sin haber sido aún calificado;

b) Que "la investigación se halla sometida a circunstancias que perturban la estricta serenidad del juzgamiento, por tratarse de bienes situados en región que ha sido asolada por violencia de índole partidista, porque el despojo se consumó aprovechando la situación social de caos creada por razón de aquellos sucesos, porque el propietario —que lo es el doctor Carlos Saúl Goyeneche— tuvo que abandonar su propiedad para salvar su vida, circunstancia que fué aprovechada por el acusado para ocupar por la violencia y de hecho aquel inmueble";

c) Que "en torno a estos hechos se ha creado una atmósfera de prejuicios personales, vinculaciones políticas y apasionamientos partidistas en todo el Departamento de Santander que hacen imposible una recta, serena, efectiva e imparcial administración de justicia", y

d) Que "la tramitación de este sumario ha sufrido dilaciones insólitas, que hacen nugatoria la acción de la justicia".

Análogas consideraciones hace en relación con el proceso relativo a la hacienda "El Huracán", instruído por el mismo Fiscal 3º Superior de Bucaramanga.

B) Elementos de prueba

En apoyo de los motivos expuestos, el apoderado del doctor Goyeneche (Carlos Saúl) presentó los siguientes documentos:

a) Certificados suscritos por el Fiscal del Juzgado 3º Superior de Bucaramanga, según los cuales en ese Despacho cursan dos procesos contra el doctor Ciro E. Goyeneche en virtud de acción promovida por su hermano doctor Carlos Saúl Goyeneche, por "despojo" de las haciendas "La Insula" y "El Huracán", el primero el 25 de octubre de 1950 y el segundo el 12 de abril del año pasado, ninguno de los cuales ha sido aún calificado, y

b) Testimonio de los señores Hernando Rueda y Manuel Ortiz, rendidos ante el Juez 2º Civil Municipal de Bucaramanga, sobre la repercusión social y política que en el Departamento de Santander han tenido aquellos procesos, dada la jerarquía que denunciado y denunciante —de opuestas ideologías políticas— ocupan en sus respectivas agrupaciones con ventaja apreciable del segundo sobre el primero, y su influencia en el desarrollo de los juicios.

Otros testimonios —de los señores Julio César Duarte y Mario González Villamizar rendidos ante el Juez 8º Municipal de Bogotá, y de Libardo Pérez Restrepo y Gerardo Vesga Cristancho ante el Juzgado 1º Municipal también de Bogotá fueron presentados posteriormente a la solicitud primitiva, sin que la Sala, por mandato del art. 239 del estatuto procesal penal, los haya tomado en cuenta, ya que "las respuestas son reproducción exacta del texto de las preguntas" y, además, no explicaron "el modo como llegaron a su noticia los hechos que aseveran", circunstancias éstas que —añadidas al actual domicilio de los testigos— las privan de credibilidad en el grado que requiere la ley.

Concepto de la Corte

Siendo, como en casos análogos lo ha sido, propósito doctrinario de la Corte, libertar a los funcionarios judiciales de toda interferencia que pueda afectar, aún en grado mínimo, el desarrollo de su función, así como de garantizar el respeto y consideración que a aquéllos como a ésta les son debidos, considera la Sala que son fundados los motivos alegados, y que la protección de los intereses abstractos de la justicia exige un ambiente más tranquilo y sereno que el que predomina en aquella sección del país.

No quiere decir ésto que la Corte participe de la sugerencia de que el carácter del origen político de los funcionarios los vincule, en sus decisiones, a los intereses de los directores políticos, riesgo eventual y contingente. Lo indispensable —y éste es el fundamento de la tesis— es evitar el riesgo de que tales intereses puedan actuar, aunque no tengan —como no pueden tenerlo— efecto alguno en la autonomía de la justicia.

Por lo tánto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— conceptúa que el doctor Ciro E. Goyeneche pueda ser juzgado en otro Distrito Judicial, distinto al de Bucaramanga en que se dice cometió las infracciones investigadas en los procesos que se le instruyen.

Cópiese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.



EL ERROR Y LA IGNORANCIA DEL DERECHO EXCLUYEN EL PREVARICATO

Jurídicamente, el prevaricato se caracteriza por el apasionamiento con que se dictan los fallos o resoluciones por los funcionarios o empleados públicos, característica que permite establecer una línea de separación entre este delito y otras infracciones que por ciertos aspectos tienen con él algunas semejanzas.

La Corte, interpretando el artículo 168 del Código Penal, ha dicho que para que el prevaricato se configure, se requieren tres elementos: la calidad oficial del agente; que éste proceda a sabiendas; y que realice el acto por simpatía o animadversión hacia los interesados.

No obstante lo anterior, en la misma oportunidad, expuso su opinión de que la redacción del artículo 168 podía prestarse a interpretaciones, es decir, que cuando el prevaricato consistía en la ejecución de actos positivos, podía entenderse que bastaba el elemento a sabiendas, y cuando radicaba en actos negativos del funcionario, era necesario probar, además, el sentimiento o móvil subjetivo determinante de la actuación arbitraria e injusta, aunque la doctrina tradicional de la Sala ha sido la de que, para que exista el prevaricato, es necesario que se demuestre no sólo que el funcionario ha procedido a sabiendas, sino por simpatía o animadversión para con las partes (fallo de 1° de octubre de 1948, G. J. ns. 2064-2065, pág. 911).

Para la existencia del delito de prevaricato, no basta que se dicten providencias desfavorables a unos interesados y favorables a otros, pues esto no traduce siempre la simpatía hacia unos o la animadversión hacia otros. No sólo se requiere que el proceder del funcionario sea contrario a la ley, sino, además, que actúe con conocimiento de que, al proceder así, viola las normas legales. Lo contrario sería aceptar que toda sentencia revocada, dá fundamento para seguir proceso por prevaricación, contrariando lo dispuesto por el estatuto represivo, que exige para la existencia punible del prevaricato, la concurrencia del dolo específico. Y ésto es así, porque el prevaricato no radica en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo, sino entre el derecho declarado y el derecho conocido, o en otros términos, en la discordancia entre el derecho declarado y el estado de creencia en la mente del Juez, lo que quiere decir que debe haber en estos casos la pretensión del funcionario de querer hacer pasar como derecho, algo que él sabe positivamente que no lo es, lo cual permite deducir que el error y la ignorancia del derecho, excluyen el prevaricato.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, quince de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Con fecha diez y seis de julio de mil novecientos cincuenta y uno, el Tribunal Superior de Pamplona, sobreseyó definitivamente a favor del doctor Isidoro Carrillo Flórez, Juez Segundo Superior de Cúcuta, por los delitos de prevaricato, abuso de autoridad y detención arbitraria, de que se le ha sindicado en este proceso y consulta, esa determinación con la Sala de Casación Penal de la Corte.

Hechos:

Los cargos que se hacen al doctor Isidoro Carrillo Flórez, en su carácter de Juez Segundo Superior de Cúcuta, dicen relación a actuaciones de éste, en las diligencias sumarias que se siguieron ante su despacho contra Heriberto Alvarez por el homicidio cometido en la persona de Antonio Parra León. El hecho que dió lugar a la investigación se concretó en el siguiente despacho telegráfico:

"Cúcuta, abril 27 /49.—Presidente Sala Penal Tribunal.—Pamplona. — Juez Segundo Superior niégase resolver mi situación jurídica, a pesar Juez Municipal Ragonvalia púsome sus órdenes.—Tengo auto de detención, no he sido indagatoriado.—Fiscal conceptuó debo ser excarcelado pero Juez insiste (sic) & estoy por cuenta él. Ruégole investigar penalmente denegación justicia.' Sdor. Heriberto Alvarez".

Por medio de auto que tiene fecha nueve de junio del mismo año de mil novecientos cuarenta y nueve, el Tribunal Superior de Pamplona al conocer de un auto del mencionado Juez Superior, que denegaba la excarcelación provisional al procesado Alvarez, ordenó compulsar las copias que fueran del caso, para investigar la responsabilidad en que hubieran podido incurrir los funcionarios por sus actuaciones en el mentado proceso.

De los elementos de juicio recogidos en el informativo, aparece que la alcaldía municipal de Ragonvalia, inició con fecha veinticuatro de enero de mil novecientos cuarenta y tres, con base en la denuncia formulada por Sixto Pastor Vera, la investigación por la muerte de Antonio Parra León y después de practicar algunas diligencias encaminadas al esclarecimiento del hecho denunciado, remitió el negocio al Juez Segundo Superior de Cúcuta. Pasados algunos años, en el mes de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, el Juzgado Municipal de Ragonvalia inició investigación por el mismo delito de homicidio y por medio de auto fechado el veinticinco del nombrado mes de febrero, decretó la detención preventiva de Heriberto Alvarez, como sindicado del homicidio en la persona de Parra León. Las diligencias practicadas por dicho ,Juez Municipal, fueron enviadas al mencionado Juez Superior, el que por auto de fecha once de marzo siguiente, ordenó agregarlas al expediente que cursaba en su despacho y decretó la práctica de algunas pruebas. Mientras tanto, Heriberto Alvarez se encontraba detenido en la cárcel municipal de Cúcuta desde el veintitres de enero anterior y por eso, su apoderado doctor Jóaquín Mansilla, solicitó con fecha diez y seis de marzo la revocatoria del auto de detención dictado por el Juez Municipal de Ragonvalia y en subsidio, la libertad provisional del procesado. El Juez Segundo Superior, resolvió la petición de excarcelación el veinticinco del mismo mes de marzo, negando la libertad incondicional del detenido y ordenando correr traslado al Agente del Ministerio Público, para que emitiera concepto sobre la libertad provisional; además ordenó librar oficio al Juez Municipal de Ragonvalia, para que manifestara por cuenta de cuál de las dos investigaciones adelantadas allí, por la muerte violenta de Esteban y Heriberto Cruz y por la de Antonio María Parra León, se encontraba detenido el procesado Alvarez, pues el auto de detención que aparecía en este último proceso, había sido dictado después de trascurrido un mes contado desde la detención de aquel sindicado. También se dispuso, que si Alvarez estaba detenido por la investigación adelantada por la muerte de Parra León, se librara la boleta de detención respectiva, una vez recibida la indagatoria ya ordenada en el auto de ampliación del sumario.

El Fiscal del Juzgado Superior, en su vista de fecha treinta de marzo del citado año de mil novecientos cuarenta y nueve consideró que antes de tramitar la excarcelación, se debía recibir indagatoria al procesado. El Juez Superior, por medio de auto de fecha cuatro de abril siguiente, dispuso devolver el expediente al Fiscal para que emitiera concepto sobre la libertad del procesado, afirmando que ya se había ordenado recibirle indagatoria y que no se había podido practicar, porque el apoderado de éste antes de que se cumpliera la ampliación, había hecho varias solicitudes; igualmente dice que el procesado no está detenido por su cuenta y no ve qué fundamento exista para que se objete que se hubiera dispuesto la ampliación del sumario, sin haberle recibido indagatoria ni tampoco para que el Ministerio Público se abstenga de dar concepto sobre la excarcelación solicitada. Como resultado de esta providencia, el Fiscal emitió concepto en el sentido de otorgar al detenido la excarcelación provisional, por haber trascurrido más de ciento ochenta días desde la iniciación del proceso y no existir prueba suficiente para llamarlo a juicio. El Juez Superior, por auto de fecha veinte de abril del año mencionado, se abstuvo de conceder excarcelación a Heriberto Alvarez, "por lo que respecta a este informativo adelantado por la muerte de Antonio Parra León", advirtiendo en la parte motiva de la misma providencia, que del expediente no aparece que dicho sujeto estuviera detenido por cuenta del Juzgado Municipal de Ragonvalia y de varias piezas del proceso constaba, que se le detuvo desde antes de que dicho Juzgado profiriera auto de detención, sin saberse por orden de quién y había varias investigaciones en las que el nombrado individuo estaba sindicado, sin que hubiera información de si en alguna de ellas había auto de detención u orden de cap-

tura, siendo indispensable aclarar esa circunstancia "so pena de nulidad en la actuación" por carencia de jurisdicción.

La providencia antes relacionada fué revocada por el Tribunal Superior de Pamplona, quien ordenó indagatoriar al procesado y decidir luego sobre la libertad solicitada por su apoderado.

Los hechos narrados, dieron lugar a la presente investigación, haciéndole al doctor Carrillo Flórez, los cargos de prevaricato, abuso de autoridad y detención arbitraria, realizados mediante las actuaciones que se dejan relacionadas.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario después de examinar los hechos de que dá cuenta la sumaria, encuentra que ninguno de los delitos que se han enumerado encuentra asidero en la realidad procesal, pues las actuaciones que se imputan al funcionario sindicado no constituyen las entidades punibles mencionadas y por lo tanto, debe confirmarse la providencia consultada que sobresee definitivamente a su favor.

Se considera:

La calidad oficial del procesado doctor Isidoro Carrillo Flórez, como Juez Segundo Superior de Cúcuta, en el tiempo a que se refieren los hechos investigados en este negocio, se halla acreditada con las copias del Acuerdo de nombramiento y de la diligencia de posesión respectivas, habiendo además la constancia de que en dicho lapso, se encontraba en ejercicio de sus funciones oficiales.

Los cargos que se hacen al nombrado funcionario, pueden resumirse así:

a) El delito de prevaricato, en que el doctor Carrillo Flórez, al llevar a cabo las actuaciones que se le atribuyen en el proceso contra Heriberto Alvarez, obró apasionadamente, por simpatía o animadversión hacia los interesados y a sabiendas, de que sus providencias eran contrarias a la ley o manifiestamente injustas;

b) El abuso de autoridad, en que el mismo funcionario, al no conceder la libertad incondicional o en subsidio la libertad provisional al nombrado Heriberto Alvarez, procedió en forma arbitraria e injusta contra éste; y

c) La detención arbitraria, en que el precitado funcionario, mediante las providencias que dictó, prolongó indebidamente la detención de dicho sujeto.

Jurídicamente, el prevaricato se caracteriza por el apasionamiento con que se dictan los fallos o resoluciones por los funcionarios o empleados públicos, característica que permite establecer una línea de separación entre este delito y otras infracciones que por ciertos aspectos, tienen con él algunas semejanzas.

La Corte interpretando el artículo 168 del Código Penal, ha dicho que para que el prevaricato se configure, se requieren tres elementos: la calidad oficial del agente, que éste proceda a sabiendas, y que realice el acto por simpatía o animadversión hacia los interesados.

No obstante lo anterior, en la misma oportunidad, expuso su opinión de que la redacción del artículo 168, podía prestarse a interpretaciones distintas, es decir, que cuando el prevaricato consistía en la ejecución de actos positivos podía entenderse que bastaba el elemento a sabiendas, y cuando radicaba en actos negativos del funcionario, era necesario probar, además el sentimiento o móvil subjetivo determinante de la actuación arbitraria e injusta, aunque la doctrina tradicional de la Sala, ha sido la de que para que exista el prevaricato, es necesario que se demuestre no sólo que el funcionario ha procedido a sabiendas, sino por simpatía o animadversión para con las partes. (Fallo de 1º de octubre de 1948, G. J. números 2064-65, página 911).

En el caso de autos no está demostrado que el funcionario sindicado, hubiera dictado las providencias emanadas de la oficina a su cargo, por simpatía o animadversión hacia las partes. También está ausente del proceso, la demostración de que tales providencias en caso de haber sido contrarias a la ley, se hubieran proferido con conocimiento de su oposición con las normas legales o de su injusticia manifiesta.

Para la existencia del delito de prevaricato, no basta que se dicten providencias desfavorables a unos intersados y favorables a otros, pues ésto no traduce siempre la simpatía hacia unos o la animadversión hacia otros. No sólo se requiere que el proceder del funcionario sea contrario a la ley, sino además, que actúe con conocimiento de que al proceder así, viola las normas legales. Lo contrario sería aceptar que toda sentencia revocada, dá fundamento para seguir proceso por prevaricación, contrariando lo dispuesto por el estatuto represivo, que exige para la existencia punible del prevaricato, la concurrencia del dolo específico. Y ésto es así, porque el prevaricato no

radica en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo, sino entre el derecho declarado y el derecho conocido o en otros términos en la discordancia entre el derecho declarado y el estado de creencia en la mente del Juez, lo que quiere decir, que debe haber en estos casos, la pretensión del funcionario de querer hacer pasar como derecho, algo que él sabe positivamente que no lo es, lo cual permite deducir, que el error y la ignorancia del derecho, excluyen el prevaricato.

Al Juez Superior doctor Carrillo Flórez, le fué solicitada la libertad provisional del procesado Alvarez en el proceso que a éste se le seguía en su despacho por el delito de homicidio y se abstuvo de resolver esa petición, presentando razones que según su criterio se basaban en las normas del Código de Procedimiento Penal, pues no se había acreditado que el detenido lo estuviera por cuenta del asunto de que él conocía o por otro de los negocios que por la misma época se adelantaban contra el mismo individuo en otras oficinas judiciales. El Tribunal Superior en auto de fecha veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, conceptuó que las razones aducidas por el Juez no tenían asidero en las normas legales, pero de ésto no se sigue forzosamente, que al proceder en tal forma aquel funcionario, lo hiciera a sabiendas de que violaba la ley procedimental ni que obró así por animadversión hacia el procesado Alvarez o por simpatía hacia otros interesados. A esta conclusión, se llega teniendo en cuenta la indagatoria del sindicado, donde expone en forma amplísima sus puntos en relación con el problema debatido y la interpretación que a su juicio debía darse a las normas pertinentes en presencia de las pruebas producidas en la investigación. Aun más: después de que el Superior calificó su conducta como equivocada y contraria a la ley, expuso razones que según su leal saber y entender daban fundamento para proceder como lo había hecho y esta conducta, si bien podría calificarse como caprichosa y reveladora del amor propio del funcionario hacia sus propios conceptos y opiniones, no da base para apreciarla como dolosa.

De lo anterior se concluye, que el delito de prevaricato de que se habla en este proceso, no está acreditado en sus elementos integrantes.

En relación con los cargos que se hacen al mismo doctor Carrillo Flórez, por los delitos de abuso de autoridad y detención arbitraria, en el fondo los hechos que se señalan como constitutivos de esos delitos, sólo encierran la imputación de uno de esos delitos. Y este delito es el de detención arbitraria, porque se afirma que prolongó indebidamente la detención del procesado en forma arbitraria e injusta. Y el estatuto represivo, dicé que el delito de abuso de autoridad por omisión de actos que el funcionario debía llevar a cabo por razón de sus funciones, no se estructura como tal, sino en los casos en que la ley penal no ha previsto esa especie de hechos, de manera especial en otra disposición. (Art. 171 del C. P.). Y en el caso presente, el Código Penal sí prevé de manera especial, la prolongación de la detención de una persona como detención arbitraria. (Art. 296 del C. P.).

Sólo que en lo tocante al cargo mencionado, si bien el Juez Superior se abstuvo de resolver al procesado Alvarez la solicitud de libertad provisional hecha por su apoderado, la abstención en resolver ese pedimento, la fundó en que no estaba acreditado en el proceso que el detenido lo estuviera por cuenta de ese negocio, o mejor, como consecuencia del auto dictado por el Juez Municipal de Ragonvalia. Y la razón alegada por el funcionario sindicado, no carecía de fundamento en la realidad procesal, porque en el tiempo en que se dictaron las providencias tachadas de ilegalidad, no obstante que se dispuso lo que era del caso para aclarar esa situación, no aparecía del expediente que por razón de éste se hubiera librado orden de captura ni boleta de detención respecto del precitado Alvarez. Consta que este sujeto fué detenido por el Juez Permanente de Cúcuta, pero no existía constancia alguna sobre qué autoridad hubiera dado esa orden ni por razón de qué asunto, si era por el homicidio en la persona de Antonio Parra León o por otro de los negocios penales que tenía pendientes en otros Juzgados.

En estas condiciones, no puede hacerse al doctor Carrillo Flórez el cargo de que por haberse abstenido de resolver el pedimento de excarcelación en referencia, le sea imputable la prolongación de la detención del procesado Alvarez. A éste y a su apoderado, le quedaba expedito el camino para hacer las gestiones del caso ante las autoridades de policía para obtener esa excarcelación, puesto que no estaba detenido por cuenta del nombrado proceso ni había solicitud del Juez Segundo Superior, para que fuera puesto a sus ór-

denes por haberse dictado en el negocio de que conocía, auto de detención preventiva. No está, por consiguiente, acreditado el delito de detención arbitraria imputado al Juez Superior doctor Carrillo Flórez y procede también la confirmación del auto consultado, en lo que se refiere a dicho cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde 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 el auto materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NO SE REQUIERE QUE LOS COMPROBANTES DE QUE HABLA LA LEY Y EN LOS CUALES LA CORTE DEBE BASAR SU CONCEPTO FAVORABLE AL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO, TENGAN EL CARACTER DE PRUEBA PLENA Y PERFECTA PARA DEMOSTRAR HECHOS QUE, EN MUCHAS OCASIONES, RESULTA IMPOSIBLE COMPROBAR

Como ya lo dijo la Corte: al conceptuar sobre cambios de radicación, se busca el alto propósito de conseguir simultáneamente dos objetivos: la intangibilidad del buen nombre del poder judicial, a la vez que la remoción de cualquier motivo alegado como perturbador de la serena marcha de un proceso, aun cuando tal motivo sólo resulte fundado subjetivamente. La Corte estima que ésta no es atribución en la cual obre como entidad falladora, sino que se trata de una delicada misión que el legislador le ha confiado para ilustrar el criterio del Gobierno acerca de una medida cuya finalidad se endereza a regular, en circunstancias especiales, el mejor funcionamiento de los órganos judiciales del Estado. En estas condiciones, no se requiere que los comprobantes de que habla la ley y en los cuales debe basar la Corte su concepto, tengan el carácter de prueba plena y perfecta para demostrar hechos que, además, por la naturaleza de las cosas, resultan en muchas ocasiones imposibles de probar. Basta con que de aquellos comprobantes se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso ante otros jueces, respecto de los cuales no tengan aprensión algunas los interesados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez y seis de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Ministerio de Justicia, remite a la Corte para que emita el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, la solicitud presentada por el doctor Antonio José Uribe Prada en su condición de apoderado sustituto de la parte civil, en el proceso que por los delitos de abuso de confianza y falso testimonio se sigue en la Fiscalía del Juzgado Superior de San Gil contra el señor Pedro Porras S., a fin de que el Gobierno ordene la radicación de ese negocio en otro Distrito Judicial.

El peticionario enumera como motivos de su petición, los siguientes:

1º—Que en la Fiscalía del Juzgado Superior de San Gil, cursa un sumario contra Pedro J. Porras S., por los delitos de abuso de confianza en bienes del señor Roberto Niño Parra, de quien es apoderado sustituto, y también por el delito de falso testimonio.

2º—Que a principios del año pasado, había solicitado el cambio de radicación de ese mismo proceso el apoderado principal doctor Carlos Arturo Acosta y se negó tal solicitud, porque la Corte conceptuó que no se había probado la influencia perturbadora alguna en los funcionarios encargados de administrar justicia;

3º—Que el procesado señor Porras S., es persona influyente en la ciudad de San Gil, donde se le aprecia y estima y el prestigio de que goza es un serio obstáculo para que la justicia pueda administrarse con la absoluta libertad que requieren los funcionarios encargados de servir sus intereses;

4º—Que el mencionado señor Porras S., por la posición que ocupa hace parte con los funcionarios judiciales de la "elite" sangileña y por este motivo, el Fiscal del Juzgado Superior de San Gil, quiso influir en favor de Porras S. en una investigación criminal;

5º—Que el precitado Porras S., no obstante el auto de detención que se le dictó en el proceso cuyo cambio de radicación se solicita, a pesar de que dicho auto estuvo en vigor más de dos meses, no sufrió ninguna detención, pues tanto el Director de la cárcel como los médicos de la locali-

dad, estuvieron prontos a certificar y aceptar una grave enfermedad que impedía aún firmar al sindicado, enfermedad que cesó milagrosamente cuando la detención fué revocada por el Tribunal Superior de San Gil; y

6º—Que en la ciudad de San Gil, difícilmente pueden encontrarse personas, que se hallen fuera de la zona de influencia que priva de la libertad y autonomía a la administración de justicia.

A la solicitud de cambio de radicación, se acompañaron los siguientes documentos:

a) Una certificación del Fiscal del Juzgado Superior de San Gil y de su secretario, en la que afirman que en esa Oficina cursa un sumario por abuso de confianza y falso testimonio contra el señor Pedro J. Porras S., el cual fué iniciado el quince de noviembre de mil novecientos cincuenta, por denuncia del señor Roberto Niño Parra, quien se constituyó parte civil; dice también esa certificación, que el Tribunal revocó el auto de detención que había dictado el Juez Nacional 59 de Instrucción Criminal contra el citado Porras, por abuso de confianza y que el doctor Antonio Uribe Prada, figura en ese proceso, como apoderado sustituto de la parte civil;

b) Copia del informe rendido por el Investigador Quinto Criminal de Santander, a la Dirección de Justicia del Departamento, en el cual dá cuenta de la labor realizada por él, en el proceso que por denuncio del señor Ricardo Martínez Durán se siguió contra Pedro Porras por abuso de confianza y robo, proceso en el que se estableció responsabilidad contra Pedro J. Porras y Leonardo Porras, y se les dictó auto de detención preventiva el catorce de agosto de 1941 y el sumario fué entregado a la Fiscalía Primera Superior. Anota el Investigador en dicho informe, que el Fiscal Primero Superior en los momentos de entregarle el expediente para que realizara su labor, le anotó que el señor Porras que figuraba como demandado era una persona que gozaba de toda la simpatía de la ciudad y que él no había encontrado motivo para detenerlo; que le entregó el expediente y le insinuó que volviera a charlar con él y al entrevistarse nuevamente con dicho funcionario, le hizo notar a éste que existía prueba para detener, pero el Fiscal le replicó que la confesión en materia civil no constituía plena prueba en materia penal, como dándole a entender que no había mérito para dictar auto de detención preventiva. Agrega que, el día que dictó auto de detención preventiva, en las primeras horas de la noche entregó el expediente al Secretario de la Fsicalía, quien se fué inmediatamente para el Hotel donde habitada el Fiscal y de allí salió pra la casa de los sindicados y volvió donde el Fiscal y nuevamente donde los sindicados y la consecuencia de todas esas idas y venidas del Secretario de la Fiscalía, trajo como consecuencia que el fiscal no encontrara a quién notificarle el mencionado auto de detención;

c) Los testimonios de los señores Eduardo Gómez, y Samuel Vesga Tristancho, quienes afirman que el señor Pedro J. Porras S., goza de general estimación del pueblo y de la sociedad de San Gil;

d) Las declaraciones del doctor Jesús Ayala Gualdrón y de los señores Edmundo Angarita, y Ernesto S. Palmera, quienes dicen que el mencionado señor Pedro J. Porras S., goza de general estimación dentro de la sociedad de San Gil y especialmente dentro del círculo del Poder Judicial, pues dicho señor Porras S. con frecuencia organiza y paga agazajos de carácter social para los altos círculos sociales y para los miembros del Poder Judicial. El primero de los declarantes antes mencionados, afirma además, que a raiz de la investigación que se adelantó contra Porras por el delito de abuso de confianza, en el cual se le dictó auto de detención preventiva, fué objeto de homenajes de desagravio no sólo por parte del semanario político que representaba en San Gil la tendencia del doctor Carlos Augusto Noriega, sino también por parte de los integrantes del grupo social a que dice pertenecer Porras, del cual hacen parte Magistrados, Jueces y demás funcionarios de alguna significación dentro de la Rama Jurisdiccional; y

e) Finalmente el señor Eduardo Hernández Parra, quien fué la persona que como investigador rindió el informe relacionado en el punto b), ratifica las afirmaciones hechas por él en ese documento.

Se considera:

En numerosas ocasiones ha dicho la Corte, que el cambio de radicación de un proceso se inspira en motivos de orden público y social, como son los de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial y resulten garantizados por igual, los derechos de la sociedad interesada en la sanción de los delincuentes, y también los de la persona a quien se señale como responsable de la comisión de hechos considerados como delitos en la ley penal.

Con fecha trece de febrero del año pasado, la

Sala emitió concepto desfavorable al cambio de radicación de este mismo proceso, porque encontró que las razones invocadas por la parte interesada y los elementos de juicio traídos al expediente formado con tal objeto, no demostraban que a causa de los motivos alegados, la administración de justicia podía sufrir mengua, por no ejercerse debidamente por los funcionarios a quienes correspondía conocer del proceso en referencia. También se dijo en esa ocasión, que si se llegaba a demostrar que en el lugar donde se juzgaba el sindicado, la administración de justicia podía sufrir alguna influencia perturbadora en los encargados de cumplir la ley, entonces podría variarse el concepto.

Ahora, el representante de la parte civil instaurada en el proceso contra Pedro J. Porras S., según se ha dejado expuesto, presenta como razones que justifican el cambio de radicación, dos motivos principales: Que el procesado, es persona de gran influencia social en la ciudad de San Gil y especialmente, dentro del Círculo de los Funcionarios Judiciales de alguna significación en la misma ciudad y ésto constituye, un serio obstáculo para que la justicia se administre con la libertad de que deben disfrutar los funcionarios encargados de servir sus intereses; que el Fiscal en cuyo poder se encuentra actualmente el mentado proceso, quizo influir a favor del sindicado cuando se adelantaba la instrucción de las diligencias informativas.

De acuerdo con las pruebas presentadas por el peticionario y que se han relacionado ya en esta providencia, hay que convenir que los motivos apuntados por aquél, por lo menos presentan la posibilidad de que el ambiente en el cual se juzga actualmente al sindicado Porras S., no es el más apropiado para que los intereses de la justicia estén plenamente salvaguardiados. Porque si como lo dicen las pruebas aludidas, el señor Porras S. goza de simpatía general en todo el pueblo y la sociedad de San Gil y de manera especial entre los funcionarios de alguna significación dentro del Organo Jurisdiccional, ello en el fondo indica que existen circunstancias, que en forma directa o indirecta pueden menoscabar los intereses de la justicia.

Ya lo dijo la Corte en otra ocasión: que al conceptuar sobre cambios de radicación, se busca el alto propósito de conseguir simultáneamente dos objetivos: la intangibilidad del buen nombre del poder judicial, a la vez que la remoción de cualquier motivo alegado como perturbador de la serena marcha de un proceso, aun cuando tal motivo sólo resulte fundado subjetivamente. La Corte estima que ésta no es atribución en la cual obre como entidad falladora, sino que se trata de una delicada misión que el legislador le ha confiado para ilustrar el criterio del Gobierno acerca de una medida cuya finalidad se endereza a regular, en circunstancias especiales, el mejor funcionamiento de los órganos judiciales del Estado. En estas condiciones, no se requiere que los comprobantes de que habla la ley y en los cuales debe basar la Corte su concepto tengan el carácter de prueba plena y perfecta para demostrar hechos que, además, por la naturaleza de las cosas, resultan en muchas ocasiones imposibles de probar. Basta con que de aquellos comprobantes se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso ante otros jueces, respecto de quienes no tengan aprensión alguna los interesados".

Y ésto es lo que ocurre en el caso presente, que los comprobantes presentados por la parte interesada, permiten tener la impresión de que el ambiente público y judicial de la ciudad de San Gil, donde se adelanta el proceso contra el señor Pedro J. Porras S. por los delitos de abuso de confianza y de falso testimonio, no es adecuado para que la justicia se administre rectamente y en estas circunstancias, el concepto de la Corte sobre el cambio de radicación del prenombrado proceso, debe ser favorable.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, EMITE CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación del proceso que cursa en la Fiscalía Superior de San Gil contra Pedro J. Porras S., por los delitos de abuso de confianza y falso testimonio.

Cópiese y devuélvase este expediente al Ministerio de Justicia para los efectos pertinentes.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SI LAS CAUSALES DE RECUSACION DEBEN SER INTERPRETADAS DE UNA MANERA RESTRICTIVA, LOS IMPEDIMENTOS MANIFESTADOS POR EL FUNCIONARIO DEBEN, POR EL CONTRARIO SER APRECIADOS CON MAS ELASTICIDAD, PARA EL EFECTO DE DECIDIR SI SON O NO FUNDADOS — EL INTERES COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO Y DE RECUSACION

1—No existen en nuestro procedimiento penal las causales que propiamente podrían llamarse de abstención, que constituyen "una serie ilimitada de motivos no fijados en su totalidad en la ley, ya que, dada la delicada función que se encomienda al Juez, éste puede abstenerse hasta por razones graves de conveniencia" (Florian): Pero es indudable que dentro de las causales de impedimento, hay motivos de esa índole que, por consideraciones morales, bien pueden ser invocadas por el funcionario en orden a encontrar una incompatibilidad entre el cumplimiento de sus deberes y los motivos que podrían perturbar la serenidad de su criterio y la rectitud y hontestidad con que debe administrar justicia.

Por tanto, si bien las causales de recusación deben ser interpretadas de una manera restrictiva, en forma que si no está señalada de una manera expresa en la ley la causal invocada, ella no opere en orden a arrebatar la jurisdicción del Juez recusado, en cambio, cuando se trata de impedimento manifestado por el funcionario, con el ánimo de que se le liberte del conocimiento de un proceso por consideraciones morales, incluídas por los menos implícitamente en las causales que señala la ley, debe tener más elasticidad la manera de apreciar esa actitud de conciencia del funcionario, para declarar el impedimento que propone.

2—Ha dicho la Corte: "El interés a que se refiere la ley procesal en la causal anotada, significa el provecho, la utilidad, tánto en el orden moral como en el material, que la persona pueda tener en la prosecución o desenlace del litigio. Este interés se demuestra por la inclinación más o menos vehemente del ánimo de la persona hacia el objeto del proceso y se realiza por su intervención real —como integrante de la parte civil, por ejemplo— o como coadyuvante en la defensa o persecución del procesado, siempre que el provecho o utilidad sean claramente perceptibles para los juzgadores y puedan determinar un error en la certeza o equidad del fallo de la justicia". (G. J., Tomo LXIV, pág. 208).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo diez y seis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

En el proceso contra Jorge Martínez Misas, por el delito de extorsión, que cursa en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por virtud de apelación interpuesta contra la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Superior de la misma ciudad, el Magistrado doctor Fidel Borrero Durán manifestó declararse impedido para conocer, con fundamento en el inciso 1º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Funda el impedimento el Magistrado en tener parentesco de consanguinidad con el doctor Roberto Durán Alvira, apoderado que fué del señor Jorge Martínez Misas, quien se constituyó parte civil en el proceso que se adelantó por estafa a virtud de denuncio por éste presentado, contra los esposos Estanislao Cortés y María Nirza Pacheco.

De consiguiente, no sería el inciso 1º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, sino el 3º de la misma obra, el aplicable al caso, por ser el que determina el impedimento por parentesco del apoderado o defensor con el Juez o Magistrado o su consorte. Mas, como el Magistrado Borrero Durán no encontrara fundamento en este ordinal para declarar el impedimento, se fundó en aquél, estimando que el doctor Roberto Durán Alvira tenía interés en el asunto.

Manifiesta el Magistrado que al estudiar el pro-

ceso que contiene la absolución de Martínez Misas, encuentra una situación procesal que plantea el impedimento, porque: Estanislao Cortés Valderrama y su señora María Nirza Pacheco, se obligaron a vender a Martínez los derechos que al primero correspondían en la sucesión intestada de Micaelina Ibarra v. de Borda, pero como incumplieron la cita acordada para la escritura de los derechos, el comprador se consideró engañado y denunció por estafa a los vendedores, y en el sumario el denunciante dió poder al doctor Roberto Durán Alvira para que se constituyera en parte civil, la que obtuvo el embargo de los mismos derechos que Martínez Misas trataba de comprar, al mismo tiempo que fueron detenidos los denunciados, situación ésta en que se hallaban cuando Cortés otorgó a Martínez Misas la escritura de venta de los derechos herenciales relacionados, por lo cual Durán Alvira desistió de la acción civil, fallándose el negocio con aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Que en este proceso, como sustituto del doctor Alberto Lozada Lara, a quien Estanislao Cortés Valderrama dió el poder correspondiente, formuló el doctor Ucrós García el denuncio que dió origen a él, y en el cual se ha hecho a Martínez Misas el cargo de haber extorsionado a Cortés y a su señora, mediante el sumario que les siguió por el delito de estafa, a fin de lograr la compra, por menor precio, de los derechos aludidos, visto lo cual, concluye, el interés del doctor Roberto Durán Alvira en el proceso es evidente, ya que éste representó a Martínez Misas en la acción civil. En efecto, existe solidaridad moral entre aquél y éste "para lograr la prueba del hecho delictuoso imputado a Cortés y a su señora y para obtener, consecuencialmente, la condenación de éstos, por ese hecho; y como esa acción así intentada y solidariamente sostenida por don Jorge y el doctor Durán Alvira es la que se alega como elemento constitutivo de la extorsión imputada al señor Martínez Misas, es lógico que al representante de éste en aquel sumario interese moralmente la decisión que aquí pueda adoptarse. En otros términos, un fallo condenatorio contra el señor Martínez Misas implicaría para el doctor Durán Alvira una responsabilidad moral, porque se reconocería así, indirectamente, que habría contribuído a la extorsión".

"Tiene, por tánto, el doctor Durán Alvira interés en este proceso porque en la prosecución o desenlace del litigio vá tácitamente controvertida su rectitud moral. Y como con el doctor Durán Alvira estoy dentro del cuarto grado de consanguinidad, concurro a la causal de impedimento atrás citada".

El resto de la Sala, con fecha veinticinco de marzo de este año, no acepta el impedimento, y dispone enviar el expediente a la Corte para que decida la cuestión.

Se considera:

Es verdad que la personería del doctor Durán Alvira se ejerció en un proceso anterior y distinto del presente que motiva el impedimento manifestado por el doctor Borrero Durán con base en el interés de índole moral que pudiera tener para aquel abogado el proceso por extorsión que se sigue contra Jorge Martínez Misas, en el cual Durán Alvira sirvió de apoderado de la parte civil.

El Tribunal considera que aceptar el impedimento en cuestión sería tánto como admitir la comunicabilidad del dolo, o lo que es lo mismo, que al controvertir la rectitud moral del doctor Durán Alvira como apoderado de la parte civil, se le convierte en partícipe de la actividad dolosa que pueda resultar al sindicado en el proceso por extorsión.

No es ése el aspecto de la cuestión, porque no corresponde a la realidad jurídica del caso. Puede suceder que el apoderado de la parte civil en un negocio del que dimane otro proceso por delito distinto —en este caso el de extorsión— efectivamente no cumpla sino los deberes que le impone el mandato judicial. Pero es evidente, también, que si del proceso surgido por la actividad del denunciante, que se constituyó en parte civil, se desprende un delito de tánta gravedad como el de extorsión, aunque desde el punto de vista jurídico el abogado obrase gestionando los intereses del procesado por presunta responsabilidad surgida del primero, no puede desconocerse que está vinculado al desenlace o prosecución del mismo, en cuanto a que su rectitud moral quedaría en tela de juicio si en realidad los cargos contra su poderdante llevaran a la declaratoria de una responsabilidad criminal por acciones dolosas en la actividad que dió margen al primer proceso, el de estafa contra Cortés y su esposa.

La cuestión moral en casos como el de que aquí se trata, tiene indudables repercusiones en la conciencia del Magistrado que ha de juzgar en un proceso en el que juegue tánto el interés porque la gestión hecha como apoderado de la parte civil del sindicado por el delito de extorsión no resulte comprometida penalmente, como el pa-

rentesco, aunque éste no constituya la causal primordial del impedimento, porque carezca de las condiciones **de parte,** que son indispensables para que opere la causal 3ª del artículo 73.

No existen en nuestro procedimiento penal las causales que propiamente podrían llamarse de abstención, que constituyen "una serie ilimitada de motivos no fijados en su totalidad en la ley, ya que, dada la delicada función que se encomienda al Juez, éste puede abstenerse hasta por razones graves de conveniencia" (Florian). Pero es indudable que dentro de las causales de impedimento hay motivos de esa índole que por consideraciones morales bien pueden ser invocadas por el funcionario en orden a encontrar una incompatibilidad entre el cumplimiento de sus deberes y los motivos que podrían perturbar la serenidad de su criterio y la rectitud y honestidad con que debe administrar justicia.

Por tánto, si bien las causales de recusación deben ser interpretadas de una manera restrictiva en forma de que si no está señalada de una manera expresa en la ley la causal invocada, ella no opere en orden a arrebatar la jurisdicción del Juez recusado. En cambio, cuando se trata de impedimento manifestado por el funcionario con el ánimo de que se le liberte del conocimiento de un proceso por consideraciones morales, incluídas por lo menos implícitamente en las causales que señala la ley, debe tener más elasticidad la manera de apreciar esa actitud de conciencia del funcionario, para declarar el impedimento que propone.

Dentro de estas consideraciones y las circunstancias del proceso contra Jorge Martínez Misas por el delito de extorsión, que presenta características muy especiales en cuanto a los hechos mismos que lo rodearon, a más de la participación que tuvo en él el apoderado de la parte civil doctor Durán Alvira, no resulta aventurado afirmar que la decisión de ese negocio, en una o en otra forma, constituye un interés especial para dicho abogado, aunque no lo haya manifestado expresamente, porque como muy bien lo dice el Magistrado cuyo impedimento se estudia "un fallo condenatorio contra el señor Martínez implicaría para el doctor Durán Alvira una responsabilidad moral, porque se reconocería así, indirectamente, que habría contribuído a la extorsión".

Es manifiesto que el interés en este caso no surge de la persona misma que presenta el impedimento, pero como la situación procesal es que tal interés sí existe por parte del sujeto que tiene vínculos de consanguinidad con el Magistrado que se declara impedido, las finalidades de la justicia y la necesidad social de que ésta se administre en forma que no deje la menor duda sobre la absoluta imparcialidad del fallador, autorizan que en un caso como el planteado aquí se acepte el impedimento, como una contribución a la rectitud y honestidad de la administración de justicia.

"El interés —ha dicho esta Sala— a que se refiere la ley procesal en la causal anotada, significa el provecho, la utilidad, tanto en el orden moral como material, que la persona pueda tener en la prosecución o desenlace del litigio. Este interés se demuestra por la inclinación más o menos vehemente del ánimo de la persona hacia el objeto del proceso y se realiza por su intervención real —como integrante de la parte civil, por ejemplo— o como coadyuvante en la defensa o persecución del procesado, siempre que el provecho o utilidad sean claramente perceptibles para los juzgadores y puedan determinar un error en la certeza o equidad del fallo de la justicia" ('GACETA JUDICIAL", Tomo LXIV, Nº 2060-61, pág. 208).

Se llama la atención al Secretario del Tribunal de Neiva Alfonso Polanía Puyo sobre el hecho de que algunas de sus firmas en el proceso aparecen estampadas con sello, lo que no es permitido, de acuerdo con el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Es legal el impedimento manifestado por el doctor Fidel Borrero Durán para conocer del proceso por el delito de extorsión en contra de Jorge Martínez Misas, en su carácter de Magistrado del Tribunal Superior de Neiva.

Cópiese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ENCUBRIMIENTO

Según el artículo 200 (inciso 1º) del estatuto penal, los elementos esenciales del encubrimiento, en la forma de la RECEPTACION, son la compra o venta de la cosa y el conocimiento inequívoco ("a sabiendas") de su procedencia delictuosa, ésto es, ser el objeto (no instrumento ni medio) de un delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintitres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

PEDRO HUERTAS HERNANDEZ (Personero de Puerto Salgar en 1950, de 42 años, nacido en Caldas, Tolima), mediante apoderado especial interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del quince de febrero del año pasado, por la cual —con aplicación de los arts. 37 (15) y 200 del Código Penal— fué condenado a la pena principal de siete meses de prisión, como responsable de encubrimiento de hurto imputado a Luis E. Rodríguez, cometidos en La Dorada el diez y ocho de octubre de mil novecientos cincuenta.

Expuestos los motivos de impugnación de la sentencia, que el Procurador Delegado acogió en su concepto, la Corte decide aquí el recurso, no sin antes —a título de premisas— hacer referencia, en lo que sea indispensable, al delito y a sus características, a la actuación del inculpado, al proceso y a las tesis elaboradas por las partes.

A) El proceso Penal

El martes diez y siete de octubre de mil novecientos cincuenta, el joven Aníbal Pérez debía partir de La Dorada hacia Buenavista con unas cajas de drogas (entre éllas una con cien frascos de penicilina) que había comprado en Honda para Roberto Rincón. Ya en el puerto, donde las hizo conducir y colocar en la orilla del río, le fué sustraída la penicilina mientras contrataba con Blas González, dueño de una lancha, el viaje a Buenavista.

Inmediatamente se dirigió a la Droguería de Carlos Ramírez —en la que en aquel momento se hallaban el médico doctor Gonzalo Duque y el enfermero Fabio Ramírez— y, una vez les informo de la pérdida de la droga y de la posibilidad de que alguna persona viniera a venderla, les rogó le ayudaran a recuperarla.

Poco tiempo después, efectivamente, se presentó Pablo E. Rodríguez a la Droguería a ofrecerla, y como se aceptara el negocio, prometió traerla pero no volvió. Tanscurridas unas horas llegó Pedro Huertas a hacer idéntica oferta, y convenida la venta, salió no sin que al poco rato regresara con la caja de penicilina, y, como desde temprano fuera advertida la policía, Huertas —que resultó ser el Personero de Puerto Salgar— fué allí aprehendido, desposeído de la droga, y conducido a la cárcel.

Realizado el proceso con sujeción a las normas de la Ley 48 de 1936 —en cumplimiento del Decreto 4137 de 1948— sin más pruebas que las deducidas, entre otros, de los testimonios de las personas ya nombradas y de los Agentes de Policía que intervinieron en la captura y de las indagatorias de Huertas y Rodríguez (Luis E) —a quien aquél señaló como poseedor de la droga sin que hubiera logrado explicar el modo de adquisición— se dictaron los siguientes fallos de primero y segundo grado:

a) El del Juez Promiscuo del Circuito de La Dorada, del once de diciembre del año citado (1950), mediante el cual condenó a Huertas y Rodríguez a las penas de ocho y seis meses de prisión, respectivamente, como responsables de encubrimiento (en la especie del art. 200 del Código Penal) del delito de hurto de la caja de penicilina, y

b) El del Tribunal Superior de Manizales, del quince de febrero del año pasado, mediante el cual se condenó a Rodríguez al tiempo de pena dicha, pero por el delito de hurto, y se redujo a siete meses la impuesta a Huertas por encubrimiento.

B) La demanda

La Sala resume en seguida los fundamentos de las causales invocadas —la segunda como principal y la primera como subsidiaria— mediante las cuales el apoderado del recurrente ha impugnado la sentencia.

a) Causal segunda

Partiendo de los hechos que el Tribunal valoró como indicios en los cuales fundó la sentencia, esto es, de que no son ciertas las afirmaciones de Huertas en la indagatoria, sobre la pregunta a Ramírez si en La Dorada habrían hurtado o robado penicilina, sobre la participación del Médico Duque, con Ramírez, en la promesa de compra de la penicilina y la intervención del mismo facultativo en la libertad del procesado y sobre la detención de Rodríguez en Puerto Salgar y no en La Dorada; partiendo de estos hechos —se repite— como también de la actividad profesional de Rodríguez (pintor), el apoderado del recurrente —después de un análisis a fondo de las pruebas en relación con los elementos sustanciales del encubrimiento, en la especie del art. 200 del estatuto penal— deduce la mala apreciación de los hechos relativos al elemento psíquico ("a sabiendas") y, consecuencialmente, la equivocada aplicación a éllos del valor de plena prueba, del que carecen.

b) Causal primera

La objeción del demandante se dirige al aumento de pena con referencia al Numeral 15 del art. 37, puesto que en la sentencia no se precisó cuál de las calidades allí enunciadas se tuvo en cuenta, ya que si fue la de Personero de Puerto Salgar, ella se deriva de la prueba testimonial, que no es la adecuada cuando se trata de posiciones públicas.

El aumento de pena sobre el mínimo implica, pues, según la demanda, violación de los arts. 36, 37 (Numeral 15) y 38 del Código Penal.

c) Peticiones finales

El apoderado del recurrente concreta su demanda en resumen, a las siguientes peticiones deducidas de las tesis expuestas: la absolución con base en la causal segunda, y, subsidiariamente, con base en la primera, la reducción de la pena al mínimo del art. 200 y concesión de la condena condicional (suspensión de la pena).

C) Conceptos del Procurador

El Procurador Delegado, previa síntesis de la doctrina relativa a los elementos esenciales del encubrimiento y especialmente de la receptación según la tesis de Soler, expone las razones que sustentan su conformidad con las del demandante respecto a la causal segunda y a la absolución consiguiente del procesado.

No sin aceptar la existencia del hurto imputado a Rodríguez, objeta la prueba indiciaria sobre la cual el Tribunal erigió la condena, la cual —según el concepto— apenas acredita la adquisición de la dorga de manos de Rodríguez mas no la certeza de que fuera materia del hurto, esto es, el elemento "a sabiendas", que es —precisamente— el elemento psíquico del encubrimiento el cual debe estar plenamente probado al tenor de la ley.

Los hechos que el Tribunal señala como indicios varios del elemento subjetivo, concretados en falsas afirmaciones en la indagatoria —deduce el Procurador— apenas si constituyen un solo indicio, que tampoco es necesario, ni tienen relación alguna con la existencia de aquel elemento.

Trátese del hurto imputado a Rodríguez, o del abuso de confianza imputable al muchacho que encontró la droga en la carretera (arts. 418 C. P. y 104 y 105 C. C.), el Procurador Delegado conceptúa que falta el elemento "a asbiendas", que es el dolo específico exigido por la ley, y que —faltando éste— prospera la causal segunda y debe, por éllo, absolverse al procesado.

D) Estudio del recurso

El demandante —según lo expuesto— invoca la causal segunda como principal y la primera como subsidiaria, aunque por razones distintas, yá que mediante la una ataca la existencia del delito, y mediante la otra la imputación de peligrosidad. Conduce éllo —aceptada la repercusión de la segunda en la suerte del recurso— a darle la debida preferencia en el estudio.

La objeción hecha a la sentencia se concreta a la "mala apreciación de los hechos referentes al elemento psíquico a sabiendas" y la consiguiente atribución, a tales hechos, de un valor de plena prueba que no tienen", yá que —según la demanda— "no sólo no está acreditada en el proceso la certeza concurrente en el presunto in-

fractor sobre la ilícita procedencia de la mercancía que negoció y que le fué decomisada, sino que de todas las diligencias practicadas surge sin esfuerzo alguno su buena fe al hacer la operación de compra así como el intento de venderla".

La función de la Corte, en vista del contenido de la causal alegada —atribución de plena prueba (sin serlo) a determinados hechos como consecuencia de interpretación o apreciación equivocadas— se realiza mediante el análisis de esos hechos en relación con las normas del Derecho Probatorio; el ejercicio de tal función, implica aquí, por lo tánto, la referencia a las conclusiones en que el Tribunal se fundó para afirmar que Huertas adquirió de Rodríguez la penicilina "a sabiendas" de que fué la sustraída a Pérez.

Estas conclusiones son —en síntesis— la compra a Rodríguez y la oferta a Ramírez, las afirmaciones de Huertas no comprobadas según el fallo, yá sobre la pregunta a Ramírez al ofrecerle la droga si sabía de alguna sustracción ocurrida en la población, yá sobre la excarcelación gracias a la intervención de Duque a fin de cooperar en la captura de Rodríguez, yá sobre su realización en Puerto Salgar; y, finalmente, sobre la especie de profesión de Rodríguez (pintor), ajena al comercio de drogas.

Siendo claro que —según el art. 200 (Inciso 1º) del estatuto penal— los elementos esenciales del encubrimiento, en la forma de la **receptación**, son la compra o venta de la cosa y el conocimiento inequívoco ("a sabiendas") de su procedencia delictuosa, esto es, ser el objeto (no instrumento ni medio) de un delito, el estudio de la objeción se dirige a determinar, de acuerdo con las normas de la ley procesal, si —admitida la compra, como lo fué, por el procesado— los hechos enumerados son indicios que tengan el carácter de necesarios y, en consecuencia, jurídicamente apreciables como plena prueba del conocimiento del delito.

Estos hechos, que Huertas afirmó como verídicos, no constituyen indicios ni presunción de que hubiera adquirido de Rodríguez la penicilina dolosamente, es decir, "a sabiendas" de que éste la había sustraído a Pérez, como en seguida se explica, previa referencia a las normas jurídicas que regulan aquel sistema de prueba. Estas normas (incorporadas en la ley procesal penal) son:

a) La que exige la plena prueba para que un hecho pueda ser apreciado como indicio (art. 223);

b) La de que un solo indicio no es plena prueba, al menos que sea necesario o presunción legal no desvirtuada (art. 217);

c) La que define el carácter de necesario atribuído al indicio como una relación de causalidad tan lógica que la existencia del uno implique necesariamente la existencia del otro (art. 218);

d) La de que la tenencia o posesión de la cosa hurtada o robada o su enajenación posterior al delito constituyen presunción de responsabilidad únicamente si el procesado fué antes condenado, en sentencia irrevocable, por delito contra la propiedad (art. 221) y, finalmente,

e) La de que la circunstancia "a sabiendas", que la ley fija como elemento sustancial de algunos delitos —el de encubrimiento por ejemplo— requiere la plena prueba.

Huertas no negó en momento alguno del proceso, antes bien lo afirmó en todas las diligencias en que intervino (indagatoria y careos), que compró a Rodríguez la penicilina porque no supuso que fuera elemento de algún delito y sí creyó, en cambio, la explicación de Rodríguez, de que otra persona la había encontrado, después de caída de un carro, y encargándolo de venderla. Tampoco negó Huertas haberla ofrecido en venta al droguista Ramírez. Este primer hecho —a la luz de las normas yá referidas— no tiene ninguna relación con el hurto, no constituye ni siquiera indicio simple de que tuviera conocimiento del delito, yá que no es extarordinario el adquirir, comprar o vender de buena fe.

Ramírez y Duque negaron —es cierto— que Huertas les hubiera preguntado si sabían se hubiera cometido algún delito de hurto o robo de drogas, como negaron también que Duque hubiera sugerido que compraría la droga en asocio de Ramírez. Pero la contradicción entre éstos y Huertas no prueba que éste, al comprarla y ofrecerla en venta, tuviera conocimiento de su procedencia. Son hechos —la afirmación de Huertas y la negación de Duque y Ramírez— sin nexo alguno de causalidad con la certeza del hurto atribuída a Huertas.

Análoga deducción se hace en cuanto a la intervención de Duque en la excarcelación de Huertas y a la detención de Rodríguez, aquélla negada por Duque, y ésta afirmada por un agente de Policía de Puerto Salgar pero no contradicha expresamente por el de La Dorada. Son, además, hechos no probados plenamente, contradicciones no aclaradas satisfactoriamente, sin ninguna relación con el hecho principal.

La profesión de pintor atribuída a Rodríguez finalmente, es del todo indiferente al imputado

conocimiento anterior del hurto de la droga.

A la luz de la ley y de la doctrina, por lo expuesto, los hechos que el Tribunal elevó a categoría de indicios, no guardan nexo alguno con el elemento psíquico del delito; así, la condición de que el encubridor, para serlo penalmente, debe haber conocido al adquirir u ofrecer en venta la cosa, su origen delictuoso, no está acreditada con el proceso. Falta, pues, uno de los componentes esenciales de la infracción, de modo que es cierta jurídicamente la tesis expuesta, tanto por el Procurador como por el demandante, de que el Tribunal, en virtud de una equivocada apreciación de los hechos, les dió valor —que no tenían— de plena prueba.

Esta conclusión, como es lógico, exime a la Corte de examinar los fundamentos de la causal primera.

E) **Decisión del recurso**

Del anterior estudio se derivan las siguientes conclusiones:

a) El elemento psíquico ("a sabiendas") del encubrimiento, que representa el dolo específico, no aparece comprobado en el grado que exige la ley procesal (art. 237), yá que las afirmaciones del procesado (no acreditadas) en que el Tribunal basó el fallo, no constituyen el indicio necesario sobre el conocimiento del delito (hurto);

b) El Tribunal, al apreciar erradamente como indicios aquellas afirmaciones, les dió valor de plena prueba, que no tienen, y

c) La Corte, fundada que ha sido —en virtud de aquella errada apreciación de las pruebas— la causal segunda invocada, decidirá el recurso al tenor del art. 570 (Ordinal a) del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **casa** la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, por la cual condenó a PEDRO HUERTAS HERNANDEZ a la pena de siete meses de prisión por el delito de encubrimiento, y, en su lugar, **lo absuelve** del mismo cargo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.



DELITOS DE CALUMNIA Y DE FALSAS IMPUTACIONES ANTE LAS AUTORIDADES — DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LOS DOS ILICITOS — ELEMENTOS DEL DELITO DE CALUMNIA—QUE SE REQUIERE PARA QUE SE CONFIGURE EL DE FALSAS IMPUTACIONES. — EL DENUNCIANTE NO ESTA OBLIGADO A PROBAR LAS IMP UTACIONES QUE HAGA

1—La circunstancia de poner en conocimiento de la autoridad un denuncio criminal por supuestas actividades delictuosas de una persona, y más cuando se obra como funcionario público, al tenor del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, en cumplimiento de los deberes inherentes a esta calidad, no puede constituir responsabilidad por los delitos de calumnia y falsas imputaciones ante la autoridad cuando se obra de buena fe, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo, porque estas mismas condiciones están indicando que falta toda intención dolosa en la acción del denunciante, y tampoco se imputa hecho alguno contra persona indeterminada a sabiendas de que no se ha cometido, ni contra persona determinada a sabiendas de su inocencia, que son los elementos que estructuran el tipo penal de la última de esas infracciones.

"La denuncia —expresa Niccolini— no debe tener otro principio o motor que la virtud, ni otro fín que el orden público. Se trata de una obligación que el hombre probo ve en la ley y a cuyo cumplimiento entrega sólo el celo del bien público".

La denuncia no obliga a probar las imputaciones que en ella se hagan; y como al denunciado —siempre que no lo comprenda una presunción de las que la ley autoriza— se le reputa inocente mientras no se establezca lo contrario, el funcionario o el particular que obra en las circunstancias antes indicadas, no comete delito contra la integridad moral y menos contra la administración de justicia. Por el contrario, podría incurrir en alguno de esta naturaleza —el encubrimiento— si "teniendo conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio no diere cuenta a la autoridad" (art. 201 del C. P.). Es la temeridad de la denuncia la que puede darle aspecto delictuoso, no el hecho mismo de formularla ante la autoridad.

2—El delito de calumnia, tal como lo estructura el artículo 333 del C. P., exige como condición fundamental que se patentice en forma concreta, clara y nítida el ánimo de calumniar, que es lo que constituye el elemento subjetivo de la infracción. Sin este ánimo, no podría atribuirse responsabilidad penal, porque faltaría un presupuesto legal indispensable en la estructura propia de ese ilícito. Este ANIMUS INJURIANDI no puede desde luego confundirse con el ANIMUS NOCENDI. Todo delito produce algún daño, y es apenas natural que un delito contra la integridad moral, que ataca un patrimonio muy preciado del hombre como es el honor, contenga elementos que hacen todavía más grave aquel daño. Lo que se designa con tal expresión es que el agente obre de esa manera con algún fin positivamente contenido en la ley, dentro de la forma como la figura se contempla en la misma. Así, la norma del Código —como lo explica la Comisión Redactora— incluye varios concetpos que se consideran fundamentales, pero, en todo caso, consigna que la calumnia consiste en cualquier imputación de un hecho concreto que sea delictuoso o inmoral o que traiga desprecio o animadversión para la víctima de la calumnia. Pero es entendido que cualquiera que sea el criterio que oriente al intérprete en este punto, donde la discrepancia de los autores es incuestionable, es necesario que por lo menos exista un factor psíquico que permita entender que los hechos o palabras del calumniador se determinan por el conocimiento de que en la expresión que emplea, en el hecho mismo que constituye el delito, hay una falsa imputación. Por eso anota Soler que "'en la falsa denuncia el delito está en la discrepancia entre lo que

el sujeto decía y lo que sabía, y no en la discrepancia entre lo que decía y la realidad".

Por consiguiente, no sería bastante a la existencia del delito, la simple falsa imputación de un hecho delictuoso; es indispensable que aparezca claramente la falsedad de aquélla en la persona que la hace, para que de esta suerte se pueda deducir de modo ostensible la intención dolosa del querellante de atentar contra el honor del querellado.

3—Entre la camlumnia propiamente dicha y la falsa imputación ante la autoridad, existe una nota que les es común: en ambas infracciones se trata de una imputación falsa; pero discrepan en cuanto el denuncio ante una autoridad, de un hecho que la ley erige en delito, contra persona indeterminada, a sabiendas de que no se ha cometido, o contra persona determinada, a sabiendas de que es inocente, atendido el bien jurídico protegido y la naturaleza especial de cada una de esas formas delictuales, constituyen tipos penales diversos. En las falsas imputaciones, la nota característica consiste en la falsedad cometida en perjuicio de las funciones del Estado, por lo mismo de ser aquélla una infracción contra la administración de justicia. La falsa imputación no viene a ser sino un medio para poner en ejercicio la acción de la justicia con el fin de perseguir un delito supuesto. La calumnia, en cambio, se singulariza en que implica un ataque contra la integridad moral de la persona ofendida. Varía, pues, la naturaleza de esos hechos, y su alcance es diferente, por la manera de manifestarse cada uno de ellos, pudiéndose, en consecuencia, decir que la imputación falsa, como delito contra la justicia, tiene características de delito público, mientras que la calumnia apenas constituye una relación penal de fisonomía privada, en el sentido de que el derecho lesionado es individual y el bien jurídico tutelado pertenece a esta naturaleza por lo cual para ser perseguible por la ley penal, es necesaria querella de parte, mientras que aquélla tiene la nota de la oficiosidad, es decir, no exige aquel procedimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintitres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

El doctor Antonio Moreno Mosquera, en su condición de Gobernador del Departamento del Chocó, denunció a Matías Becerra C., José Antonio Valdivieso y al doctor Ramón Lozano Garcés, por los delitos de falsedad, estafa y falso testimonio, porque el último, como apoderado de los dos primeros, demandó ejecutivamente al Departamento del Chocó aduciendo documentos que el denunciante consideró apócrifos.

Por su parte, el doctor Lozano Garcés, en junio de 1951, denunció al doctor Moreno Mosquera porque obrando en el carácter dicho de Gobernador del Chocó, cometió los delitos de calumnia y falsas imputaciones, al denunciar ante las autoridades, en mayo del mismo año de 1951, al doctor Lozano Garcés, según quedó expresado al principio.

En esta denuncia, luégo de manifestar que ante el estudio de los documentos que se presentaron contra el Departamento, documentos que tenían visos de autenticidad, en vista de lo cual aceptó su cobro por la vía ejecutiva, agrega:

"No obstante el señor Moreno Mosquera en un acto de manifiesta temeridad y de lamentable precipitud me denuncia por la comisión de hechos que de haber ocurrido, nada tengo que ver con éllos, antes ni después de su acaecimiento.

"Al endilgarme la comisión de varios delitos, el señor Moreno Mosquera me ha calumniado, porque la denuncia no sólo la conoció usted, el señor Juez Superior y sus empleados, sino el señor Juez del Trabajo, sus empleados y luégo la prensa misma, publicidad que me ha perjudicado, porque soy un profesional de numerosa clientela y además estoy dedicado a actividades comerciales, que marchan a base de crédito y éste se asienta sobre mis cualidades morales de hombre de bien.

"En el juicio ejecutivo que promoví contra el Departamento y que se encuentra en el Juzgado del Trabajo o en el Tribunal del Trabajo de Quibdó, está la prueba del origen de los documentos cuya autenticidad se ha puesto en duda, consistente en contrato celebrado entre Montoya y Torres, y en testimonios jurados de los señores Pedro Fidel Agudelo, Montoya y Matías Becerra en relación con tales documentos y con el tra-

bajo realizado por las personas a cuyo favor se expidieron esos títulos.

"Los hechos denunciados son delitos muy graves, no sólo por la persona que los ha cometido, que siendo abogado indican un marcado propósito dañino, a sabiendas, sino por la calidad de la persona afectada con éllos...".

Adelantada la investigación en virtud del denuncio del doctor Lozano Garcés, por auto de fecha 25 de octubre de 1951, se dispuso pasar al señor Procurador para que se sirviera conceptuar si es el caso de dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Dicho funcionario solicita se ordene cesar el procedimiento contra el doctor Antonio Moreno Mosquera, dando aplicación al citado artículo del Código de Procedimiento Penal, por no ser constitutivos de delitos los hechos investigados.

Al efecto hace estas consideraciones:

Conforme a la norma positiva contenida en el artículo 333 del Código Penal, reformado en cuanto a la calidad de la pena privativa de la libertad, por la ley 29 de 1944 (art. 23), el elemento material u objetivo del delito de calumnia, consiste en la imputación de un hecho falso concreto, categórico, francamente afirmativo, que no suscite dudas acerca del propósito de atribuirlo a la persona que se siente ofendida en su integridad moral. Las simples suposiciones o hipótesis, las sospechas y cualquier estado de incertidumbre son penalmente indiferentes a este respecto. El que atribuye el hecho falso debe asegurar que existió realmente y que un sujeto determinado fué autor o partícipe de él.

Y ésta es la llamada **calumnia manifiesta,** que es la única prevista por el Código Penal Colombiano, el cual excluyó la calumnia denominada encubierta o equívoca, que consite en formular la imputación de modo velado, indirecto, con rodeos o disfraces, como eludiendo la responsabilidad del acto, especie de calumnia ésta que se presta a muchas dificultades en la práctica debido a la incertidumbre en cuanto a la calidad del hecho imputado, por su vaguedad y carácter equívoco, o ya porque no se determina el sujeto pasivo objeto de la ofensa y sólo una ulterior aclaración del responsable puede definir la cuestión para establecer si hay o no calumnia, como lo establece, por ejemplo, el artículo 112 del Código Penal Argentino. Pero que nuestra legislación instituyó la calumnia encubierta únicamente cuando ella se hace por medio de la prensa, cuando en el artículo 27, inciso 2º de la ley 29 de 1944, reglamentaria de esa materia, dispuso no eximir de responsabilidad el que la calumnia o la injuria se produzcan empleando expresiones o medios indirectos, siempre que aparezcan los elementos constitutivos del delito y que la publicación se refiera de manera inequívoca al ofendido.

Respecto al elemento subjetivo o doloso de la calumnia, radica simplemente en el conocimiento positivo de la falsedad que envuelve el hecho atribuído, y en la voluntad de imputarlo a una persona, o sea: "el dolo está en querer predicar del ofendido lo que se sabe que es falso, de tal suerte que hay una discrepancia entre lo que el agente afirma y lo que él sabe sobre el hecho concreto materia del ilícito. Por eso, la calumnia, a semejanza de la falsedad (que de ella tiene bastante), es un delito típicamente doloso no susceptible de culpa ni de error", y si el presunto responsable, afirma el hecho falso, tiene la creencia real y fundada de que se refiere a algo verdadero, no comete calumnia.

Cita la Procuraduría a Eusebio Gómez, quien afirma que, para que exista calumnia, es esencial que la imputación sea hecha con el conocimiento de la falsedad del hecho que forma su objeto. Y procede sin dolo, el que de buena fe, por error excusable, formula imputaciones de un delito a una persona determinada.

Y a Cuello Calón, para quien "no hay voluntad delictuosa y, por tanto, no hay delito, cuando la falsa imputación se hace de buena fe o en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo".

Que al aplicar estos principios al caso a estudio, resulta que el Gobernador del Departamento del Chocó, doctor Antonio Moreno Mosquera, cuando promovió acción penal por los delitos de falsedad en documentos, estafa y falso testimonio, contra Matías Becerra, José Antonio Valdivieso y el doctor Ramón Lozano Garcés, explicó en su denuncia, en forma clara y precisa, por qué consideraba que los documentos que sirvieron de título para ejecutar al Departamento, eran apócrifos, y, además de hacer una enumeración de tales hechos, acompañó a su demanda varias certificaciones de las Secretarías de Gobierno y Hacienda, suficientes a demostrar, como lo afirma el doctor Moreno Mosquera, que esos documentos adolecen de falsedad, y entonces, "la imputación falsa de un hecho personal concreto" que exige el artículo 333 del Código Penal, no aparece en el presente caso.

En relación con la acción subjetiva o dolosa de la calumnia, llega a la misma conclusión el Ministerio Público. Pues que si el Gobernador en-

contró pleno respaldo procesal en las certificaciones aludidas para obtener la certidumbre sincera de que esos documentos eran apócrifos, ello impelía al funcionario a defender los intereses del Departamento a su cargo, denunciando a quienes trataran de defraudar esos intereses. Y esa, cabalmente, era una de las funciones como Gobernador, por lo cual es preciso admitir que de parte del funcionario acusado no hubo el perverso deseo ni la dañada intención de imputar un hecho falso, ni de lesionar la integridad moral del autor de la denuncia, y, de consiguiente no existe el delito de falsas imputaciones, como lo dice el denunciante.

La Corte prohija los argumentos de su colaborador, en el sentido de que en la actuación del señor Gobernador del Chocó, sindicado en este proceso no se encuentra cargo alguno que imputársele penalmente. Y en apoyo de esa tesis, agrega por su parte, otras razones para sustentarla.

La circunstancia de poner en conocimiento de la autoridad un denuncio criminal por supuestas actividades delictuosas de una persona y más cuando se obra en calidad de Gobernador —como es el caso— o como funcionario público, al tenor del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, en cumplimiento de los deberes inherentes a esta calidad, no puede constituir responsabilidad por los delitos de calumnia y falsas imputaciones ante la autoridad cuando se obra de buena fe, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo, porque estas mismas condiciones están indicando que falta toda intención dolosa en la acción del denunciante y tampoco se imputa hecho alguno contra persona indeterminada a sabiendas de que no se ha cometido, ni contra persona determinada a sabiendas de su inocencia, que son los elementos que estructuran el tipo penal de la última de esas infracciones.

"La denuncia —expresa Nicolini— no debe tener otro principio o motor que la virtud, ni otro fin que el orden público. Se trata de una obligación que el hombre probo ve en la ley y a cuyo cumplimiento entrega sólo el celo del bien público".

La denuncia no obliga a probar las imputaciones que en ella se hagan; y como el denunciado —siempre que no lo comprenda una presunción de las que la ley autoriza— se le reputa inocente mientras no se establezca lo contrario, el funcionario o el particular que obra en las circunstancias antes indicadas, no comete delito ni contra la integridad moral y menos contra la administración de justicia. Por el contrario, podría incurrir en alguno de esta naturaleza —del encubrimiento— si "teniendo conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio no diere cuenta a la autoridad" (art. 201 del C. P.). Es la temeridad de la denuncia lo que puede darle aspecto delictuoso, no el hecho mismo de formularla ante la autoridad.

El delito de calumnia, tal como lo estructura el artículo 333, exige como condición fundamental que se patentice en forma concreta, clara y nítida el ánimo de calumniar, que es lo que constituye el elemento subjetivo de la infracción. Sin este ánimo no podría atribuirse responsabilidad penal, porque faltaría un presupuesto legal indispensable en la estructura propia de ese ilícito. Este **animus injuriandi** no puede desde luégo confundirse con el **animus nocendi.** Todo delito produce algún daño, y es apenas natural que un delito contra la integridad moral que ataca un patrimonio muy preciado del hombre como es el honor, contenga elementos que hacen todavía más grave aquel daño. Lo que se designa con tal expresión es que el agente obre de esa manera con algún fin positivamente contenido en la ley dentro de la forma como la figura se contempla en la misma. Así la norma del Código —como lo explica la Comisión redactora— incluye varios conceptos que se consideran fundamentales, pero en todo caso consigna que la calumnia consiste en cualquier imputación de un hecho concreto que sea delictuoso o inmoral o que traiga desprecio o animadversión para la víctima de la calumnia. Pero es entendido que cualquiera que sea el criterio que oriente al intérprete en este punto, donde la discrepancia de los autores es incuestionable, es necesario que por lo menos exista un factor psíquico que permita entender que los hechos o palabras del calumniador se determinan por el conocimiento de que en la expresión que emplea, en el hecho mismo que constituye el delito hay una falsa imputación. Por eso anota Soler que "en la falsa denuncia el delito está en la discrepancia entre lo que el sujeto decía y lo que sabía, y no en la discrepancia entre lo que decía y la realidad".

Por consiguiente, no sería bastante a la existencia del delito la simple falsa imputación de un hecho delictuoso; es indispensable que aparezca claramente la falsedad de aquélla en la persona que la hace, para que de esta suerte se pueda deducir de modo obstensible la intención dolosa del

denunciante de atentar contra el honor del querellado.

Por otra parte, entre la calumnia, propiamente dicha y la falsa imputación ante la autoridad, existe una nota que les es común: en ambas infracciones se trata de una imputación falsa; pero discrepan en cuanto al denuncio ante una autoridad de un hecho que la ley erige en delito contra persona indeterminada, a sabiendas de que no se ha cometido o contra persona determinada a sabiendas de que es inocente, atendido el bien jurídico protegido y la naturaleza especial de cada una de esas formas delictuales, constituyen tipos penales diversos. En las falsas imputaciones la nota característica consiste en la falsedad cometida en perjuicio de las funciones del Estado, por lo mismo de ser aquélla una infracción contra la administración de justicia. La falsa imputación no viene a ser sino un medio para poner en ejercicio la acción de la justicia con el fin de perseguir un delito supuesto. La calumnia, en cambio, se singulariza en que implica un ataque contra la integridad moral de la persona ofendida. Varía, pues, la naturaleza de esos hechos y su alcance es diferente, por la manera de manifestarse cada uno de ellos, pudiéndose en consecuencia decir que la imputación falsa como delito contra la justicia tiene características de delito público, mientras que la calumnia apenas constituye una relación penal de fisonomía privada, en el sentido de que el derecho lesionado es individual y el bien jurídico tutelado pertenece a esta naturaleza, por lo cual para ser perseguible por la ley penal es necesario querella de parte, mientras que aquélla tiene la nota de la oficiosidad, es decir no exige aquel procedimiento.

De las anteriores premisas, puede concluirse que un funcionario público que actuando como tal denuncia un hecho que subjetivamente y en cumplimiento de sus deberes oficiales considera como delictuoso, no puede ser sujeto activo de ninguno de los ilícitos analizados, porque apenas hizo uso de una atribución legal que le corresponde en virtud de la orden amplísima contenida en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

Sería aberrante que existiendo la presunción de que un sujeto infringió la ley penal por un acto considerado como delito en el Código de la materia, el hecho de ponerlo en conocimiento de la autoridad a quien le corresponde investigarlo, ello mismo constituya responsabilidad penal. El denuncio no implica por parte del funcionario, en este caso, la imputación de un hecho falso ni la personal afirmación de que el denunciado es responsable. Es una función de orden público, porque interesa a la sociedad que toda actividad presuntivamente dolosa sea investigada y caiga sobre quien aparece responsable la sanción pertinente.

Quien denuncia de buena fe, en la fundada creencia de que se ha cometido un delito, sin otros propósitos que mover los resortes de la ley para que se ponga en claro la conducta de un sujeto que ha podido delinquir, no compromete en nada su responsabilidad. Es desde luégo entendido que en el obrar del denunciante no se descubra ninguna temeridad, porque entonces sí podría encontrarse materia para una imputación delictuosa si se comprueba que fueron móviles perversos los que movieron su ánimo y un interés mezquino determinó ese proceder.

"El denunciante —ha dicho esta misma Sala— al tenor del artículo 10 del C. de P. P. no contrae otro deber que el de decir la verdad, y para que la aseveración no sea temeraria se le exige el respectivo juramento sobre los cargos materia del denuncio". De manera que circunscrita así su intervención y actividad, para que pueda resultar alguna responsabilidad penal por ese acto habría que establecer la intención dolosa de tal proceder. Mientras ello no ocurra, preciso es declarar que un acto de esa naturaleza no constituye delito, como lo solicita el señor Procurador Delegado en lo Penal y la Sala lo resolverá aplicando el artículo 153 de la obra citada en lo tocante con los cargos formulados en este proceso al ex-Gobernador del Chocó doctor Antonio Moreno Mosquera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él, declara que los hechos incriminados al doctor Antonio Moreno Mosquera, en su condición de Gobernador del Departamento del Chocó, a que el proceso se refiere, no son constitutivos de delito y en consecuencia ordena cesar todo procedimiento contra el expresado doctor Moreno Mosquera.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA CORTE NO PUEDE CONCEPTUAR ACERCA DE UNA SOLICITUD DE CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO CUANDO TODAVIA NO SE HA DECIDIDO SI ESTE ES O NO DE COMPETENCIA DEL JUEZ SUPERIOR — PARA EL CAMBIO DE RADICACION DE UN CIRCUITO A OTRO DENTRO DEL MISMO DISTRITO JUDICIAL, SE REQUIERE QUE EXISTAN LAS MISMAS CIRCUNSTANCIAS DE CONVENIENCIA PARA LA RECTA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, O DE NECESIDAD PARA LA PROTECCION DE LA INTEGRIDAD PERSONAL DEL PROCESADO, QUE EL ARTICULO 58 EXIGE PARA QUE SEA VIABLE EL CAMBIO DE UN DISTRITO A OTRO CUANDO SE TRATA DE PROCESOS DE COMPETENCIA DE LOS JUECES SUPERIORES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintitres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

El señor apoderado de Héctor Hugo Corchuelo Avila solicita cambio de radicación del proceso penal iniciado en la Alcaldía Municipal de Remedios (Antioquia), contra el poderdante y Pablo Martínez Zapata, "proceso cuya calificación jurídica no se ha hecho y quizá no puede hacerse aún, pero que actualmente aparece como originado por graves lesiones personales recíprocas, causadas por dichos sindicados, entre sí, cerca del aeropuerto de Otú, el día martes veinticinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno".

Entre los documentos que se acompañan aparece (fl. 3v.) una certificación del Alcalde Municipal de Remedios en que hace constar que en su despacho se tramita un sumario por lesiones personales recíprocas contra Pablo Martínez Zapata y Héctor Hugo Corchuelo Avila; y certificaciones de la Oficina de Medicina Legal de Bogotá, en que consta que Corchuelo Avila sufrió heridas causadas con instrumento de corte y peso, con incapacidad y consecuencias que no pueden señalarse todavía. (f. 10).

Para que el cambio de radicación prospere, es indispensable, entre otros requisitos, que la competencia para conocer del proceso, se encuentre determinada. De las pruebas allegadas resulta hasta ahora que se trata de lesiones personales y por tanto no tiene aplicación el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Aceptar el cambio de radicación equivaldría en los actuales momentos a señalar la competencia, radicándola en un Juez Superior, lo que es de todo punto de vista inadmisible, porque no corresponde a la Corte una facultad de esa índole.

Tanto bajo la vigencia de la actual legislación procesal penal, cómo en la que rigiera de conformidad con el artículo 231 de la ley 57 de 1887 y el 9º de la ley 56 de 1914, cuyos principios son muy semejantes a los que contienen los textos 58 y 59 de la ley 94 de 1938 —actual Código de Procedimiento Penal— los cambios de radicación de procesos penales han sido y son posibles bien de un Distrito Judicial a otro, en cuyo caso obra el Gobierno previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia y por causas de conveniencia para la recta administración de justicia o de necesidad para la protección de la integridad personal del procesado y siempre que el negocio sea de la competencia de los Jueces Superiores de Distrito Judicial; o bien de un Circuito Judicial a otro, medida que tomará el respectivo Gobernador del Departamento, con aprobación del Tribunal Superior, por iguales causas y cuando ocurran las circunstancias señaladas en el artículo 58, es decir, conveniencia y necesidad, según que opere uno u otro factor para modificar la jurisdicción respecto del territorio en donde se cumplió el delito y por motivos excepcionales.

Precisa destacar las dos distintas ocurrencias para fijar con exactitud si puede prosperar el cambio de radicación, cuando lo afirma el propio memorial en que se solicita, todavía no ha sido señalada la competencia ni calificado el proceso.

La existencia de dos textos legales que gobiernan distintas situaciones implica que para la determinación de cuál de ellas coresponde, es menester señalar previamente la jurisdicción, porque la Corte no podría conceptuar tratándose de un negocio de comeptencia distinta de la de los Jueces Superiores, aún por motivo de necesi-

dad de cambio de residencia por enfermedad grave debidamente comprobada.

En varias oportunidades ha tenido ocasión de producirse la doctrina de la Sala sobre la materia y así ha resuelto: "No puede la Corte conceptuar favorablemente el cambio de radicación de un proceso criminal mientras no aparezca cuál es el delito porque se sindica al acusado". Y en alguna otra jurisprudencia, todavía ha sido más rotunda la corporación: "El cambio de radicación de un proceso penal debe ordenarse cuando ello sea indispensable para la recta administración de justicia o cuando el procesado padezca de enfermedad grave comprobada que exija el cambio de clima o de residencia del mismo. Cuando se trata de delitos de competencia de un Juez Superior de Distrito, el cambio a otro Distrito debe ser pedido al Gobierno Nacional previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia; y si se trata de delitos de competencia de un Juez de Circuito, el cambio debe ser solicitado al Gobernador del respectivo Departamento, con aprobación del respectivo Tribunal Superior (arts. 58 y 59 del C. P. P.).

De tal suerte que el Gobierno Nacional puede, previo concepto favorable de la Corte, disponer el cambio de radicación de un proceso, cuyo conocimiento corresponda a un Juez Superior, de un Distrito Judicial a otro, al paso que el Departamento sólo puede ordenarlo de un Circuito á otro Circuito, dentro del mismo Distrito, y siempre que el proceso sea del conocimiento de un Juzgado de Circuito". (G. J. T. LXV pág. 714).

Lo dicho tiende a aclarar la argumentación del memorial petitorio, en lo tocante a la afirmación que hace en el sentido de que el inciso primero del artículo 58 "supedita el traslado a la competencia del Juez Superior"; mientras que el inciso segundo del mismo artículo "prescinde en absoluto de esas circunstancias de lugar".

Tal interpretación de los textos no es exacta, porque ambos rigen para situaciones diferentes, pero por motivos iguales. De otra suerte no podría comprenderse la parte final del artículo 59: "Esta medida será tomada de oficio o a solicitud de parte **cuando ocurran las circunstancias señaladas en el artículo anterior"**. Como éstas no son otras que las preceptuadas en el texto del artículo 58, síguese que no hay tal prescindencia en la ley de los mismos factores que gobiernan una y otra contingencia y que lo único que los modifica es lo relativo a la competencia para uno y otro caso, es decir que esté radicado en un Juzgado Superior o en un Juez de Circuito.

Precisamente, esa circunstancia fué tenida en cuenta en el seno de la Comisión, redactora del Código. Se lee en las Actas respectivas que los doctores Rey y Escallón se mostraron partidarios de que el cambio de radicación fuere posible asímismo de un Circuito Judicial a otro, "pues la misma razón de la disposición que se ha leído, o sea la recta administración de justicia, puede también presentarse tratándose de un delito de que conozca el Juez de Circuito".

El doctor Moncada sugiere la conveniencia de que esa materia sea tratada en artículo separado y esa insinuación es aceptada por la Comisión. De allí la existencia de los dos textos.

Y precisa en este punto aclarar, para evitar alguna falsa interpretación de los conceptos de los comisionados Escallón y Rey, en el sentido de que para ambos casos rige como única razón la conveniencia para la recta administración de justicia, sin referencia alguna al otro factor de la enfermedad grave y el cambio de residencia por tal motivo como causal para el cambio de radicación. Ello se debe, según puede comprobarse en las propias actas de la Comisión, a la circunstancia de que la redacción primitiva del texto del artículo 59, contenía esta cláusula en su parte final: "Esta medida se tomará cuando se estime conveniente para la recta administración de justicia, y el juicio continuará ante el nuevo Juez, sin reponer otras diligencias que las que fueren indispensables", redacción muy semejante a la contenida en el artículo 231 de la ley 57 de 1887, que el comisiondado Rey leyó en el momento de la discusión, para ilustrar la materia y recabar sobre la necesidad de adoptar un **texto idéntico** en la nueva legislación procesal que se estaba proyectando.

Sin embargo, sin que se conozca a dónde fue producido el cambio, como lo hace notar el compilador de las Actas, ni la razón que se tuvo para ello, distinta de la del mismo texto legal, que es por sí muy significativa, la verdad es que ese cambio de redacción conduce al mismo tiempo a la conclusión de que la medida cuando se trata de negocios de la competencia de Jueces de Circuito y para radicarlos en otro Juzgado de esa categoría, las exigencias de conveniencia para la recta administración de justicia y de necesidad para la salvaguardia de la integridad personal del procesado en caso de enfermedad grave que exija cambio de clima o de residencia, tienen que cumplirse por mandato expreso de la ley. No pueden, pues, divorciarse ambas ocurrencias, con prescindencia de los textos que son bien claros

en su contenido y que fueron previstos para situaciones diferentes, aunque los motivos fuesen idénticos, porque la finalidad de los mismos no fué sino dar normas para producir el cambio de jurisdicción en los casos de competencia de los Jueces Superiores de un Distrito Judicial a otro, y en los de Circuito, entre éstos, pero del mismo Distrito Judicial.

Todas estas consideraciones conducen a la Corte a abstenerse por ahora de dar concepto en el cambio de radicación solicitado por el señor apoderado de Corchuelo Avila, pues en el estado actual del proceso la falta de fijación de la competencia hace que sea prematuro afirmar que tenga jurisdicción para ello el Gobierno Nacional, oída previamente la Corte, o deba ser solicitada la medida ante el Gobernador del Departamento de Antioquia, en uno de cuyos Municipios se cumplió el delito.

Por tánto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— se abstiene por ahora de dar concepto favorable sobre el cambio de radicación del proceso seguido contra Héctor Hugo Corchuelo Avila y Pablo Martínez Zapata a que se refieren estas diligencias.

Cópiese y devuélvase el negocio al Ministerio de Justicia.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL SEGUNDA EN JUICIOS POR JURADO — NO PUEDE DECLARARSE DESIERTO EL RECURSO SI EL RECURRENTE PRESENTO, DENTRO DEL TERMINO, SU DEMANDA, AUNQUE LA CAUSAL ALEGADA SEA IMPROCEDENTE O NO HAYA SIDO FUNDADA

1—La causal segunda de casación es improcedente en los juicios en que intervino el Jurado, por las siguientes razones:

a) La consideración de la errada apreciación de los hechos, como consecuencia de cualquiera de las causas determinadas en el numeral 2º del art. 567 del estatuto procesal penal, implicaría —en esta especie de juicios— la declaración de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos; y

b) Tal declaración, incorporada en la ley de casación de 1931 y excluída de la enumeración de causales consagradas en la nueva ley procesal, es en esta ley, atribución privativa de los Jueces de instancia.

2—Entre el veredicto contraevidente y el veredicto contradictorio hay diferencias sustanciales: el contradictorio surge cuando el Jurado afirma simultáneamente dos hechos, uno positivo y otro negativo, que no pueden lógicamente coexistir, y el contraevidente, cuando afirma hechos que se oponen a la realidad del proceso, esto es, a la construcción probatoria.

3—Cuando el recurrente, dentro del término legal, formuló su demanda, aunque invocó una causal improcedente o sólo enunció alguna, pero no la fundamentó, no es el caso de declarar desierto el recurso, sino de aplicar el art. 569 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de **Arcesio Valencia** (éste de 22 años en 1946, nacido en Neira, casado, agricultor) interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del diez y nueve de septiembre del año pasado, por lo cual —con aplicación del art. 362 del Código Penal— fué condenado a la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio en la persona de Jesús Villegas, cometido en el sitio de "Los Zainos", vereda "El Descanso", Municipio de Neira, en las primeras horas de la mañana del cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Cumplidos los requisitos que fija la ley procesal penal, la Corte decide aquí el recurso, previa referencia al delito y a las tesis que expusieron el Procurador y el recurrente.

A) El proceso

La muerte de Jesús Villegas, por la cual se condenó a Valencia, fué la consecuencia de un conflicto de intereses económicos. Crisanto Valencia y su esposa Elisa Grajales eran en aquella época dueños de un terreno, una de cuyas partes venía siendo sucesivamente cultivada por otras personas y como última Luis Angel Tobón, de quien Jesús Villegas (el occiso) era el administrador de sus cultivos y mejoras. Entre los Valencia y los ocupantes o cultivadores se suscitaron varios conflictos, que las autoridades resolvieron a favor de los últimos, no sin que los Valencia fueran obligados a no perturbar la posesión de la otra parte.

No obstante aquella decisión, los Valencia persistieron en sus actos de perturbación, y fue así como en las primeras horas del día ya citado, Valencia y su esposa se dirigieron a la parcela que estaban desyerbando Villegas y su sobrino Reinaldo y les ordenaron desocuparla inmediatamente, a lo que éstos —previa explicación de que dependían de Tobón— no quisieron acceder.

Valencia y su esposa se retiraron para regresar después, acompañados de todos sus hijos, provistos éstos de peinillas y escopetas, y como los Villegas no accedieran a la nueva orden de desocupación, uno de los Valencia se abalanzó con su machete sobre Villegas en acto de agredirlo, y como éste levantara su azadón para defenderse, Arcesio le disparó su escopeta contra el tórax,

causándole la muerte, mientras Guillermo y Darío Valencia, hermanos de Arcesio, atacaban a machete a Reinaldo Villegas, sobrino de Jesús, cuyas heridas le produjeron diez días de incapacidad.

En el proceso que —por este motivo— se instruyó contra Arcesio, se dictaron providencias y se realizaron actos que —en síntesis— se enumeran en seguida:

a) Auto del Juzgado 1º Superior de Manizales —confirmado por el Tribunal— por el cual se abrió juicio criminal contra Arcesio y Guillermo Valencia, el primero por homicidio en Jesús Villegas y el segundo por lesiones en Reinaldo Villegas;

b) Decisión unánime del Jurado mediante la cual los mencionados Valencia son responsables —en su orden— de los delitos de homicidio y lesiones por los cuales fueron llamados a juicio criminal, y

c) Sentencia del Juez Superior —confirmada por el Tribunal— por la cual fueron condenados, Arcesio a ocho años de presidio y Guillermo a dos meses de arresto.

B) La demanda

El recurrente invoca las causales segunda y séptima de casación, esto es, la errada apreciación de los hechos y el veredicto contradictorio.

Con apoyo en la segunda afirma que se aceptaron como testigos presenciales a Carlos y Juan Evangelista Grajales, quienes señalaron a los Valencia como primeros agresores de Villegas, pero —en cambio— no se apreció el testimonio de la madre de los Grajales, para la cual éstos no pudieron haber presenciado los hechos dada la ocupación en que se hallaban en el momento del delito; se desecharon también los de Alberto Mesa, Antonio Salazar y Octavio Barco sobre la prevención del occiso contra los Valencia, el daño a sus propiedades y el ataque a la madre de éstos cuando intervino para que los Villegas cesaran en sus depredaciones y se retiraran de tierras que no les pertenecían, como también se desecharon las afirmaciones de Valencia, expuestas con tánta sinceridad como franqueza. Esto motivó —según el recurrente— "un error mayúsculo al acoger el veredicto y basado en éste dictó (el Tribunal) la sentencia motivo del recurso".

Objeta el recurrente, además, que no se hubieran considerado las modalidades de los arts. 28 y 384 del Código Penal, "que bien comprobadas estaban en el proceso —se transcribe— y así haber disminuído la pena en dos terceras partes, o siquiera la mitad, de la que mereciera el acusado".

"Todos los hechos enumerados hasta aquí —termina el recurrente— hicieron que la sentencia recurrida se hubiera dictado sobre un veredicto "evidentemente contradictorio", lo que viene a constituir el motivo de casación que señala el art. 567 del Código de Procedimiento Penal en su numeral séptimo".

El Procurador Delegado, en atención a que —según él— el recurrente apenas enunció la causal séptima e invocó otra, la segunda, no admisible en juicios en que interviene el jurado, deduce que no existe la demanda, al tenor de los arts. 7° del estatuto procesal penal y 531 del procesal civil, y conceptúa —en consecuencia— que debe declararse desierto el recurso.

C) Examen del recurso

La Corte se exime de considerar la causal segunda invocada, por las razones siguientes, ya expuestas en todos los fallos en que —con base en ella— se han dictado desde 1943:

a) La consideración de la errada apreciación de los hechos, como consecuencia de cualquiera de las causas determinadas en el Numeral 2º del art. 567 del estatuto procesal penal, implicaría —en esta especie de juicios— la declaración de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos; y

b) Tal declaración, incorporada en la ley de casación de 1931 y excluída de la enumeración de causales consagradas en la nueva ley procesal, es en esta ley, atribución privativa de los Jueces de instancia.

Además de estas razones, abstractamente presentadas, hay otra, concreta, y es la de que el defensor sustentó ahincadamente (especialmente en la audiencia) las tesis de la defensa legítima, de su exceso, de la riña imprevista y de la excusa de la provocación, sin que ni los Jueces de hecho ni los de Derecho, las hubieran aceptado. Sea, pues, por la doctrina, sea, pues, por el proceso la causal segunda no tiene fundamento.

El veredicto contradictorio —alegado como causal séptima— parece lo fué aquí como veredicto contraevidente, puesto que el recurrente se refiere al contradictorio como consecuencia de error en la apreciación de los hechos, y entre uno y otro hay diferencias sustanciales. El contradictorio surge cuando el jurado afirma simultáneamente dos hechos, uno positivo y otro negativo, que no pueden lógicamente coexistir, y el con-

traevidente, cuando afirma hechos que se oponen a la realidad del proceso, esto es, a la construcción probatoria.

El veredicto contradictorio —como causal séptima no fué, por lo tánto, conducentemente presentado.

D) El fallo

Como el recurente, dentro del término legal, formuló su demanda, es el caso —según doctrina— de aplicar el art. 569 en vez del art. 568.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal de Manizales por la cual condenó a **Arcesio Valencia** a ocho años de presidio por el homicidio en Jesús Villegas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.



POR LO GENERAL, NO ES INDISPENSABLE CONSIGNAR EN EL CUESTIONARIO QUE SE FORMULA AL JURADO LA INDICACION PRECISA DEL ARMA CON QUE SE COMETIO EL HOMICIDIO, PARA QUE QUEDE CONFIGURADO EL CUERPO DEL DELITO — NO ES CAUSAL DE NULIDAD EL HABERSE OMITIDO LA FORMALIDAD CONSAGRADA POR EL ARTICULO 452 DEL CODIGO JUDICIAL — NO ES PERTINENTE SUSTENTAR EN CASACION DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL AUTO DE PROCEDER, CUANDO EN EL JUICIO INTERVINO EL JURADO, SINO DEBE HACERSE ENTRE EL VEREDICTO Y LA SENTENCIA — PARA COMPUTAR LA CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PELIGROSIDAD CONSISTENTE EN LAS CONDENACIONES ANTERIORES, NO SE REQUIERE QUE EXISTAN LAS COPIAS DE LAS RESPECTIVAS SENTENCIAS

1—El cuestionario que se somete al Jurado debe contener los elementos materiales de la infracción (cuerpo del delito), los atinentes a la responsabilidad del autor o partícipe, y las circunstancias modificadoras que puedan influir en la aplicación de la pena. El arma con que se consuma un homicidio no hace parte del cuerpo del delito del mismo, sino que apenas representa el instrumento que ha servido para realizarlo. Por eso, dice el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal, que "las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, se reconocerán y describirán detalladamente, se secuestrarán y harán parte del sumario para los efectos de la investigación".

No se concibe que si el arma fuera parte del cuerpo del delito, pudiera ella secuestrarse y agregarse al sumario, pues a nadie se le oculta que una noción filosófica y jurídica como es la del cuerpo del delito, pueda llegar hasta materializarse y confundirse con el medio usado para perpetrar la infracción.

Por ese motivo, la indicación precisa del arma empleada, no es sustancial consignarla en el cuestionario para configurar el cuerpo del delito de homicidio. Lo imprescindible al respecto es determinar que un hombre murió injustamente a consecuencia de la acción de otro hombre. De lo contrario, cada vez que el instrumento del delito no apareciera o no estuviese debidamente identificado, el delito de homicidio quedaría inexistente, cosa en verdad absurda.

Sólo cuando lo extraordinario del medio empleado para realizar el delito influye en la especie de éste y en el aumento enérgico de la sanción, por la temibilidad que revela el delincuente, entonces sí es el caso de interrogar al Jurado sobre esa especial circunstancia referente al modo de ejecución del ilícito. Tal sucede, por ejemplo, en el homicidio cometido por medio de incendio, inundación, siniestro ferroviario u otros de los delitos previstos en el Título VIII del Libro 2º del Código Penal, modalidades éstas gravísimas, que elevan el hecho a la categoría de asesinato, conforme al numeral 8º del artículo 363 de la obra citada.

2—Repetidas veces ha dicho la Corte que la omisión de la formalidad consagrada por el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que el Juez no interrogó personalmente al enjuiciado, para informarse acerca del hecho, antecedentes personales del acusado, sus condiciones de vida, y, en general, de todo lo que tienda a revelar su personalidad, no es violatoria de ninguna garantía procedimental.

3—El Jurado tiene potestad legal para apartarse del cuestionario —que es una síntesis del auto de proceder— y agregar en sus respuestas las circunstancias en que crea que el delito se realizó.

Bien sabido es que lo inmodificable del auto de enjuiciamiento no es su parte motiva, sino la resolutiva. 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 pro-

bado por las partes en el curso del juicio. Esta consideración conduce a sostener la tesis de que en este recurso extraordinario de casación y tratándose de juicios por Jurado, no es pertinente sustentar ante la Corte desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino disconformidad de ésta con en veredicto del tribunal popular.

4—Para calificar al acusado como reincidente, es necesario llevar al próceso la copia completa de las sentencias condenatorias anteriores. Ello porque en la reincidencia se exigen requisitos estrictos, de orden positivo y de orden negativo, que sólo el conocimiento íntegro de los fallos puede suministrar, para deducir tal agravante. En cambio, para deducir la simple cricunstancia accesoria de peligrosidad referente a condenas anteriores, es suficiente establecer claramente que el delincuente las sufrió en cualquier tiempo; que fue realmente condenado, cualesquiera que hayan sido los delitos en que incurrió, los motivos determinantes y las condiciones personales del infractor. De tal suerte, que si la condena anterior puede ser ineficaz para demostrar reincidencia, aquélla no desaparece de la historia judicial o policiva del sujeto para mostrarlo como peligroso y digno de una pena adecuada a sus impulsos delictuosos y a la defensa de la sociedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de cuatro de abril del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, condenó a Francisco Alberto Camacho a la pena principal de nueve años de presidio, como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Hipólito Bohórquez.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el procesado, y su apoderado, doctor Carlos Arturo Díaz, oportunamente formuló la demanda ante la Corte. Se recibió el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y como se hallan cumplidos los requisitos legales, se procede al estudio de la demanda.

DEMANDA:

El recurrente invoca y sustenta, en su orden, las causales 4ª, 3ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 4ª—Nulidad del Juicio.

Por dos motivos ataca el recurrente el fallo del Tribunal al referirse a esta causal.

Primer motivo: Porque el cuestionario formulado a los jueces de hecho no se redactó de acuerdo "con lo aceptado en el auto de proceder, sobre cuerpo del delito", ya que en esta última providencia se dice, siguiendo lo expuesto en la autopsia, que el homicidio se cometió con un disparo de **escopeta,** y en el cuestionario se alude a un disparo de **fusil o carabina.**

"Sentado, pues —dice el demandante—, que el disparo según la autopsia fué hecho con escopeta, mal puede preguntarse si fué con fusil o carabina y si la autopsia dice que las municiones "fueron lanzadas por una escopeta" y si el auto de proceder del Juzgado y el confirmatorio del Tribunal aceptó esta autopsia como comprobación del cuerpo del delito, mal puede cambiarse el hecho y su circunstancia específica por otra distinta y preguntar si el disparo que ocasionó la muerte lo fué no, con esta arma de que habla la autopsia, sino contra (sic) distinta que el cuestionario llama fusil o carabina".

Segundo motivo. Que el Juez de primera instancia no dio aplicación a lo dispuesto por el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, ya que dejó de interrogar al procesado Francisco Alberto Camacho en los términos allí indicados.

Estima el demandante que esos dos motivos alegados constituyen una de las llamadas nulidades constitucionales, por haberse juzgado a Camacho sin el lleno de las formalidades propias del juicio penal, con violación del derecho de defensa.

Hechos y actuación procesal:

Dá cuenta el proceso que en las horas de la tarde del día 12 de noviembre de 1946. Hipólito Bohórquez y otras personas llegaron a los socavones de las minas de esmeraldas de Chivor, Municipio de Almeira, minas explotadas libremente por Francisco Alberto Camacho, sus hermanos y otros, con el fin de recoger algunas "sombreradas de tierra" en busca de aquellas piedras. Los hermanos Camachos se encontraban en las minas, y probablemente temieron ser

despojados por Bohórquez y compañeros, en todo caso lo cierto fue que los Camachos persiguieron a Bohórquez quien salió en carrera y contra quien dispararon con armas de fuego de largo y corto alcance, recibiendo una herida en el pecho a causa de la cual murió Bohórquez pocos momentos después de recibirla.

En la diligencia de autopsia practicada al cadáver de Hipólito Bohórquez, diligencia que se llevó a cabo casi dos meses después de la muerte, los expertos exponen:

"ASPECTO EXTERIOR DEL CADAVER. Despojado de sus vestiduras se hallaron todos los huesos del esqueleto limpios y sin materias blandas, de manera que no se pudo practicar perfectamente la autopsia porque la materia blanda había desaparecido, pero entre despojos pedados (sic) de materia blanda y en el barro del cadáver se encontraron cinco municiones frente al lugar que ocupa el corazón y los pulmones, de manera que se ve claramente que Hipólito Bohórquez recibió a corta distancia un tiro con municiones o perdigones de escopeta, que pudieron ser lanzados por una escopeta o lanzados porque se encontraban dentro de la causula (sic) de un revólver y fueron lanzadas por éste.

"CONCLUSIONES.—De lo anteriormente expuesto concluimos que Hipólito Bohórquez falleció a consecuencia de un tiro con municiones o perdigones y que ésta fue la causa única y determinante de la muerte de Hipólito Bohórquez".

Entre los declarantes que mejor puntualizaron los hechos investigados se encuentra el testigo Angel María García, quien acompañaba a Bohórquez cuando éste recibió el disparo mortal. Dicho testigo declara:

"...Me hallaba en el sitio de las minas de Chivor como a unos cuarenta metros de distancia del socavón donde estaban extrayendo esmeraldas los Camachos y otros, y yo estaba en compañía del finado Hipólito Bohórquez..., en ese momento dijo alguna persona que los que estaban trabajando en el mencionado socavón estaban dando sombreradas de tierra para escoger, en vista de eso siguió el finado Hipólito en dirección al socavón y yo me fuí detrás de él, una vez que llegamos al socavón, el que estaba guardiado por centinelas, los cuales eran Francisco Camacho y otro..., Hipólito Bohórquez les dijo a los centinelas que si le daban permiso de entrar, mas a ésto contestó Francisco Camacho que no había permiso para entrar, Hipólito contestó que si las minas las tenía compradas, a esto Francisco Camacho le dio un urgón con la punta del calibre de la carabina que portaba, a esto Hipólito trató de evitar que lo matara y me prendió de los brazos y me pasó adelante de él, luégo así prendidos retrocedimos unos cuatro metros y Francisco Camacho seguía detrás de nosotros con la carabina tendida y listo a disparar, en esas me le pude zafar a Hipólito y ví que el mencionado Camacho le pegó el primer balazo en el pecho a Hipólito Bohórquez y en este momento dijo: "hayayay que me mataron" y siguió andando hasta que llegó a un camellón y el mencionado Camacho y otros le seguían disparando y luégo que se entró allí no lo volví a ver".

Con base principalmente en la anterior declaración, el Juzgado Segundo Superior de Tunja, en providencia de 7 de abril de 1949, llamó a responder en juicio al procesado Francisco Alberto Camacho, por el delito de homicidio en la persona de Hipólito Bohórquez; y, sobreseyó definitivamente en favor de los otros sindicados Uldarico Daza, Pedro Pablo, Epaminondas y Julio Roberto Camacho, por el mismo delito. En el auto de proceder se le imputó a Francisco Alberto Camacho un homicidio simplemente intencional, y se tuvieron como pruebas del cuerpo del delito, el acta del levantamiento del cadáver de Hipólito Bohórquez, varias declaraciones sobre su presanidad y la diligencia de autopsia que se transcribió anteriormente.

Es evidente que en la parte resolutiva del auto de proceder se dice que Bohórquez "falleció a consecuencia de un disparo de arma de largo alcance (fusil o carabina), según las descripciones de la respectiva diligencia de autopsia".

El Tribunal Superior de Tunja, en providencia de 28 de julio de 1949, confirmó en todas sus partes el auto de proceder dictado por el Juzgado, sin hacerle modificación alguna.

Teniendo en cuenta el enjuiciamiento, al Jurado se le sometió el siguiente cuestionario:

"El acusado Franciso Alberto Camacho Rodríguez, mayor de edad, natural de Guayatá, hijo de Epaminondas Camacho y de Mercedes Rodríguez, casado con Emperatriz Ramírez y agricultor de profesión por la época de la infracción, es responsable SI o NO de haber ocasionado la muerte, con intención de matar, a Hipólito o Leopoldo Bohórquez mediante disparo de arma de fuego de largo alcance (fusil o carabina); hecho que tuvo lugar a eso de las tres de la tarde del día doce (12) de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946) en el punto donde se hallaban ubicadas

las minas de esmeraldas de "Chivor" vereda del mismo nombre, de la comprensión municipal de Almeida (Boy.)?".

El Jurado contestó: "Sí es responsable, sin precisar el arma de fuego".

Con base en el anterior veredicto, el Juzgado del conocimiento, en sentencia de 22 de septiembre de 1950, condenó a Francisco Alberto Camacho a la pena principal de ocho años de presidio.

El Tribunal, en sentencia de 4 de abril de 1951, reformó la de primer grado en el sentido de imponer como pena principal la de nueve años de presidio, y la confirmó en cuanto a lo demás.

Sentado lo anterior se entra a estudiar la causal 4ª en su primer motivo alegado, o sea, cuestionario en desacuerdo con el auto de proceder y con el acta de autopsia.

El señor Procurador Delegado en lo Penal al contestar este cargo contra el fallo recurrido, hace un completo estudio del problema que la Sala comparte y acoge como fundamento de su decisión sobre el particular. Dice el colaborador:

"En el enjuiciamiento se dice que la muerte de Bohórquez fue causada con "arma de fuego de largo alcance (fusil o carabina)"; la autopsia reza que dentro del esquelto del cadáver "se encontraron cinco municiones" o perdigones, "que pudieron ser lanzados por una escopeta o lanzados porque se encontraban dentro de la causula (sic) de un revólver y fueron lanzadas por éste", el testigo presencial Antonio María García, base de la responsabilidad deducida al acusado, declara que Francisco Camacho le disparó a Bohórquez con una 'carabina' y el cuestionario habla de 'arma de fuego de largo alcance (fusil o carabina)', tal como se expresó en la parte resolutiva del llamamiento a juicio.

"En tal virtud, el desacuerdo no está propiamente entre el auto de proceder y el cuestionario —que son armónicos en la referencia del arma—, sino entre lo afirmado por el testigo García y lo establecido en la autopsia. En principio aparece tal desarmonía, porque si Camacho actuó con una carabina, ha debido encontrarse en el cadáver de Bohórquez un proyectil propio de esa arma, y no unas 'municiones o perdigones' que disparan generalmente las escopetas.

"Pero tal desacuerdo puede obedecer a varias causas: a) Que la carabina u otra arma semejante la disparara Camacho, empleando cartuchos recargados con perdigones, cosa común entre los campesinos; b) Que el arma usada por Camacho no fuera propiamente una carabina, sino una escopeta, y que el testigo García confundiera ésta con aquélla; y c) Que el disparo mortal no hubiera sido hecho por Camacho, sino por otro de los atacantes, empleando escopeta, o carabina, o cualquier otra arma con cartuchos recargados.

"La primera hipótesis tiene fundamento en la declaración del testigo Jesús Perilla P., **quien expone:**

"...De repente sentí unos disparos con armas de fuego de **largo alcance**... y ví que estaban disparando los señores Pedro Pablo Camacho, Julio Roberto Camacho, Epaminondas Camacho, Luis Francisco Camacho y Uldarico Daza, y decían: "Ahora sí que se avienten los Chivoreños que aquí los estamos esperando"; también oí que dijo Julio Roberto Camacho a Uldarico Daza: "cuidado Uldarico **no desperdicie los cartuchos que ya no hay necesidad".** También ví en el momento que estaban disparando a un hombre que iba herido y huyendo por el canelo arriba y que hacía esfuerzos para trepar y no podía y al fin cayó en el mencionado canelón". (Subraya la Procuraduría).

"Si, pues, en el ataque se usaron armas de largo alcance y si uno de los agresores tenía especial cuidado de que no se "desperdicieran los cartuchos", puede razonadamente concluírse que los atacantes estaban escasos de municiones y que algunas de éstas o todas se hallaban recargadas con balines de escopeta. Bien pudo, por lo tanto, Francisco Camacho usar esa clase de cartuchos.

"La segunda hipótesis (confusión del arma por parte del testigo) también es viable, tratándose de escopetas de cápsula con mecanismo de manubrio o manivela, que pueden ser tomadas por carabina o fusil por personas poco expertas en el conocimiento de esa clase de instrumentos. Tal error parece deducirse de los testimonios de Victorio Montenegro y Eusebio Daza.

"El primero dice: '...Entonces salió Epaminondas Camacho del socavón y dijo: 'este gediondo, hijueputa (refiriéndose a Bohórquez), nos va a jurgar, piensa que está jurgando sus marranos puallá en Chivor' y con una arma de largo alcance, **que no me fijé si era una carabina o una escopeta de cartucho,** lo cierto fue que ví que el dicho Camacho le disparó a Hipólito Bohórquez, a continuación sentí varios disparos que salieron de lugares diferentes pero no supe quién los haría'.

"Y Daza declara: '...Hacia la puerta del socavón había un grupo de varios hombres..., en esas escuchamos una detonación como de unos cinco o seis tiros al tiempo como descarga cerrada... vimos que la gente iba corriendo esparcidos y ví que Epaminondas Camacho llevaba **una arma de**

manubrio que por la distancia no supe qué era, iba echando bala con esa arma, **pues me pareció que fuera una escopeta de cartucho** de proyectil número 28'.

"Además Antonio José Bohórquez vio que Pedro Pablo Camacho, Julio Roberto, Epaminondas y **Francisco Camacho** disparaban a Hipólito Bohórquez con fusiles, carabinas y **escopetas de cartucho.** Ignacio Novoa declara que las personas que le dispararon a Bohórquez, entre ellas Francisco Camacho, lo hicieron "con carabina, pistola y **escopeta.**

"Así las cosas, no queda descartado que Francisco Camacho atacara a Hipólito con escopeta de cartucho o que el testigo García interpretara como carabina en manos de Francisco lo que realmente era una escopeta.

"La última hipótesis (que el autor del disparo fuera persona distinta de Francisco Camacho) tiene, igualmente, respaldo procesal en los testimonios de Catalina Novoa, José Antonio Roa, Adán Sánchez, Jesús Perilla y José del Carmen González.

"Pero este tema incidiría en la declaratoria de veredicto contrario a la evidencia de los hechos, propia de los juzgadores de instancia, y no en una causal de nulidad, que es lo discutido ante la H. Corte.

"Según todo lo expuesto, se trata más bien de un problema de prueba sobre la verdadera naturaleza del arma empleada por el autor de la muerte de Bohórquez, y sobre la responsabilidad principal y única de Francisco en dicho homicidio; y no de una falta de consonancia entre el auto de proceder y el cuestionario, pues el hecho de que en uno y otro acto procesal se hable de que el acusado mató a Bohórquez con arma de fuego de largo alcance (carabina o fusil), no excluye absolutamente que en realidad así sucediera, si se tiene en cuenta que todos los testigos, unánimemente, dicen haber visto a Francisco con arma de largo alcance el día de los sucesos, y ser posible, además, el empleo de cartuchos **recargados** con perdigones; de que habla la autopsia.

"Más aún aceptando que el cuestionario estuviera mal formulado en ese sentido, el error y el posible abuso en el juzgamiento de Camacho, desaparecieron con las explicaciones que al respecto le hicieron las partes al Jurado en el curso de la audiencia pública, y con la adición que éste introdujo en su veredicto.

"En efecto, consta en el acta de la audiencia que el defensor criticó 'fuertemente, las diligencias del levantamiento del cadáver y su autopsia, especialmente esta última, por contener conclusiones que no podían tomarse en la forma expresada por los autopsiadores... Después de extensas y detalladas explicaciones de sus argumentos para combatir los cargos hechos al acusado en la demanda enjuiciatoria, termina el señor defensor pidiendo se niegue la responsabilidad del acusado, haciendo notar al Jurado que mal podría afirmar que el delito se cometió con determinada arma de fuego, así, sea de largo o de corto alcance sobre lo cual debe existir pleno convencimiento por parte del Jurado; y que como en el cuestionario se pregunta también sobre estos puntos, el Jurado no podrá afirmar categóricamente con qué clase de arma fue herido Hipólito Bohórquez, lo que quiere decir que esa duda también debe resolverse a favor del procesado, y, consiguientemente impone la absolución del acusado'.

"Por su parte, el señor Fiscal, según lo dice el fallo de primera instancia, les explicó experimentalmente a los Jurados 'que el proyectil vulnerante (una cápsula o cascarón de revólver lleno de municiones) puede ser disparado por un gras'. Experimento que hizo el Agente del Ministerio Público 'introluciendo un cascarón de revólver calibre 38 dentro de un cascarón de grass y demostrando así que una cápsula de grass puede cargarse con una de revólver y dispararse como proyectil. Con mayor razón puede cargarse una cápsula de escopeta con un cascarón de revólver'.

"Y como remate de todo esto, el Jurado afirmó la responsabilidad de Camacho, pero aclarando que no podía 'precisar el arma de fuego' empleada por éste'.

"Queda, pues, clarísimo que al acusado no se le cercenó el dehecho de defensa, porque bien o mal elaborado el cuestionario, los jueces populares apreciaron debidamente el problema que hoy plantea en casación el señor apoderado, y llegaron al convencimiento de que Francisco Alberto Camacho fue el autor de la muerte de Hipólito Bohórquez, a pesar de no ser conocida el arma que utilizó.

"Finalmente, cábe decir que el cuestionario que se somete al Jurado debe contener los elementos materiales de la infracción (cuerpo del delito), los atinentes a la responsabilidad del autor o partícipe y las circunstancias modificadoras que puedan influir en la aplicación de la pena. Y el arma con que se consuma un homicidio no hace parte del cuerpo del delito del mismo, sino que apenas representa el instrumento que ha servido para realizarlo. Por eso, dice el artículo 316, del Código de Procedimiento Penal que 'las armas, ins-

trumentos y efectos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, se reconocerán y describirán detalladamente, se secuestrarán y harán parte del sumario para los efectos de la investigación'.

"No se concibe que si el arma fuera parte del cuerpo del delito, pudiera ella secuestrarse y agregarse al sumario, pues a nadie se le oculta que una noción filosófica y jurídica como es la del cuerpo del delito pueda llegar hasta materializarse y confundirse en el medio usado para perpetrar la infracción.

"Por ese motivo, la indicación precisa del arma empleada, no es sustancial consignarla en el cuestionario para configurar el cuerpo del delito de homicidio. Lo imprescindible al respecto es determinar que un hombre murió injustamente a consecuencia de la acción de otro hombre. De lo contrario, cada vez que el instrumento del delito no apareciera, o no estuviese debidamente identificado, el delito de homicidio quedaría inexistente, cosa en verdad absurda.

"Sólo cuando lo extraordinario del medio empleado para realizar el delito influye en la especie de éste y en el aumento enérgico de la sanción, por la temibilidad que revela el delincuente, entonces sí es el caso de interrogar al Jurado sobre esa especial circunstancia referente al modo de ejecución del ilícito. Tal sucede, por ejemplo, en el homicidio cometido por medio de incendio, inundación, siniestro ferroviario u otros de los delitos previstos en el Título VIII del Libro 2° del Código Penal, modalidades éstas gravísimas que elevan el hecho a la categoría de asesinato, conforme al numeral 8º del artículo 363 de la obra citada".

Lo anterior indica que el primer cargo con base en la causal 4ª, no tiene fundamento.

Segundo motivo.—Incumplimiento por parte del Juez de primera instancna de hacer los interrogatorios al procesado de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal.

En el auto en que el Juez decretó las pruebas solicitadas por las partes, dispuso interrogar "por dos veces al procesado Francisco Alberto Camacho"; diligencia que no se llevó a término; en la segunda instancia tampoco tuvo su ocurrencia.

Repetidas veces ha dicho la Corte que la omisión de la formalidad consagrada por el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que el Juez no interrogó personalmente al enjuiciado para informarse acerca del hecho, antecedentes personales del acusado, sus condiciones de vida y, en general, de todo lo que tienda a revelar su personalidad, no es violatoria de ninguna garantía procedimental; es evidente que esa medida sirve de pauta al fallador para obtener un conocimiento directo acerca de la personalidad del acusado, pero en ningún caso menoscaba el derecho de defensa; por otra parte, si dentro del proceso se encuentran elementos probatorios sobre los cuales se puede formar un conocimiento exacto de la personalidad del reo, su omisión no conlleva nulidad, ni la ley ha consagrado en ningún texto la pretermisión de esa formalidad como nulidad.

Lo anterior indica que el segundo cargo tampoco prospera. En consecuencia, la causal 4ª alegada no tiene fundamento.

Causal 3ª—Desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder y con el veredicto del Jurado.

Los dos motivos, desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder y con el veredicto del Jurado los alega el demandante al sustentar esta causal.

Al presentar el primer cargo, desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, dice el demandante:

"...Es evidente que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, porque en éste, se enjuició a Camacho como autor de un homicidio causado con un disparo de escopeta con municiones y ahora se dice que no se sabe con qué arma disparó, si carabina, grass o escopeta".

Se considera:

Ha sido doctrina constante de esta Sala de la Corte la de que en los procesos con intervención de Jurado, la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto, aunque éste no se ajuste estrictamente a las circunstancias específicas que se le asignaron al hecho punible en el auto incriminatorio. Pues, el Jurado tiene potestad legal para apartarse del cuestionario —que es una síntesis del auto de proceder— y agregar en sus respuestas las circunstancias en que crea que el delito se realizó.

Bien sabido es que lo inmodificable del auto de enjuiciamiento no es su parte motiva, sino la resolutiva. 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 probado por las partes en el curso del juicio. Esta consideración conduce a sostener la tesis de que en este recurso extraordinario de casación y tratándose

de juicios por Jurado, no es pertinente sustentar ante la Corte desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino disconformidad de ésta con el veredicto del tribunal popular.

No prospera, pues, el primer cargo formulado con base en la causal 3ª de casación.

Segundo motivo.—Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

A este respecto, dice el demandante:

"Al decir el Jurado en su veredicto sí es responsable, pero sin precisar el arma de fuego, es claro que dejaron sin contestar un hecho y una circunstancia especialísima que forma parte como ya lo vimos del cuerpo del delito y que hace relación por modo directo a la responsabilidad del procesado, mejor dicho: el Jurado negó una de las cuestiones esenciales de la pregunta, o sea aquella que el cuestionario enunció así: "¿es responsable, sí o nó, de haber ocasionado la muerte con intención de matar a Hipólito o Leopoldo Bohórquez mediante el disparo de largo alcance, fusil o carabina?".

"Por ello —dice más adelante— el Juez ha debido, si estaba convencido de que el autor del disparo había sido Camacho, declarar el veredicto contraevidente, pero no creer que sin precisar el arma, se podía aceptar la responsabilidad. . .".

Este segundo cargo tampoco tiene fundamento, en primer lugar —como lo anota el señor Procurador— porque el Jurado sí se pronunció claramente acerca del arma que se empleara en la ejecución del delito, arma de fuego que, en su criterio, no podía precisarse; en segundo lugar, porque la descripción pormenorizada del arma o instrumento con que se haya cometido un homicidio, no es necesario hacerla en el cuestionario, ni requiere la especial decisión del tribunal popular, por no tratarse de un elemento esencialmente constitutivo del cuerpo del delito; en tercer lugar, porque la sentencia recurrida en casación se encuentra en perfecta concordancia con el veredicto del Jurado al reprimir al procesado Camacho con la pena correspondiente a un homicidio simplemente intencional que fue precisamente la infracción calificada por el tribunal popular; y, en fin, porque el declarar el veredicto contrario a la realidad de los hechos —como lo pretende el demandante— no es materia de casación.

Lo anterior indica que la causal 3ª no prospera.

Causal 1ª—Violación de la ley penal.

Al sustentar esta causal el demandante ataca el fallo del Tribunal porque al hacer la adaptación de la pena se le dedujo al procesado Camacho una circunstancia de mayor peligrosidad que no está comprobada en el proceso, y que, por lo tanto, el Tribunal violó el artículo 39 del Código Penal.

"El artículo 37, inciso 2º del C. P. —dice— al hablar de circunstancias de mayor peligrosidad exige que haya incurrido anteriormente en condenaciones judiciales o de policía. Aquí tanto el sentenciador de primera instancia como el de segunda reconocen que no existen copias de dichas sentencias".

Se considera:

El Tribunal al individualizar la sanción, expuso lo siguiente:

"...La disposición violada en este caso por el acusado es la del artículo 362 del C. P., que señala la pena de ocho a catorce años de presidio y que acertadamente se invoca en el fallo que se estudia; pero aunque allí se le impone el mínimo de esta sanción, considerando que no obran en contra del procesado circunstancias de mayor peligrosidad y que es precisamente el punto de discrepancia del señor Fiscal del Juzgado del conocimiento para apelar del fallo en cuestión, la Sala observa que si bien es cierto que no obran las copias de las sentencias anteriores que se hayan dictado en contra del procesado para computarle la circunstancia de que tratan los numerales 1º y 2º del artículo 37 del C. P., sino apenas los informes de varias oficinas de que ha sido sindicado y ha estado y está preso por otros delitos, estas referencias suministran por lo menos la certeza de que su personalidad no deja de ser peligrosa y que debe tenerse en cuenta para graduar su penalidad, conforme lo prevé el artículo 36 del mencionado C. P., y que de consiguiente el mínimo de aquella pena debe aumentarse siquiera en un año más, quedando así en nueve años de presidio".

Los antecedentes judiciales de Francisco Alberto Camacho que se desprenden no sólo de su indagatoria, sino de las constancias traídas a los autos, son los siguientes:

En la indagatoria se dice:

"...En 1935 estuve preso en las cárceles de Guateque, por el delito de heridas, por cuenta del señor Juez del Circuito; fui sentenciado a la pena de tres años de presidio; con la rebaja que me hicieron pagué con dos años; fuéra de ese negocio, estoy actualmente preso por el delito de homicidio que me sindican por la muerte de un Camilo Novoa, porque ni siquiera lo conocí".

El Juzgado Penal del Circuito de Guateque informa que en ese despacho han cursado los siguientes procesos contra Camacho:

"Contra Luis Francisco Camacho y Félix Eduardo Camacho por escalamiento. Archivado por prescripción el 9 de agosto de 1946. Delito cometido el 26 de enero de 1931".

"Contra Luis Francisco Camacho, Epaminondas Camacho y socios, por heridas y malos tratamientos. Se remitió por competencia al Juez Municipal de Guayatá el 7 de junio de 1946. Delito cometido el 6 de junio de 1934".

"Contra Luis Francisco Camacho. Por heridas. Remitido al Juez Municipal de Guayatá por competencia el 7 de junio de 1946. Delito cometido el 21 de mayo de 1935".

"Contra Francisco Alberto y Epaminondas Camacho. Por heridas. Archivado por prescripción el 8 de octubre de 1946. Delilto cometido el 13 de agosto de 1935".

"Contra Francisco Camacho por robo. Pasó al Juzgado Penal del Circuito de Garagoa el 18 de agosto de 1943. Delito cometido el 21 de diciembre de 1941".

"Contra Epaminondas, Francisco, Pedro Pablo, Julio Roberto Camacho y socio, por homicidio, remitido al Juzgado Superior (repartimiento) el 6 de mayo de 1947. Delito cometido el 12 de noviembre de 1946. (Es el actual proceso).

"Contra Francisco Alberto Camacho, por homicidio. Remitido al Juzgado Superior de Tunja (repartimiento) el 10 de mayo de 1947. Delito cometido el 30 de abril de 1947".

En el auto de proceder de primera instancia, se afirma que Francisco Alberto Camacho "se encuentra actualmente detenido en el Penal de esta ciudad, por cuenta de este Despacho, **como enjuiciado** por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Camilo Novoa, **proceso en el cual se dictó auto de enjuiciamiento contra dicho sindicado,** el año próximo pasado (1948), y por tal causa se está adelantando y preparando para audiencia pública".

El señor Director de la Penitenciaría de Tunja informa:

"Francisco Camacho Rodríguez, hijo de Epaminondas Camacho y de Mercedes Rodríguez; natural de Guayatá. Ingresó a este Establecimiento como detenido el veintiocho (28) de julio de mil novecientos treinta y seis (1936), por orden del Juzgado Segundo Superior, con boleta número 28, por el delito de homicidio. El catorce (14) de agosto de mil novecientos treinta y seis (1936), pasó al lugar de los sentenciados, por orden del Tribunal Superior de esta ciudad, sentenciado en segunda instancia, a cumplir la pena de tres (3) años de presidio, por el delito de heridas. El cinco (5) de octubre de mil novecientos treinta y siete (1937), la Gobernación del Departamento le concedió al penado la rebaja de tercera (3ª) parte de la pena; expidiéndole pasaporte número 145. Nuevamente ingresó como detenido, el diez y seis (16) de mil novecientos cuarenta y siete (1947), orden del Juzgado Tercero Superior, con boleta número 26, por el delito de homicidio. El veintitrés (23) del mismo mes quedó a órdenes del Juzgado Segundo Superior, con boleta número 113 y continúa detenido".

Con la confesión del acusado corroborada por el Director de la Penitenciaría de Tunja, se comprueba plenamente que Francisco Alberto Camacho fue condenado a tres años de presidio, por el delito de lesiones personales. Conforme al artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, dicho informe del Director de la Penitenciaría hace "plena prueba de los hechos en que el funcionario da fe", en armonía con el 632 del Código Judicial.

En el caso a estudio se sabe con toda evidencia y por medio de un documento público —certificado del Director de la Penitenciaría— que el procesado Camacho sufrió una condena anterior y que la pagó. Esta plena prueba del hecho es suficiente para elevar el mínimo de la sanción con fundamento en los artículos 36 y 37, numeral 2º, del estatuto represivo, aunque no se hayan traído las copias de las sentencias respectivas, porque el juzgador sabe, con seguridad —como lo dice la Procuraduría— "que los resultados de la anterior acción penal intentada contra el sujeto culminó en un hecho preciso y concreto: la condena; que no se trató de una simple sindicación que terminara con sobreseimiento definitivo, o con sentencia absolutoria; y que el delincuente que está juzgando, presenta un marcado aspecto de peligrosidad, por esa mala conducta anterior demostrada con su situación de condenado".

Si se tratara de calificar al acusado como reincidente, el asunto cambiaría de aspecto y se haría necesario traer al proceso la copia completa de las sentencias condenatorias anteriores. Ello porque en la reincidencia se exigen requisitos estrictos, de orden positivo y de orden negativo, que sólo el conocimiento íntegro de los fallos puede suministrar para deducir tal agravante. En cambio para deducir la simple circunstancia accesoria de peligrosidad referente a condenas anteriores, es suficiente establecer claramente que el delin-

cuente las sufrió en cualquier tiempo, que fue realmente condenado, cualesquiera que hayan sido los delitos en que incurrió, los motivos determinantes y las condiciones personales del infractor. De tal suerte que si la condena anterior puede ser ineficaz para demostrar reincidencia, aquélla no desaparece de la historia judicial o policiva del sujeto para mostrarlo como peligroso y digno de una pena adecuada a sus impulsos delictuosos y a la defensa de la sociedad.

Francisco Alberto Camacho —como ya se dijo— presenta un pasado judicial con numerosos procesos y se certifica, por autoridad competente, que sufrió una condena por delitos contra la integridad personal.

De tal suerte que el Tribunal al adaptar la pena imponible al acusado, siguió el factor peligrosidad revelado en los antecedentes judiciales de que se ha hablado. Es decir que los nueve años de presidio impuestos a Camacho, se ajustan al criterio subjetivo de la peligrosidad que el proceso exhibe.

En tal virtud, la causal 1ª de casación, tampoco prospera.

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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre. Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

TERMINO PARA LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIAS MILITARES

De conformidad con el Código de Justicia Militar vigente (arts. 2º y 233), el recurso de casación debe interponerse ante la Corte, a la cual toca decidir de su concesión, y la interposición debe hacerse dentro del término de quince días siguientes a la notificación del fallo, que es el que señala el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo trece de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Comando de la Armana Nacional —mediante fallo del quince de febrero del presente año— condenó al Teniente de Fragata, señor Héctor Vera Amador, y al ex-Contador Pagador Almacenista señor Carlos Eduardo Esparragoza Vera, uno y otro del ARC. "Presidente Mosquera", a las penas de uno y dos años de prisión, respectivamente, como responsables del delito de uso indebido de bienes del Estado.

Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación los procesados y sus representantes legales ante las entidades que a continuación se nombran, y en las épocas siguientes:

a) El defensor del Teniente Vera dentro del tiempo de ejecutoria del fallo (marzo 3 del presente año) y personalmente el procesado al serle notificado, uno y otro ante el Comando de la Armada, y

b) El ex-Contador señor Esparragoza ante la Corte mediante apoderado especial (abril 23) no sin que en el acto de la notificación hubiera afirmado que "interpondría el recurso de casación" y, posteriormente, en análoga diligencia (notificación del auto que otorgó el recurso interpuesto por el defensor de Vera) nombró al doctor Hermes Camacho Luna como su apoderado ante la Corte.

Llegado el expediente a la Corte, el diez y seis de abril —en atención a que el art. 233 del Código de Justicia Militar adoptó el mismo procedimiento y las mismas causales de la ley procesal común— se ordenó fijar en lista el negocio, se reconoció la personería del apoderado del Capitán Vera y, posteriormente, la del apoderado del ex-Contador Esparragoza, quien seguidamente promovió el recurso ante la Corte.

Mas al estudiar la admisibilidad del recurso, sostenida por el representante de Vera, se observó que, en la tramitación de este recurso, se pretermitieron normas cuya inobservancia —de conformidad con los arts. 235 (1ª) del Código de Justicia Militar y 198 (1ª) del de Procedimiento Penal— ha creado un motivo de nulidad que, por mandato de los arts. 236 y 200 de los citados estatutos, respectivamente, debe la Corte subsanar.

Y como es la primera vez que —con apoyo en el nuevo Código de Justicia Militar— se impugna ante la Corte un fallo del Comando de la Armada, considera ésta que es la oportunidad de aclarar las dudas y ambigüedades que tal ley, en lo que concierne a la interposición y concesión de este recurso, contiene, y así fijar definitivamente el contenido jurídico exacto de la norma considerada equívoca y oscura.

Las disposiciones que regulan la casación en los procesos militares, incorporados en dicho Código, son las siguientes:

a) El art. 233 del Código Militar, según el cual **"el recurso de casación se interpone ante la Corte Suprema de Justicia** por el Fiscal o por el procesado, personalmente o por medio de su defensor, contra las sentencias condenatorias de segunda instancia en los procesos militares, por delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, **y con el mismo procedimiento y por las mismas causales que en asuntos ordinarios.**

b) El art. 2º del mismo Código según el cual "en las materias de que trata este Código, son aplicables —en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la justicia militar y no se opongan a textos expresos, los preceptos de la legislación penal y procedimental comunes", a los cuales "se ocurrirá siempre que sea necesario resolver

casos dudosos o no previstos en la legislación militar".

Examinado el art. 233 anteriomente transcrito, es notoria la carencia de disposiciones precisas concernientes al tiempo dentro del cual debe interponerse el recuso y al sistema de sustanciación, y que sí fueron incorporadas en leyes análogas (82 de 1948). No obstante la oscuridad, ambigüedad o vacío, la interpretación lógica del art. 233, con apoyo en el art. 2º, fija su contenido con exactitud, como en seguida se explica.

La cuestión que ha de examinarse —que en sí es obvia— se refiere al término dentro del cual debe interponerse el recurso. Tratándose de un caso no previsto en la ley militar, es necesario recurrir —según la facultad del art. 2º— a la ley procesal común, cuyo artículo 556 fija el término de los quince días siguientes a la notificación del fallo. Es, pues, éste el tiempo que tiene el procesado para interponer el recurso, no ante el Comando como hizo el apoderado de Vera, sino directamente ante la Corte como actuó el de Esparragoza, ya que es ésta y no aquél la única entidad competente para conceder el recurso, contrariamente al común, en que el Tribunal goza de dicha facultad.

Si, pues, el Comando en vez de enviar el memorial de interposición a la Corte, concedió el recurso —que a su vez fue mal interpuesto— ejercitó una facultad privativa de aquélla, y al ejercitarla actuó sin competencia, afectando así sustancialmente el proceso.

Esta y no otra es la interpretación lógica que puede hacerse del art. 233 del Código de Justicia Militar. Y como aquí, por lo dicho, se incurrió en una nulidad sustancial —incompetencia de jurisdicción por parte del Comando— son de obligada aplicación los arts. 236 y 200, de las leyes procesales militar y común respectivamente.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

a) Declarar —como en efecto declara— la nulidad de la actuación a partir del auto del Comando de la Armada, inclusive, del dos de abril del presente año, y

b) Ordenar, como en efecto ordena, se reponga el proceso a fin de subsanar el defecto anotado.

Cópiese y notifíquese.

Luis Gutiérrez Jiménez — Francisco Bruno— Alejandro Camacho Latorre—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

AL IMPONER LA SANCION, NO PUEDEN TRASPASARSE LOS LIMITES SEÑALADOS EN EL ARTICULO 45 DEL CODIGO PENAL

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de **José Félix Chañag** interpuso casación contra la sentencia del Tribunal de Pasto, del veinte de abril del año pasado, por la cual —con aplicación de los arts. 33 y 363 del Código Penal— fué condenado a la pena de veintiseis años de presidio, como responsable de doble homicidio en las personas de los menores Elvia Guadalupe Pinchao y Luis Gerardo Pinchao, cometido en la sección "Chaves", Municipio de Pasto, el siete de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

Cumplidas las normas de los arts. 563 y siguientes del estatuto procesal penal, la Sala decide el recurso en el presente fallo, no sin antes hacer una breve referencia a los hechos y a las tesis expuestas en la demanda y en el concepto fiscal.

A) El proceso

De acuerdo con la versión del Juez de primera instancia, los hechos se realizaron en la forma siguiente:

"El día siete de junio de mil novecientos cuarenta y siete dejó en su casa de habitación situada en la Sección 'Chaves' jurisdicción de este Municipio, el señor José Ignacio Pinchao a sus dos hijos menores, la una llamada Elvia Guadalupe y el otro Luis Gerardo Pinchao. Siendo las tres de la tarde poco más o menos del día citado volvió José Isaías Pinchao a su casa de habitación y se encontró con la terrible sorpresa de que sus dos hijos menores habían sido barbaramente asesinados; su hija fué encontrada tendida en el corredor de la casa en referencia y el menor Luis Gerardo fué hallado en la cocina y sus brazos habían sido comidos por una marrana que se encontraba en la misma cocina. Ante este macabro espectáculo, José Isaías Pinchao gritó desesperadamente en demanda de auxilio a Benjamín Cunchala quien no ocurrió oportunamente en obedecimiento a que se había encontrado merendando; el padre de los menores asesinados acudió a informar a Basilio Rojas sobre la realidad en el trágico final de sus dos hijos y en demanda de socorro, inmediatamente con los gritos de desesperación del padre adolorido, concurrió la mayoría del vecindario a presenciar el horrendo cuadro familiar y momentos después llegaron al mismo sitio de los acontecimiento el Corregidor de la Sección y el señor Juez Permanente de la Policía Nacional de esta ciudad, quien como se dijo inició en seguida la presente investigación habiendo levantado el cadáver como diligencia preparatoria".

Iniciada la investigación por el Inspector Permanente de la Policía Nacional, y calificado —en su mérito— por el Juez 1º Superior de Pasto, en ella se dictaron las siguientes providencias:

a) **La del veintiocho** de noviembre de mil novecientos cincuenta, mediante la cual el Juez, considerado Chañag por el Jurado como homicida en la especie de doble asesinato, lo condenó a veintiseis años de presidio y al pago de la suma de trece mil doscientos pesos a título de reparación de perjuicios, y

b) La del Tribunal, del veinte de abril de mil novecientos cincuenta y uno, mediante la cual, previa declaración de que el proceso no es nulo ni por incompetencia de jurisdicción, ni por falta de asistencia de Chañag, alegados por el defensor, confirmó la del Juez.

B) La demanda

El demandante afirma que en la sentencia se violaron las siguientes disposiciones, incurriéndose así en la nulidad del proceso:

a) El art. 26 de la Constitución Nacional y el art. 104 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto a Chañag, siendo menor en la época del delito, no se le nombró curador **ad litem**, como lo prescribe la norma procesal citada, y

b) El art. 198 del mencionado Código, por cuanto el funcionario instructor —Inspector Permanente de Policía Nacional— no era competente.

El señor Procurador Delegado se opone a que se case la sentencia, ya porque Chañag no era menor de edad, según se comprobó oportunamente, ya porque —en virtul del Decreto Nº 1111 de 1938 que aplazó la creación de Jueces de Instrucción Criminal— en el art. 64 de la Ley 169 a 1896 facultaba a los Jefes e Inspectores de Policía Nacional o Departamental para ejercer funciones de instructores.

C) Estudio del recurso

Las objeciones que con base en la causal cuarta el recurrente ha hecho a la sentencia, no tienen base legal, como en seguida se explica.

a) La incompetencia de jurisdicción

La nueva ley procesal penal (94 de 1938), al mismo tiempo que creó los Jueces de Instrucción Criminal, que debían ser nombrados por los Tribunales, quitó aquella función a los Alcaldes y a los Inspectores de Policía, limitándola a las contravenciones y a las demás infracciones penales cuyo conocimiento correspondiera a la Policía y a los Juzgados Municipales (arts. 36 a 40 y 60).

Posteriormente, en vista de obstáculos fiscales, el Gobierno, fundado en la Ley 25 de 1938 sobre facultades extraordinarias, expidió el Decreto Nº 1111 del mismo año mediante el cual prorrogó el carácter de funcionarios de instrucción a quienes entonces lo tenían, esto es, a los "Jefes e Inspectores de Policía Nacional y Departamental", instituídos por la Ley 169 de 1896 (art. 64).

Así, los Decretos emanados del Gobierno de Nariño anteriores al Decreto 1111 sobre aplazamiento de las normas citadas de la ley procesal, no tienen la eficacia jurídica de que el recurrente quiso investirlos.

b) La inasistencia del menor

El proceso contiene datos que quitan todo valor a esta objeción. En efecto, como Chañag afirmara en su indagatoria que tenía veinte años, el Juez le designó un curador **ad litem** que lo asistió tanto en aquella diligencia como en las ampliaciones, posteriormente decretadas, y a raiz de la primera de aquéllas se le nombró el apoderado y el Curador **ad litem** que el mismo procesado pidió, al último de los cuales se le discernió el cargo.

Más tarde cuando el Fiscal del Tribunal planteó la nulidad del proceso por la misma causa, se presentó el certificado eclesiástico mediante el cual se comprobó que en Junio de 1947, época del delito, tenía más de veintitres años.

Chañag, pues, fué debidamente asistido, y juzgado, por consiguiente, de acuerdo con las formas propias del juicio.

D) El fallo

Establecido que el Inspector Permanente de Policía Nacional que instruyó el sumario tenía facultad para ello, y que el procesado era mayor de 21 años el día que cometió los delitos por los cuales fué condenado, se deduce la inexistencia de las causales de nulidad alegadas.

Finalmente, la Corte —no obstante que en la demanda se omitió la referencia— acoge la objeción que el Procurador Delegado hace al fallo, en cuanto a que se fijó una pena superior al máximo establecido por la ley, con violación del art. 45 del Código Penal.

En consecuencia la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, del veinte de abril del año pasado, por la cual condenó a JOSE FELIX CHAÑAG a veintiseis años de presidio por el doble homicidio en las personas de los menores Luis Gerardo y Elvia Pinchao.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EL JUEZ ES QUIEN DEBE, DE OFICIO, RESOLVER SI LAS CUESTIONES A DECIDIR EN UN INCIDENTE SON UNICAMENTE DE DERECHO, O SI, EN CAMBIO, EN LA CONTROVERSIA SE PLANTEAN HECHOS, Y, EN CONSECUENCIA, SI DEBE O NO ABRIR A PRUEBA

Para abrir a pruebas un incidente —como en otros casos previstos en el C. Judicial— no se requiere petición de parte, sino que el Juez, con vista en los hechos controvertidos, y en ejercicio de la tutela de los derechos confiados a la autoridad, procede a dar cumplimiento a este trámite procedimental. Corresponde, pues, al Juez, considerar si las cuestiones a decidir son únicamente de derecho, o si, en cambio, en la controversia se plantean hechos que necesitan ser probados para llegar al pleno conocimiento de la verdad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, seis de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

El doctor Gabriel Becerra S., apoderado en este juicio de la parte demandante, solicita en memorial presentado oportunamente se reponga el auto de fecha 30 de octubre pasado, en el cual se ordena recibir a prueba el incidente de coadyuvancia promovido por la Texas Petroleum Company, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 395 del C. Judicial.

Conviene declarar, en primer término, que es viable el recurso de reposición interpuesto, ya que el auto contra el cual se dirige es de simple sustanciación.

Estima el recurrente que el auto de 30 de octubre es "inadecuado" por los siguientes motivos:

a) Porque el coadyuvante mismo expresó en el escrito de réplica al memorial de oposición a la coadyuvancia lo siguiente:

"El señor Magistrado Ponente, anotará que no hay hechos que probar, pues sólo se trata de un punto de derecho y por lo tanto me abstengo de pedir que se abra el incidente a prueba y solicito se sirva resolver de plano".

b) Manifestación tan explícita como ésta hace ver que la parte coadyuvante considera suficientes a probar sus pretensiones los documentos acompañados a la solicitud de coadyuvancia y que, por lo mismo, hace renuncia del término probatorio.

c) "...porque no es el Juez quien de antemano puede decir si los hechos presentados como fundamento del derecho pedido están probados, o que las pruebas son o no suficientes, o que haya necesidad de aducir otras...".

El auto en reposición es de equellos que corresponde al Juez proferir de oficio, como claramente se desprende del texto mismo del artículo 395 del C. Judicial que en él se cita: "Si hay hechos que probar, —dice dicha disposición— se abre a prueba por nueve días....". De tal modo que para abrir a pruebas un incidente —como en otros casos previstos en el C. Judicial —no se requiere petición de parte, sino que el Juez, con vista de los hechos controvertidos, y en ejercicio de la tutela de los derechos confiados a su autoridad, procede a dar cumplimiento a ese trámite procedimental. Corresponde, pues al Juez, considerar si las cuestiones a decidir son únicamente de derecho, o si, en cambio, en la controversia se plantean hechos que necesitan ser probados para llegar al pleno conocimiento de la verdad.

Mas, como puede observarse, en este incidente se ha planteado por la parte coadyuvante —a quien corresponde aportar la prueba de sus afirmaciones— una situación jurídica especial, dado que ella misma hace expresa manifestación de

que no tiene más hechos que probar, por lo cual pide que el fallo se produzca sin ningún otro trámite, esto es, de plano.

Es de hacer notar también que el escrito de coadyuvancia es, en definitiva, una verdadera demanda incidental; y que, por lo mismo, le es aplicable, por analogía, la disposición del art. 207 del C. Judicial. Esto significa, primero, que los documentos acompañados a la solicitud de coadyuvancia deben apreciarse en el fallo de la articulación, y segundo, que en la controversia que dio origen a ésta no sólo se trata de cuestiones de puro derecho, sino que, como la agregación de esas pruebas lo denuncia, también hay hechos sobre los cuales ha de ocuparse el juzgador en la prolación del fallo.

Lo que ocurre en realidad, es que en este punto del debate, las partes vienen a estar de acuerdo en que bien puede prescindirse del término probatorio, y en tales circunstancias el recurso está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, este Despacho resuelve: Revócase el auto de fecha 30 de octubre de 1951.

Ejecutoriada esta providencia, vuelva el negocio al despacho para el pronunciamiento del respectivo fallo.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.



NO PROCEDE RECURSO DE APELACION CONTRA LAS PROVIDENCIAS QUE DECIDAN DE INCIDENTES PROMOVIDOS DURANTE LA SEGUNDA INSTANCIA DE UN JUICIO

La Sala de Negocios Generales de la Corte conoce en segunda instancia de los asuntos civiles de que conocen en la primera los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, según lo prescribe el art. 37, numeral 1º del C. J. De manera que si el asunto sometido a la consideración de esta Sala está siguiendo el trámite correspondiente a la segunda instancia en un Tribunal Superior, no es posible que la Corte conozca de las incidencias ocurridas en la última instancia del juicio, por la sencilla pero decisiva razón de que carece de facultad de conocer y decidir de lo principal. Además, el artículo 84 del Código Judicial, en su último inciso, declara que sólo son apelables ante la Corte los autos interlocutorios dictados en primera instancia por la Sala de Decisión de los Tribunales Superiores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

El doctor José C. Castillo Blanco, actuando como apoderado especial de José María Leyva en el juicio ordinario que ante el Juzgado Unico del Circuito Civil de Santa Marta le instauraron Carmen H. de Alzamora, Cecilia Alzamora de Campo Díaz Granados, José Alzamora H. y otros, y en el de reconvención de aquél contra éstos y que por apelación interpuesta por dicho mandatario contra la sentencia de primera instancia llegó al Tribunal Superior de Santa Marta, recusó al Magistrado doctor Muce Moisés, sustanciador de tal negocio aduciendo para ello las causales 3 y 14 del artículo 435 del C. J.

La Sala Dual decidió el incidente por auto de dos de noviembre de 1951, declarando que no había lugar a separar del conocimiento del asunto al Magistrado recusado.

No se conformó el recusante con dicha decisión y por ello interpuso en tiempo recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, recursos que le fueron denegaods por auto de seis de diciembre siguiente, aduciendo el Tribunal como razones para negar el último recurso las siguientes:

"Ahora bien, por disposición del artículo 37, numeral 1º del C. J., la H. Corte Suprema de Justicia (Sala ne Negocios Generales) conoce en segunda instancia de los negocios de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial... Como quiera que el auto de fecha dos del pasado mes de noviembre ha sido dictado en este negocio civil de que el Tribunal está conociendo en segunda instancia, no puede la H. Corte conocer de él".

No convencieron al recusante las trascritas razones dadas por el Tribunal para no acceder a otorgar el recurso de apelación y en tal virtud solicitó reposición del auto de seis de diciembre mencionado, tendiente a obtener su revocatoria y consecuencialmente la concesión de dicho recurso, invocando para ello el artículo 444 del Código Judicial. Mas la Sala Dual no accedió a reponer su proveído, replicando al respecto:

"Se advierte que los juicios en los cuales el doctor Castillo Blanco ha recusado al señor Magistrado, doctor Muce Moisés, proceden del Juzgado Unico Civil del Circuito de Santa Marta y de ellos está conociendo el Tribunal en segunda instancia. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 70 del Código Judicial, el número mínimo de los Magistrados integrantes de un Tribunal es de tres, que por sí o en pleno forman tanto la Sala de Acuerdo como la Sala de Decisión, y cuando el número es mayor la Sala de Decisión la forman el Magistrado Ponente y los dos que le siguen en turno, turno que se determina atendiendo el orden alfabético de los apellidos de los Magistrados en propiedad. Son los Magistrados restantes de cada Sala de Decisión, los que forman la Sala Dual que conoce de los recursos de súplica (art. 511 del C. J.) y de todo incidente de recusación del Magistrado ponente (art. 442, inciso 1º, ibidem). ¿Formando los tres Magistrados de un Tribunal Superior la Sala de

Decisión, de dónde saca, pues, el doctor Castillo Blanco que la Sala que profirió el auto de 2 de noviembre último lo dictó una Sala de Decisión? ¿Y habiendo sido él dictado en los juicios de que cononce el Tribunal en segunda instancia, cómo se le ocurre al doctor Castillo Blanco decir que ha sido dictado en asunto de primera instancia y que la H. Corte debe concer de él en segunda, de conformidad con el art. 37, numeral 1º, del Código Judicial?" "Pues bien, habiendo sido el auto dictado por una Sala Dual, que no es de Decisión, en los aludidos juicios de que conoce el Tribunal en segunda instancia, no es él apelable ante la H. Corte, ante quien únicamente son apelables los autos interlocutorios dictados en juicio de que conocen los Tribunales Superiores en primera instancia, de conformidad con lo establecido en el art. 84, inciso 3º del Código Judicial, en armonía con el art. 37, numeral 1º de la misma obra. Por tanto, esta Sala Dual no accede a reponer su auto de 6 de diciembre de 1951".

Tampoco convencieron al doctor Castillo Blanco las nuevas razones expuestas por la Sala Dual y por ello, mediante escrito fechado el 4 de marzo del presente año y con nota de presentación de la misma fecha del Juzgado Primero Civil Municipal de Santa Marta, introdujo el recurso de hecho, aduciendo razones semejantes a las expuestas ante el Tribunal.

Para decidir el recurso de hecho, se considera:

Como antes se dijo, el Tribunal está conociendo del negocio principal como Juez ad quem, esto es, como Juez ante quien se interpone apelación de una providencia del juez inferior en el orden jerárquico. Si la Corte pudiera conocer del incidente de recusación de que se trata, se llegaría a la suposición de que podría conocer también de lo principal, es decir, que habría una tercera instancia, lo que no se compadece con nuestro procedimiento.

El mencionado artículo 444 del C. J. no puede interpretarse sino armonizándolo con los artículos 37 numeral 1º y el 198 del mismo Código. Por regla general hay dos instancias; caso hay de una sola, pero jamás de tres. En casos de incidentes como el de recusación de que aquí se trata, entiende la entidad que está conociendo del pleito.

La Sala de Negocios Generales de la Corte conoce en segunda instancia de los asuntos civiles de que conocen en primera los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, según lo prescribe el art. 37, numeral 1º del C. J., de manera que, si el asunto sometido a la consideración de esta Sala está siguiendo el trámite correspondiente a la segunda instancia en un Tribunal Superior, no es posible que la Corte conozca de las incidencias ocurridas en la última instancia del juicio, por la sencilla pero decisiva razón de que carece de la facultad de conocer y decidir de lo principal. Además el artículo 84 del Código Judicial, en su último inciso declara que sólo son apelables ante la Corte los autos interlocutorios dictados en primera instancia por la Sala de Decisión de los Tribunales Superiores.

Siendo el requisito principal para la prosperidad del recurso de hecho "que la apelación sea procedente" según lo declara el artículo 516 del C. J. y no siendo procedente el recurso de apelación en el presente caso por todas las razones expuestas, la Corte declara bien denegada la apelación por el Tribunal. En consecuencia no admite el recurso de hecho. Envíese copia de esta providencia al Tribunal Superior de Santa Marta para su conocimiento.

Notifíquese, cópiese y archívense las diligencias.

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, siete de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez

Al negar la Corte la apelación propuesta contra el auto de dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, por medio del cual el Tribunal de Santa Marta, que conoce en segunda instancia, decidió negativamente una recusación, no ha entendido que esta providencia decida el fondo de la controversia que el Juzgado del conocimiento calificó en primera; sino que por tratarse de una resolución pronunciada dentro del trámite de la segunda, y no existir otra posterior que permita revisar las que en ella se han proferido, no cabe la apelación que se ha propuesto.

En consecuencia, no se accede a reponer el auto reclamado de fecha veintiuno de abril pasado.

Notifíquese.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

PARA LA PROSPERIDAD DE LA ACCION REIVINDICATORIA, SE REQUIERE QUE ESTE DETERMINADA LA COSA OBJETO DE LA REIVINDICACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Por demanda presentada ante el Tribunal Superior de San Gil, de fecha 27 de agosto de 1949, los señores Segundo, Manuel y Marco A. Zafra por medio de apoderado, solicitaron que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía contra la Nación se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera: "Que mis mandantes son los sujetos titulares del derecho de dominio, en común y proindiviso de dos mil quinientos metros cuadrados de terreno, los cuales hacen parte de otro de mayor extensión, situados en área de la población de Barbosa, en el punto del 'Azufrado', terreno todo que tiene los siguientes linderos generales: por la cabecera, camino viejo nacional que de Barbosa va a Puente Nacional; por un costado, con fincas de Aurelio Caro, separado por un lindero vivo; por el pie, con la carretera del Carare y cerca al medio; y por el último costado, con fincas de José Roberto Ariza y Rosa Pinzón, hoy de otros poseedores".

Segunda: "Que como consecuencia de la anterior declaración la parte demandada, debe restituirle a mis mandantes, tres días después de ejecutoriada la sentencia, los dos mil quinientos metros cuadrados de terreno, tomados de los linderos generales de que trata el punto anterior, en la parte donde se refiere el título o escritura que se acompaña, o sea hacia la parte de la carretera del Carare y por los linderos a que se refiere la misma escritura".

Tercera: "Que la parte demandada debe pagarle a mis mandantes, en el mismo plazo, el valor de los frutos naturales y civiles del terreno o parte que se demanda, desde el día en que sin título alguno ha estado en posesión, hasta cuando se verifique la entrega, los que aprecian en la suma de quinientos pesos anual (sic), sin perjuicio de que sean regulados por medio de peritos en el término correspondiente de prueba, o en juicio sumario separado de conformidad con el procedimiento adjetivo".

Estas peticiones fueron apoyadas en los siguientes hechos:

1º—"Por medio de la escritura relacionada en la parte primera de esta demanda, mis mandantes le compraron al señor Aníbal Escamilla, los dos mil quinientos metros cuadrados de terreno, los cuales hacen parte de otro terreno de propiedad de dicho tradente".

2º—"La parte demandada, por medio del Ministerio de Obras Públicas, tiene la posesión material de la cuota de mis mandantes en el terreno alinderado en esta demanda".

3º—"Mis mandantes no se hallan en posesión de la parte del terreno que demandan".

4º—"Los frutos naturales y civiles de dicha parte los está percibiendo la parte demandada".

Los demandantes citan como fundamentos de derecho de su acción los artículos 740, 742, 946, 948, 949, 950, 964 y pertinentes del C. C.

Surtida la tramitación correspondiente a la primera instancia, el Tribunal Superior de San Gil, desató la litis por sentencia de 25 de julio de 1950, negando las peticiones de la demanda. Apelada la sentencia y cumplido el procedimiento de la segunda instancia en esta Sala de Negocios Generales de la Corte, es el momento de proferir decisión de fondo, para lo cual se considera:

Acción ejercitada

Concatenando las peticiones primera y segunda de la demanda se ve con claridad que el ejercicio de la primera acción se dirige a servir de medio para el logro o prosperidad de la segunda, que es la acción reivindicatoria.

No queda duda alguna sobre que la finalidad de la demanda es la acción reivindicatoria o de dominio que reglamenta, el artículo 946 y siguientes del Código Civil, por los términos mismos del libelo y por los hechos aducidos en él.

El título de propiedad exhibido por los actores

es la Escritura Pública N° 109 de 2 de marzo de 1929, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Vélez, debidamente registrada, donde consta la venta de dos mil quinientos metros cuadrados de terreno, hecha por el señor Segundo Aníbal Escamilla a Marco Aurelio, Manuel y Segundo Zafra. Según reza la cláusula primera de dicha escritura los "metros de terreno"... "se tomarán del derecho de tierra, que el exponente tiene y le corresponde por compra que hizo a Rosa Pinzón...", "vinculado dicho derecho de tierra en un terreno proindiviso, ubicado en el punto de "El Azufrado", jurisdicción del Municipio de Cite y alinderado generalmente así: por cabecera, el camino viejo nacional que de Barbosa va para Puente Nacional; por un costado, con tierras de Aurelio Caro A., lindero vivo al medio; por el pie, la carretera del Carare, lindero vivo al medio; y por el otro costado, con tierras de José Roberto Ariza y de Rosa Pinzón, por lindero y mojones de piedra". Igualmente reza la clásula primera "que el vendedor se compromete a entregarles a los compradores los dos mil quinientos metros cuadrados de tierra, en un sólo lote y contra el lindero de la cabecera del terreno que se deja alinderado y contra la carretera del Carare, en el cual lote pone en posesión a los compradores y les cede el derecho de uso que ha tenido en él, mientras se efectúa la partición material del terreno".

La reivindicación se refiere, según lo expresan las dos primeras peticiones de la demanda a esos dos mil quinientos metros cuadrados de terreno, "tomados de los linderos generales..." "en la parte donde se refiere el título o escritura que se acompaña", y esta parte no es otra conforme a dicho título que la situada "contra el lindero de la cabecera del terreno que se deja alinderado y contra la carretera del Carare".

En tales condiciones, sin embargo, es obvio que esos dos mil quinientos metros cuadrados de terreno no pueden reivindicarse, ni como cuerpo cierto ni como cuota.

No sería posible la reivindicación como cuerpo cierto, no sólo porque esa extensión no aparece determinada por linderos especiales en la escritura de venta, sino además porque en dicha escritura se dijo que se cedía a los compradores el derecho de **uso**, "mientras se efectúa la partición material del terreno".

Mas si pudiera entenderse que lo que se trataba de reivindicar era una cuota de dos mil quinientos metros cuadrados de extensión en el terreno alinderado en la demanda y en la correspondiente escritura de venta, cabría observar que esa cuota, aunque pudiera ser determinable, no resulta **determinada** a la luz de la mencionada escritura; ya porque allí se dice que se venden los dos mil quinientos metros cuadrados "de un derecho de tierra que el exponente tiene" en el terreno alinderado, sin que en el juicio se sepa en qué consiste ese derecho: ya porque no se conoce la extensión del terreno del cual se vendieron los metros cuadrados en referencia.

En todo caso, como la Corte considera, interpretando la demanda, que lo que se ha pretendido reivindicar son dos mil quinientos metros cuadrados de un terreno en un sitito especial, los cuales están sometidos para su entrega y consiguiente determinación a la realización de la partición material del globo general de que habla la cláusula primera de la escritura, al final, se impone la conclusión propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil, consistente en que se ha pedido antes de tiempo.

Obvio era, que en las condiciones anotadas, no fuera posible la determinación precisa del terreno que se pretendió reivindicar.

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, declara probada la EXCEPCION PERENTORIA DE PETICION ANTES DE TIEMPO y por tanto no se hacen las declaraciones pedidas.

En los términos anteriores, queda reformada la sentencia apelada.

Sin costas.

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

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

LA TRANSACCION PUEDE PROPONERSE COMO EXCEPCION DILATORIA Y PRODUCE LOS MISMOS EFECTOS QUE LA COSA JUZGADA, CUANDO ABARCA EL OBJETO DE LAS PRETENSIONES DEBATIDAS O DEBATIBLES ANTE LOS JUECES

No define el código de procedimiento lo que es la transacción, sino el civil, al expresar que es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o previenen uno eventual, y añade que no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa (art. 2469).

Dos principios pueden sentarse al respecto, para deducir las conclusiones pertinentes sobre el problema planteado: la primera, que la transacción puede proponerse como excepción dilatoria, según el artículo 341 del código judicial. Y ello se explica, puesto que si dichas excepciones dilatorias se dirigen al procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, no consultarían la seriedad y respeto que se debe a los fallos judiciales que se prosiguiera una acción cuando ya las partes han prevenido las dificultades por convenio anterior. Y la segunda, que la transacción produce entre los interesados el efecto de cosa juzgada, de acuerdo con los artículos 2483 y 2484 del código civil.

Pero este efecto no se produce si no abarca el objeto de las pretensiones debatidas o debatibles ante los jueces, como apenas es lógico y natural. Esto es, y como lo dice Fernando Vélez, "que la demanda tenga el mismo objeto que la transacción", pues ésta debe haber extinguido el motivo de la diferencia que se pretende resolver nuevamente por medio del juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Al contestar el traslado de la demanda, en el juicio ordinario de la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. contra la Nación, propuso el señor Procurador Delegado en lo Civil la excepción dilatoria de transacción, sobre la cual debe resolverse ahora lo que se estima legal.

Peticiones de la demanda. Solicita la parte actora que se declare:

1º—Que sin que medie sentencia ejecutoriada de juez competente, no puede el Estado tener como no vigentes los contratos mencionados en los hechos 2º a 17 de la demanda; y

2º—Que, en consecuencia de lo anterior, el Estado debe respetar los derechos originados de tales contratos, de los cuales es titular la parte demandante, sobre explotación de productos vegetales y minerales, entre ellos los petróleos existentes en las zonas 1ª y 2ª del Territorio de Bolívar.

Hechos de la demanda. Los hechos de la demanda se resumen así brevemente:

La ley 21 de 1879 dispuso la construcción de un camino que, partiendo de los límites del llamado Territorio de Bolívar, terminara en el punto denominado Cerro de Guayabito, sobre el río Carare (hecho 1º) y, al efecto, el Ministro de Fomento celebró un contrato de construcción con los señores Wenceslao Camacho y Nepomuceno Merchán (hecho 2º).

Las obligaciones de los contratistas se redujeron a obligarse a construir en siete años, el indicado camino, a conservarlo por cincuenta años, a traspasarlo a la Nación, a fundar algunas colonias agrícolas, y otras menos importantes (hecho 3º).

El Gobierno, en cambio, le concedió, entre otros, el derecho "para explotar gratuitamente durante la vigencia de este contrato y de una manera exclusiva, los productos minerales y vegetales del antiguo Territorio de Bolívar, dejando a salvo derechos anteriormente adquiridos" (hecho 4º). Les concedió también el derecho de cobrar un peaje durante cincuenta años (hecho 5º).

El contrato fue traspasado a la sociedad denominada Compañía Empresaria del Camino del Carare (hecho 6º), reformado luégo en el sentido de obligarse el Gobierno a pagar a la Compañía los $ 50.000.00 de que trata la ley 21 de 1879 (he-

cho 7º) y, en fin, fue cedido a los señores Flavio Pinzón O. y Francisco Camacho A. Con éstos el Gobierno celebró un nuevo contrato para prorrogar por cuatro años el plazo para la entrega del camino y para elevar a $ 4.000.00 por legua la subvención que debía pagárseles (hecho 8º), dejando la constancia de que en nada se modificaba el tiempo de duración del privilegio del artículo 7º del contrato (hecho 9º), aunque nada dice sobre la duración de las concesiones del artículo 5º (hecho 10).

Los contratistas Pinzón y Camacho constituyeron una nueva empresa, a la cual le traspasaron los contratos anteriores (hecho 11). Y como entre tanto estalló la última guerra civil, el Gobierno descontó por fuerza mayor el tiempo que duró ésta, lo que hizo que el plazo se prorrogara hasta el 24 de marzo de 1905 (hecho 12). Además y, por la depreciación de la moneda producida por la misma guerra civil, se fijó en $ 1.000.00 el auxilio por cada legua de camino entregada, a partir del kilómetro 36 (hecho 13).

Vienen luégo dos contratos más: el de octubre de 1904, al cual pertenece la cláusula mencionada últimamente, y por medio del cual prorrogó el Gobierno por diez y ocho meses el plazo para la entrega del camino (hecho 14), y el de julio de 1905, que consagró una nueva prórroga de dos años y una subvención adicional a la de $ 1.000.00, de $ 500.00 por cada kilómetro construído (hecho 15).

Ninguno de los contratos en que se concedieron prórrogas hizo salvedad en cuanto a la prórroga tácita y de todos los derechos correlativos a las obligaciones de la sociedad, salvo, en el de 1897, que excluyó durante los cuatro años que concedió, el de cobrar peajes, según el artículo 7º del contrato de 1890 (hecho 16). Y todos los contratos anteriormente citados y que consagran derechos de la Compañía, están vigentes (hecho 17).

El Gobierno celebró el 28 de noviembre de 1905 un contrato de explotación de petróleos, con el señor Roberto de Mares, por los linderos especificados (hecho 18), pero en él se especificó que las concesiones se otorgaban sin herir "intereses de terceros o derechos ya adquiridos" (hecho 19), contrato que se traspasó a The Tropical Oil Co. por escritura 1329, de 25 de agosto de 1919 (hecho 20), en el cual se reprodujo la cláusula de dejar a salvo los derechos adquiridos o los intereses de terceros (hecho 21).

Posteriormente y por resolución de 14 de marzo de 1921, se adoptó como lindero oriental de la concesión de Mares el especificado en ella (hecho 22).

Tal concesión de Mares cubre una extensión territorial "que afectaba y afecta parte del territorio sujeto a los contraos de que tratan los hechos 2º y 17" (hecho 23), como se demuestra con el plano que se acompaña (hecho 24). Y aunque tal interferencia carecía de interés, por estar amparados los actores por estipulaciones contractuales (hecho 25), ahora la concesión ha vuelto a la Nación (Reversión de la Concesión de Mares) (hecho 26).

Lo cierto es que la Compañía demandante no admite que sus contratos con el Gobierno Nacional hayan dejado de estar vigentes por ningún motivo de orden legal (hecho 28), a pesar de los términos de la resolución número 6 de 17 de febrero de 1932 (hecho 29), términos que la Compañía no acepta (hecho 30). Es más, el Gobierno ordenó iniciar un juicio de resolución de dichos contratos con las consecuencias que de ella se desprendan (hecho 31), juicio que, sin embargo, nunca ha entablado la Nación (hecho 32).

Excepción de transacción. Al contestar la demanda propuso el señor Procurador Delegado en lo Civil la excepción de transacción, que funda en la circunstancia de que los contratos a que aluden los hechos 2 a 17 de la demanda quedaron fundamentalmente modificados por la transacción pactada entre las partes mediante el contrato de 21 de marzo de 1907.

En efecto, por medio de ese pacto el Gobierno concede a la Compañía una prórroga de dos años para la entrega de la última legua del camino de Vélez a Puerto Aquileo, y la Compañía, por su parte, renuncia a favor del Gobierno el derecho que tiene para la explotación de la región comprendida en el contrato celebrado con el señor Carlos Tavera Navas.

Porque sucedió que el señor Tavera Navas había celebrado un contrato con el Gobierno para explotar bosques de propiedad nacional, por el término de veinte años, en la zona que especifica el artículo 12 de dicho pacto, y que comprende las zonas primera y segunda descritas en el hecho 24 de la demanda actual y a las cuales se refiere de modo particular la súplica segunda del actor.

Como antecedente digno de tenerse en cuenta cita el señor Procurador el informe del visitador de la obra del camino del Carare, que dice que entre la Compañía y el señor Tavera hay contradicción "en punto a linderos, lo que puede ocasionar al Gobierno reclamaciones de una u otra

compañía" y que por ello insinúa que se celebre una transacción en que el Gobierno conceda una nueva prórroga y la Compañía del camino ceda a favor de la empresa sucesora de Tavera Navas la parte de terreno que ésta reclama.

Tan cierto es que después de la celebración del convenio de 1907 entendió la compañía del Camino del Carare no tener privilegio de explotación sobre la zona comprendida en el contrato con Tavera Navas, que en el activo de aquella compañía no incluyó su Gerente el valor del mentado privilegio, y eso al contestarle al Gobierno sobre si entendía tenerlo, no obstante las renuncias del convenio de que se viene hablando.

No sobra añadir que el señor apoderado admite "que el carácter de las estipulaciones del mencionado contrato es de índole transaccional", aunque con algunas salvedades.

Se considera:

No define el código de procedimiento lo que es la transacción, sino el civil, al expresar que es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o previenen uno eventual, y añade que no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa (art. 2469).

Dos principios pueden sentarse al respecto, para deducir las conclusiones pertinentes sobre el problema planteado: La primera, que la transacción puede proponerse como excepción dilatoria, según el artículo 341 del código judicial. Y ello se explica, puesto que si dichas excepciones dilatorias se dirigen al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, no consultaría la seriedad y respeto que se debe a los fallos judiciales que se prosiguiera una acción cuando ya las partes han prevenido las dificultades por convenio anterior. Y la segunda, que la transacción produce entre los interesados el efecto de cosa juzgada, de acuerdo con los artículos 2483 y 2484 del código civil.

El segundo es el fundamental para el estudio que debe hacerse, esto es, sobre el efecto de cosa juzgada que la transacción produce. Pero este efecto no se produce si no abarca el objeto de las pretensiones debatidas o debatibles ante los jueces, como es apenas lógico y natural. Esto es, y, como lo dice Fernando Vélez, "que la demanda tenga el mismo objeto que la transacción", pues ésta debe haber extinguido el motivo de la diferencia que se pretende resolver nuevamente por medio del juicio.

"Las partes que transigen —explica— juzgan ellas mismas sobre las diferencias que tienen, en vez de ocurrir o al poder judicial o a un tribunal de arbitramento o extraordinario que las resuelva de acuerdo con las leyes. De modo que la transacción reemplaza, conforme a la idea de las partes, el juicio que hubiera ocurrido, si ellas no hubieran logrado entenderse acerca de sus diferencias para decidirlas. Es, pues, natural que la transacción produzca un efecto análogo al examen judicial de los asuntos que la transacción ha arreglado" (Estudio sobre el derecho civil colombiano, título XXXIX, tomo IX).

No dice el contrato citado de 1907 nada sobre el propósito de transar, de manera expresa, de manera que hay que buscarlo, si acaso existe y se puede admitir como formulado de manera tácita, en los antecedentes y circunstancias en que fue celebrado y comparándolo con las pretensiones deducidas ahora en juicio por medio de la demanda.

Pero esa similitud de pretensiones, o quizás mejor, **la identidad de objeto** del mentado contrato y de la demanda que ahora se estudia, no se puede deducir, esto es, no puede concluirse que mediante aquel contrato se hubiera arreglado la controversia que ahora se agita.

Como ya se anotó, pero es bueno repetirlo, el tal convenio o contrato establece, para lo que ahora interesa, que "el Gobierno concede a la Compañía una prórroga de dos años... para la entrega de la última legua de camino desde Vélez hasta Puerto Aquileo sobre el río Carare, en las mismas condiciones estipuladas en los contratos vigentes sobre la materia"; y la Compañía, por su parte, renuncia "a favor del Gobierno el derecho exclusivo que tiene para la explotación de la región comprendida en el contrato celebrado con el señor Carlos Tavera Navas".

No puede negarse, desde luego, que el pacto quiso evitar dificultades, pero eso no basta para que se diga que con él se llevó a cabo una transacción que impida el adelantamiento de este juicio.

Porque leyendo sus breves estipulaciones se concluye que ellas no se oponen a que ahora se pida que se declare que el Estado no puede tener esos contratos como no vigentes sin que medie un fallo definitivo dictado por autoridad competente y que el Estado está obligado a respetar los derechos originados de tales contratos. Para que tal cosa pudiera alegarse, hubiera sido necesario que la Compañía hubiera renunciado a todos los derechos que pudieran emanar de los contratos celebrados con el Gobierno y sobre toda la región a

que se extendió la concesión de Marex. Y ya se deja ver, por lo expuesto con anterioridad, que lo uno no comprende lo otro porque las facultades que pueden tener su origen en el pacto o convenio con el señor Tavera Navas o sus causahabientes, no son las mismas que las que emanan de los contratos, no pocos por cierto, celebrados por la Compañía del Camino del Carare con la Nación. Dicho de otro modo y usando los términos del comentador Vélez citado, no puede afirmarse que hubieran transigido sobre las diferencias que surgieron o pudieron surgir en 1907, en vez de recurrir a un juicio, que sería el de que ahora se trata. Y todavía expresado de otra manera, el fallo que ahora corresponda dictar no parece que vaya a reemplazar, en cuanto desde ahora puede afirmarse sin prejuzgar y para los meros efectos de esta providencia, a la transacción que se dice realizada en 1907 por medio de aquel pacto.

Hay otros aspectos de la cuestión que han sido presentados por el apoderado de la parte actora, tales como el de que el Gerente de la Compañía de entonces no obtuvo la autorización debida de la Junta Directiva, a pesar de la constancia que obra en el contrato, el de que hubiera debido elevarse a escritura pública por tratarse de cesión de derechos sobre bienes raíces, y tal vez otros. Pero aquella razón fundamental de que el objeto del contrato no es el mismo que el de este proceso, es suficiente para decidir el problema sujeto al análisis de la Corte.

Antes de terminar se advierte que esta providencia se profiere, aunque está pendiente la práctica de del dictamen pericial solicitado por el señor Procurador, porque el auto que decretó la práctica de las pruebas, **por seis días,** se dictó en febrero del presente año, esto es, hace tres meses, lo que hace que el tiempo de esa práctica haya transcurrido con exceso. Esto es, ya es oportunidad más que sobrada de pronunciar la decisión que corresponde.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara no probada la excepción dilatoria de transacción propuesta por el señor Procurador y ordena contestar la demanda en el término de dos días.

Sin costas.

Cópiese y notifíquese.

Luis Rafael Robles—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.



EL ADMINISTRADOR GENERAL DE LOS FERROCARRILES NO ES REPRESENTANTE DE LA NACION, SINO UNICAMENTE TIENE LA REPRESENTACION DEL PATRIMONIO NACIONAL DESCENTRALIZADO

Estableciendo el artículo 2º del Decreto 2645 de 1943 que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales "disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma" y "ejercerá todas sus funciones con una completa idependencia", no puede entenderse que en la última parte del artículo, cuando se agrega que el Consejo "tendrá la personería activa y pasiva de la Nación... en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios", se quisiera desconocerle aquella autonomía jurídica. Más congruente es admitir que esta parte de la disposición se refiere únicamente a los BIENES E INTERESES NACIONALES sometidos al Consejo, en el sentido de que éste tenga la personería activa y pasiva de ese PATRIMONIO NACIONAL descentralizado, por medio de su Administrador General.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho (8) de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Como apoderado de las señoras Isabel Malo de Nieto y Beatriz Malo de Brigard, en su carácter de herederas universales de los esposos Arturo Malo O' Leary y Elvira Tanco de Malo, el doctor Luis Eduardo Gacharná presentó demanda ante la Corte Suprema de Justicia contra la Nación, "representada por el señor Procurador General de la Nación", para que en juicio ordinario de única instancia se declare:

"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".

En la demanda que a continuación expresa la cabida y linderos del terreno, se aducen como hechos de la acción, entre otros, los siguientes:

a) El 30 de septiembre de 1892 el señor Arturo Malo O' Leary celebró con el Gobierno Nacional una promesa de compraventa, en la cual consta que el primero "vende y el Gobierno compra una extensión de terreno ocupada por el Ferrocarril de Zipaquirá que mide seis mil setecientos setenta y tres metros catorce centímetros cuadrados, así: seiscientos quince metros setenta y cuatro centímetros de largo por once metros de ancho, comprendido el grueso de las paredes divisorias"; extensión o superficie de terreno que "está incluída dentro de la propiedad de la familia Malo O' Leary denominada 'Quinta de la Merced y Rosales', ubicada en el Barrio de Las Nieves de esta ciudad y encerrada dentro de los siguientes linderos: Por el norte y occidente con el lote número cinco (5) de la misma finca; por el sur con terrenos del señor Honorato Espinosa, y por el oriente con la carretera del Norte" (hecho 1º).

b) El Gobierno se obligó a pagar por la faja de terreno objeto del contrato la suma de seis mil cuatrocientos tres pesos con sesenta y cinco centavos ($ 6.403.65), así: "dos mil setecientos nueve pesos veinticinco centavos, valor del terreno necesario para el Ferrocarril en dicha propiedad"; y "tres mil seiscientos noventa y cuatro pesos cuarenta centavos, valor de mil doscientos treinta y un metros cuarenta y ocho centímetros de paredes divisorias hechas con cargue de piedra y barda de teja, a razón de tres pesos cada metro, que Malo O' Leary se compromete a construir para aislar su predio de la carrilera" (hecho 1º).

c) En el contrato se estipularon también las siguientes cláusulas:

"Artículo 3º—Malo O' Leary queda obligado a otorgar la escritura pública a que dá lugar el presente contrato tan pronto como reciba la cantidad de seis mil cuatrocientos tres pesos sesenta y cinco centavos ($ 6.403.65), que el Gobierno se obliga a pagarle como queda estipulado en el Artículo 2º de este contrato.

"Artículo 4º—Queda claramente estipulado que si por cualquier causa fracasare la emprea 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".

ch) El señor Arturo Malo O' Leary había hecho entrega real y material del lote prometido en venta a la Nación con anterioridad a la fecha del contrato (hecho 2º).

d) El señor Arturo Malo O' Leary cumplió todas sus obligaciones provenientes de la mencionada promesa de contrato, y firmó el 9 de febrero de 1893, en la Notaría Segunda de Bogotá, la escritura de venta correspondiente; "pero tal escritura no fue firmada por el comprador por razones que se ignoran" (hechos 4º y 5º).

e) 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 (hecho 11).

Al dársele traslado de la anterior demanda, el señor Procurador Delegado en lo Civil propuso la excepción dilatoria consistente en que, tratándose en el presente caso de una zona de terreno que estuvo anexa al Ferrocarril de Zipaquirá hasta el año de 1934 (hecho 11), y habiendo pasado ese Ferrocarril a ser administrado por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales de acuerdo con la ley 29 de 1931, la representación de la Nación en este juicio no le corresponde al Ministerio Público sino a aquella entidad o Consejo Administrativo por conducto de su Administrador General, como en su concepto se desprende de las normas legales que regulan las atribuciones de dicho organismo, especialmente de lo dispuesto en la actualidad por el decreto extraordinario Nº 2645 de 30 de diciembre de 1943.

El señor Procurador Delegado terminó por invocar el numeral 2º del artículo 333 del C. J., a pesar de que su planteamiento, en realidad, se refiere a una cuestión de personería adjetiva.

Tramitado debidamente el incidente, el señor Magistrado sustanciador, doctor Leiva Charry, lo decidió por auto de fecha veinticinco de febrero del corriente año, declarando "no probada la excepción dilatoria propuesta", y ordenando "contestar la demanda dentro del término de dos (2) días".

Para llegar a esta decisión, y talvez porque el excepcionante invocó en su apoyo el numeral 2º del artículo 333 del C. J., se dieron las siguientes razones:

"Es exacto como lo afirma el Procurador excepcionante, que de acuerdo con la ley 29 de 1931 y el Decreto Nº 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 adminisración del parimonio nacional puesto al cuidado de esa institución, y con la personería sustantiva suficiente para comparecer en juicio, o ante cualquiera autoridad, cuando quiera que se controviertan 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 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 aquellas que se oponen a lo sustancial de la acción".

Contra la mencionada providencia interpuso recurso de súplica ante el resto de los Magistrados de la Sala el señor Procurador Delegado en lo Civil, expresando que él no había planteado "un problema de personería **sustantiva** como materia de excepción dilatoria", insistiendo en que para este caso debía **representar** a la Nación el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales, y alegando en favor de su tesis doctrinas de la Corte de 1945 y 1947.

Para resolver, **Se considera:**

En sentencia de 10 de octubre de 1950, muy posterior a las citadas por el señor Procurador Delegado, esta Sala de la Corte estudió a espacio el proceso legal relacionado con el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, hasta llegar al Decreto extraordinario Nº 2645 de 1943, en cuyo artículo 2º se establece:

"El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General, ejercerá sus funciones con una completa independencia y tendrá la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, 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".

En el expreado fallo, y comentando especialmente la disposición transcrita, agregó esta Sala las siguientes apreciaciones, que delimitan con absoluta precisión el ámbito dentro del cual puede moverse la capacidad jurídica del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales:

"Si se considera con algún cuidado el problema se comprende fácilmente cómo, establecida la autonomía del Consejo en orden a administrar 'sobre una base comercial' los ferrocarriles nacionales, y con fondos de reserva expresamente separados de los ordinarios de la Administración, no es posible encontrar en las relaciones que dicho establecimiento desarrolla con terceros, actos jurídicos del Estado que aquél realiza como su órgano de función, o ya como su mandatario. Porque sabido es que el órgano, como miembro de la persona a quien sirve, carece de personalidad propia, por lo cual tampoco puede decirse que tenga autonomía jurídica para obrar, como en términos expresos lo declara la ley respecto del Consejo. Ni asímismo es posible reconocerle la posición de mandatario de la Nación, porque si jurídicamente los actos del representante son los propios actos del representado, la responsabilidad económica derivada de ellos tendría por fuerza que comprometer el patrimonio ordinario de la Administración dejando libre al del Consejo, cuando precisamente la creación de este último se encuentra gobernada por una finalidad de completa autonomía e independencia en el servicio público cuya gestión le ha sido encomendada. Y precisamente porque ésta y no otra es la verdadera posición jurídica que la ley quiso asignarle al Consejo, fue por lo que modificó el texto del Decreto que transitoriamente redujo su personalidad a la de un sipmle mandatario, según antes se expresó; y por esta misma razón, que en el texto de la última reforma que hoy rige, se consagró a su favor el derecho a gozar 'en materias judiciales y administrativas, de todos los privilegios concedidos a la Nación', y el cual habría de resultar inútil y hasta absurdo, si la condición del Consejo fuera, como se ha pretendido, la de un simple representante judicial en los negocios que él administra.

"Se deduce, pues, de lo dicho, que dentro de las características que la ley quiso asignarle a este establecimiento, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, si dependiente del Estado en cuanto a la forma y términos como cumple su función puramente administrativa, es sin embargo en el campo de la vida civil una persona jurídica independiente y autónoma, capacitada como tal para comprometer sólo su personal responsabilidad en los bienes que administra, mas no los de la Nación en el patrimonio general de que fue expresamente separado..." (GACETA JUDICIAL Tomo LXVIII, Números 2089-2090-2091, págs. 673 y 674).

Y esto es así porque estableciendo el artículo 2º del Decreto Nº 2645 de 1943 que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales "disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma" y "ejercerá todas sus funciones con una completa independencia", no puede entenderse que en la última parte del artículo, cuando se agrega que el Consejo "tendrá

la personería activa y pasiva de la **Nación**... en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de **autoridades** y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios", se quisiera desconocerle aquella autonomía jurídica. Más congruente es admitir que esta parte de la disposición se refiere únicamente a los **bienes e intereses nacionales** sometidos al Consejo, en el sentido de que éste tenga la personería activa y pasiva de ese **patrimonio nacional** descentralizado, por medio de su Administrador General.

De consiguiente, no puede aceptarse que la Nación esté indebidamente representada en el presente juicio, que es el sentido de la excepción propuesta por la Procuraduría.

En mérito de las consideraciones anteriores, o sea por razones distintas de las expuestas por el señor Magistrado sustanciador, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia MANTIENE la providencia suplicada.

Cópiese y notifíquese.

Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

NOTA: Por no haber sido advertido en oportunidad que contra dicha providencia se hallaba pendiente un recurso, la de 25 de febrero de 1952, que se mantiene por la presente, fue publicada en la GACETA JUDICIAL correspondiente a dicho mes.

El Relator.



EXCEPCION DE DECLINATORIA DE JURISDICCION. — TRANSACCION. — INTERPRETACION DE LAS DEMANDAS. —OBJETO DE LAS EXCEPCIONES DILATORIAS

1—Dice el artículo 331 del Código Judicial que la excepción de declinatoria de jurisdicción se refiere al caso de que el juez carezca de ella, o no sea competente para conocer de la demanda.

Así, pues, ocurre la mentada excepción cuando el juez conoce de un negocio que no le corresponde, bien por su naturaleza o cuantía, ora por la calidad de las partes, ya por razón del lugar donde debe proseguirse, y en los eventos en que, existiendo de suyo la jurisdicción, se ha perdido por alguna de las circunstancias especificadas en el estatuto procesal.

2—El Código Civil define la transacción diciendo que es un contrato en que las partes terminan extrajudicilmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, y agrega que no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa (art. 2469).

La transacción puede proponerse como excepción dilatoria (art. 341 del C. J.), "ya que ella produce entre los contratantes el efecto de cosa juzgada (artículos 2483 y 2484 del Código Civil)", como lo advierte la Comisión Redactora del Código Judicial. Mas para que produzca ese efecto, debe abarcar el objeto de las pretensiones debatidas o debatibles ante los jueces, como es apenas lógico y natural. Esto es, y como lo dice Fernando Vélez, "que la demanda tenga el mismo objeto de la transacción", pues ésta debe haber extinguido el motivo de la diferencia que se pretende resolver nuevamente por medio del juicio.

3—Las demandas, como los contratos y las leyes, pueden y deben interpretarse, pero la pauta primordial al efecto es la de atenerse al sentido natural y obvio de sus términos.

4—El objeto de las excepciones dilatorias se dirige al procedimiento "para suspenderlo o mejorarlo", como dice el Código Judicial, pero no para dilatarlo o complicarlo, ni menos, para llevar a los jueces a adelantar conceptos que tienen su lugar adecuado en el fallo definitivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Por recurso de súplica debe revisar la Sala la providencia de 26 de enero último, por medio de la cual se declaró que la excepción de transacción, propuesta como dilatoria, debía ser decidida "en la sentencia que ponga término al presente juicio" y se expresó que no estaban "probadas las excepciones dilatorias de inepta demanda y declinatoria de jurisdicción".

Para mejor comprensión del negocio deben enunciarse antes del estudio de las dichas excepciones lo pedido en la demanda y los hechos en que ésta se fundamenta.

Peticiones de la demanda.—La Compañía Empresaria del Camino del Carare demanda a la Nación y al señor John O. Bower para que se declare, en síntesis, lo siguiente:

1º—Que la Nación no podía "declarar resueltos, caducados ni terminados los contratos" de construcción de un camino de Vélez al río Carare;

2º—Que los terrenos descritos en el hecho 1º de la demanda y el petróleo que en ellos se encuentre no están libres para contratar ni lo estaban cuando fue dictada la Resolución número 627 de 1950; y

3º—Qe es nula la citada Resolución, por medio de la cual se rechazó la solicitud de la Compañía del Camino del Carare de que se archivara la propuesta del señor John O. Bower para explorar y explotar petróleo en terrenos "que se superponen en parte con los delimitados en el hecho primero de la demanda".

Los hechos fundamentales de la demanda se resumen en la siguiente forma, por demás sucinta:

La ley 21 de 1879 dispuso la construcción de un camino que debía partir del llamado "Territorio de Bolívar", en el distrito de Vélez, y terminar en el "Cerro de Guayabito", sobre el río Carare (hecho 1º). El Ministro de Fomento celebró un contrato con los señores Wenceslao Camacho y Nepomuceno Merchán, para la realización del mentado camino, que debía efectuarse en siete años (hecho 2º), contrato en el cual se especificaron las condiciones de construcción, conservación y traspaso de la obra al Estado (hecho 3º).

El Gobierno otorgó a los contratistas, entre otros, el derecho de explotar, durante la vigencia del contrato, los productos minerales y vegetales del antiguo Territorio de Bolívar, gratuitamente y de manera exclusiva (hecho 4º) y les concedió también la facultad de cobrar un derecho de peaje o tránsito para pasajeros y carga, durante cincuenta años (hecho 5º).

El contrato fue traspasado a una sociedad que se denominó Compañía Empresaria del Camino del Carare (hecho 6º) y el Gobierno se obligó a pagar $ 50.000.00, autorizados como auxilio por la ley 21 de 1879 (hecho 7º).

La Compañía Empresaria del Camino del Carare, previa autorización del Gobierno, cedió los contratos anteriores a los señores FLAVIO PINZON O. y FRANCISCO CAMACHO A., con quienes el Gobierno celebró un contrato adicional, por medio del cual se prorrogó el plazo cuatro años más y se elevó a $ 4.000.00 por legua la subvención que a la Compañía debía pagar el Gobierno (hecho 8º). En este contrato se dispuso que el plazo para dar al servicio el camino no modifica el señalado para la duración del privilegio del artículo 7º del contrato y, en consecuencia que los cincuenta años de que allí se habla debían contarse desde el 19 de mayo de 1897 (hecho 9º). Pero nada dijo sobre las concesiones del artículo 5º del contrato de 1890 (hecho 10).

Los contratistas Pinzón y Camacho constituyeron una nueva compañía, que se denominó de igual modo Compañía Empresaria del Camino del Carare, a la cual traspasaron los contratos (hecho 11).

El Ministerio de Hacienda descontó del plazo, por fuerza mayor, el tiempo que duró la última guerra civil (hecho 12). Además, y por la depreciación de la moneda fijó en $ 1.000.00 por legua y a partir del kilómetro 36, el auxilio que debía prestar (hecho 13). Vienen luégo dos prórrogas, la de 18 meses contados desde el 24 de marzo de 1905 (hecho 14) y la de dos años contados desde el 1º de agosto de dicho año, y se otorga una subvención de $ 500.00 por cada kilómetro de camino, adicional a la de $ 1.000.00 de que antes se habló (hecho 15).

Después de expresar que, salvo en lo referente al cobro de peajes, ninguno de los contratos de prórroga "hizo salvedad alguna en cuanto a la prórroga tácita y de todos los derechos correlativos a las obligaciones de la sociedad" (hecho 16), se afirma que "los contratos mencionados anteriormente y que consagren los derechos de la compañía ESTAN VIGENTES EN LA ACTUALIDAD" y lo estaban cuando fue dictada la Resolución número 627 de 1950 y no han sido declarados inválidos ni caducados (hecho 17).

El Gerente de la Compañía, señor Eduardo Dreyer, propuso al Gobierno, en 1946, una transacción (hecho 18), pero el Gobierno no la aceptó, por considerar que el contrato no estaba vigente y por carecer de competencia para transar sobre derechos de la Nación (hecho 19).

El Ministerio de Minas admitió la propuesta presentada por el señor John O. Bower para explotar petróleos que puedan hallarse en el Territorio Vásquez, por los linderos que se indican (hecho 20).

La Compañía del Camino del Carare pidió que se archivara de plano la propuesta de Bower, por superponerse los terrenos con aquellos sobre los cuales tenía derecho de exploración y explotación la Compañía (hecho 21), pero el Ministerio no accedió a la solicitud de la Compañía y ordenó celebrar el contrato con el señor Bower, por estimar que los contratos con la Empresa del Camino del Carare no estaban vigentes.

Excepciones dilatorias.—Al correr traslado de la demanda propusieron excepciones dilatorias tanto el señor Procurador como el apoderado del señor Bower, con los nombres de inepta demanda y transacción y el último alegó la de declinatoria de jurisdicción.

Como el señor magistrado ponente, según se advirtió al principio, tuvo por no probadas las excepciones de inepta demanda y de declinatoria de jurisdicción y declaró que la de transacción debía ser resuelta como perentoria en el fallo definitivo, y como su auto fue recurrido en súplica, debe decidirse ahora lo que se estime legal, en el orden seguido en la providencia de que se viene hablando.

Declinatoria de jurisdicción.—La propone el apoderado de John O. Bower diciendo que las

leyes de petróleos y las que regulan el procedimiento para iniciar acciones civiles contra determinadas providencias administrativas deben ejercitarse dentro de términos fijos, vencidos los cuales la acción caduca y el interesado pierde definitivamente su derecho. Y que la Compañía Empresaria del Camino del Carare ha dejado pasar en diferentes ocasiones esos términos, y, por lo tanto, no puede ahora revivir su acción, ni la Corte Suprema tiene jurisdicción para conocer de la demanda presentada, ya que los procesos legalmente concluídos no pueden hacerse revivir sin usurpar jurisdicción, según el artículo 348 del código judicial.

Así, la Compañía ha dejado transcurrir los términos en estas ocasiones:

1)—Está vencido "el término de seis meses concedido por la ley 53 de 1909 para iniciar la acción civil" contra las resoluciones dictadas por el Ministerio del ramo el 28 de marzo de 1932. En esas resoluciones el Ministerio falló el recurso de reposición interpuesto por la Compañía contra las providencias mediante las cuales se rechazaron administrativamente las oposiciones formuladas a las propuestas para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional, o sea, las distinguidas con los números 1, 2 y 6 de la Société Européene des Pétroles, de la Unión Colombiana de Petróleos y de Emilio Restrepo Callejas, respectivamente.

2)—Está vencido también "el término de sesenta días, otorgado por las leyes 27 de 1931 y 160 de 1936, para formular oposiciones a esta clase de propuestas". Se trata de las que hicieron para explorar y explotar petróleos Bernardo Mora (Nº 14), Sociedad Nacional del Carare (13), Peláez hermanos y Mora hermanos (17), Consorcio Minero Nacional (20), Compañía de Petróleos Shell de Colombia (21), Evaristo Obregón Arjona (23), Francisco Rocha Vargas (60) y Carlos Botero Mejía (70).

3)—La Compañía, en fin, "no interpuso recurso administrativo ni intentó acción civil contra la Resolución dictada por el Ministerio de Minas y Petróleos el 18 de octubre de 1947, en la que dicho Ministerio estimó que el contrato con dicha sociedad no estaba vigente. El término de la ley 53 de 1909 expiró sin que la mencionada Empresa iniciara la correspondiente acción civil".

En contra de lo alegado por el excepcionante arguye la providencia que se estudia, en resumen, que la parte actora no alega propiedad alguna sobre el subsuelo, sino únicamente la facultad de explotación del mismo por razón de estipulaciones contractuales, por lo cual la competencia y la jurisdicción le corresponden a esta Sala de la Corte.

Se considera:

Dice el artículo 331 del código judicial que la excepción de declinatoria de jurisdicción se refiere al caso de que el juez carezca de ella, o no sea competente para conocer de la demanda.

Así, pues, ocurre la mentada excepción cuando el juez conoce de un negocio que no le corresponde, bien por su naturaleza o cuantía, ora por la calidad de las partes, ya por razón del lugar donde debe proseguirse, y en los eventos en que, existiendo de suyo la jurisdicción, se ha perdido por alguna de las circunstancias especificadas en el estatuto procesal.

En el caso que se estudia, todos los hechos de la demanda constituyen la historia del contrato, o mejor, de los contratos sucesivos celebrados entre los actores y la Nación para llevar a efecto la construcción del llamado Camino del Carare, con la especificación de las obligaciones y derechos de las partes contratantes, en la forma expresada al narrarlos al principio de esta providencia. De tales hechos, el más importante para la solución del incidente es el cuarto, en que se alega que por medio del contrato se le concedió a la parte actora la facultad de explotar gratuita y exclusivamente, "durante la vigencia de este contrato", los productos minerales y vegetales del antiguo Territorio de Bolívar.

Consecuencia de los hechos es que en la parte petitoria se solicite que se declare que la Nación no podía declarar "resueltos, caducados ni terminados los contratos"; que los petróleos no eran libres para contratar, por tener la compañía derecho a explotarlos; y que no ha debido admitirse la propuesta del señor Bower, porque los terrenos sobre que versa comprenden parte de los que puede explotar la parte actora.

De esta suerte, y, como se arguye en la providencia recurrida, la acción de que ahora se trata se refiere a una controversia proveniente de un contrato o de unos contratos celebrados entre la sociedad demandante y el Estado.

En tales condiciones y por el aspecto de la competencia "para conocer de la demanda promovida", como dice el artículo 331 citado, no puede darse por probada la excepción, pues según los artículos 40 del código judicial y 2º de la ley 67 de 1943, esta Sala debe conocer de **"todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona,** aunque la Nación haya transferido sus derechos".

Mas el principal fundamento de la excepción se hace consistir en que, por haber dejado transcurrir los términos para iniciar acciones civiles contra determinadas providencias administrativas, la acción ha caducado y los interesados han perdido definitivamente su derecho. "La Compañía Empresaria del Camino del Carare ha dejado pasar en diferentes ocasiones esos términos y, por tanto, —concluye el excepcionante— no puede ahora revivir su acción, ni la Corte Suprema de Justicia tiene jurisdicción para conocer de la demanda".

Es cierto que la jurisdicción no existe, por haberse perdido, cuando se ha terminado el "juicio" de que se trata, como lo establece el artículo 146 del código judicial, y es verdad que los jueces usurpan jurisdicción, entre otros casos, "cuando hacen revivir procesos legalmente concluídos". Y es natural que así sea, pues la palabra jurisdicción viene de **iusdicere,** declarar el derecho, una vez declarado por las autoridades competentes; no consulta el orden ni la seriedad de los fallos judiciales que, una vez pronunciados, pueda nuevamente acudirse a ellas para solicitar que se decida lo que ya se decidió con anterioridad.

Pero cuando el excepcionante mismo habla de **juicio determinado** y de **revivir un proceso legalmente concluído,** está diciendo a las claras que la excepción no tiene asidero legal, porque de tenerlo sería por agotamiento de la jurisdicción. Y como no se alega que haya habido una decisión judicial sobre el asunto que es materia del presente litigio, esto es, sobre si están vigentes o no lo están los contratos de que habla la demanda, no puede hablarse de carencia de jurisdicción por fallarlo ahora.

Ocurre simplemente, en el caso que se estudia, que el apoderado invoca un fenómeno de caducidad, como él mismo lo denomina, que no implica la carencia de jurisdicción por él alegada. Podrá producir otros efectos, que no es del caso discutir ahora, porque lo que debe concluirse es la existencia o la inexistencia de la excepción invocada, que, por las breves razones expuestas, ha de considerarse como no comprobada.

Transacción.—La proponen los demandados y la fundamenta el señor Procurador en la circunstancia de que el 26 de marzo de 1907 fue aprobado el contrato de prórroga de dos años, hecho a la compañía por el Gobierno, para entregar la última legua de camino de Vélez a Puerto Aquileo, "con las mismas condiciones estipuladas en los contratos vigentes" y la Compañía hoy demandante renunció, entre otras cosas, al "derecho exclusivo que tiene para la explotación de la región comprendida en el contrato celebrado con el señor Carlos Tavera Navas".

Se cita al señor Tavera Navas, porque éste había celebrado con el Gobierno, en enero de 1905, un contrato por medio del cual obtuvo permiso para explotar bosques de propiedad nacional en la zona especificada en el artículo 1º del pacto.

El señor Procurador alega como antecedente que el inspector del camino del Carare le decía al Gobierno que, como había dificultades sobre linderos entre la Compañía y el señor Tavera Navas, debía celebrarse una transacción en que el Gobierno entregara a Tavera Navas la parte de terreno que éste reclamaba y que la Compañía conservaba las hectáreas a que tenía derecho por leguas de camino ya entregadas y por las que entregara en lo futuro.

Además, la Compañía, con posterioridad a 1907 "entendió no tener privilegio de explotación en la zona comprendida en el contrato de Tavera Navas", pues en oficio de 29 de enero de 1908 no había incluído en el activo de la empresa el valor del privilegio a que se refiere el contrato de construcción, y ello ante la pregunta del Gobierno sobre las renuncias del contrato de 1907.

Aquel pacto —concluye— no ha sido impugnado judicialmente y en resoluciones administrativas se declaró que no era el caso de declararlo inexistente ni inválido; y, aunque no fue elevado a escritura pública, no se puede desconocer su valor, como que no se requería hacerlo, de acuerdo con algunos preceptos del código civil.

La providencia que se estudia alega tres razones para dar por no acreditada la excepción de que se trata: la primera, que el contrato no fue elevado a escritura pública, como debía haberlo sido, de acuerdo con algunos preceptos del código civil; la segunda, que no consta que la Asamblea de accionistas de la Empresa del Camino del Carare hubiera autorizado al Gerente para efectuar el convenio con el Gobierno y la tercera, que no se sabe si el terreno sobre que alega derechos el señor Tavera Navas comprenda el terreno de la Compañía demandante.

Se considera:

El código civil define la transacción diciendo que es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, y agrega que no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa (art. 2469).

La transacción puede proponerse como excepción dilatoria (art. 341 del c. j.), "ya que ella

produce entre los contratantes el efecto de cosa juzgada (artículos 2483 y 2484 del código civil)", como lo advierte la Comisión Redactora del Código Judicial. Mas para que produzca ese efecto, debe abarcar el objeto de las pretensiones debatidas o debatibles ante los jueces, como es apenas lógico y natural. Esto es y, como lo dice Fernando Vélez, "que la demanda tenga el mismo objeto que la transacción", pues ésta debe haber extinguido el motivo de la diferencia que se pretende resolver nuevamente por medio del juicio.

De las pruebas presentadas no puede concluirse que la parte demandante, de modo extrajudicial y mediante un convenio con la Nación, hubiera arreglado las posibles dificultades sobre sus derechos, con efecto de cosa juzgada, en una palabra, que hubiera hecho una transacción que impida la prosecución de este proceso.

En efecto, el contrato no dice una sola palabra sobre transacción, sino que señala las condiciones en que se celebra: el gobierno prorroga por dos años el plazo y la Compañía renuncia entre otras cosas a los derechos de explotación del terreno en que Tavera Navas pretende tenerlos. La voluntad de transar no es, pues, expresa.

Pero haciendo un análisis, tampoco aparece que la finalidad de la demanda sea la misma que la del contrato de 1907, pues en aquélla se pide simplemente que se declare que los contratos celebrados entre la Compañía y la Nación están vigentes y que, en consecuencia, la Nación no podía declararlos terminados; mientras que en el contrato la Compañía, como ya se dijo, renuncia a favor del Gobierno el derecho de explotar la región comprendida en el contrato celebrado con el señor Tavera Navas.

Si, como ya se ha dicho, el objeto de la transacción debe comprender o abarcar el objeto del pleito pendiente o del futuro litigio, tal cosa no aparece demostrada, si por hipótesis pudiera aceptarse la intención o propósito de transar.

Inepta demanda. Los demandados alegan que la demanda es inepta, por las siguientes razones:

a) En la petición primera se solicita que se declare que el Ministerio no podía declarar resueltos o terminados los contratos a que se refieren los hechos 2º a 15 de la demanda, mientras que en el hecho 17 se afirma que tales contratos están vigentes y lo estaban cuando se dictó la resolución número 627 de 1950. Esto es contradictorio y debe aclararse para saber si los actores se atienen al hecho 17 o a la primera petición de la demanda.

b) En la petición segunda se reclama la declaración de que los terrenos descritos en el hecho primero y el petróleo que en ellos se encuentra no están libres para contratar, ni lo estaban cuando fue dictada la resolución 627 de 1950.

Hay, pues, dos peticiones que se refieren a tiempos distintos y ha debido esclarecerse suficientemente la petición que contiene los dos miembros en referencia, para que la sentencia pueda recaer sobre una precisa, que en el particular revele inequívocamente la verdadera intención del demandante.

c) En la petición tercera los actores solicitan que se reconozca implícitamente que aún subsiste entre las partes el vínculo contractual sobre el aludido privilegio, solicitud que contradice la primera, en la que se pide que se declare que el Ministerio no podía declarar resueltos, ni caducados, ni terminados los contratos a que se refiere la demanda.

Se considera:

Desde que la demanda fue admitida ha de presumirse que el magistrado ponente la encontró ajustada a las prescripciones legales, ya que, de acuerdo con el artículo 205 del código judicial, ella ha de indicar "lo que se demanda, expresando con claridad los hechos u omisiones", como lo recuerda aquel funcionario.

Pero analizando las razones alegadas, encuentra la Sala que los tiempos de los verbos y las normas de la gramática y de la lógica dejan entender claramente el contenido de la demanda presentada, sin mayor esfuerzo.

Así, al decir la petición primera que el Gobierno "no podía ni puede" declarar resueltos los contratos celebrados con la Compañía constructora del camino del Carare, se pretende conseguir una declaración general que mira al pasado y al futuro. Y esa declaración no contradice en manera alguna la afirmación del hecho 17, de que los contratos están vigentes, y de que lo estaban cuando se dictó la resolución número 627 de 1950, sino que viene a ser su consecuencia lógica.

Tampoco hay contradicción en la petición segunda de la demanda de que los terrenos del Territorio de Bolívar "no están" libres para contratos de petróleos "ni lo estaban" cuando se dictó la resolución número 627 de 1950. La segunda solicitud apenas es, como lo anota el señor magistrado ponente, un corolario de la primera: no lo están, porque la compañía demandante, como lo alega, celebró un contrato de construcción de un camino que le concede derecho de explotar los vegetales y minerales de aquel territorio; y no lo

estaban cuando se dictó la resolución número 627 de 1950, por el mismo motivo de que la Compañía arguye que sólo ella tiene, ha tenido y tenía en el momento en que tal resolución se dictó, la facultad contractual de explotar aquella región.

Tampoco existe contradicción alguna entre las peticiones primera y tercera, supuesto que si aquélla, como ya se dijo, contiene una como declaración de principios o declaración general de que el Gobierno no podía ni puede declarar terminados los contratos, subsiste entre las partes el vínculo contractual del que emana el privilegio de explotación y, en consecuencia, no ha debido el Gobierno aceptar la propuesta del señor Bower, sino rechazarla y archivarla de plano.

Por lo demás, el señor Procurador manifiesta que se ha abstenido de "recurrir la providencia de 26 de enero en cuanto declara no probada la excepción de inepta demanda", porque considera aceptable la interpretación que de ella se hace.

El apoderado del señor Bower considera que el magistrado sustanciador no había tenido en cuenta "la totalidad de los argumentos" alegados por su parte. Pero releyendo su alegato de excepciones se ve que en el fondo no son distintos a los invocados por el señor Procurador: la contradicción entre la petición primera de la demanda y el hecho 17, que ya se estudió; y la contradicción entre la misma petición y los hechos 19 y 22, sobre todo, en el sentido de que se declare si la "terminación" de que se habla se hizo en general o en concreto.

Ninguna contradicción aparece de que se diga en la primera petición que el Ministerio "no podía ni puede" declarar terminado los contratos con la parte demandante, y que en los hechos 19 y 22 se exprese que el Ministerio consideró en sus resoluciones qué los contratos estaban terminados, esto es, que no estaban vigentes. Esto último estimó el Ministerio, pero la parte demandante considera que los contratos no estaban ni están terminados, porque no podía declararlo así.

Las demandas, como los contratos y las leyes, pueden y deben interpretarse, pero la pauta primordial al efecto es la de atenerse al sentido natural y obvio de sus términos. Tampoco sobra anotar que el objeto de las excepciones dilatorias se dirige al procedimiento "para suspenderlo o mejorarlo", como dice el código judicial, pero no para dilatarlo o complicarlo, ni menos, para llevar a los jueces a adelantar conceptos que tienen su lugar adecuado en el fallo definitivo.

En conclusión, la Sala estima suficientemente claro el sentido del libelo y por ello no puede prosperar tampoco la excepción de inepta demanda.

No es el caso de declarar que la excepción de transacción habrá de decidirse en la sentencia, porque toda excepción perentoria debe reconocerse en el fallo definitivo, si se encuentra justificada, aunque no se haya propuesto ni alegado, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse (art. 343 del c. j.).

Sobre costas pide el apoderado del señor Bower que la Corte declare que no hubo temeridad en el excepcionante. Pero no habiendo dicho nada al respecto la providencia en revisión, se ve que lo que hizo fue dar aplicación al decreto 243 de 1951, que estaba vigente cuando se dictó.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, DECLARA NO PROBADAS las excepciones dilatorias propuestas y ordena contestar la demanda dentro de dos días.

Con costas a cargo del excepcionante señor Bower.

Queda así sustituída la providencia recurrida.

Cópiese y notifíquese.

Luis Rafael Robles — Agustín Gómez Prada— Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

SUSPENSION DEL JUICIO CIVIL POR INFLUENCIA DE UN FALLO PENAL.—ESTA SUSPENSION NO OPERA AUTOMATICAMENTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, trece de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Carlos González y González, apoderado de los demandantes Marina Gutiérrez de Talero y otros, solicita en memorial de 25 de febrero del presente año que "se declare nulo todo lo actuado en este juicio, a partir del auto que ordenó traslado a las partes para alegar de conclusión en primera instancia, inclusive, y se ordene permanezca en suspenso este proceso, hasta tanto se traiga a los autos la prueba de haber terminado el proceso penal iniciado contra Marco J. Molano, cuya reconstrucción debió iniciarse según el mandato del art. 1º del decreto Nº 1897 de 4 de julio de 1948".

En su extenso memorial el peticionario, después de comentar ampliamente varias disposiciones del Código de Procedimiento Penal, expone así los fundamentos de su solicitud:

"Aplicando al caso de autos todo lo expuesto hasta aquí, se tiene que cuando el Tribunal Superior de Bogotá pronunció su sentencia, ya se había iniciado un proceso penal en contra del Agente de la Policía Nacional Marco J. Molano, en averiguación de la responsabilidad que éste pudiera tener en las lesiones sufridas por la demandante Gutiérrez de Talero, hecho del cual había suficiente prueba en los autos; que el fallo que los jueces penales deben proferir en ese proceso influye en la solución de la presente controversia civil, porque si por aquéllos se sobresee o absuelve en favor de Molano, conforme lo prevé el art. 28 del C. de P. P., porque el hecho no ha existido, porque él no lo ha cometido o porque obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, la Nación que debe responder de los daños que él ocasionó, no podrá ser condenada, y, viceversa, si por los jueces penales se profiere un fallo condenatorio, la justicia civil, al proferir su sentencia, no podrá poner en duda la existencia del hecho ni la responsabilidad de Molano, porque se lo prohibe el art. 29 del C. de P. P., y, en consecuencia, no podrá fundar la absolución de la Nación en la irresponsabilidad de quien actuó como su agente o en la inexistencia del hecho, y, en último término, los jueces civiles carecen actualmente y carecían también en el momento en que el Tribunal A QUO dictó su sentencia, de competencia para decidir acerca de la existencia del hecho que da base a la acción ejercida en el juicio y acerca de la responsabilidad de Marco J. Molano, de la cual depende la de la parte demandada en este proceso, y, por lo tanto, la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá en la primera instancia ES NULA, y lo es también toda la actuación posterior, y así debe declararlo esa Sala.

"Pero la actuación debe retrotraerse hasta antes del traslado a las partes para alegar en la primera instancia, porque, como el fallo penal es un elemento que ha de incidir de manera principalísima en el pronunciamiento de la sentencia que desate la presente controversia, debe permitirse que las partes lo tengan en cuenta cuando formulen sus alegatos de conclusión y puedan hacer referencia en ellos a la mencionada decisión penal, si así lo tienen a bien, sin que haya fundamento alguno para recortar de otro modo el derecho que la ley reconoce a los litigantes de alegar ante el Juez en favor de sus derechos, antes de que entre a fallar".

A su turno el señor Procurador Delegado en lo Civil, al descorrer el traslado de la solicitud en cuestión, se extiende en variadas razones sobre la procedencia de la nulidad impetrada por la parte demandante, terminando por manifestar que coadyuva su petición, "pero siempre que se limiten los efectos anulatorios del juicio hasta la sentencia de primera instancia, no más atrás, puesto que lo importante en la materia es que el juzgador no falle, en casos como el presente, sin esperar los resultados de la decisión penal, pudiéndose adelantar entretanto el trámite civil hasta ese momento, según lo ha establecido invariablemente la jurisprudencia".

Para resolver, y teniendo en cuenta que la cuestión jurisdiccional planteada no es susceptible de disposición de las partes,

Se considera:

A pesar de sus extensas argumentaciones, los interesados no precisan por qué causa hubo de suspenderse la jurisdicción en este negocio cuando llegó el momento de dictar el fallo de primera instancia, y apenas si insisten en una presunta investigación criminal contra el Agente de la Policía Nacional Marco J. Molano, autor de los hechos que han motivado esta acción de perjuicios contra la Nación. En todo caso, la Corte no encuentra fundamento en estos autos para decretar la nulidad solicitada, por las siguientes razones:

1°—Porque al juicio ni siquiera se ha traído la prueba de que se haya iniciado o adelante ninguna investigación criminal contra el Agente Molano;

2º—Porque ante la ausencia de esa prueba, y a la luz de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, no podía decretarse ni se ha decretado la suspensión del presente juicio; y

3º—Porque tal suspensión no opera automáticamente o por la sola existencia del proceso penal, sino a virtud de la decisión que así lo disponga, cuando el Juez encuentra que el fallo que haya de dictarse en dicho proceso "pudiera influir en la solución de la controversia civil...". (Véase la sentencia de la Sala de Casación Civil de 16 de septiembre de 1950, publicada en la GACETA JUDICIAL Tomo LXVIII, Números 2087-2088, págs. 79 a 87).

Por todo lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia NO ACCEDE a lo solicitado por la parte demandante en su memorial de veinticinco de febrero del corriente año.

Como el señor Procurador Delegado en lo Civil coadyuvó expresamente la petición de nulidad de su contraparte, NO SE HACE condenación en costas.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprma de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo catorce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Mediante instrumento público Nº 2800, otorgado ante el Notario Segundo del Circuito de Medellín el 22 de noviembre de 1937, debidamente registrado en la oficina respectiva el día 25 de los mismos mes y año, Luis Fernando Restrepo, como apoderado de Ana Mejía de Restrepo, Fernando Restrepo por sí y como adoperado de Elena, Eugenia, Lucila, Carlina y Margarita Restrepo Isaza, Ricardo J. Restrepo M., como apoderado de Julia Mejía de Restrepo y de Octavio J. Restrepo, y Luis A. Botero, como apoderado de Antonio J. Arcila y de la cónyuge de éste Hortensia Ramírez de Arcila, vendieron al Departamento de Antioquia, con intervención de su Empresa de Transportes del Ferrocarril del mismo nombre, representada ésta por el Superintendente General, señor Emilio Montoya Gaviria, una faja de terreno en las fincas de "San Fernando", "El Oro" y "La Florida", entre las desembocaduras del río Armá en el Cauca y la quebrada Morales en el mismo, con una anchura de veinte metros en toda la extensión indicada.

Por la cláusula octava del citado instrumento, el Departamento de Antioquia, por medio de su Empresa el Ferrocarril de Antioquia, se comprometió a lo siguiente:

"a) A construir un pasaganado en la hacienda de San Fernando, en la parte de la finca donde existió el campamento de construcción Nº 2 del Ferrocarril y en el punto donde indique don Luis Fernando Restrepo o su recomendado, en representación de la señora Ana Mejía v. de Restrepo. Este pasaganado tendrá las dimensiones que el Ferrocarril de Antioquia acostumbra en casos similares; b) A poner en el pasaganado que el Ferrocarril deberá construir, como en los ya construídos en las haciendas de "San Fernando", "El Oro" y "La Florida", buenos pisos de piedra, con entradas y salidas convenientes; c) La Empresa del Ferrocarril de Antioquia cercará lo que falte por cercar de la faja, materia de esta escritura, con buenos estacones de corazón, colocados a dos metros de distancia uno de otro y con alambre de la mejor calidad, poniéndole a dichos cercos cuatro a cinco hilos, según el terreno, pero se advierte que la Empresa en el costado izquierdo de la faja o sea el costado derecho del río Cauca, sólo hará dichos cercos en donde hubieren bebederos para los ganados o se justifique la existencia de un potrero de alguna significación o de un sesteadero para el ganado... d) El Ferrocarril de Antioquia se obliga a poner en los cercos, a que se viene haciendo referencia en los numerales anteriores, sendos pares de puertas en las haciendas de "San Fernando", "El Oro" y "La Florida" en los puntos más convenientes, a fin de que los empleados de dichas haciendas puedan cruzar la carrilera en todo lo relacionado con la administración de las mismas. Estas puertas serán muy buenas y fuertes, de comino, en cuadros de cuatro por cuatro...".

Como en el citado Instrumento público no se fijó término alguno para que el Departamento de Antioquia, en su Empresa del Ferrocarril de Antioquia, realizara las obras que se comprometió ejecutar en la faja de terreno materia de la negociación, a que alude la preinserta cláusula 8ª, y como tampoco dicha Empresa hubiera cumplido tal compromiso, particularmente en cuanto dice relación a las fincas "El Oro" y "La Florida", los propietarios de éstas, o sean las mismas personas que intervinieron como vendedoras de la faja de terreno mencionada, a excepción de los propietarios de la finca "San Fernando", solicitaron y obtuvieron del Tribunal Superior de Medellín, mediante apoderado, se requiriera al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, POR MEDIO DE SU EMPRESA DE TRANSPORTES DEL FERROCARRIL DE ANTIOQUIA, y en la persona de su representante legal, el señor GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO, para que cumpliera las obligaciones contraídas, a que se refiere la mencionada cláusula, en lo que hace relación a las fincas "El Oro" y "La Florida".

En el acto de notificación de la respectiva providencia requisitoria, cumplido el 12 de abril de 1951, el señor Gobernador manifestó que la obligación u obligaciones a que se refiere la solici-

tud de requerimiento "no son de cargo del Departamento, en su Empresa del Ferrocarril, ni en ninguna otra de sus dependencias", por las razones que dejó allí consignadas, las cuales, para los efectos del asunto sometido al estudio de la Corte y de que adelante se hablará, no se estima conducente reproducir.

Posteriormente, las mismas personas que solicitaron el mencionado requerimiento, presentaron ante el Tribunal Superior de Medellín, por conducto del mandatario judicial designado, doctor J. M. Echeverry Lozano, nuevo escrito, fechado el 30 de abril de 1951, por el cual se demanda al citado Departamento, por medio de su indicada empresa de transportes, en la persona de su representante legal, el señor Gobernador del Departamento, para que por los trámites del juicio que reglamenta el Título XXXIII, Libro 2º del C. J., y especialmente el artículo 990 de dicha obra, se decrete lo siguiente: "a) Dicho mandamiento ejecutivo, previniendo al Departamento de Antioquia que dentro del plazo que el H. Tribunal señale como prudencial, ejecute las obligaciones a su cargo, contenidas en la cláusula 8 de la escritura pública Nº 2800 de 22 de noviembre de 1937, de la Notaría Segunda del Circuito de Medellín, que son las mismas contempladas en el numeral 4º de este libelo, y en lo relacionado con las haciendas "El Oro" y "La Florida".

"b) Que el mandamiento ejecutivo se extienda al pago de los perjuicios por mora, desde la fecha de ésta, que es la misma de la notificación del auto de requerimiento al Sr. Gobernador, hasta aquella en que se satisfaga en su totalidad la obligación. Estos perjuicios los estimo en una cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) mensuales, en que avalúo la pérdida mínima mensual de dos cabezas de ganado, entre vacuno y porcino, a razón de un precio promedio de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), por cabeza, y cuyas muertes, trituradas por las propias máquinas del ferrocarril y extravíos, se han venido sucediendo por la falta de las cercas que la entidad demandada se obligó a construir".

El Tribunal de Medellín, en vista de los documentos presentados con la demanda y estimando que del título escriturario invocado por los demandantes resultaba a cargo del Departamento una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, despachó favorablemente la ejecución impetrada, con acatamiento a lo dispuesto por el artículo 990 del C. J., disponiendo;

"Prevéngase al Departamento de Antioquia, en la persona del señor Gobernador, que debe proceder a la ejecución de los hechos que se demandan, dentro del plazo de dos meses. Estas obligaciones están contenidas en la cláusula 8ª de la escritura pública número 2800 de 22 de noviembre de 1937, de la Notaría 2 de Medellín, que obra en autos. Se ordena al mismo Departamento pagar a favor de la parte demandante la suma de quinientos pesos mensuales ($ 500.00) que por concepto de perjuicios ha sido estimada bajo juramento. Tales perjuicios se deben desde el requerimiento que en estos autos se le hizo al señor Gobernador, el 12 de abril de 1951. Hágasele al señor representante de la entidad demandada las prevenciones del artículo 999 del C. J.".

Una vez surtida con el señor Gobernador la notificación del expresado mandamiento ejecutivo, este funcionario, en tiempo oportuno pidió reposición de tal providencia, fechada el 31 de julio de 1951, tendiente a obtener su revocatoria, para que en su lugar se denegara la ejecución, por no resultar de la escritura indicada, una obligación clara a cargo del Departamento.

El Tribunal, estimando que las razones expuestas por el señor Gobernador justificaban la medida pedida, resolvió, por auto proferido el 15 de octubre pasado, REVOCAR el auto reclamado, para en su lugar negar la ejecución solicitada.

Contra esa providencia se alzó el apoderado de los demandantes, razón por la cual llegó acá el negocio, en donde, después de recibir la tramitación que le es propia, se procede a decidir lo que fuere legal.

En los siguientes pasajes de la providencia, materia de la apelación, se concretan las razones del **a quo** para reponer su anterior proveído y no acceder a despachar la ejecución, razones que, en el fondo, son las mismas aducidas por el señor Gobernador:

"Se trata de resolver si en el caso que se estudia, aparece del título presentado como recaudo, una obligación de hacer clara, sin que haya de recurrirse para fijar su alcance, a otros medios de prueba. Conforme a las voces de la cláusula 8ª de la escritura 2800 el Departamento debe construir un pasaganado en la hacienda de San Fernando, pero se dejó para definr después el punto preciso donde la obra debe llevarse a cabo. Debe igualmente la entidad demandada fijar cercos con estacones e hilos de alambre, pero hay vaguedad en lo que a esta obligación se refiere, porque algunos de esos cercos deben plantarse donde se justifique la existencia de un potrero de alguna significación o de un sesteadero para el ganado. Y el lugar donde se justifique ésto no es-

tá determinado. También con respecto a las puertas que en dichos cercos han de hacerse en las fincas San Fernando, El Oro y La Florida, han de buscarse los puntos más conveuientes, puntos que precisamente no están indicados en la escritura.

"El Departamento alega que falta claridad en cuanto al objeto de la obligación debida, por las razones anotadas. Y la Sala, después de un mejor estudio del título presentado, se ve forzada a llegar a la misma conclusión, pues indudablemente el aludido título necesita de un complemento para que lleve aparejada ejecución conforme a la ley. Y ese complemento ha de decir relación a la precisión en cuanto al objeto materia de la obligación de hacer que se reclama".

Consideraciones de la Corte

Dicho está que el mandamiento ejecutivo impetrado se concreta a las obras que el Departamento, en su empresa del Ferrocarril, se comprometió a ejecutar en la faja de terreno materia del contrato, únicamente en cuanto dice relación a las fincas "El Oro" y "La Florida", cuyos linderos fueron objeto de especial mención en el instrumento público 2800 citado, y así aparece precisamente determinada la faja que, en su costado derecho debe cercarse, en lo que falte para cercar, "con buenos estacones de corazón, colocados a dos metros de distancia uno de otro y con alambre de la mejor calidad, poniéndole a dichos cercos cuatro o cinco hilos, según el terreno...". De esta estipulación aparece una obligación de hacer a cargo de la entidad demandada perfectamente clara: cercar lo que falte por cercar de esa faja; con buenos estacones de corazón; distancia entre uno y otro; hilos de alambre, de la mejor calidad, que deben tenderse, al menos cuatro. Se advirtió allí que en el costado izquierdo de la faja en referencia, o sea el costado derecho del río Cauca, el cercamiento se limitará a las zonas en **donde hubiere bebederos para el ganado o se justifique la existencia de un potrero de alguna significación o de un sesteadero de ganado.** La obligación que entraña esta parte de la mencionada cláusula, también es, a juicio de la Sala, perfectamente clara, como quiera que concreta el cercamiento de las partes de la faja, en un costado determinado, donde lo justifiquen la existencia de precisos sitios destinados a un determinado objeto que igualmente se indica, bastando para ello la mera observación del terreno, aledaño al río Cauca. Igual afirmación cabe hacer en relación con la obligación a que se refiere el ordinal d) de la tantas veces citada cláusula 8ª, de poner en los cercos sendos pares de puertas en las haciendas de ...El Oro y La Florida, puesto que se indica que debe ser en los puntos más convenientes para el fin a que se destinan, y además se especifica la clase de madera que debe emplearse en su construcción, forma y resistencia de las mismas, bastando en cuanto a lugar o sitio de ubicación de esas puertas la simple observación de las respectivas fincas. Por lo demás la cláusula en referencia dá bases muy precisas para la determinación y ejecución de las obras que debe realizar la entidad demandada.

No siendo otros los reparos formulados por el Departamento al título exhibido e invocado por los demandantes para solicitar las medidas que en un principio decretó el Tribunal, la revocación de la providencia apelada se impone, por cuanto además la obligación en referencia a cargo del Departamento, no solamente es clara en su aspecto formal o exterior, sino también en su contenido jurídico de fondo. Por otra parte, no debe perderse de vista que las razones expuestas por el Departamento y acogidas por el Tribunal, como fundamento de su decisión, para pretender restarle claridad a la obligación, son más aparentes que reales, desde luégo que los reparos formulados en cuanto a ese extremo son de carácter puramente accesorio, que no alcanzan a desvirtuar esa claridad que conlleva la estipulación mencionada, en cuanto a su objeto. Tales reparos, se resuelven en el momento de la ejecución de la obligación, de común acuerdo entre las partes, no obstante, que la cláusula, según se dijo atrás, dá bases muy precisas para ubicar las obras que deben realizarse.

En mérito de lo discurrido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Revócase el auto apelado de fecha 15 de octubre de 1951, dictado en estas diligencias por el Tribunal Superior de Medellín: y en su lugar se confirma el Mandamiento Ejecutivo decretado por el mismo Tribunal en providencia del 31 de julio del mismo año, con la sola aclaración de que las obras que debe realizar el Departamento, han de concretarse a las fincas de "El Oro" y "La Florida".

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

LOS MENORES DE SIETE AÑOS TAMBIEN TIENEN DERECHO A PAGO DE INDEMNIZACION POR PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS OCASIONADOS CON EL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS PROGENITORES

Ya la Corte rechazó la reducción del resarcimiento de los perjuicios morales subjetivos a la mitad para personas de corta edad que han alcanzado el uso de la razón, diciendo que ella "repugna a los sentimientos afectivos, que en más de las veces son de mayor intensidad en niños de corta edad que en los adultos" (Sentencia de 13 de febrero de 1951, G. J., Tomo LXIX, pág. 245).

Mas quiere hoy la Sala revaluar también la doctrina de que la indemnización de perjuicios morales subjetivos no se debe a hijos que no han llegado al uso de la razón al tiempo del fallecimiento de uno de sus progenitores, admitida por la Corte en varios fallos, para llegar a la contraria de que se debe decretar en su favor, aunque no hayan cumplido los siete años, que es la edad comunmente admitida para suponer el discernimiento.

La doctrina que se analiza tiene como base la de decir que si el perjuicio moral subjetivo consiste en la lesión que se sufre en los afectos, en el dolor del ánimo ocasionado, para un caso como el de que se trata, por la pérdida de un persona querida, mal puede ordenarse su reparación en favor de quien no ha podido experimentarlo por falta de raciocinio. Dicho de otro modo, la obligación del resarcimiento no puede existir si la pena no se ha sentido, y ese sufrimiento en la parte meramente afectiva, no puede sentirlo quien no ha llegado al uso de la razón.

Pero la tesis falla por dos aspectos, el primero de los cuales es el de que hoy no se considera la indemnización de los perjuicios morales subjetivos como una compensación del sufrimiento, como el PROETIUM DOLORIS de que habló Josserand, pues que, como dice Ripert, "sería profundamente inmoral afirmar que quien ha sido afectado en sus sentimientos, haya de consolarse del golpe merced de la indemnización que habrá de recibir". Los perjuicios morales son irreparables en especie. Cuando ocurren, se trata de proporcionar una "satisfacción de reemplazo", como la llama este mismo comentador, para quien "los daños y perjuicios no tienen en este caso un carácter de indemnización, sino UN CARACTER EJEMPLAR".

En forma más circunscrita al argumento, éste flaquea también por lo inaceptable que resulta afirmar que el menor de siete años no siente verdadera pena por la falta de la tutela afectiva de sus progenitores, sobre todo de la madre, pues ello resulta arbitrario y opuesto a la realidad. Pero admitiendo que haya un límite de tiempo, que pudiera fijarse en más o en menos, en que el infante no siente dolor del ánimo por la pérdida de sus padres tampoco se podría negar reparación, pues es indudable para la Corte que esa pena o afección habría de terminar por sentirse CIERTAMENTE, al salir de los umbrales que en materia de edad se han venido teniendo en cuenta hasta ahora.

Y ésto porque, como afirman los comentadores, "entra en el resarcimiento todo daño que se derive necesariamente del hecho injurioso" (Chironi). Dicho de otro modo, es indispensable que el daño exista, que sea CIERTO y que sea causado por el hecho ilícito. Pero no es necesario que se haya experimentado, pues basta la certidumbre de que el hecho causal lo producirá, caso en que también el daño es cierto y, por tanto, es justo asignar una indemnización. Así Planiol y Ripert dicen que "un perjuicio no realizado todavía, puede justificar una condena inmediata, si resulta ser cierta su realización futura, por tratarse del desarrollo indudable de un perjuicio actualmente en evolución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Por apelación interpuesta por los actores debe revisar la Corte la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, por la cual "no accede a hacer las declaraciones que se solicitan" en la demanda presentada por BALVINO CHAVERRA LOPEZ, en su propio nombre y en el de sus hijos menores María Elena, María Aura, María Isabelina, Santiago de Jesús, María Jesús, Consuelo del Socorro y María Leonor.

Peticiones de la demanda. En la demanda se pide que se hagan las siguientes declaraciones:

a) Que la Nación es civilmente responsable del accidente que ocasionó la muerte a la señora Laura Lina López de Chaverra, "por descuido, negligencia o culpa de sus agentes y empleados" en la conservación y reparación de la vía pública o carretera que de la estación Bolombolo, del Ferrocarril de Antioquia, conduce a la ciudad de Quibdó, pasando por la población de Bolívar (A).

b) Que, como consecuencia, la Nación "está en la obligación de indemnizar al señor Balvino Chaverra López y a sus siete hijos menores citados atrás, todos los perjuicios, morales y materiales", que sufrieron a causa de la muerte de la nombrada señora, perjuicios cuya cuantía fija en dos mil pesos, para cada uno, como morales, y en diez y seis mil pesos, para todos, como materiales.

c) En subsidio, que la Nación debe indemnizar a los demandantes todos los perjuicios materiales y morales sufridos como consecuencia de la muerte de la señora Laura Lina, en la cuantía que señalen el Tribunal y los peritos que se nombren, o por medio del incidente de que habla el artículo 553 del código judicial.

Los hechos que dieron origen a este proceso pueden relatarse diciendo que en la noche del 24 de septiembre de 1949, cuando la señora Laura Lina López de Chaverra se dirigía de la Iglesia Parroquial de Bolívar hacia su casa de habitación, cayó en el hueco o zanja de más de tres metros de profundidad que había en la calle o carretera que atraviesa la población, lo cual le ocasionó graves lesiones que le produjeron la muerte algunas horas después.

La demanda anota que el señor Chaverra había contraído matrimonio con la señora Laura Lina; que del matrimonio habían nacido los siete hijos mentados al principio; que el Estado tiene a su cargo el sostenimiento de la vía en que ocurrió el accidente; que el demandante y sus hijos sufrieron perjuicios materiales y morales, que señala; y que el accidente se debió a negligencia de los empleados de la Nación, por no haber realizado las obras que hubieran evitado el grave riesgo que existía en la calle o carretera, la cual negligencia "fue la causa del accidente y muerte de la señora López de Chaverra".

Contestación de la demanda.—El Fiscal del Tribunal contestó expresando que, en cuanto al matrimonio y nacimiento de los hijos, se atenía a lo que apareciera "en las partidas de origen eclesiástico" (sic) presentadas; que no le constaban los hechos en que se apoya; que no negaba lo que estatuyen los artículos 2341 y 2356 del código civil sobre culpa extracontractual; pero que se oponía a que se hicieran las declaraciones pedidas por los actores.

La sentencia apelada discurre sobre dos puntos esenciales: se acepta en ella que está probado plenamente el accidente, la muerte de la señora, el descuido de las autoridades y los perjuicios ocasionados; pero no se condena al resarcimiento, porque al Tribunal le nació una fuerte duda sobre si debía ser la Nación o más bien el Municipio de Bolívar la entidad que debía responder por los daños causados.

Ha de resolverse, pues, lo que se estime pertinente, para lo cual se tratará sobre el interés de las partes, los hechos ocurridos, la responsabilidad que, en su caso, corresponda, y los perjuicios que, también si fuere oportuno, puedan deducirse.

Legitimación en causa llama el señor Procurador el aparte en que hace un interesante estudio sobre el interés de las partes, producido por el parentesco con la víctima, que la Sala seguirá como base de las consideraciones que sobre el particular debe hacer.

El matrimonio católico celebrado el 28 de noviembre de 1936, entre Balvino Chaverra y Laura Lina López, se comprobó con una certificación expedida por el notario que presenció el matrimonio (f. 2 del c. 1). Entonces estaba vigente el artículo 22 de la ley 57 de 1887, que requería como prueba principal del estado civil los certificados que sobre nacimientos, matrimonios o defunciones de católicos expedían los curas párrocos; pero como lo comenta el señor Procurador, la norma no era exclusiva, como hoy lo es, al contrario, la ley 92 de 1938, al decir que "sólo se tendrán como pruebas principales del estado civil" las de origen civil.

Fernando Vélez comenta que "las certificaciones mencionadas, (de los párrocos) no son las únicas pruebas principales del estado civil, también quedan en la categoría de éstas las del registro civil" (Estudio sobre el derecho civil colombiano, tomo II, página 9).

De ésta suerte, puede darse por debidamente probado el matrimonio de que se trata.

En cuanto a los hijos del matrimonio, se trajeron al expediente las partidas de origen civil, que acreditan el hecho de ser hijos legítimos de los mentados padres, don Balvino y doña Laura Lina, de acuerdo con el artículo 19 de la ley 92 de 1938. (fls. 2 a 5 del c. 1). En cuanto a María Leonor, se allegó la partida de origen eclesiástico (f. 5 ibidem), previa demostración de no haberse hallado la de origen civil (f. 2 ibidem).

En atención a tales pruebas acepta la Procuraduría, y con ella esta Sala, que está demostrado el interés jurídico del señor Chaverra López para comparecer en juicio, ya en nombre propio, ya también en representación legal de sus hijos menores.

Los hechos generadores de los perjuicios.

Existe plena prueba en el expediente de que en la carretera que atraviesa la población de Bolívar existía un hueco o zanjón, en el cual cayó la señora de Chaverra, con la consecuencia de las lesiones que sufrió y que le produjeron la muerte.

La existencia del zanjón peligroso se acreditó con una diligencia de inspección ocular, en la cual se hizo constar que "la excavación el día del suceso media cuatro metros"; que "el paso por el sitio en donde tuvo lugar el suceso... si se quiere era irremediable en dicho día", porque en otro punto se ofrecían iguales o semejantes peligros, tánto que días después pereció allí otra señora; que "la predicha excavación sí ofrecía un gravísimo peligro para las personas... sobre todo en las horas de la noche, ya que allí no se había colocado luz o señal alguna que indicaran el riesgo o peligro para los que pasaran por allí" (fls. 32 y 33 del c. 2.).

Esta diligencia ofrece mérito probatorio porque, aunque fue practicada al año y medio del suceso, se hace constar que el estado de la zanja no se había modificado sino únicamente en lo atañadero a la sanidad, y de otro lado, las circunstancias anotadas las confirman los declarantes que en seguida se citan.

Obran en el proceso las declaraciones de Jesús María Restrepo, Gonzalo Calad R., Rubén Taborda Galeano, Octavio López Montoya, y Aníbal Velásquez, quienes están de acuerdo en afirmar que en el sector urbano de la carretera que partiendo de la estación de Bolombolo, del Ferrocarril de Antioquia, atraviesa el municipio de Bolívar, en un punto situado a cinco o seis cuadras de la plaza principal de aquella población, existía en el mes de septiembre de 1949 una excavación o zanja de más de tres metros de profundidad, hecha por las aguas de la quebrada de "Don Perucho", que ofrecía gravísimo peligro para las personas animales o vehículos que por ahí transitaran; que en la noche de los sucesos no había luz eléctrica en el poblado; que el 24 de septiembre de 1949 existía aquella excavación sin relleno alguno, cercas, obstáculos u otras obras de defensa, que suprimieran el riesgo que implicaba; y que fue allí y en aquella noche, alrededor de las ocho, en donde y cuando cayó con un hijo suyo la señora Laura Lina Chaverra, sufriendo ésta graves lesiones que le causaron la muerte al día siguiente (fls. 11 y siguientes del c. 2).

Algunos agregan que el paso por ese punto era casi obligado, pues otro que había era más peligroso y que, en efecto, hubo un accidente fatal parecido al que se comenta en ese otro lugar (fls. 16 v., 18 v., 20 v. y 25), lo que confirma el mismo dato de la inspección ocular.

Tales testimonios son fehacientes, porque los deponentes exponen hechos que percibieron personalmente, esto es y, como lo dice el señor Procurador, lo que captaron "por propia y directa percepción" y el relato merece credibilidad por la forma en que se hace.

Se trajo también la partida de defunción de la mentada señora (f. 44 del c. 1), en la cual se hace constar que "la causa principal de la muerte fue hemorragia cerebral que la certificó el doctor Juan Montoya Sánchez".

Y este médico atestigua bajo juramento que en su calidad de profesional atendió a doña Laura Lina "en las primeras horas del día 25 de septiembre de 1949... y la causa de la muerte de dicha señora fue hemorragia cerebral... efecto inmediato y necesario del accidente sufrido" por ella, según se relata en el hecho sexto de la demanda, que se le leyó (f. 5 del c. 2).

La responsabilidad de la Nación.—Una ya copiosa jurisprudencia de esta Sala ha deducido la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por las cosas que administra, debidos a culpa de sus agentes o empleados, responsabilidad que tiene su base en el título 34 del código civil. Los artículos 2341 y 2356 consagran la regla ge-

neral de la responsabilidad del que hace daño a otro y el último estatuye sobre la responsabilidad especial de quien, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el mismo.

Mas al respecto dice el Tribunal que, "no obstante la claridad y eficacia de las pruebas en cuanto al siniestro ocurrido como a la defunción, a la existencia de la profunda excavación o hueco, al descuido de las autoridades que tenían que velar, a los perjuicios ocasionados, etc. etc., sin embargo a la Sala falladora le queda una duda muy fundada sobre si es la Nación o el Municipio de Bolívar quien debe responder en este caso. Y esta dubitación nace de varias declaraciones de las traídas al juicio, que dejan comprender que la responsabilidad, o mejor dicho, el descuido o negligencia corresponde a las autoridades municipales del distrito de Bolívar".

Al proceso se agregó copia del memorial dirigido por algunos ciudadanos al Concejo Municipal, en el que le solicitan que tome las medidas conducentes a fin de eliminar el "foco de infección que hace mucho tiempo existe", esto es, el zanjón de la quebrada de "Don Perucho" en que cayó la señora de Chaverra, memorial ratificado por algunos declarantes que exponen que el Municipio tenía descuidado aquel lugar y no había prevenido el peligro en forma alguna (fls. 7 del c. 2).

"Los habitantes de ese sector —concluye el Tribunal— estaban en la convicción de que era al Concejo Municipal a quien correspondía por medio de sus agentes corregir o eliminar el foco de infección y al mismo tiempo ocasión de inminente peligro para los transeúntes".

Pero el Tribunal no hizo análisis alguno de las pruebas y de las disposiciones que atribuyen a la Nación el cuidado de la vía, alegadas por la parte demandante, y que no dejan duda posible sobre el particular, y no pensó que los dichos de los vecinos del municipio, como es obvio, apenas constituyen un concepto u opinión que no podía ni puede cambiar lo que los preceptos legales y las pruebas acreditan en el proceso.

Así, conviene recordar que el artículo 674 del código civil denomina bienes de uso público aquellos cuyo dominio corresponde a la Nación, pero cuyo uso pertenece a los habitantes, "como el de las calles, plazas, puentes y caminos". Precepto con el cual puede ya establecerse "en forma inequívoca cuál es la entidad de derecho público a cuyo cargo está el cuidado de la vía de uso público en que ocurrió el siniestro" dice el señor Procurador.

Pero en el caso concreto existe el artículo 2º de la ley 88 de 1931, por la cual se adopta el plan de carreteras nacionales, y que comprende la de Bolívar a Quibdó. Es más, en el artículo 7° se establece que "el sostenimiento de la red nacional de carreteras estará a cargo de la Nación". Y más explícito es el artículo 4º de la ley 28 de 1941, que estatuye que "el sostenimiento de la red nacional de careteras corresponde a la Nación en su totalidad, sin que obste para ello que algunos trayectos de dicha red hayan sido construídos por Departamentos o Municipios".

Por último, los anteriores datos legales se confirman con dos informes del ingeniero jefe de la zona de carreteras de Medellín, en los cuales se asegura que las carreteras Bolombolo-Bolívar y Bolívar-Quibdó estuvieron a cargo de la Nación con anterioridad al mes de marzo de 1950 la primera y con anterioridad al mes de febrero de 1951 la segunda (fls. 6 del c. 2 y 3 del c. 4).

De esta suerte, no queda duda de que la entidad responsable de los daños ocasionados por negligencia o descuido en evitar el peligro que ofrecía una vía como la de que se trata, es la Nación y no el Municipio de Bolívar.

Debe ahora averiguarse cuáles son los perjuicios materiales y morales sufridos por la parte demandada y que la Nación debe indemnizar.

Perjuicios materiales.—Los perjuicios materiales sufridos a causa de la muerte de la señora Chaverra se hallan acreditados con las declaraciones de Victoriano Quiroz López, Aureliano Taborda Gallego, Marco Antonio Taborda Arango y Francisco Antonio Taborda Arango (fls. 22 y siguientes del cuaderno número 2), quienes aseguran que la señora Laura Lina vivía consagrada al cumplimeinto de sus deberes, como esposa y madre ejemplar, y que de su trabajo personal de modista bien acreditada ayudaba al sostenimiento de su hogar.

Sobre la cuantía hablan los mismos declarantes, pero el primero nada afirma de seguro, sino que expone que "en cuanto al promedio mensual de las gananciales (sic) provenientes de su oficio eso es bastante difícil apreciarlo y por ello, y sin fundamento alguno, sino por una mera suposición, tal vez esos gananciales podrían ser de unos setenta pesos".

Taborda Gallego sí es explícito al respecto pues afirma que "en vista del movimiento, de la fama que tenía como modista, de algunos trabajos que

hizo en mi casa y de la consagración a su trabajo en el que se prolongaba hasta algunas horas de la noche, calculo que podría tener una utilidad mensual alrededor de unos doscientos pesos".

Marco Antonio Taborda Arango dice que la señora "gozaba de muy buen crédito y con su trabajo, que era mucho, según cálculos que yo le hacía obtendría un promedio mensual de ciento cincuenta a doscientos pesos".

En fin, Francisco Antonio Taborda Arango asevera que la señora Laura Lina, "con su trabajo, que era mucho, pues yo le veía las pilas de costura podría obtener una ganancia mensual, según mi cálculo personal por ahí unos cien pesos mensuales".

Como estos tres últimos deponentes hacen su cálculo por lo que observaron de modo directo y dan las razones en que lo fundan, pueden atenderse sus dichos. Mas, como no están de acuerdo, resulta acertado, como lo insinúa el señor Procurador, señalar un promedio entre las tres sumas que indican de $ 100.00, $ 150.00 y $ 200.00 de entrada mensual, lo que dá la de ciento cincuenta pesos ($ 150.00).

Esta indemnización debe decretarse a favor de los hijos y no del cónyuge, pues no hay prueba alguna de que éste se hallara incapacitado para trabajar. Además, la indemnización de los hijos varones debe cesar tan pronto como lleguen a la mayor edad, dentro del tiempo de vida probable de su madre.

Pero como se desconoce esta vida probable de la víctima, no puede de una vez fijarse la cuantía de los perjuicios materiales, por lo cual se hará su señalamiento por el trámite del artículo 553 del código judicial, para lo cual se tendrán en cuenta las normas siguientes, además de la apuntada atrás:

a) La utilidad-promedio que obtenía mensualmente en su trabajo la señora Laura Lina de Chaverra, que, según lo dicho, se señala en la suma de ciento cincuenta pesos mensuales;

b) El tiempo de vida probable de la misma, con la advertencia respecto de los hijos **varones,** de que si aquella supervivencia es mayor, debe tomarse en cuenta el tiempo que le hace falta a dichos hijos para llegar a la mayor edad;

c) Debe deducirse una cantidad que es de suponerse destinaba la señora para sus gastos personales, que se calcula en la quinta parte o veinte por ciento, teniendo en cuenta el número de hijos a cuya subsistencia ayudaba; y

d) Deben aplicarse las Tablas de Garuffa, para la liquidación de los perjuicios, en la forma acostumbrada por la Corte.

Perjuicios morales.—Sobre perjuicios morales subjetivos se presentan tres tesis que deben estudiarse: la del señor Procurador, la de la Corte y la de la parte actora.

El señor Procurador opina que tan sólo respecto de los hijos mayores de siete años, que son cuatro, María Leonor, María Aura, María Belén y María Isabel, "se justifica la indemnización de los perjuicios morales no objetivados", por haber adquirido el uso de la razón, y eso reducida a la mitad, pues así se satisface ampliamente, en su concepto, dicha indemnización simbólica.

Ya la Corte rechazó esa reducción del resarcimiento de los perjuicios morales subjetivos a la mitad, diciendo que ella "repugna a los sentimientos afectivos, que en más de las veces son de mayor intensidad en niños de corta edad que en los adultos" (Sentencia de 13 de febrero de 1951, G. J. tomo LXIX, números 2096-97, página 245).

Mas quiere hoy la Sala revaluar también la doctrina de que la indemnización de perjuicios morales subjetivos no se debe a hijos que no han llegado al uso de la razón al tiempo del fallecimiento de uno de sus progenitores, admitida por la Corte en varios fallos, para llegar a la contraria de que se debe decretar en su favor, aunque no hayan cumplido los siete años, que es la edad comunmente admitida para suponer el discernimiento.

La doctrina que se analiza tiene como base la de decir que si el perjuicio moral subjetivo consiste en la lesión que se sufre en los afectos, en el dolor del ánimo ocasionado, para un caso como el de que se trata, por la pérdida de una persona querida, mal puede ordenarse su reparación en favor de quien no ha podido experimentarlo por falta de raciocinio. Dicho de otro modo, la obligación del resarcimiento no puede existir ni la pena no se ha sentido, y ese sufrimiento en la parte meramente afectiva no puede sentirlo quien no ha llegado al uso de la razón.

Pero la tesis falla por dos aspectos, el primero de los cuales es el de que hoy no se considera la indemnización de los perjuicios morales subjetivos como una compensación del sufrimiento, como el **pretium doloris** de que habló Josserand, pues que, como dice Ripert, "sería profundamente inmoral afirmar que quien ha sido afectado en sus sentimientos, haya de consolarse del golpe merced a la indemnización que habrá de recibir". Los perjuicios morales son irreparables en

especie. Cuando ocurren, se trata de proporcionar una "satisfacción de reemplazo", como la llama este mismo comentador, para quien "los daños y perjuicios no tienen en este caso un carácter de indemnización, sino **un carácter ejemplar".**

En forma más circunscrita al argumento, éste flaquea también por lo inaceptable que resulta afirmar que el menor de siete años no siente verdadera pena por la falta de la tutela afectiva de sus progenitores, sobre todo de la madre, pues ello resulta arbitrario y opuesto a la realidad. Pero admitiendo que haya un límite de tiempo, que pudiera fijarse en más o en menos, en que al infante no sienta dolor del ánimo por la pérdida de sus padres, tampoco se podría negar la reparación, pues es indudable para la Corte que esa pena o afección habría de terminar por sentirse **ciertamente,** al salir de los umbrales que en materia de edad se han venido teniendo en cuenta hasta ahora.

Y ésto porque, como afirman los comentadores, "entra en el resarcimiento todo daño que se derive necesariamente del hecho injurioso" (Chironi). Dicho de otro modo, es indispensable que el daño exista, que sea **cierto** y que sea causado por el hecho ilícito. Pero no es necesario que se haya experimentado, pues basta la certidumbre de que el hecho causal lo producirá, caso en que también el daño es cierto y, por tanto, es justo asignar una indemnización. Así, Planiol y Ripert dicen que "un perjuicio no realizado todavía puede justificar una condena inmediata, si resulta ser cierta su realización futura, por tratarse del desarrollo indudable de un perjuicio actualmente en evolución".

En definitiva, los perjuicios morales subjetivos deben señalarse en dos mil pesos para el señor Chaverra y para cada uno de sus hijos, lo que dá la suma de diez y seis mil pesos, dada la vinculación inmediata por la víctima y supuesto que se trata de un hogar ejemplar, según las pruebas del proceso, en que hay que suponer que la falta de la madre ha de producir un perjuicio moral subjetivo de máxima entidad para cada uno de sus miembros.

Resolución.—Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada de que se ha venido hablando y en su lugar resuelve:

1º—La Nación es civilmente responsable del accidente que ocasionó la muerte a la señora Laura Lina López de Chaverra, por negligencia o descuido de sus agentes o empleados en la conservación de la vía pública o carretera que de la estación Bolombolo del Ferrocarril de Antioquia, conduce a la ciudad de Quibdó, pasando por la población de Bolívar (A).

2º—La Nación está obligada a indemnizar al señor Balvino Chaverra López los perjuicios morales, y a sus hijos María Elena, María Aura, María Isabelina, Santiago de Jesús, María Jesús, Consuelo del Socorro y María Leonor Chaverra López, tanto los perjuicios morales como los materiales, sufridos a consecuencia de la muerte de su esposa y madre Laura Lina López de Chaverra.

3º—Los perjuicios morales subjetivos se fijan para el señor Chaverra y para cada uno de sus hijos en la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), o sea, en la suma total de diez y seis mil pesos ($ 16.000.00).

4º—Los perjuicios materiales, que deberán pagarse a los hijos del matrimonio Chaverra-López, se fijarán mediante el trámite del artículo 553 del código judicial y de acuerdo con lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez, con salvamento de voto—**Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano.,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. LUIS A. FLOREZ

Quiero consignar mi inconformidad con el fallo anterior, en cuanto hace referencia a los perjuicios morales subjetivos. Allí se revalúa, como bien lo dice el distinguido Magistrado ponente autor de la sentencia, "la doctrina de que la indemnización de perjuicios morales subjetivos no se debe a hijos que no han llegado al uso de la razón al tiempo del fallecimiento de uno de sus progenitores..."; para llegar a la afirmación de que esta indemnización es debida a todos los hijos sin importar su edad.

Para el suscrito, la doctrina que hoy revalúa la Corte, no ha perdido valor jurídico.

A diferencia del simple dolor físico que abarca tanto al ser racional como al irracional y que no exige cosa distinta de la normalidad sensorial, el dolor moral implica la previa y necesaria existencia de un medio intelectivo adecuado para comprender. Dicho en forma más clara: sin capacidad de raciocinio no puede aceptarse que exista la pena moral.

El artículo 1504 del C. C., niega a los actos de los impúberes todo valor para obligarse, al decir, "que sus actos no producen ni aún obligaciones naturales y no admiten caución". El origen de este precepto lo encontraremos sin lugar a duda, en la consideración de que estas personas carecen de la suficiente capacidad mental para el discernimiento, indispensable para actuar en todas las situaciones de la vida con pleno conocimiento de causa. Existe una edad dentro de la impubertad, la infancia, dentro de la cual se le niega al sér, por el sentir común y tradicional, la existencia de todo discernimiento, del "uso de razón".

Sobre esta concepción, de que en el menor de siete años no existe por lo **común** la capacidad intelectiva, es forzoso concluir que, por lo **común también** no es posible que pueda aparecer la pena o dolor moral en el menor de dicha edad.

Podría aceptarse, eso sí, el hecho excepcional y sujeto a la debida comprobación legal de que algunos menores de siete años sí tienen la necesaria capacidad mental para sentir la pena moral que origina la indemnización por los perjuicios que la doctrina ha denominado morales subjetivos. Pero la excepción no debe sentarse como regla general, y a eso equivale decir que todos los séres humanos, inclusive el recién nacido, deben recibir la indemnización correspondiente a la pena moral.

Siendo imposible, como en todo, establecer una regla absoluta, es indispensable que la jurisprudencia establezca una regla general lo más acorde posible con la realidad de lo que comunmente sucede. Y esta regla es, a mi entender, la consignada en la doctrina de la Corte, que por el presente fallo se modifica. Lo que hoy se hace es elevar las posibles **excepciones** a la categoría de una **regla general.**

Estaría plenamente de acuerdo, en que la jurisprudencia cada día más humana, reconociera la posibilidad de las excepciones debidamente comprobadas, pero insisto en rechazar una tesis absoluta y extrema.

Por otra parte, la indemnización sólo puede aplicarse a perjuicios ciertos, y en este caso, no veo las razones de esa certeza. El fallo dá como **evidente** el hecho de que la pena moral terminará "por sentirse **ciertamente**", pero ni las citas de Chironi ni las de Planiol y Ripert lo demuestran. Estos últimos dicen: "...un perjuicio no realizado todavía puede justificar una condena inmediata, **si** resulta ser **cierta** su realización futura, por tratarse del desarrollo **indudable** de un **perjuicio actualmente en evolución...**". Precisamente, ésto es lo que no aparece demostrado en el fallo: el hecho de que la realización futura de la pena moral **sea cierta,** de que se trate de un perjuicio **actual en evolución** con un desarrollo **indudable.** Y mientras no se aduzcan razones verdaderamente convincentes, no creo lógico aceptar esta teoría.

Bogotá, mayo veinte de mil novecientos cincuenta y dos.

Luis A. Flórez.

CUANDO PUEDE RECHAZARSE, POR INEFICAZ O INCONDUCENTE, UNA PRUEBA

De acuerdo con el artículo 596 del C. Judicial, las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión y son inadmisibles las inconducentes y legalmente ineficaces.

Pero el problema de la inconducencia o ineficacia de una prueba envuelve una cuestión de fondo que no puede ser decidida A PRIORI por el juzgador sino en el momento de fallar, a menos que el carácter de inconducente o ineficaz de lo que se pide sea tan palmario o protuberante por su absoluta falta de conexión con el asunto materia de la decisión, que imponga su inmediato rechazo en guarda de la economía procesal. Lo contrario podría prestarse a abusos y a muy graves consecuencias para el reconocimiento del derecho de las partes y para la debida ilustración del fallador, fin de todo recto procedimiento judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

Dentro del juicio ordinario promovido por la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales contra la Sociedad denominada Santa Marta Railway Company, Limited, el apoderado de ésta introdujo con fecha 12 de febrero de 1950 un pliego de objeciones al dictamen de los peritos Carlos V. Arroyo y Leonardo Lourido V., producido en la etapa probatoria del proceso.

En trámite la articulación, el objetante presentó en tiempo oportuno una solicitud de pruebas, cuyo tenor es el siguiente:

"I.—Que se libre despacho al Ministerio de Gobierno —Dirección de Archivo y Biblioteca del Congreso— a fin de que envíe copias autenticadas y completas de lo siguiente: a) Todos los antecedentes de la Ley 71 de 1931; b) Informe presentado a la Cámara de Representantes por la Comisión designada para estudiar el proyecto de ley que sirvió de base a la Ley 4ª de 1945.

"II.—Que se tengan como pruebas las cuentas y documentos acompañados al escrito por medio del cual se formularon objeciones a los dictámenes periciales.

"III.—Que por medio de peritos se determine:

"a) Si la Compañía arrendataria, durante la vigencia del contrato de arrendamiento de 1932, obtuvo la remuneración mínima del 4% a que se refiere el artículo décimo del contrato de arrendamieno.

"b) A cuánto ascendieron los gastos generales de la Compañía arrendataria durante la vigencia del contrato de arrendamiento.

"c) Si la Santa Marta Railway Company y su antecesora The Santa Marta Railway Company, o en otros términos, la Compañía arrendataria sufrió prédidas por razón del contrato de arrendamiento y a cuánto ascienden tales pérdidas.

"d) Qué valor tenía, en la fecha de la entrega al Gobierno Nacional, o sea en 31 de octubre de 1932, el almacén de materiales y repuestos en los libros de la Compañía arrendataria".

Todas estas pruebas fueron decretadas en auto de fecha 25 de septiembre pasado, dictado por el señor Magistrado Sustanciador doctor Agustín Gómez Prada.

Oportunamente, el apoderado de las Entidades demandantes, doctor Eustorgio Sarria, interpuso en forma alternativa contra dicha providencia los recursos de reposición o el de súplica, según que el Sustanciador estimara como interlocutorio o de simple sustanciación el auto recurrido.

Se funda el reclamante en que las pruebas pedidas y decretadas son inconducentes, y sólo tienden a dilatar indefinidamente el pronunciamiento del fallo definitivo.

Estimando que el recurso procedente en este caso era el de reposición y no el de súplica, por considerar que el auto recurrido era de simple sustanciación, y aceptando por entero los argumentos del recurrente, el Magistrado Sustanciador, en proveído de 2 de noviembre último, revocó el auto reclamado y en su lugar negó la práctica de las cuestionadas pruebas.

Con fecha 8 del mismo mes de noviembre el apoderado de la Compañía demandada pidió "se

declare nulo" el auto últimamente citado, fundándose en que la providencia recurrida por el doctor Sarria no es de simple sustanciación sino de carácter interlocutorio, y que por tanto el Magistrado Sustanciador carecía de jurisdicción para fallar el recurso de súplica interpuesto subsidiariamente. Sustenta el pedimento en la doctrina sentada por esta Corte en providencia de 7 de febrero de 1948.

Esta solicitud fue despachada favorablemente por el señor Magistrado Sustanciador en auto de 13 de noviembre del año próximo pasado, en el cual se resuelve:

"Por lo expuesto, se declara nula y se revoca la anterior providencia de dos de noviembre corriente y se ordena pasar al Magistrado siguiente en turno para que tramite y decida la súplica interpuesta contra el auto de veinticinco de septiembre último".

Consentida por ambas partes esta última providencia, la Sala ha de limitarse a decidir únicamente sobre la legalidad de la que decretó las pruebas pedidas.

Y hallándose cumplidas las ritualidades pertinentes, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de súplica de que se trata, previas las siguientes motivaciones:

Hoy por hoy no puede remitirse a duda el carácter interlocutorio de los autos que decretan pruebas. No solamente en la providencia de 7 de febrero de 1948 que trae en cita el doctor Zuleta Angel en su escrito de 2 de noviembre a que se hizo alusión atrás, sino en otras posteriores ocasiones, la Corte ha reafirmado con argumentos no rebatidos la doctrina de que los proveídos que decretan pruebas así como los que las niegan son —por sus propios atributos y características— de inconfundible carácter interlocutorio.

De consiguiente, el recurso que aquí se ventila se ajusta a las disposiciones procesales pertinentes.

Y pasando ahora a lo fundamental del recurso, conviene ante todo exponer, así sea en forma sintética, las objeciones a que se contrae este incidente, para deducir si las pruebas decretadas en el auto de 25 de septiembre pasado pueden tener alguna relación con los hechos que fueron materia de la pericia, o si, como lo alega el representante de la parte actora, aquéllas se dirigen a establecer otros hechos totalmente extraños a los que sirvieron de base al dictamen pericial objetado.

Primera Objeción.—Los peritos Arroyo y Lourido conceptúan que los ramales, sin excepción alguna, construídos sobre la línea principal del Ferrocarril de Santa Marta, hoy Ferrocarril Nacional del Magdalena, son parte integrante del mismo, y que por tanto ingresaron al patrimonio de la Nación en conformidad con el contrato de 14 de septiembre de 1932, por lo cual la Compañía concesionaria The Santa Marta Railway Company Limited, estaba en la obligación de entregarlos a la Nación adquirente. En otros términos, que los mencionados ramales quedaron incluídos en el precitado contrato de venta, y no hay razón alguna para que la precitada Compañía arrendataria del Ferrocarril considere de su pertenencia algunos de los ramales en mención.

Observa el objetante que tal afirmación entraña un grave error, pues según el artículo 18 del contrato sobre construcción del Ferocarril de Santa Marta, fechado el 1º de abril de 1881 y aprobado por la Ley 53 del mismo áño, los ramales que autoriza construir dicha cláusula "no entran a forman parte de la empresa"; y en el artículo undécimo del contrato de arrendamiento del expresado Ferrocarril suscrito entre la Nación y la misma Compañía concesionaria en 1932, se expresó que "los cuales ramales pertenecen a los constructores" y que el producto de los fletes que cobre la Compañía en esos ramales "debe repartirse igualmente entre ella y el dueño del ramal respectivo".

Dice más adelante el objetante:

"c) El propio Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales considera que hay varios ramales que no le pertenecen a la Nación, dueña de la línea principal. Así, por ejemplo, ha pasado varias cuentas a la Magdalena Fruit Company por gastos de conservación de ramales pertenecientes a dicha sociedad. **Acompaño algunas de esas cuentas** (Subraya la Sala).

"d) El mismo Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales ha contratado la construcción de ramales con la Compañía Frutera de Sevilla, como aparece, para citar sólo un ejemplo, en el contrato que consta en el documento que acompaño, en el cual claramente se estipula que el correspondiente ramal pertenece a la compañía constructora...".

Finalmente, anota el objetante que el perito Lourido desempeñó por largo tiempo el cargo de Ingeniero Inspector del Ferrocarril Nacional del Magdalena, en desempeño del cual le correspondía revisar las liquidaciones trimestrales presentadas por la Compañía arrendataria. Todas las li-

quidaciones en referencia tienen el visto bueno del mencionado Inspector, y agrega: "Acompaño al presente escrito copias autenticadas de las liquidaciones presentadas por la Compañía durante el año de 1936 y primer trimestre de 1937...". En dichas cuentas aparece que la Nación nunca exigió a la Compañía arrendataria participación alguna en los productos de explotación de los ramales.

Segunda objeción.—En concepto del objetante los peritos se equivocaron al dictaminar que la propiedad de los ramales fue traspasada a la Nación en virtud del contrato de 1932, como puede deducirse del contexto del artículo primero del mismo, así como también de las cláusulas de la escritura de hipoteca constituída por The Santa Marta Railway Company a favor del Gobierno, de fecha 23 de noviembre de 1932, marcada con el Nº 2414, sobre los ramales Sevilla N° 1 y Macondo, con la previa aprobación del Ministerio de Obras Públicas; alude también a la escritura de traspaso del contrato de arrendamiento, otorgada bajo el Nº 120 de 1942 de la Notaría Primera de Santa Marta, por The Santa Marta Railway Company a favor de la Santa Marta Railway Company, y a otros títulos que en gracia de brevedad se omite citar.

Tercera objeción.—Conceptúan los peritos que todo el material rodante de una empresa ferroviaria es de propiedad de ésta, en forma que es inadmisible que una o varias locomotoras o uno o varios carros en poder de aquélla puedan resultar de propiedad de persona distinta, y que, por tanto, el material de esta clase relacionado a los folios 45 y 51 era de propiedad de The Santa Marta Railway Company cuando ésta celebró el contrato de 1932.

Para demostrar que tal afirmación es errónea, el objetante cita nuevamente el artículo 1º del aludido contrato y el inventario que hace parte del mismo; la escritura Nº 118 de 25 de junio de 1942 de la Notaría 1ª de Santa Marta, la Resolución Ejecutiva Nº 121 de 2 de julio de 1947 y otros documentos.

Cuarta objeción.—También incurrieron en grave error los peritos al afirmar que "un almacén de materiales y repuestos que se empleen en un ferrocarril ha de pertenecer necesariamente al dueño del mismo", y al considerar que el almacén que poseía The Santa Marta Railway Company en la fecha en que se celebró el contrato de venta de 1932, quedó comprendido en ésta, y por tanto, es de propiedad de la Nación.

Además de alegar la circunstancia de que la Compañía cesionaria Santa Marta Railway Co. importaba materiales y repuestos no solamente para servir al Ferrocarril de Santa Marta sino para los muelles de Santa Marta, empresa ésta totalmente independiente del Ferrocarril, alega también el hecho de que los materiales y repuestos adquiridos por la Compañía sólo se cargaban en la cuenta del Ferrocarril una vez que tales elementos eran utilizados por éste. En su apoyo, el objetante alude aquí a la Resolución Ejecutiva Nº 121 citada anteriormente.

Quinta objeción.—Se refiere al concepto de los peritos Arroyo y Lourido sobre que "todo el material rodante lo mismo que los materiales y repuestos fueron adquiridos con los productos brutos del Ferrocarril".

En vía de demostrar este error, el doctor Zuleta llama la atención al dictamen del perito Oswaldo Bermúdez, cuando éste deduce un déficit de $ 1.012.600.93 en el período comprendido entre el 1º de noviembre de 1932 y el 31 de julio de 1947, con base en lo cual declara que hubo imposibilidad "de que todo el material rodante, almacén y todo lo demás a que se refiere el punto b), fuera adquirido con los productos de la Empresa".

Luégo de referirse a las operaciones aritméticas efectuadas sobre este mismo problema por los peritos Arroyo y Lourido, en virtud de las cuales el déficit de que se ha tratado viene a reducirse a $ 396.670.66, el objetante alega que esa reducción es desde todo punto de vista caprichosa y arbitraria, y termina así:

"**Segundo.**—En el supuesto de que fuera admisible la disminución del déficit propuesta por los peritos doctores Arroyo y Lourido, éste sería de $ 396.670.66. Es decir: según los señores peritos hay un déficit que asciende a la suma indicada. Si ésto es así, queda en pie la pregunta del perito Bermúdez: "¿Si los productos brutos no alcanzaban a cubrir los gastos, cómo era posible adquirir con ellos todos los elementos que adquirió la empresa?".

Sexta objeción.—Los dictámenes periciales, por último, adolecen del error fundamental consistente en que mediante consideraciones de orden jurídico, inadmisibles por ser ellas extrañas a la

función pericial, se adelantan a fallar el litigio en cuanto hace a la propiedad de los ramales, del material rodante y de los materiales y respuestos.

Ahora bien. El auto suplicado, como ya se dijo atrás, es atacado por el apoderado del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales por cuanto en su concepto las pruebas solicitadas por el objetante son inconducentes. La inconducencia se hace estribar en los siguientes motivos:

a) Los antecedentes de la Ley 71 de 1931, y el informe de la comisión que estudió el proyecto de Ley que sirvió para expedir la Ley 4ª de 1945, no guardan relación alguna con los errores graves anotados por el representante de la Compañía demandada; y si la tiene, esa prueba estaría fuera de término, pues debió ser aducida en el término probatorio de la acción principal.

b) Tampoco se observa la menor conexión entre los puntos sobre que ha de versar el nuevo dictamen pericial solicitado en el aparte III del aludido memorial de pruebas, y los errores graves de que habla el escrito de objeciones. Las cuestiones que se ofrecen para el nuevo experticio no fueron sometidas en su debida oportunidad a la consideración de los peritos. Y, finalmente, el punto b) propuesto para el futuro dictamen pericial, está ampliamente expuesto en los anexos acompañados a los conceptos ya rendidos en autos.

La Corte se ha ocupado varias veces acerca del alcance y aplicación del Art. 596 del C. Judicial, y ha señalado normas de un alto sentido de equidad que se hace necesario reproducir aquí.

Tales normas, como se verá de las transcripciones siguientes, fijan claramente el criterio que debe guiar al Juez cuando se le plantea el problema de la inconducencia de una prueba, como ocurre en el presente caso.

"Sin discutir, por no ser la oportunidad —dijo la Corte en fallo de 7 de abril de 1937— la desconexión indicada por el suplicante entre esos hechos y aún dando por aceptada la apariencia consecuencial de inconducencia afirmada por él, es de observarse que el concepto que a primera vista ocurra formular a este respecto de la conducencia cuando se pide una prueba dada puede no perseverar cuando ya no se trate de decretarla sino cuando se esté estimando en sí misma y en su relación con lo demandado o controvertido en el respectivo proceso. **De ahí que la simple duda al respecto ha de bastar para decretarla** y que su práctica no puede negarse sino cuando esa inconducencia es desde luégo manifiesta" (subraya la Sala). (G. J. Nº 1920, pág. 717).

A reforzar este principio viene esta otra doctrina posterior:

"De acuerdo con el artículo 596 del C. Judicial, las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión y son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces.

"Pero el problema de la inconducencia o ineficacia de una prueba envuelve una cuestión de fondo que no puede ser decidida **a priori** por el juzgador, sino en el momento de fallar, a menos que el carácter de inconducente o ineficaz de lo que se pide sea tan palmario o protuberante por su absoluta falta de conexión con el asunto materia de la decisión, que imponga su inmediato rechazo en guarda de la economía procesal. Lo contrario podría prestarse a abusos y a muy graves consecuencias para el reconocimiento del derecho de las partes y para la debida ilustración del fallador, fin de todo recto procedimiento judicial". (G. J. Nº 2001, pág. 544).

¿A través de estas doctrinas de tan adecuada aplicación en el presente caso, puede afirmarse sin la menor duda, que son inconducentes, esto es, notoriamente desvinculadas de la controversia incidental, las pruebas solicitadas por el apoderado de la Compañía demandada?

Ciertamente que no.

En primer lugar, respecto de los antecedentes de las Leyes 71 de 1931 y 4ª de 1945, estima la Sala que si éstas versan sobre facultades al Gobierno para celebrar cierta clase de contratos en torno al Ferrocarril de Santa Marta, como ocurre en efecto, es claro que los antecedentes de esas leyes sí pueden tener alguna conexión con las conclusiones a que llegaron los expertos. Esos antecedentes no pueden estimarse inconducentes siquiera sea como medios de ilustración para el juzgador, quien desde luégo no está obligado a conocerlos.

En cuanto a los documentos acompañados al pliego de objeciones, respecto de los cuales se pide sean tenidos en cuenta en el momento de fallar el incidente, consistentes ellos en varias copias o duplicados de cuentas de cobro formulados por el Ferrocarril Nacional del Magdalena, y a cargo de la Compañía Magdalena Fruit Company unas y otras de la Compañía Frutera de Sevilla por concepto de jornales empleados en la conservación de ramales en los meses de agosto a diciembre de 1937; copia reconocida judicialmente del contrato de 30 de mayo de 1949, celebrado entre el Administrador del Ferrocarril del Magdalena y la Compañía Frutera de Sevilla sobre construcción y mantenimiento del ramal "Miran-

da", Sección 2ª y cinco duplicados de resúmenes sobre productos brutos obtenidos en el Ferrocarril ya citado en el curso de 1936 y parte de 1937, fácilmente se observa que a estos documentos se refieren concretamente las objeciones de que aquí se trata. La circunstancia de que en los cuadros acompañados por los peritos a sus respectivos dictámenes se hubiese tomado nota de los resúmenes últimamente citados, no demuestra en manera alguna su inconducencia.

Y, finalmente, en cuanto hace al nuevo experticio solicitado, tampoco cabe afirmar en forma categórica que los puntos que deben absolver los peritos sean totalmente extraños a los que fueron materia de los dictámenes periciales rendidos por los expertos Arroyo y Lourido V., ya que, como puede observarse de la transcripción de la petición de pruebas hecha al principio de esta providencia, los puntos a), b) c) y d) de la expresada petición, sí pueden tener alguna relación con los fundamentos expuestos por los doctores Arroyo y Lourido al dictaminar sobre la propiedad del material rodante y el almacén de materiales y repuestos.

Se concluye de lo dicho que la inconducencia de las pruebas alegada por el apoderado de las entidades demandantes no aparece demostrada en la forma ostensible y protuberante como lo enseñan las doctrinas arriba transcritas, y que, por lo tanto, el auto de 25 de septiembre de que se ha hecho mérito debe mantenerse.

En consecuencia, la Sala de Decisión resuelve: No es el caso de reponer el auto suplicado.

Sin costas.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

CUANDO ES UNA COMUNIDAD LA QUE FORMULA OPOSICION A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS, LOS COPROPIETARIOS ESTAN JURIDICAMENTE OBLIGADOS A COMPROBAR EN EL JUICIO EL CONDOMINIO

Si la Comunidad es un estado de copropiedad y son de otro lado los propietarios del yacimiento respectivo las personas llamadas a hacer la oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos, es manifiesto que los referidos copropietarios de la Comunidad están jurídicamente obligados a comprobar en el juicio el condominio aludido.

Comprobación de la propiedad que, tratándose de bienes raíces, no ha de consistir, al menos a partir de la vigencia del actual Código Civil, en prueba distinta de la adquisición por escritura pública, o por documentos auténticos de adjudicación, de la cuota parte correspondiente en el bien respectivo.

Habría de resultar, en efecto, de tales documentos si la propiedad del bien existe en común, así como la cuota que cada comunero tenga en la comunidad.

De otra parte, sólo en el caso de existir la comunidad o copropiedad entre las personas que se hacen figurar como actuales comuneros, podría ser tal comunidad organizada desde luégo mediante el nombramiento de un Administrador y según lo preceptuado en los artículos 16 y siguientes de la Ley 95 de 1890.

Este punto fundamental de la designación del Administrador de la Comunidad está gobernado de manera especial por el mandato del artículo 17 de la citada Ley 95 de 1890, según el cual hay Junta General de la Comunidad cuando concurra un número de comuneros que represente más de la mitad de todos los derechos en el bien común, y es esa necesaria Juanta General, la que puede nombrar el Administrador por mayoría absoluta de votos.

En idéntico sentido se expresó la Corte en sentencia de 13 de febrero de 1946 (G. J., Tomo LX, pág. 281).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Luis Enrique Cuervo, obrando como apoderado de los "Comuneros Propietarios de las Tierras de Juan de Acosta", demandó a la Nación ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, bajo la vigencia del Decreto extraordinario Nº 10 de 1950, para que en juicio ordinario de única instancia, se declare:

"Que pertence a los Propietarios de las Tierras de Juan de Acosta y no a la Nación, el petróleo que se encuentra en las tierras de Juan de Acosta, Municipio del mismo nombre, Departamento de Bolívar, o sea en las doce caballerías que remató don Andrés de San Juan, como consta de los remates efectuados en 1727 por dicho señor, en dos fracciones, una de ocho y otra de cuatro caballerías de tierra, situadas entonces en vecindario de Tubará, hoy de Juan de Acosta, delimitadas por los siguientes linderos:

"Partiendo de la Bonga o Bongo de la Quinta, siguiendo por las faldas de la Cimarronera y la Sierra Vaca, Sierra Equis, pasando antes por las cabeceras del Arroyo de Gavilán y siguiendo línea recta hasta las bocas de Red o Caja en la vera del Mar de las Antillas; siguiendo de aquí por toda la costa, pasando por la Boca del Arroyo Hondo hasta el Cerro de Mahates; de aquí a los bajos de la Azucena, pasando por donde hubo un antiguo palo de Uvita, hasta llegar a Saco Viejo y de ahí en línea recta a la loma de Calabacilla, haciendo rumbo luégo a los bajos de Oropapia hasta la loma de Sabana Ureta y cambiando luégo hacia el Chorro Grande del Arroyo de Juan de Acosta arriba, hasta llegar al Bongo de la Quinta, que es el punto de partida".

Entre los hechos de la demanda, se enunciaron los que a continuación se expresan:

1)—En el año de 1727 don Andrés de San Juan

adquirió doce caballerías de tierra, ocho en remate público ante don Diego de Lobo, Juez del Partido de Tierra Adentro, y las otras cuatro por medio de escritura de 24 de noviembre, otorgada ante don Jacinto Polo del Aguila, Capitán a guerra (sic), por falta de Escribano; las cuales doce caballerías están comprendidas dentro de los linderos antes indicados (hechos 1° y 2º).

2)—Don Andrés de San Juan fue amparado en la posesión de sus tierras por el Teniente Gobernador de la provincia de Cartagena y Juez Privativo de Tierras, don Eusebio Sánchez Pareja, por auto de 30 de marzo de 1753 (hecho 3º).

3)—En el año de 1819 don Eustaquio de Barros y San Juan, biznieto de don Andrés de San Juan, cubrió el valor del censo redimible que pesaba sobre las doce caballerías de tierra en cuestión, logrando así que se le cancelara el respectivo gravamen, según consta en escritura Nº 465 de 1890 (hecho 5º).

4)—Posteriormente, el 6 de julio de 1832, el Juez Letrado de la Provincia de Cartagena amparó también en la posesión de las expresadas doce caballerías de tierra a los señores Juan Simón Molina, Carlos Arteta y demás sucesores de don Andrés de San Juan; y con arreglo a los linderos transcritos "se verificó el deslinde de las mismas, aprobado por sentencia que se declaró ejecutoriada el 17 de julio de 1832 y registrada el 22 de diciembre del año de 1834, de acuerdo con la ley que ordenó la inscripción y registro de toda la propiedad territorial de la República en las respectivas oficinas de inscripción y registro" (hecho 4º).

5) Don Carlos de Arteta, en su propio nombre y en el de los demás condueños de las Tierras de Juan de Acosta, volvió a obtener amparo de posesión de dichas tierras en el año de 1849 (hecho 7º).

6.—Como herederas de "uno de los comuneros", se les adjudicaron derechos en las Tierras de Juan de Acosta a las señoras Dominga, Andrea e Isidora Molina, como consta en las respectivas cartillas que llevan fecha 19 de julio de 1878 (hecho 8º).

7)—En escritura pública Nº 624 de 21 de enero de 1891 (no se dice la Notaría), consta que en otra sucesión se le adjudicaron derechos en las Tierras de Juan de Acosta al señor Basilio Molina (hecho 9º).

8)—Por medio de la escritura Nº 113 de 20 de septiembre de 1910, de la Notaría del Circuito de Sabanalarga, se organizó "la comunidad de propietarios de aquellas tierras, bajo la denominación de PROPIETARIOS DE LAS TIERRAS DE JUAN DE ACOSTA, y se designó como administrador al señor Basilio A. Molina" (hecho 10).

9)—Por escrituras públicas Nos. 62 y 76 de 7 de junio y de 12 de agosto de 1914, ambas de la Notaría Unica de Baranoa, "los comuneros de las Tierras de Juan de Acosta donaron al Municipio de Juan de Acosta el suelo de las tierras de la comunidad, reservándose el subsuelo" (hecho 11).

10)—Por escrituras posteriores se protocolizaron algunos actos relacionados con la administración de la Comunidad, y otros sobre negociación del subsuelo con el señor Juan de Dios Illera (hechos 12 y 13).

El actor acompañó de una vez varias pruebas, para que fueran tenidas en cuenta al tiempo de fallar.

De la expresada demanda se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó oponiéndose a la petición impetrada, inclusive en lo tocante a que las tierras de Juan de Acosta hubieran sido adquiridas por prescripción adquisitiva, sobre lo cual se hizo una ligera referencia en el libelo. Después se abrió el juicio a pruebas, en cuyo término se practicó una inspección ocular con intervención de peritos, encaminada a establecer "la determinación precisa del terreno de que se trata, tomando en cuenta sobre el mismo los datos de linderos, antiguos y modernos, y la correspondencia entre ambos..."; y, por último, se recibieron los alegatos de las partes y se citó a éstas para sentencia.

De esta suerte, ha llegado el momento de dictar la decisión definitiva correspondiente, y a ello se procede.

Las alegaciones de las partes

El señor apoderado de la Comunidad se limita a expresar que en el juicio se han probado todos los hechos de la demanda, a la luz de los documentos presentados con ésta y de la inspección y dictamen pericial producidos ulteriormente; criterio éste que no comparte el señor Procurador Delegado en lo Civil, según el estudio que hace de los distintos elementos probatorios del proceso.

Dice la Procuraduría que aunque los títulos que aparecen protocolizados por la escritura Nº 465 de 8 de noviembre de 1890, de la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, son simples títulos traslaticios de dominio entre particulares, de las certificaciones expedidas por el Escribano

del Rey en Cartagena, visibles a los folios 21 a 25 del cuad. N° 1, se deduce que el Cabildo, Justicia y Regimiento de dicha ciudad "en ocho de octubre de mil quinientos noventa y nueve **hizo merced a Alonso de Mendoza** de veinte caballerías de tierra corriendo desde el pueblo de Saco hasta Paluato de que se le despachó título en catorce de septiembre de seiscientos y sesenta y seis por ante Gonzalo de Aguilera Escribano... Gobierno y de dicho Teniente, Cabildo...(comido) ...nuncia del testimonio de escritura otorgada por Dn. Juan Gutiérrez de Sepeda a favor del Licenciado Dn. Diego de Lobo, Cura del pueblo de Tubará por ante domingo Hernando en doce de Febrero de setecientos once **de cuatro dhas. Caballerías,** las cuales por la de veinte y cuatro de noviembre de setecientos veinte y siete otorgada te (sic) D. Jacinto Polo de Aguila como Capitán Aguerra por falta de escribano recayeron en esta parte quien pote (sic) celebrado en el Pueblo de Usiacurí y Media Granada en veinte y nueve de abril de setecientos veinte y siete por ante el expresado Dn. Diego de Lobo, Vicario Juez Eclesiástico de dicho partido, y Dn. Franco Machado Notario Eco. como pertenecientes al Cofradía del Smo. Sacramento de la Yglesia del Pueblo de Tubará **compró otras ocho caballerías inclusas en la expresada merced,** situadas en el sitio de Arroyo Hondo corriendo hacia Cascabel..."; o sea que a virtud de lo que reza la transcripción anterior, hecha con vista de los documentos presentados en su época, es procedente aceptar que existió un título emanado del Estado a favor de Alonso de Mendoza por veinte caballerías de tierra, dentro de las cuales "estarían inclusas las doce caballerías que adquirió Andrés de San Juan".

El representante de la Nación estima, sin embargo, que en el presente juicio no se ha demostrado la determinación del terreno, en el sentido de que sea uno mismo el de los linderos de la demanda y aquel a que se refieren los varios linderos de que dan cuenta los títulos protocolizados por la escritura 465 de 1890; expresándose al respecto en los siguientes términos:

"La inspección ocular pone de manifiesto, evidentemente, que las tierras sobre las cuales alegan hoy propiedad particular los demandantes, están comprendidas dentro de un globo de terreno determinado. En efecto, el dictamen de los peritos hace la delimitación completa de las tierras pertenecientes a la Comunidad de Juan de Acosta y cierra el perímetro que las comprende.

"No obstante, y como ya se observó el señor apoderado al solicitar a los expertos la "determinación precisa de los terrenos de que se trata" se remitió a los datos de linderos antiguos y modernos según los títulos y documentos que ya figuran en el expediente y los demás elementos de información que puedan allegarse. Sobre esa base, interpretando los documentos de 1727 y 1830, los peritos procedieron a localizar los terrenos materia del juicio, llegando a las conclusiones que se expresaron arriba.

"De esta forma, podría pensarse que atribuyéndole a la información de 1830 y al experticio de 1951 el carácter de documentos complementarios, quedaría determinada suficientemente la localización precisa de los terrenos de Juan de Acosta. Cierto que la jurisprudencia tiene establecido el recibo de documentos complementarios para aclarar los linderos vagos en los títulos coloniales. Pero tan sólo es ésto posible cuando se acreditan hechos jurídicos que con el fin de garantizar los límites de una propiedad, hayan ocurrido en épocas recientes respecto de la fecha de expedición del título originario o emanado del Estado, esto es, "inmediatos o próximos a la adjudicación del terreno" a que aquél se refiere.

"Es así como la Procuraduría considera que ni el acta de remate, ni la escritura de venta de 1727, ni la información testimonial de 1830, y diligencias posteriores de amparo posesorio, ni últimamente la inspección ocular de 1951, pueden estimarse como actos o documentos complementarios de la merced concedida en 1599 y de que se despachó título en 1666 a Alonso de Mendoza, porque los documentos aludidos son inequívocamente remotos respecto de la fecha del título originario del Estado".

Consideraciones de la Corte

Consta en la escritura Nº 113 de 20 de septiembre de 1910, otorgada en la Notaría del Circuito de Sabanalarga, que los señores José Angel Molina, Dominga Molina de Coronell, Catalina Molina de Arteta, José de la R. Coronell, Isidora Molina, Andrea Molina, Cristóforo Molina, Basilio A. Molina y otras personas declararon, ante el Notario, "que con el carácter de herederos legítimos del finado don Andrés de San Juan, vecino que fué de este Municipio y propietario del globo de tierras nombrado JUAN DE ACOSTA, con una extensión de doce caballerías, cuyos linderos están especificados en el respectivo título, vienen a organizar la Comunidad de dichas tie-

rras, a efecto de fijar reglas y nombrar quien administre el globo de tierras con la personería jurídica suficiente para hacer valer los derechos de los condueños, quienes han venido poseyéndolo conjuntamente con los señores Federico Barros, Agustín Barros A.....". En dicho instrumento consta también que los comparecientes dieron algunas normas sobre administración de las nombradas tierras de JUAN DE ACOSTA, y designaron como Administrador al señor Basilio A. Molina. (fs. 59 a 62 del cuad. Nº 1).

Además, y fuera de los actos de que dan cuenta otras escrituras (fs. 63 a 75 del cuad. Nº 1), entre otros de la donación al Municipio de Juan de Acosta de las tierras de este nombre con reserva del subsuelo (por los linderos de la demanda), en la Nº 165 de 10 de julio de 1945, de la Notaría Unica de Baranoa, aparece protocolizada una acta de 21 de junio del expresado año, según la cual, "reunidos en Junta General de Comuneros" los señores Juan Rocha C., Tomás Coronell, Argemino Echeverría, César Molina Díaz y muchísimas personas más, se confirmó o designó de nuevo Administrador de la Comunidad al señor Basilio A. Molina, con previa indicación de los linderos de las tierras de Juan de Acosta.

Posteriormente el señor Basilio A. Molina, por medio de la escritura Nº 238 de 24 de octubre de 1945 de la Notaría Unica de Baranoa, "en su carácter de Administrador de la Comunidad", confirió poder al señor Juan de Dios Illera para "la defensa y conservación del subsuelo privado de dichas tierras, ya sea ante las autoridades administrativas de la república, judiciales o de cualquier orden"; poder que más tarde sustituyó el señor Illera en el doctor Luis Enrique Cuervo, para efectos de este juicio.

Es de advertir, sin embargo, que en estos autos no se ha demostrado el condominio de quienes en 1945, "reunidos en Junta General de Comuneros", designaron de nuevo Administrador de las tierras de Juan de Acosta al señor Basilio A. Molina; puesto que a este respecto, únicamente se han presentado las siguientes pruebas:

a)—Copia de las hijuelas de Basilio A. Molina y Elena V. Molina en el juicio de sucesión de su madre, en las cuales aparece que a cada uno de tales herederos se les adjudicaron ciertos derechos "en la acción de tierra de Juan de Acosta"; hijuelas que carecen de todo mérito probatorio, pues no hay constancia de que se hiciera el correspondiente registro (fs. 52 v. a 56 del cuad. Nº 1); y

b) Copia debidamente registrada de la hijuela del señor Rafael Vicente Cajar en el juicio de sucesión de su madre María Candelaria Molina de Cajar, en que consta la adjudicación que a aquél se le hizo de una quinta parte en las tierras de Juan de Acosta; pero como puede observarse a la simple lectura del respectivo instrumento de protocolización, el señor Cajar no figura entre quienes concurrieron a la Junta General de Comuneros de 1945. (fs. 49 a 50 v. y 76 a 81 del cuad. Nº 1) .

Resulta así, como se ha visto, que en este proceso falta la prueba del condominio en las tierras de Juan de Acosta o en su subsuelo minero; cuestión que no sólo mira a la representación del Administrador, sino que incide también sobre un aspecto de fondo, cual es la necesaria titularidad actual para el ejercicio de la acción.

En este sentido ha dicho esta Sala de la Corte, en sentencia de 13 de febrero de 1946:

"Si la Comunidad es un estado de copropiedad y son de otro lado los propietarios del yacimiento respectivo las personas llamadas a hacer la oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos, es manifiesto que los referidos copropietarios de la Comunidad están jurídicamente obligados a comprobar en el juicio el condominio aludido.

"Comprobación de la propiedad que, tratándose de bienes raíces, no ha de consistir, al menos si opera a partir de la vigencia del actual Código Civil, en prueba distinta de la adquisición por escritura pública, o por documentos auténticos de adjudicación, de la cuota parte correspondiente en el bien respectivo.

"Habría de resultar, en efecto, de tales documentos si la propiedad del bien existe en común, así como la cuota que cada comunero tenga en la comunidad.

"De otra parte, sólo en el caso de existir la comunidad o copropiedad entre las personas que se hacen figurar como actuales comuneros podría ser tal comunidad organizada desde luégo mediante el nombramiento de un Administrador y según lo preceptuado en los artículos 16 y siguientes de la ley 95 de 1890 antes citada.

".....

"Este punto fundamental de la designación del Administrador de la Comunidad está gobernado de manera especial por el mandato del artículo 17 de la citada ley 95 de 1890, según el cual hay Junta General de la Comunidad cuando concurra un número de comuneros que represente más de la mitad de todos los derechos en el bien común, y es esa necesaria Junta General la que

puede nombrar el Administrador por mayoría absoluta de votos". (GACETA JUDICIAL Tomo LX, Números 2029-2030-2031, pág. 281).

Además de lo expuesto, y desde otro punto de vista, estima la Sala que el señor Procurador Delegado en lo Civil tiene razón en algunas de sus observaciones relacionadas con la determinación del terreno, pues dados los distintos linderos que figuran a lo largo de los títulos protocolizados por medio de la escritura Nº 465 de 8 de noviembre de 1890 de la Notaría Primera de Barranquilla (fs. 1 a 45 del cuad. Nº 1), no se puede saber a su simple lectura si existe una razonable correspondencia entre esos linderos y los indicados en la demanda; correspondencia que tampoco aparece aclarada en el dictamen pericial de los expertos doctores Peregrino Ossa V. y José Luis Carrillo S. (fs. 13 a 17 v. del cuad. Nº 2), por no haberse hecho allí un estudio ordenado en relación con unos y otros linderos.

FALLO:

En mérito de las razones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA las peticiones de la demanda inicial de este juicio.

Con costas a cargo del demandante. Tásense.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Rafael Lieva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.



ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitres de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

En virtud de gestiones realizadas por el Gerente de la Cooperativa de Empleados y Obreros del Departamento de Cundinamarca, esta entidad fué autorizada por el Gobierno Departamental —Secretaría de Obras Públicas—, para establecer un café con destino al servicio de sus asociados, en un local situado en el primer piso, costado Este, del Palacio de la Gobernación de Cundinamarca; ello mediante comunicación de fecha 24 de mayo de 1949, del entonces secretario de Obras Públicas señor Francisco Rueda Herrera.

El Gerente de la mencionada Cooperativa, señor Eduardo Ortega Ruiz, después de obtener el referido permiso o autorización, decidió delegar en el señor Pablo Emilio Pérez la administración del mencionado café, como en efecto lo hizo mediante contrato privado celebrado con éste el 16 de agosto de 1949, estipulándose allí, además de las obligaciones de Pérez como administrador, el plazo de tres años como vigencia del contrato, a partir del primero de septiembre de dicho año.

El contratista Pérez en desarrollo del contrato celebrado, según acaba de indicarse, con el Gerente de la citada Cooperativa, procedió a instalar el café o bar en el local designado con la dotación de muebles, útiles y enseres propios para su funcionamiento, todo ello adquirido con dineros de su propiedad, sin haber logrado explotar el negocio, en razón de haberse visto precisado a desocupar el local en virtud del requerimiento que le hiciera el Jefe de Reparaciones Locativas de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, quien dijo obrar así por orden del señor Gobernador, y en atención al hecho de haber sido destinado el local por este alto funcionario para oficina.

Estimando Pérez lesionados sus derechos al tener que acatar y cumplir la orden de entrega del local, resolvió llevar el caso ante la justicia ordinaria, y fué así, como por medio de su mandatario judicial, doctor Pedro Nel Rueda Uribe, propuso ante el Tribunal Superior de Bogotá, mediante libelo presentado el 30 de noviembre de 1950, demanda ordinaria contra el Departamento de Cundinamarca, solicitando las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que se declare que el Departamento de Cundinamarca es civilmente responsable de haber impedido, por conducto de su Gobernador y el Secretario de Obras Públicas del Departamento, que el contrato celebrado entre mi mandante y el Gerente de la Cooperativa de Empleados y Obreros de Cundinamarca, de fecha 10 de agosto de 1949 sobre explotación de un local destinado para café o bar en la primera planta del edificio de la Gobernación de Cundinamarca, hubiera podido ejecutarse;

"Segunda.—Que consecuencialmente se declare que el mismo Departamento es civilmente responsable de los perjuicios materiales, de distinto orden, que sufrió el señor Pablo Emilio Pérez por la no ejecución del contrato a que se refiere el punto anterior, incluyendo no sólo el daño emergente sino el lucro cesante;

"Tercera.—Que consecuencialmente se condene al Departamento de Cundinamarca a pagar a mi cliente, por concepto de los perjuicios a que se refiere el punto petitorio anterior, la suma de veinticinco mil pesos moneda legal ($ 25.000) o la que como cuantía de esos perjuicios se demuestre en el juicio, y subsidiariamente que se le condene en forma indeterminada para que los perjuicios que se demuestren sean liquidados posteriormente al fallo en la forma prevenida por el artículo 553 del C. de P. Civil, y

"Cuarta.—Que se le señale término al Departamento de Cundinamarca para hacer el pago".

En derecho se dijo fundar la acción "en la norma jurídica universal, de acuerdo con la cual toda persona o entidad que infiera un daño a otro, directa o indirectamente, esté obligado a repararlo, y en las disposiciones de los artículos 1494 y concordantes del C. C. y en las disposiciones del Título 34, Libro 4º de la misma obra".

Admitida la demanda, el representante legal

de la entidad demandada hubo de contestarla, mediante apoderado constituído al efecto, en el sentido de negar los fundamentos de derecho invocados, así como los hechos, para solicitar la absolución del Departamento demandado.

Trabada así la litis y agotada la tramitación, con producción de pruebas por las partes en disputa y presentación de alegato de conclusión únicamente por la entidad demandada, el Tribunal le puso fin a la primera instancia con la sentencia de 17 de septiembre del pasado año de 1951, negando todas y cada una de las peticiones impetradas, para absolver, consecuencialmente al Departamento de Cundinamarca de todos los cargos formulados en la demanda.

Contra esta decisión se alzó el apoderado demandante, en razón de lo cual llegó a esta Sala de la Corte el expediente respectivo, en donde surtida la tramitación de rigor, se procede a dictar fallo de segundo grado, previa advertencia de haberse abstenido las partes de aducir nuevas pruebas y omitiendo la actora, como lo hiciera en primera instancia, de presentar alegato de conclusión, esto es, de sustentar el recurso.

En los siguientes pasajes de la sentencia apelada se exponen con claridad las razones jurídicas y de orden legal que tuvo en cuenta el a **quo,** para considerar al Departamento demandado como un tercero extraño al contrato base de la acción ejercitada y por ende para absolverlo de los cargos que se le formularon:

"En este caso se invoca la culpa extracontractual, pero sucede que entre el demandante Pablo Emilio Pérez y la Cooperativa de Empleados y Obreros de Cundinamarca se celebró un contrato para la administración delegada de un café, y entonces si ese contrato no fué cumplido Pablo Emilio Pérez puede ejercitar la acción por responsabilidad contractual dirigida contra el contratante que incumplió, es decir, contra la Cooperativa de Empleados y Obreros de Cundinamarca, porque sólo entre estas dos partes se perfeccionó el contrato mencionado, y por tanto, sólo entre estas dos partes se creó el vínculo respectivo. Como el Departamento no intervino en el mencionado contrato, ninguna responsabilidad contractual se le puede deducir con base en el mismo contrato; y como el actor alega que el contrato no se pudo llevar a efecto, que fué incumplido, únicamente tiene la acción contractual emanada del mismo contrato, que se repite, debe dirigirse contra el otro contratante, pero no contra el Departamento de Cundinamarca, porque esta entidad, respecto del contrato, es un tercero absolutamente ajeno a las consecuencias del mismo. Es cierto que el Departamento cedió a la Cooperativa de Empleados y Obreros del Departamento, un local con destino a un café, pero esta cesión no inhibía al Departamento para solicitar en cualquier tiempo la entrega del local porque la cesión no generó una obligación; ya que por una parte, se trata de un bien departamental y por otra, el local se cedió gratuita y benévolamente. En estas condiciones, la Cooperativa tenía una simple expectativa para disfrutar del local, y por esta misma razón no podía disponer de él a su arbitrio; y si así lo hizo, se obligó y se responsabilizó personalmente. Como el mencionado local hace parte de un bien departamental, con destinación especial, y como el Departamento lo cedió gratuita y temporalmente, es claro, que en cualquier momento podía obtener su devolución, sin que al hacerlo incurriera en culpa o en quebrantamiento de la ley".

Las precedentes razones expuestas por el Tribunal y que la Sala acoge por estimarlas jurídicas y acordes con la verdad procesal, son suficientes, para impartirle su aprobación a la sentencia apelada.

Y sin más 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 pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 17 de septiembre de 1951.

Las costas del recurso son de cargo del apelante.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

LA REGLA DERIVADA DE LA NATURALEZA MISMA DE LA SERVIDUMBRE, DE QUE LA CONSTITUCION DE ESTA NO IMPONE AL DUEÑO DEL PREDIO SIRVIENTE OBLIGACION DE HACER ALGO EN BENEFICIO DEL DOMINANTE, TIENE VARIAS EXCEPCIONES — EN LOS CONTRATOS SOBRE CONSTITUCION DE SERVIDUMBRES NO SON EXTRAÑAS LAS ESTIPULACIONES QUE CONSAGRAN OBLIGACIONES REALES, CORRELATIVAS DE LAS VENTAJAS QUE DE ELLA SE DERIVAN PARA EL PREDIO DOMINANTE, SIN QUE POR ELLO SE ALTERE LA NATURALEZA BILATERAL DE TALES CONTRATOS

1—En principio, la servidumbre no impone al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo en utilidad del predio dominante. Empero esta regla derivada de la propia naturaleza de la servidumbre, que apenas consiste en una limitación del derecho de propiedad, tiene, sin embargo, excepciones, como lo enseña el inciso 2º del artículo 882 del Código Civil. Tal acontece no sólo respecto de la servidumbre de demarcación a que dicho inciso 2º se refiere, sino también de la de cerramiento de que trata el artículo 904, en las cuales lo que propiamente considera la ley como servidumbre, es, relativamente a la llamada de demarcación, la obligación que pesa sobre el dueño del predio colindante con otro de concurrir a la fijación sobre el terreno de los límites que entre sí los separan; y en relación con la de cerramiento, la obligación impuesta al dueño de concurrir también a la construcción y conservación de las cercas divisorias comunes, concurrencia que en ambos casos comporta la necesidad de hacer alguna cosa.

Puede igualmente suceder que en el título constitutivo de la servidumbre, entendido por tal el acto jurídico destinado a establecerla, el propietario del predio sirviente se obligue a ejecutar por su cuenta ciertas obras que aunque no constituyen el objeto principal de la servidumbre, son indispensables para su ejercicio; o que en dicho título se estipule un modo o forma especial de ejercerla.

2—Si es verdad que la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, no es menos cierto también que esa relación jurídica crea derechos, de donde surgen obligaciones correlativas. Tales derechos son reales, por cuanto se ejercen sobre una cosa sin consideración a persona determinada, esto es, en el sentido de que cualquiera que sea el propietario de un predio, puede gozar de las ventajas atribuídas a éste, como son también reales las obligaciones que de aquellos derechos emanan.

De allí que en los contratos sobre constitución de una servidumbre, no son ni pueden ser extrañas las estipulaciones que consagran otras tantas obligaciones reales, sin que por ello se altere o cambie la naturaleza bilateral de tales contratos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Rafael Leiva Charry)

El doctor Hernando Villa S., mayor de edad y vecino de esta ciudad, en su propio nombre y como apoderado de la señorita Graciela Villa Stanovich, también mayor de edad y de igual vecindad, demandó por la vía ordinaria a la Nación en libelo presentado ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en el cual pide se hagan las siguientes declaraciones:

"Que el Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales, en representación de la Nación, o ésta directamente, está obligada a pagar a Graciela Villa S., o subsidiariamente a mí, o a ambos la suma de $ 822 mensuales, desde el 19 de noviembre de 1936 hasta el día en que entregue correctamente construída la cerca Oriental —que divide la zona de los FF. CC. de la hacienda de Chinzaque, en Fúquene, según lo estipulado en el punto 4º de la escritura 50 de 17 de enero de 1933 de la Notaría 5ª de Bogotá; y a pagar los

perjuicios que la parte actora compruebe en el curso del presente juicio le haya causado por la violación de la citada cláusula, desde el día en que el mal estado de la cerca citada exigió una completa reparación, hasta el día en que ésta se efectúe correctamente".

Los hechos sustentadores de la demanda de perjuicios son, en síntesis, los siguientes:

El demandante doctor Hernando Villa, según consta de la escritura Nº 50 pasada en la Notaría 5ª de Bogotá el 17 de enero de 1933, celebró con el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, un contrato por medio del cual dicha empresa nacional se obligó a sostener a perpetuidad las cercas medianeras del lado oriental de la zona de la carrilera colindante con los predios de la hacienda de Chinzaque, y el doctor Villa la del lado occidental.

El actor vendió a la señorita Graciela Villa S. la hacienda de Chinzaque, según consta en la escritura Nº 2237 de 25 de septiembre de 1935, de la Notaría 4ª de esta ciudad, a excepción de la zona que el otorgante había vendido al Gobierno Nacional con destino a la construcción del Ferrocarril Central del Norte, por escritura N° 354 de 1927 de la Notaría 2ª de Bogotá.

Como en la escritura de venta de Graciela Villa S. no se mencionaron las obligaciones contenidas en la cláusula 4ª del contrato anteriormente citado, en concepto del actor, la compradora, en virtud de lo estatuído en el Art. 883 del C. Civil, tiene todos los derechos y obligaciones inherentes a la propiedad objeto de tal venta, y por tanto es a ella a quien corresponde demandar; pero si ello no fuere así, el doctor Villa coadyuva la demanda.

Tanto el doctor Villa como Graciela Villa han venido cumpliendo con la obligación de sostener en buen estado el trayecto occidental de las cercas medianeras con la zona del Ferrocarril, en forma que éste nunca ha formulado a los demandantes ningún reclamo.

Conforme al plano de las tierras de Chinzaque, cuya copia ha sido expedida por el Ministerio de la Economía Nacional, el área total de aquéllas es de 525 fanegadas con 7813 varas cuadradas; el área de la parte Occidental es de 114 fanegadas, y la del lado Oriental, de 411 fanegadas, "todas cubiertas de pastos de primera clase para ceba", de las cuales no ha podido servirse la demandante para empotrerar ganado por falta de la cerca de que se trata.

En el mes de noviembre de 1936 sobrevino en la finca de Chinzaque una fuerte inundación, que causó la destrucción de la cerca del lado oriental. Por tal motivo el actor se vió precisado a dirigir el 19 de dicho mes una carta al Administrador de los Ferrocarriles, copia de la cual acompaña a la demanda, solicitando la reconstrucción de la expresada cerca medianera, habiendo obtenido la promesa del señor Administrador de que impartiría las órdenes del caso al Ingeniero de esa Sección, sin resultado posterior alguno.

El doctor Villa recabó del Ferrocarril la construcción de los desagües necesarios que evitaran esas inundaciones y la destrucción de las cercas, habiendo obtenido respuesta de la Empresa con fecha 28 de diciembre de 1937, en la cual ésta le promete hacer algunas obras con tal fin, pero ninguna medida se tomó para la reconstrucción de la cerca en aquel año ni en los siguientes.

No obstante las reiteradas solicitudes y reclamos del doctor Villa a la Empresa del Ferrocarril desde la carta del 16 de noviembre de 1936; con un pretexto u otro, la Empresa ha venio aplazando la reconstrucción de la medianería que le corresponde.

El actor concreta los perjuicios objeto de su libelo en el hecho 7º, que dice textualmente:

"Es bien sabido que las tierras del Valle de Ubaté entre la cual está comprendida la finca de Chinzaque, son las mejores de la república, y especialmente esa finca que tiene al rededor de 4 kilómetros sobre la Laguna de Fúquene y que desde hace siglos se ha inundado periódicamente, depositándose en la tierra en cada inundación grandes cantidades de materias orgánicas fertilizantes, luego si se aplica la práctica establecida de que en cada fanegada de tierra de esa clase se ceba una res por fanegada en cada 3 meses y en otros 3 meses de desocupe (sic) crece de nuevo el pasto, luego en el año, cada fanegada ceba 2 reses y en 411 fanegadas que tiene el terreno, cuyas cercas debe sostener el Ferrocarril son 822 reses por año que han permanecido 6 meses cada año en la finca, pues los otros 6 meses están pastando en los potreros, luego suponiendo sólo un pastaje, en ceba de $ 2 mensuales, en los 6 meses útiles cada res paga $ 12 por año, y las 822 reses han pagado cada año $ 9.862.00 que divididos de los 12 meses del año dan un producto mensual de $ 822.00 que son los que cobro a la Nación por cada mes desde el 19 de noviembre de 1936 hasta el día en que el Ferrocarril me entregue resconstruída la cerca".

Agrega el demandante que confiado en las promesas de la empresa del Ferrocarril emprendió

en obras costosas dentro de la finca como fue la construcción de 7 kilómetros de acequias de 3 metros de ancho, para irrigar aquellos terrenos, mejorando aún más su calidad.

Se afirma en el hecho 8º que con fecha 2 de junio de 1941 los Ferrocarriles le dirigieron una nota al demandante para comunicarle la construcción de 500 metros de cerca, cuando su longitud total es de 5.000 metros o más. Y agrega el actor en este hecho que de las informaciones por él obtenidas ha sacado en conclusión que la Empresa del Ferrocarril sólo destina la suma de $ 150-00 mensuales de su presupuesto para atender al sostenimiento de muchos miles de metros de cercas, lo que significa que la construcción de las de Chinzaque necesitará el transcurso de muchos años.

En el hecho 9º alega finalmente el doctor Villa la existencia de otra clase de perjuicios, relacionados con la soltura de ganados ajenos a los predios de la parte oriental de dicha finca, por la falta del cerramiento que corresponde mantener a la empresa demandada.

Corrido el traslado de la demanda lo contestó el Administrador General de los Ferrocarriles oponiéndose a las declaraciones pedidas, aceptó el hecho 1º y los demás los negó. Finalmente, dijo:

"Como ya lo expresé, niego el derecho, causa y razón de esta demanda, pues en toda obligación de hacer entre dos partes contratantes, el cumplimiento de una parte necesariamente implica el cumplimiento del hecho correlativo por parte del otro contratante, y como se demostrará en el curso del juicio, los actores no han cumplido por su parte la obligación de construir y conservar en perfecto estado las cercas correspondientes al lado occidental de la zona del Ferrocarril Central del Norte Sección 2ª, que deslinda ésta de terrenos de la hacienda de Chinzaque".

El Tribunal desató la litis en sentencia cuya parte resolutiva dice así:

"I.—La Nación representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es responsable de los perjuicios causados y que se causen a la señorita Graciela Villa en la finca de Chinzaque por el mal estado de la cerca oriental que debe conservar el Consejo Administrativo.

"II.—Los perjuicios se computarán a partir del veintiocho de abril de mil novecientos cuarenta y uno hasta el día en que esté preparada la cerca mencionada en el numeral anterior;

"III.—Se liquidarán en la forma señalada por el artículo 553 del Código Judicial teniendo en cuenta las directrices que se dan en la parte motiva de este fallo;

"IV.—En cuanto a las súplicas hechas por el doctor Hernando Villa no es el caso de acceder y por consiguiente en lo referente a ellas se absuelve a la Nación.

"V.—No hay costas".

Contra tal fallo ambas partes interpusieron recurso de apelación para ante esta Sala. Y surtidos en su plenitud los trámites propios de este segundo grado del juicio, sin que se advierta causal alguna de nulidad, se procede a fallar para lo cual se considera:

Personería de las partes

La cuestión referente a la capacidad con que los demandantes actúan dentro del juicio no ofrece reparo alguno, dado que el doctor Villa se presenta como apoderado especial de la señorita Graciela Villa, y, además, en su propio nombre.

En cuanto a la entidad demandada, la Sala, de acuerdo con doctrina por ella misma sentada en fallos de 10 de octubre de 1950 y 6 de abril de 1951 (GACETA JUDICIAL Nº 2089 y 2099), entiende que la acción propuesta aunque dirigida contra la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, lo fue directamente contra éste en la persona de su Administrador General, dada la circunstancia de que la demanda se instauró cuando el punto referente a la personería sustantiva del Consejo para comparecer en juicio en demandas por actos o contratos relativos a los bienes cuya administración le fue confiada a aquél, de acuerdo con la Ley 29 de 1931, no había sido aún definido en la forma como la Sala lo tiene resuelto según los fallos arriba citados, cuya parte pertinente se transcribe, a saber:

"Se deduce, pues, de lo dicho, que dentro de las características que la ley quiso asignarle a este establecimiento, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, si dependiente del Estado en cuanto a la forma y términos como cumple su función puramente administrativa, es sin embargo en el campo de la vida civil una persona jurídica independiente y autónoma, capacitada como tal para comprometer sólo su personal responsabilidad en los bienes que administra, mas no los de la Nación en el patrimonio general de que fue expresamente separado...".

"Con todo, no considera la Sala equitativo ajustar el resultado de la decisión a tales razona-

mientos, hechos solamente con el fin de encausar por vías estrictamente jurídicas la acción de quienes en lo sucesivo deben litigar en asuntos de esta naturaleza, porque adoptada por la Jurisprudencia una doctrina general contraria a la que se deja expuesta, la conducta de los interesados ha tenido por necesidad que conformarse con ella, y en tales circunstancias resultaría aberrante someter el derecho a la variabilidad del criterio del Juzgador. Por lo cual y dentro de la idea de un patrimonio nacional personalizado en el Consejo, habrá de entenderse que demandas dirigidas contra la Nación representada por el Consejo, lo han sido directamente contra éste como gestor de ese patrimonio personalizado, para los efectos del fallo que debe pronunciarse".

El fallo del Tribunal

En la sentencia apelada acepta el fallador de primera instancia que el punto **Cuarto** de la escritura Nº 50 de 17 de enero de 1933, otorgada entre el doctor Hernando Villa y el Administrador General del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, implica la estipulación de un derecho real de servilumbre. Allí, en efecto, se convino que el Ferrocarril del Norte —Sección Segunda— atienda a la conservación a perpetuidad de las medianerías del costado oriental de las zonas que el otorgante doctor Villa dijo haber vendido al Gobierno Nacional con destino a dicho Ferrocarril; y al mismo doctor Villa, o a quien sus derechos represente, corresponde a perpetuidad la conservación de las medianerías del costado occidental de tales zonas. Es un contrato celebrado entre propietarios de predios contiguos, tendiente a reglamentar el derecho reconocido por el artículo 904 del Código Civil, según el cual el dueño de un predio podrá obligar a los dueños de los predios colindantes a que concurran a la construcción y reparación de las cercas divisorias comunes.

Resuelto así uno de los aspectos principales del pleito, y aceptado implícitamente por el Tribunal el interés jurídico que, con base en el precepto del artículo 883 del Código Civil, le asiste a la señorita Graciela Villa para exigir el cumplimiento de una estipulación como la contenida en el punto 4º de la premencionada escritura Nº 50, invoca el mismo Tribunal el artículo 8º de la Ley 76 de 1920, que impuso a las empresas de ferrocarriles la obligación de mantener la vía debidamente cercada a uno y otro lado, salvo los pactos especiales con los colindantes, so pena de resarcir los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de tal obligación, y agrega en seguida el fallo recurrido:

"De lo anterior se infiere que en el pacto suscrito por el doctor Villa y el Gobierno Nacional y contenido en la escritura 50 lo que se vino a hacer fue a exonerar al ferrocarril de la conservación de las cercas del costado occidental, ya que sin dicho pacto estaría obligado a mantener las cercas de uno y otro lado".

"Vistas las cosas por el aspecto jurídico que se ha enfocado —continúa el fallo— en nada exonera al Consejo de FF. CC. de su obligación de conservar la cerca el hecho de que el doctor Villa o la señorita Villa no hubieran conservado la cerca occidental en buen estado. El doctor Villa ya no era dueño de la finca desde el 25 de septiembre de 1935 y por consiguiente sobre él no pesaba obligación alguna".

Entra luégo el Tribunal a examinar la abundante prueba traída a los autos con el propósito de establecer el incumplimiento por parte de la entidad demandada de la obligación que sobre ella pesa de conservar la cerca que separa, por el costado oriental, la zona del Ferrocarril de la hacienda de Chinzaque, y llega a la conclusión de que de tal prueba aparece demostrado que desde el 28 de abril de 1941 hasta el 4 de agosto de 1942 dicha cerca se hallaba en mal estado de conservación, y que en cuanto a la del costado occidental, fue sólo a partir del 18 de junio del mismo año cuando el doctor Villa empezó a construirla y levantarla, pues con anterioridad y a partir del año de 1931, no había sido mantenida en buen estado.

No obstante, "en el caso del presente proceso —agrega el Tribunal— no puede aplicarse, por no tratarse de obligaciones personales, que al estar en mora el doctor Villa de construir y sostener la cerca, no podía tenerse al Consejo de Ferrocarriles en mora de cumplir lo pactado. En efecto, atrás ya se ha dicho, citando a Planiol, que esta clase de obligaciones no se transmiten a los sucesores en forma personal haciendo abstracción del derecho de propiedad sobre los fundos".

Pasa en seguida el fallo a ocuparse del punto relativo a la indemnización de los perjuicios, y después de afirmar que tratándose de una obligación contractual la sola inejecución de ésta origina la presunción de culpa, con base en la abundante prueba traída a los autos, examina si están demostrados los requisitos que configuran la acción indemnizatoria, a saber: existencia de

un perjuicio cierto, no eventual ni hipotético; relación directa de causa a efecto entre el hecho u omisión culpable y el perjuicio; o imputabilidad a cargo del demandado.

De ese examen el Tribunal sentenciador concluye que no es dudosa la responsabilidad de la Nación demandada, demostrada como está con la copia de la escritura Nº 50 de 17 de enero de 1933, la existencia de la obligación que aquélla contrajo de conservar las cercas del costado oriental de las zonas colindantes con la hacienda de Chinzaque, fuera de que es una obligación impuesta por la Ley a todas las empresas de ferrocarriles; y acreditado, además, el mal estado de las cercas con algunos testimonios, lo mismo que con la correspondencia cruzada entre el doctor Villa y el Administrador General del Consejo y con las varias inspecciones oculares practicadas.

Mas lo que sí no encuentra probado el Tribunal es el perjuicio cierto que el actor alega como fundamento de su demanda. Al respecto se expresa así el fallo:

"Para el Tribunal el perjuicio alegado es eventual porque demuestra la capacidad de la hacienda para engordar 870 cabezas de ganado, pero no está demostrado que en realidad la señorita Villa tuviera allí en momento alguno el negocio de ganado y mucho menos que en época alguna tuviera 870 cabezas y las hubiera tenido que sacar a causa del mal estado de las cercas, ni tampoco se ha demostrado que tuviera arrendada la finca a una persona que se ocupara de este negocio; no se ha demostrado que con relación a la finca, entre el doctor Villa y la señorita Villa hubiera algún vínculo jurídico fuera del de vendedor y comprador del bien; y si el doctor Villa tenía efectivamente ganado en la hacienda que hubiera tenido que sacar o que le hubiera matado el tren y cuyos daños pudiera cobrar a la señorita Villa o al Consejo de Ferrocarriles".

Como resumen de su argumentación, sobre el carácter eventual de los perjuicios cuya indemnización se demanda, sostiene fundadamente el fallo de que se viene hablando que para demostrar la existencia de tales perjuicios, no basta acreditar que en la hacienda de Chinzaque se podía engordar determinado número de cabezas de ganado, sino que es necesario establecer también que a ese negocio se dedicaba su propietaria y que en él obtenía la utilidad que demanda, o sea la suma de $ 822.00 mensuales en el lapso a que se extiende la indemnización.

La Sala considera:

De acuerdo con el claro tenor literal del punto **Cuarto** de la escritura otorgada entre el doctor Hernando Villa y el representante legal del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, no es dudoso que la intención de ambos contratantes fue convenir los términos y condiciones en que tanto el dueño del predio de Chinzaque, o sus sucesores en el dominio del mismo, como la Nación propietaria de las zonas colindantes con tal predio, ocupadas por el Ferrocarril del Norte, habían de concurrir en lo futuro a la conservación de las cercas divisorias de ambas propiedades, cercas que aunque construídas por el mismo Ferrocarril, según afirmación de la propia escritura, fueron reconocidas por los otorgantes como medianeras.

En otros términos, tal cláusula o punto **Cuarto** se endereza más que a establecer la servidumbre de cerramiento, que es de creación legal (Art. 904 del C. C.) a reglar de manera definitiva el modo y forma de su ejercicio por cada uno de los dueños de los predios expresados.

En efecto, en dicho punto se estipuló:

"**Cuarto.**—Que habiendo construído el Ferrocarril del Norte las cercas divisorias de las zonas mencionadas con las tierras de Chinzaque de propiedad del otorgante y no habiéndose especificado lo relacionado con la conservación de dichas medianerías, se ha convenido en que el Ferrocarril del Norte —Sección Segunda —atienda a la conservación a perpetuidad de las medianerías del costado oriental de las zonas especificadas atrás y al exponente Villa, o quien sus derechos represente, corresponde a perpetuidad la conservación de las medianerías del costado occidental de las mismas zonas".

En principio, la servidumbre no impone al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo en utilidad del predio dominante. Empero esta regla derivada de la propia naturaleza de la servidumbre que apenas consiste en una limitación del derecho de propiedad, tiene, sin embargo, excepciones, como lo enseña el inciso 2º del artículo 882 del Código Civil. Tal acontece no sólo respecto de la servidumbre de demarcación a que dicho inciso 2º se refiere, sino también de la de cerramiento de que trata el artículo 904 antes citado, en las cuales lo que propiamente considera la ley como servidumbre es, relativamente a la llamada de demarcación, la obligación que pesa sobre el dueño del predio colindante con otro de concurrir a la fijación sobre el terreno de los límites que entre sí los separan; y en relación con la de cerramiento, la obligación impuesta al dueño de concurrir también a la cons-

trucción y conservación de las cercas divisorias comunes, concurrencia que en ambos casos comporta la necesidad de hacer alguna cosa.

Puede igualmente suceder que en el título constitutivo de la servidumbre, entendido por tal el acto jurídico destinado a establecerla, el propietario del predio sirviente se obligue a ejecutar por su cuenta ciertas obras que aunque no constituyen el objeto principal de la servidumbre, son indispensables para su ejercicio. O que en dicho título se estipule un modo o forma especial de ejercerla, como ocurre en el caso de autos, en que según el punto **Cuarto** de la premencionada escritura, cada uno de los dueños de los predios de que se trata contrajo la obligación de atender a la conservación, no de una parte de las cercas de ambos costados —como hubiese sido lo equitativo dado el mayor gravamen que impone el sostenimiento de ellas en toda su extensión del terreno invadido por las aguas de la laguna de Fúquene— sino a las del lado oriental, la Nación o el Ferrocarril; y a las del occidental el doctor Villa, o sus sucesores en el dominio de Chinzaque.

Basta lo dicho para aceptar —como lo acepta el Tribunal— que lo estipulado entre el doctor Villa y el Administrador General del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles en el punto **Cuarto** de la escritura Nº 50 de 17 de enero de 1933, fue no ciertamente una obligación personal sino un derecho real de servidumbre; estipulación, por lo demás, a cuyo cumplimiento sólo están obligados los contratantes en su condición de dueños de los predios colindantes entre sí, y que no sólo por voluntad expresa de las partes que suscribieron tal escritura sino también por el carácter de carga real que esa estipulación entraña, obliga a aquéllas a perpetuidad, y es inseparable de los predios a que activa o pasivamente pertenece.

Conclusión de todo lo anterior es que si bien en la escritura de venta otorgada por el doctor Villa a la señorita Graciela Villa S. no se hizo mención alguna de la servidumbre de que se viene hablando, la nombrada señorita tiene todos los derechos y obligaciones inherentes a la propiedad objeto de aquella escritura; y que, el doctor Villa, al contrario, carece de todo interés jurídico para demandar en su propio nombre la indemnización de perjuicios, por incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de la estipulación contenida en el punto **Cuarto** del título constitutivo de la servidumbre.

Así lo decidió el sentenciador de primera instancia y la Sala comparte los fundamentos de esa decisión.

En cambio, no es jurídica la afirmación hecha en el fallo que se revisa sobre que el pacto suscrito entre el doctor Villa y el Consejo Administrativo de los Ferocarriles Nacionales, apenas vino a exonerar al segundo de la obligación que le impuso el inciso 1º del artículo 8º de la Ley 76 de 1920, de mantener la vía del ferrocarril debidamente cercada, a uno y otro lado. Porque derogado expresamente aquel inciso por el artículo 20 de la Ley 19 de 1921, es claro que desde entonces el Consejo quedó liberado de toda obligación al respecto.

Hoy lo único que vincula jurídicamente a dicho Consejo con los sucesores particulares del nombrado doctor Villa en el dominio del predio de Chinzaque, es ese contrato, acerca del cual también es injurídico sostener —como lo sostiene el Tribunal— que "en el caso del presente proceso no puede aplicarse, por no tratarse de obligaciones personales, que al estar en mora el doctor Villa de construir o sostener la cerca, no podía tenerse al consejo de Ferrocarriles en mora de cumplir lo pactado". Porque si es verdad que la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, no es menos cierto también que esa relación jurídica crea derechos, de donde surgen obligaciones correlativas. Tales derechos son reales, por cuanto se ejercen sobre una cosa sin consideración a persona determinada, esto es, en el sentido de que cualquiera que sea el propietario de un predio puede gozar de las ventajas atribuídas a éste, como son también reales las obligaciones que de aquellos derechos emanan.

De allí que en los contratos sobre construcción de una servidumbre, no son ni pueden ser extrañas las estipulaciones que consagran otras tantas obligaciones reales, sin que por ello se altere o cambie la naturaleza bilateral de tales contratos. En el caso de autos se trata ciertamente de un contrato de aquella especie, generador de obligaciones recíprocas entre las partes que lo celebraron o su sucesores en el dominio de los predios, y repugna con el principio de equidad en que se funda el artículo 1546 del Código Civil, cargar sobre la entidad demandada toda la responsabilidad de los posibles daños y perjuicios por falta de cumplimiento de la obligación que aquélla contrajo, de mantener en buen estado las cercas de determinado sector, cuando el otro contratante o sus sucesores particulares en el

dominio de Chinzaque, tampoco la han cumplido en la parte que les corresponde.

En sentir de la Sala, no tiene, pues, fundamento la distinción que hace el Tribunal entre obligaciones personales y reales, tratándose como se trata en este caso de la constitución contractual de una servidumbre, de donde se derivan cargas que han de respetar o cumplir los dueños actuales de los predios respectivos, pero siempre con base en el título que le sirve de origen. de ahí que pueda ser aplicable al caso de autos el artículo 1546 del Código Civil, antes citado.

Para esta Sala la cuestión de fondo no ofrece mayores dificultades en su solución legal. Concretamente se trata de decidir con base en las peticiones de la demanda y en los elementos de convicción producidos dentro de los respectivos términos probatorios del juicio, si está acreditado el incumplimiento por parte de la entidad demandada de la cláusula sobre servidumbre que la obliga a mantener en buen estado de conservación las cercas divisorias comunes, que separan por el costado oriental las zonas de terreno ocupadas por el Ferrocarril del Norte de la hacienda de Chinzaque; y, además, si se demostró también que debido a tal incumplimiento la parte actora sufrió el perjuicio alegado en el hecho 7º del libelo, perjuicio consistente en la suma mensual de $ 822.00 dejados de percibir por cada cabeza de ganando vacuno, en el lapso comprendido entre el 19 de noviembre de 1936 y el día en que el Ferrocarril reconstruya la cerca.

Como ya está dicho, para el Tribunal es evidente que la parte demandada incumplió la obligación por ella contraída en el punto **Cuarto** de la escritura sobre constitución de la servidumbre de cerramiento. Tampoco la Sala podría desconocer ese hecho, acreditado plenamente como se halla con la numerosa prueba testimonial y las varias inspecciones oculares practicadas dentro del juicio. Pero de allí no se deduce que esté probada la existencia misma del perjuicio cuya indemnización se demanda. Porque si es verdad que de acuerdo con los artículos 1610 y 1613 del Código Civil, el acreedor tiene derecho de exigir del deudor la indemnización de los daños y perjuicios que le haya causado la falta de cumplimiento total o parcial de la obligación, y aún de la simple demora en cumplirla, también es cierto que esos mismos preceptos no consagran la acción indemnizatoria por una pérdida posible o eventual sino por una pérdida real, equivalente a la suma de los beneficios que seguramente habría de obtener el acreedor al haberse ejecutado la obligación. La propia naturaleza reparatoria de la acción de perjuicios, excluye toda posibilidad de un enriquecimiento indebido.

De ahí que la Sala acoja la conclusión a que llegó el Tribunal en el sentido de que los perjuicios alegados por la señorita Villa no tienen el carácter de certeza, de realidad material, indispensable para que se pueda afirmar con fundamento que la condenación al pago de los mismos apenas sería el restablecimiento a su estado anterior del patrimonio del acreedor, objeto y fin ése de la acción indemnizatoria.

En efecto, para que tales perjuicios tuviesen el carácter de ciertos, debió acreditar la demandante, de un lado, cuántas cabezas de ganado vacuno destinadas a la ceba sostenía normalmente en su finca y cuál era la utilidad promedio obtenida en el engorde de cada cabeza; y de otro lado, la imposibilidad en que la señorita Villa se encontró para continuar explotando ese negocio, por falta de las cercas necesarias a la seguridad de los mismos ganados. Era lo menos que la actora estaba en el deber de probar, pues es obvio que aún dando por establecida la capacidad de la hacienda de Chinzaque para engordar el número de animales de que se habla en el hecho pertinente de la demanda, de allí no se deduce necesariamente que su propietaria los tenía, y menos aún que debido al permanente mal estado de las cercas del costado oriental de la hacienda, aquélla se viera privada del beneficio o utilidad mensual, o anual, obtenida en la explotación del negocio de ceba de ganados.

Sobre este aspecto fundamental del pleito, la prueba recogida es completamente ineficaz. De los testimonios rendidos por Pedro Moreno, Eliodoro Neusa, Joaquín Pachón, Virgilio Pachón, Anselmo Martínez, Silverio Pachón, Graciliano Rodríguez, Darío Redondo, Oliverio Montejo y Belarmino Garnica, lo único que aparece demostrado es que con anterioridad al año 1936, el doctor Hernando Villa tenía en la hacienda de Chinzaque bastantes ganados de cría y de ceba, los cuales engordaba en la parte oriental de la misma finca y que la utilidad obtenida en ese negocio, era más o menos de diez pesos mensuales por cabeza, en los tres meses que aproximadamente dura el engorde. Esos declarantes nada dicen en relación con el número de cabezas de ganado y los únicos que sobre ello deponen, son Hermenegildo Jiménez y Jesús Jiménez, cuyos testimonios vale la pena transcribir en lo pertinente. Dicen así:

El primero afirma que como empleado de los señores Villa desde 1930 hasta 1936, en la hacienda de La Goajira, acompañó en diversas ocasiones a don Hernando a hacer grandes compras de ganados, el sábado de cada semana, en la plaza de ferias de Chocontá. Esos animales eran conducidos a la hacienda de La Goajira, en donde llegó a tener, más o menos, unas mil doscientas reses. Le consta, además, que tales ganados se trasladaban de la hacienda de La Goajira a la de Chinzaque, en Fúquene, en donde eran engordados y luégo vendidos. Presenció también en muchas ocasiones que el señor Villa obtenía, entre los precios de compra y los de venta, una utilidad, más o menos, de quince pesos res.

Por su parte, Jesús Jiménez declara que con anterioridad al año de 1936 como secretario privado y contabilista del doctor Villa, lo acompañó en diversas ocasiones a hacer grandes compras de ganado, los sábados de cada semana, a la plaza de ferias de Chocontá; que esos ganados los hacía conducir el doctor Villa a la hacienda de La Goajira, en donde llegó a tener más de mil semovientes; que le consta también que el ganado que Villa llevaba a La Goajira era oportunamente movilizado a la hacienda de Chinzaque, en Fúquene, en donde era engordado y luégo vendido; y finalmente, que por haberlo presenciado le consta asimismo que en muchas ocasiones en los precios de compra y los de venta, obtenía el doctor Villa una utilidad más o menos de diez pesos ($ 10.00) en cada res.

Pero es de observar, en primer término, que la totalidad de los declarantes se refiere a una época anterior al año de 1936, año inicial de los perjuicios demandados, vale decir, al tiempo en que el doctor Hernando Villa era aún propietario de la finca de Chinzaque, ya que fue en ese último año cuando otorgó la escritura de venta de la misma a la señorita Graciela Villa; y en segundo término cabe observar igualmente, que ninguno de los testigos llegó a deponer respecto del hecho de que la demandante se viera impedida para continuar explotando el negocio de ceba de ganados, en las mismas condiciones en que lo tenía establecido su antecesor en el dominio de Chinzaque. En la escritura de venta nada se dijo acerca de ganados, por lo que es de presumir que no entraron en ésta. Y como a los declarantes ni siquiera se les interrogó respecto del número de cabezas, de propiedad de la señorita Graciela, es apenas racional concluir que no existe la menor prueba del perjuicio por ella alegado, y menos aún cuando tampoco se acreditó que entre el doctor Villa y la señorita Graciela existiese otro vínculo jurídico distinto del de vendedor y compradora del inmueble de Chinzaque.

Por ello la Sala no encuentra acertada la condenación hecha en el fallo al pago de perjuicios que no se acreditaron en su oportunidad. El mismo Tribunal afirma que la demandante no sólo no probó la existencia de los perjuicios por ella alegados, sino que ni siquiera logró acreditar que hubiera sufrido otros distintos. Ya lo ha dicho esta Sala en repetidas ocasiones: dentro del procedimiento del artículo 553 del Código Judicial no cabe discutir la existencia de unos perjuicios que no se demostraron dentro del juicio mismo. Tal incidente tiene por objeto determinar el **quantum** de aquéllos, pero no deducir la existencia de los mismos. En otros términos, la condenación en abstracto sólo procede cuando se ha demostrado que los perjuicios existen, aun cuando su cuantía no se haya acreditado.

Por lo demás, tampoco es posible entrar a condenar al pago de perjuicios no alegados entre los hechos fundamentales de la demanda, tales como los que se pretendió acreditar con los testimonios producidos en esta instancia sobre la imposibilidad en que se encontró la parte actora de dar en arrendamiento su finca, por el mal estado de las cercas, debido al incumplimiento por parte de la entidad demandada de la estipulación contenida en el punto **Cuarto** tantas veces citado.

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, REVOCA la sentencia apelada en cuanto a los puntos I a III, y en su lugar absuelve al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales de todos los cargos de la demanda. En cuanto al punto IV se confirma dicha sentencia.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Los empleados de la Rama Jurisdiccional no pueden presentar por sí mismos demandas de inexequibilidad de leyes o decretos—Resuelve la Corte que no es el caso de admitir ni de sustanciar la demanda que el doctor Jesús Medardo Rivas Sacconi propuso contra el artículo 2º de la Ley 1ª de 1943—Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda 1

Constancia del Magistrado Dr. Gerardo Arias Mejía 3

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Gutiérrez Jiménez 3

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Rodríguez Peña 3

No se repone el auto anterior.—La presentación de demandas de inconstitucionalidad es una participación en el ejercicio de la abogacía y, por tanto, no pueden realizarla los empleados judiciales. — No accede la Corte al recurso de reposición que contra el auto de que da cuenta el aparte anterior de este índice, interpuso el señor Procurador General de la Nación.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 4

Se declaran infundadas unas acusaciones contra unos Magistrados del Tribunal Superior de Pasto.—Declara la Corte que son infundadas las acusaciones que, en cartas dirigidas al Ministerio de Justicia, formuló contra los doctores Ricardo Martínez Muñoz, Jorge Córdoba y Ulpiano Rueda la Rotta, Magistrados del expresado Tribunal, el señor Francisco A. Guerrero.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 6

Págs.

SALA DE CASACION CIVIL

Al tenor del artículo 1521 del Código Civil, hay un objeto ilícito tanto en el otorgamiento de la escritura de venta de un inmueble embargado, como en su registro.—La cancelación del crédito y el consiguiente levantamiento del embargo, no hacen cesar el interés de quien demanda en juicio la nulidad del contrato de compraventa del bien embargado.—La causal sexta de casación se refiere a la ilegitimidad de la personería adjetiva y no puede aducirse como reparo a la existencia del derecho o de la acción del demandante.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Neiva profirió en el juicio ordinario que sobre nulidad de un contrato de compraventa, cancelación de unas inscripciones en el registro e indemnización de perjuicios, siguió Juan de Dios Charry contra Ascensión Rojas de Niño y Secundino Rodríguez.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 8

El artículo 474 del C. J. no impide que una sentencia firme se pueda tener como prueba en juicio distinto, seguido contra una persona que no fue parte en el en que se profirió esa sentencia. — Cuándo puede prosperar en casación el cargo por indebida aplicación del artículo 702 del C. J.—En el juicio ordinario que Daniel Flórez y otros siguieron contra Liborio Molano Cuenca y otros, sobre pertenencia, por accesión, de una isla nueva y sobre reivindicación, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 17

Interpretación del artículo 22 de la Ley 57 de 1887.—Conforme a esta disposición, las par-

Págs.

tidas de estado civil expedidas por los notarios, no perdieron el carácter de pruebas principales. — Cuándo puede haber fallos por apariencia de verdad probable por verosimilitud. — Prueba de hechos notorios.—Nulidad por ilegitimidad de la personería de la parte demandada.—Interpretación del artículo 450, ordinal 4º, del Código Judicial.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Manizales profirió en el juicio ordinario que, sobre indemnización de perjuicios, siguieron Luis Carlos Muñoz y otros contra el Municipio de Salamina.—Magistrado ponente: doctor Pablo Emilio Manotas 27

Acción de indemnización de perjuicios.—Diferencias entre la inspección ocular practicada dentro de un juicio y el reconocimiento judicial realizado extrajudicialmente.—Valor de las pruebas practicadas en otro juicio.—La Corte casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira profirió en el juicio ordinario que Félix Zuluaga Gómez y otro siguieron contra la Sociedad de Comercio Mowerman Hnos.—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas ... 38

Error de derecho en la apreciación de pruebas.—Improcedencia de la causal segunda de casación contra sentencias totalmente absolutorias. — Cuándo puede haber error de hecho en la apreciación de indicios.—La sentencia que declare la simulación de un contrato, no afecta los derechos del tercero adquirente de buena fe.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el juicio que sobre simulación de un contrato de compraventa, siguió Temístocles Nariño contra Proto Jacinto Suárez y contra Jesús Ramírez Hidalgo.—Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas 46

Acción de indemnización de perjuicios originados en el incumplimiento de un contrato de arrendamiento.—Para realizar la restitución de la cosa arrendada, no se requiere poder especial del arrendatario.—En el juicio ordinario que Pedro Vallejo siguió contra Cine Colombia, S. A., no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 53

Casación por errónea apreciación de pruebas.—La muerte de una de las partes en juicio, no afecta su personería sustantiva, y si se trata del demandante, no hace desaparecer su derecho para el ejercicio de la acción, si ya se ha trabado la litis.—El mandato judicial no expira por la muerte del mandante. — La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira profirió en el juicio ordinario que, sobre indemnización de perjuicios, siguió Isabel Gómez v. de Martínez contra "Empresa Eléctrica Industrial del Quindío".—Magistrado ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez 60

La hijuela es título suficiente para comprobar el dominio en un juicio, cuando a ella no se oponga otro título anterior.—El certificado del registrador no constituye el título mismo, y sólo puede ser prueba complementaria.—En el juicio ordinario que, sobre reivindicación, siguió José María Córdoba contra Jesús Rodríguez, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: doctor Pablo Emilio Manotas 65

Acción de simulación.—Los indicios deben ser avaluados en su conjunto.—Cuándo la errónea apreciación de indicios puede fundar la casación de un fallo.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Ibagué profirió en el juicio ordinario seguido por Eulogio Ramírez y otras contra su hermano Enrique Ramírez—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 70

Requisitos de la cosa juzgada.—Objeto y causa del juicio.—Contrato de prenda.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario que José Gabriel Quintana M. siguió contra The National City Banck of New York, Sucursal de Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 75

Cuándo se requiere, para comprobar en juicio el dominio sobre un inmueble, el cer-

Págs.

tificado de que trata el artículo 635 del Código Judicial.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bucaramanga profirió en el juicio ordinario que Guillermo Delgado siguió contra Carlos M. García, para que se le condene a suspender toda clase de trabajos que perturben con su ruído la tranquilidad de los habitantes de una casa de propiedad del demandante. — Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 91

También por abstenciones puede incurrirse en responsabilidad civil por culpa.—En el juicio ordinario que Lucía Mejía de Salazar y otros siguieron contra el Municipio de Pereira, sobre indemnización de perjuicios, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de la misma ciudad.—Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 94

La escritura de enajenación de derechos hereditarios no debe registrarse en el Libro de Causas Mortuorias, sino en el Libro número 2º—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, proferida en el juicio ordinario que sobre nulidad de un contrato de compraventa de derechos hereditarios, siguió Rosa Delia Espinosa de Niño contra Ricardo Antolínez—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 104

Principio de prueba por escrito.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, proferida en el juicio ordinario seguido por Eusebio Cortés O. contra Clemente Sierra Ruiz.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 109

Acción de nulidad de un remate.—Para comprobar éste en juicio, se requiere la copia del acta respectiva y de la aprobación judicial. — No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pamplona confirmó la de primera instancia del Juzgado del Circuito de Chinácota, que declaró probada la excepción de inepta demanda en el juicio ordinario seguido por Teodolinda García

págs.

contra Juan Mendoza y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 119

Nulidad absoluta de un acto o contrato.—Alcance del poder del Juez para declararla de oficio. — Cuál es el interés que se requiere para alegar en juicio esta clase de nulidad. Posesión notoria del estado civil de hijo legítimo. —Su Prueba—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido por Pabla Alemán de Portillo contra Aníbal y Alfonso E. Faissal. — Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 123

Causal primera de casación. — Los efectos de la responsabilidad civil por culpa extracontractual no se modifican ni se agravan por el hecho de que se originen en delitos penales o civiles. Pero esto no significa que, en principio, tratándose de esta responsabilidad, sea indiferente que ésta emane de un delito o de una simple culpa, porque aunque en ambos casos la víctima tiene derecho a una reparación completa, existen diferencias por otros aspectos. — Un peritazgo puede ser sometido a apreciación, aunque se haya practicado en otro juicio. — En el juicio ordinario que Enrique Micolta siguió contra el Banco Agrícola Hipotecario, se casa parcialmente la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Cali.—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 131

Exequatur a una sentencia extranjera.—A solicitud de la sociedad Revlon Products Corporation de New York, la Corte otorga el exequatur a la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de la misma ciudad con fecha 7 de junio de 1951 y que condenó a la sociedad Salcedo Hermanos y Cía., domiciliada en Bogotá, a pagar a la primera una suma de dinero.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 146

Cuando la acción principal no prospera, tampoco pueden prosperar las que se propusieron como consecuenciales de aquélla.— No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Tunja absolvió a los demandados, en el juicio ordinario que so-

págs.

bre nulidad de un reconocimiento de hijos naturales hecho por Jorge Salazar Villate y sobre reforma del testamento otorgado por el mismo, siguió Rosa Salazar de Matallana contra Luis José, Leonor, María Matea, Berta Isabel y Onofre, hijos todos de Ana Cecilia Vírguez.—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda..... 147

En el caso de adquisición de baldíos por cultivo u ocupación con ganados, aunque el dominio se adquiere por estos hechos, el título lo constituye la resolución administrativa. — El opositor a una adjudicación de baldíos a título de cultivador o de ocupante con ganados, debe demostrar no solamente que ha realizado el cultivo o ha ocupado con ganados, sino también que estos hechos los ha realizado para sí mismo, y no para el solicitante o por cuenta de éste. — En el juicio ordinario que Ana María Peña de Cañón, como representante de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por ella con Florentino Cañón, y Eurípides Cañón siguieron contra Noel Parra Palacio, sobre mejor derecho a la adjudicación de un terreno baldío, la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 150

La acción reinvindicatoria es por su naturaleza restitutoria, y no simplemente declarativa.—También hay otras acciones que tienen una finalidad restitutoria.—Causal segunda de casación.—Causal primera: el error de hecho y el error de derecho en la apreciación de pruebas.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario seguido por José María Echeverri García y otro contra Juan José Cadavid R. y otros.—Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña..... 162

Los derechos de las partes que se originan en la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, están subordinados, en su naturaleza y extensión, al modo y tiempo como cada una de ellas haya cumplido con las obligaciones contractuales que se invalidan.—Peritazgo.—Interpretación del artículo 721 del C. J.—En el juicio ordinario que sobre rescisión, por lesión enorme, de un contrato de compraventa, juicio seguido por Ernestina Ruíz de Saldarriaga contra Judith Alvarez, la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado ponente: Dr. Güalberto Rodríguez Peña 170

Cuando se trata de testamento cerrado, el pliego de disposiciones debe estar firmado necesariamente de puño y letra del testador, y no vale la firma puesta por tercera persona, a ruego de aquél—Casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Manizales profirió en el juicio ordinario que Guillermo García Cadavid y otros siguieron contra Eva Cadavid y otros, sobre nulidad absoluta del testamento cerrado que otorgó Tiberio Cadavid y sobre otros objetos; revoca la de primera instancia que profirió el Juzgado del Circuito de Riosucio, y en su lugar declara nulo el testamento cuya nulidad había sido demandada en el libelo inicial del juicio y resuelve que no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones siguientes de la demanda. — Magistrado ponente: Dr. Güalberto Rodríguez Peña 175

Causal 2ª de casación. — Sociedades de hecho.—Responsabilidad de los socios frente a terceros.—En el juicio ordinario que Roque Jaramillo & Cía. Ltda. siguió contra Jesús Calle Machado, sobre que está obligado a pagar una suma de dinero, valor de unas mercancías vendidas a la sociedad de hecho "Calle y Zuluaga", la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, que revocó la de primera instancia y negó las declaraciones pedidas.—Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña 183

Acción reivindicatoria.—Necesidad de que se compruebe en el juicio, también la posesión del demandado. — Interpretación de los arts. 214 y 215 del Código Judicial.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario

págs.

que, sobre el objeto expresado, siguió la sociedad "Hacienda de Perodías, Limitada" contra Apolinar Ortiz.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña..... 194

El error como causa de la anulación de un acto o contrato.—El error sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta. — El error respecto de la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato.—En el juicio ordinario que, sobre nulidad absoluta de unos contratos, siguió Alfonso Gaviria G. contra Julio C. Ríos y contra Gabriel Gómez, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, y en su lugar, la Corte confirma la que el Juzgado 4° Civil de la misma ciudad profirió en la primera instancia del juicio y por la cual se negaron las solicitudes propuestas. — Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña..... 202

La excepción de pluralidad de relaciones, consagrada en el inciso final del numeral 4º del artículo 4° de la Ley 45 de 1936, es distinta de la excepción de vida disoluta de la madre, que consagraran otras legislaciones.—La Corte casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bucaramanga profirió en el juicio ordinario que María Luisa Barrera siguió contra Rafael Mora Blanco, para que se declare que el demandado es padre de los hijos menores de la demandante, Josefa y Pedro Antonio Barrera, y para que se hagan otras declaraciones consecuenciales de la primera; y en su lugar confirma la de primera instancia que profirió el Juez 3º Civil del Circuito de la misma ciudad. — Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 213

Para que opere la presunción de reconocimiento por parte de la madre, es indispensable que, ante todo, esté comprobado, legalmente, el hecho del nacimiento.—Demandada por varios herederos la validez de un testamento, no puede declararse sólo respecto de unos, decidiendo, al mismo tiempo, que no lo es respecto de los restantes. — Igualmente, si se demanda la nulidad respecto de varios herederos, no es posible hacer esta declaración sino en relación con todos los que lo fueron en ese carácter.—El reconocimiento de una excepción perentoria excluye la inconsonancia.— En el juicio ordinario que Nicolasa Caicedo de Arrechea siguió contra José Vicente Peña y otros, para que se declare la nulidad del testamento de José Tomás Caicedo y se hagan otras declaraciones, no se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la que en la primera instancia profirió el Juez Civil del Circuito de Palmira, sentencia que declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada. — Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 217

El comunero puede usucapir en favor propio la cosa común que ha poseído exclusivamente y en su nombre durante el tiempo de la prescripción extraordinaria.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Ibagué profirió en el juicio ordinario que Andrés Valencia siguió contra Ricardo Bermúdez y Obdulia Tovar de Bermúdez, sobre nulidad de un remate, sobre adquisición de un predio por prescripción extraordinaria y sobre otros objetos.—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas.... 223

Se pueden abrir ventanas para dar luz a una habitación, a una altura inferior de tres metros, si se garantiza, al propio tiempo, mediante el empleo de ciertos materiales, que no será posible la vista hacia afuera.— Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario que Tiburcio Rojas Parra siguió contra Antonio Patiño C. y otros. — Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 229

El recurso de casación no es una acción popular y, por eso, para su procedencia, se requiere que el recurrente acredite el mismo interés práctico que se suele llamar personería sustantiva. — Carece de interés para recurrir en casación contra el fallo de segunda instancia confirmatorio del de primer grado, la parte que no interpuso recurso contra éste.—No infirma la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Su-

págs.

perior de Manizales en el juicio ordinario que la Sociedad Minera de Guayaquil siguió contra Alpidio Ramírez.—Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo 234

SALA DE CASACION PENAL

Impedimentos de Agentes del Ministerio Público.—El parentesco.—Se declara no probado el impedimento que el Dr. Luis Zafra manifestó para actuar como Procurador Delegado en lo Penal, en el recurso de casación de Enrique Mosquera Jaramillo contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 237

Cuando el tiempo, el lugar y las circunstancias ulteriores rompen los efectos de la primitiva ofensa, el inicial provocador puede alegar la justificación de la legítima defensa, al ser agredido de nuevo.—Invalida la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, proferida en el proceso contra Baldomero Vélez por el delito de lesiones personales, y en su lugar lo absuelve por el delito en mención.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez..... 238

Delito de falsedad en documento público.—Se confirma el auto por el cual el Tribunal Superior de Cartagena sobreseyó definitivamente en favor del Dr. Juan Zarante Ramos por cargos de falsedad en documentos públicos.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez..... 245

Para que pueda darse aplicación al artículo 28 del Código Penal, se requiere, en los juicios con intervención del Jurado, que éste haya reconocido expresamente la gravedad y la injusticia de la provocación.— Cuando el cuestionario no está acorde con el auto de proceder, debe invocarse la causal cuarta.— La causal séptima de casación, no hace referencia a las preguntas del cuestionario, sino únicamente a la contradicción existente entre las respuestas del veredicto.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pasto condenó a José Manuel Ortega Guevara, como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez 248

Cambio de radicación de un proceso penal.— La Corte conceptúa que el Dr. Ciro E. Goyeneche puede ser juzgado en otro Distrito Judicial, distinto del de Bucaramanga, donde se adelantan los procesos contra él, por abuso de autoridad y otras infracciones. — Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 254

El error y la ignorancia del derecho excluyen el prevaricato.— Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Pamplona en favor del Dr. Isidoro Carrillo Flórez, Juez Segundo Superior de Cúcuta, por cargos de prevaricato, abuso de autoridad y detención arbitraria.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 256

No se requiere que los comprobantes de que habla la ley y en los cuales la Corte debe basar su concepto favorable al cambio de radicación de un proceso, tengan el carácter de prueba plena y perfecta para demostrar hechos que, en muchas ocasiones, resulta imposible comprobar.—La Corte emite concepto favorable a la solicitud de cambio de radicación del proceso que cursa en la Fiscalía Superior de San Gil contra Pedro J. Porras S., por los delitos de abuso de confianza y falso testimonio. — Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez..... 261

Si las causales de recusación deben ser interpretadas de una manera restrictiva, los impedimentos manifestados por el funcionario deben, por el contrario, ser apreciados con más elasticidad; para el efecto de decidir si son o no fundados.—El interés como causal de impedimento y de recusación.—Se resuelve que es legal el impedimento manifestado por el Dr. Fidel Borrero Durán, para conocer, como Magistrado del Tribunal Superior de Neiva, del proceso contra Jorge Martínez Misas, por el delito de extorsión.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 264

págs.

Delito de encubrimiento.—Se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Manizales condenó a Pedro Huertas Hernández como responsable del delito de encubrimiento, y en su lugar, la Corte lo absuelve del mismo cargo.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 267

Delitos de calumnia y de falsas imputaciones ante las autoridades. — Diferencias existentes entre los dos ilícitos.—Elementos del delito de calumnia.—Qué se requiere para que se configure el de falsas imputaciones. — El denunciante no está obligado a probar las imputaciones que haga.—Se ordena cesar todo procedimiento contra el Dr. Antonio Mosquera Mena, Gobernador del Departamento del Chocó, por los cagos que en su denuncia le formuló el Dr. Ramón Lozano Garcés.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 271

La Corte no puede conceptuar acerca de una solicitud de cambio de radicación de un proceso, cuando todavía no se ha decidido si éste es o no de competencia del Juez Superior.—Para el cambio de radicación de un circuito a otro dentro del mismo distrito judicial, se requiere que existan las mismas circunstancias de conveniencia para la recta administración de justicia, o de necesidad para la protección de la integridad personal del procesado, que el artículo 58 exige para que sea viable el cambio de un distrito a otro, cuando se trata de procesos de competencia de los Jueces Superiores.—La Corte se abstiene por ahora de dar concepto favorable sobre el cambio de radicación del proceso seguido contra Héctor Hugo Corchuelo y contra Pablo Martínez Zapata.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 276

Improcedencia de la causal segunda en juicios por Jurado.—No puede declararse desierto el recurso si el recurrente presentó, dentro del término, su demanda, aunque la causal alegada sea improcedente o no haya sido fundada.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso contra Arcesio Valencia por el delito de homicidio en Jesús Villegas.—Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno..... 279

Por lo general, no es indispensable consignar en el cuestionario que se formula al Jurado la indicación precisa del arma con que se cometió el homicidio, para que quede configurado el cuerpo del delito.—No es causal de nulidad el haberse omitido la formalidad consagrada por el artículo 452 del Código Judicial.—No es pertinente sustentar en casación desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, cuando en el juicio intervino el Jurado, sino debe hacerse entre el veredicto y la sentencia.—Para computar la circunstancia de mayor peligrosidad consistente en las condenaciones anteriores, no se requiere que existan las copias de las respectivas sentencias.—No se invalida la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el proceso contra Francisco Alberto Camacho, por el delito de homicidio cosumado en Hipólito Bohórquez.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre..... 282

Término para la interposición del recurso de casación contra sentencias militares.—La Corte declara nulo lo actuado en el proceso contra el Teniente de Fragata, señor Héctor Vera Amador y contra el ex-Contador Pagador Almacenista del ARC "Presidente Mosquera", señor Carlos Eduardo Esparragoza Vera, a partir del auto por el cual el Comando de la Armada Nacional concedió el recurso de casación que interpuso el apoderado de Vera Amador contra la sentencia del mismo Comando, proferida en el proceso contra Vera y Esparragoza por el delito de uso indebido de bienes del Estado.—Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno..... 291

Al imponer la sanción, no pueden traspasarse los límites señalados en el artículo 45 del Código Penal.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pasto profirió en el proceso contra José Félix Chañag, por el doble delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno..... 293

págs.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

El Juez es quien debe, de oficio, resolver si las cuestiones a decidir en un incidente, son únicamente de derecho, o si, en cambio, en la controversia se plantean hechos, y, en consecuencia, si debe o no abrir a prueba.— En virtud del recurso de reposición interpuesto por la parte demandante, se revoca el auto que ordenó recibir a prueba el incidente de coadyuvancia promovido por la Texas Petroleum Company, y en su lugar se ordena que, una vez ejecutoriado este auto, el negocio vuelva al Despacho para el pronunciamiento del respectivo fallo.— Auto del magistrado sustanciador Dr. Rafael Leiva Charry 295

No procede recurso de apelación contra las providencias que decidan incidentes promovidos durante la segunda instancia de un juicio.—No se admite el recurso de hecho que el apoderado del demandado intentó para obtener el de apelación contra el auto del Tribunal Superior de Santa Marta que en la segunda instancia del juicio ordinario de Carmen H. de Alzamora y otros contra José María Leyva, decidió la recusación promovida contra el Magistrado del mismo Tribunal Dr. Muce Moisés.—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 297

No se repone el auto anterior.—La Corte no accede a reponer su propio auto, de que da cuenta el aparte inmediatamente precedente de este índice.—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 299

Para la prosperidad de la acción reivindicatoria, se requiere que esté determinada la cosa objeto de la reivindicación.—La Corte declara probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo en el juicio ordinario seguido contra la Nación por Segundo, Manuel y Marco A. Zafra.—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 300

La transacción puede proponerse como excepción dilatoria y produce los mismos efectos que la cosa juzgada, cuando abarca el objeto de las pretensiones debatidas o debatibles ante los jueces.—En el juicio ordinario que la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. intentó contra la Nación, se declara no probada la excepción dilatoria de transacción, que propuso el señor Procurador Delegado en lo Civil, y se ordena contestar la demanda en el término de dos días.—Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada 302

El Administrador General de los Ferrocarriles no es representante de la Nación, sino únicamente tiene la representación del patrimonio nacional descentralizado—Mantiene la Sala el auto por el cual el Magistrado sustanciador doctor Rafael Leiva Charry declaró no probada una excepción dilatoria que el señor Procurador Delegado en lo Civil propuso en el juicio ordinario intentado por Isabel Malo de Nieto y Beatriz Malo de Brigard contra la Nación, auto contra el cual interpuso recurso de súplica el mismo Agente del Ministerio Público.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 306

Excepción de declinatoria de jurisdicción.— Transacción.—Interpretación de las demandas. — Objeto de las excepciones dilatorias.—En virtud de recurso de súplica interpuesto contra la providencia del Magistrado sustanciador Dr. Luis A. Flórez que decidió el incidente de excepciones dilatorias propuestas por el señor Procurador Delegado en lo Civil y el apoderado del señor John O. Bower en el juicio ordinario que la Compañía Empresaria del Camino del Carare intentó contra la Nación y contra Bower, la Sala suplicada sustituye la providencia recurrida, en el sentido de declarar no probadas las excepciones dilatorias propuestas y de ordenar que se conteste la demanda dentro de dos días.—Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada 310

Suspensión del juicio civil por influencia de un fallo penal.—Esta suspensión no opera automáticamente.—La Sala no accede a la solicitud que el Dr. Carlos González y González, como apoderado de la parte demandante en el juicio ordinario que Marina

Págs.

Gutiérrez de Talero y otros siguen contra la Nación, hizo para que se declarara nulo lo actuado a partir del auto que ordenó traslado a las partes para alegar de conclusión en primera instancia, inclusive, y para que se ordenara que permaneciera en suspenso este juicio, hasta tanto se trajera a los autos la prueba de haber terminado el proceso penal contra Marco J. Molano.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 316

Juicio ejecutivo.—Se revoca el auto por el cual el Tribunal Superior de Medellín repuso otro del mismo Tribunal y negó la ejecución solicitada por Ana Mejía de Restrepo y otros contra el Departamento de Antioquia, y en su lugar se confirma el mandamiento ejecutivo decretado por el mencionado Tribunal en auto de fecha 15 de octubre de 1951.—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 318

Los menores de siete años también tienen derecho a pago de indemnización por perjuicios morales subjetivos ocasionados con el fallecimiento de uno de los progenitores.— Revoca la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín no accedió a hacer las declaraciones solicitadas en la demanda ordinaria intentada contra la Nación por Balvino Chaverra López y otros, sobre indemnización de perjuicios; y en su lugar condena a la entidad demandada a pagar a los demandantes tanto los perjuicios materiales como los morales que les ocasionó con la muerte de la señora Laura Lina López de Chaverra.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 321

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Luis A. Flórez..... 327

Cuándo puede rechazarse, por ineficaz o inconducente una prueba.—En virtud del recurso de súplica, la Sala mantiene el auto por el cual el magistrado sustanciador, doctor Agustín Gómez Prada, decretó la práctica de unas pruebas solicitadas oportunamente por el apoderado de la parte demandada, en el juicio ordinario promovido por la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales contra la sociedad "Santa Marta Railway Company, Limited". — Magistrado ponente Dr. Rafael Leiva Charry..... 328

Cuando es una comunidad la que formula oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos, los copropietarios están jurídicamente obligados a comprobar en el juicio el condominio.— Niega la Corte las peticiones de la demanda con la cual se inició por el doctor Luis Enrique Cuervo, como apoderado de los "Comuneros Propietarios de las Tierras de Juan de Acosta", demanda ordinaria contra la Nación, sobre propiedad de unos yacimientos petrolíferos.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 333

Acción de indemnización de perjuicios.—En el juicio ordinario que siguió Pablo Emilio Pérez contra el Departamento de Cundinamarca, se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 333

La regla derivada de la naturaleza misma de la servidumbre, de que la constitución de ésta no impone al dueño del predio sirviente obligación de hacer algo en beneficio del dominante, tiene varias excepciones.—En los contratos sobre constitución de servidumbres, no son extrañas las estipulaciones que consagran obligaciones reales, correlativas de las ventajas que de ella se derivan para el predio dominante, sin que por ello se altere la naturaleza bilateral de tales contratos.—Revoca la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Hernando Villa S. y otros contra los Ferrocarriles Nacionales, y en su lugar, absuelve a la entidad demandada de todos los cargos formulados en la demanda.—Magistrado ponente: doctor Rafael Leiva Charry 340

SALA DE CASACION CIVIL

CUANDO EL ERROR COMUN Y LA BUENA FE DE LOS TERCEROS PERMITEN CONSIDERAR VALIDO UN ACTO NO AJUSTADO A LA LEY

Dicen Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, en su 'Curso de Derecho Civil': "El error individual autoriza en los casos que la ley señala, para pedir la nulidad o rescisión del acto por parte de la persona que lo padeció. En cambio, el error común, que es el compartido por un considerable número de personas, produce el efecto contrario: permite que el acto se considere válido a pesar de no estar estrictamente ajustado a la ley.

"Esto es lo que expresa la conocida máxima 'ERROR COMMUNIS FACIT JUS', la cual se entiende en el sentido de que el error común constituye derecho en cuanto impide que el acto ejecutado con violación de las normas legales, sea anulado y privado de los efectos correspondientes.

"El fundamento del error común lo constituye el interés social; hay conveniencia en fiarse de las apariencias compartidas por todos o por un considerable número de personas.

"Para que el error se pueda estimar común, debe reunir ciertos requisitos:

"1) Debe ser compartido por todas o la mayoría de las personas en la localidad en que el acto se celebra;

"2) Debe ser excusable, tener un justo motivo, como cuando se invoca un título colorado, es decir, un título con apariencias de legítimo. Es lo que sucede con el funcionario público ilegalmente nombrado por la autoridad competente. Ejemplo: es nombrado notario un extranjero, o entra a ejercer las funciones de tal un individuo que no ha jurado o no ha rendido la fianza de rigor que determina la ley. En virtud del principio del error común, el acto que se otorgue ante dicha persona es válido, porque hay justos motivos para pensar que los funcionarios son legalmente nombrados; y

"3) Debe padecerse el error de buena fe, porque es ésta la que ampara la ley y no la mala".

En nuestra legislación, el principio de la buena fe, aplicado a la protección legal de los terceros que contratan con aparentes titulares de un derecho, no es otra cosa que la invocación de la vieja máxima, según la cual "ERROR COMMUNIS FACIT JUS", si bien no está consagrado en un texto expreso, sí diversas disposiciones de nuestro derecho civil están por él inspiradas, según se puede ver de los artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1643, 1766, 1940, 1944, 2140 y 2199 del C. C. En todos los casos contemplados por tales preceptos se aplica este principio fundamental de la buena fe, para amparar a los terceros.

Y la Corte, en sentencia de 20 de mayo de 1936, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la teoría de la buena fe y el error común, aplicado a los contratos, y de tal providencia se toman los siguientes apartes:

"Este principio —comenta Gorphe— es interesante. Consagra la validez de los actos de terceros de buena fe aún en los casos en que no aparezca responsabilidad del verdadero propietario y sobre una base mucho más amplia que la del artículo 1321. Completa perfectamente, por otra parte, el principio de la protección a los terceros organizada por las medidas de publicidad inmueble, tales como la transcripción en derecho francés y la inscripción en derecho alemán, austriaco y suizo, que regulariza el título del propietario aparente".

"Claro está que la buena fe requerida en el tercero debe reunir un maximun de cualidades: debe estar exenta de toda culpa; es decir, que no basta que el tercero que la invoca haya tenido la creencia o la convicción de estar negociando con el ver-

dadero heredero o con el verdadero propietario, sino que es menester que esa creencia no sea el resultado de una imprudencia o de una negligencia en que no habría incurrido una persona avisada y diligente.

"Nadie puede invocar su buena fe —dice el Código Federal Suizo— si ella es incompatible con la atención que las circunstancias permitían exigir de quien invoca esa buena fe".

"Además, en muchos casos no será suficiente la ignorancia propiamente dicha con respecto a la realidad jurídica. Será menester una verdadera convicción de que se está procediendo conforme a esa realidad.

"Ni está por demás advertir que la presunción general de buena fe contenida en el artículo 769 de nuestro Código Civil, es muy frágil y susceptible de ser destruída por presunciones simples y especialmente por las que conduzcan a la conclusión de que un hombre prudente y diligente habría hecho investigaciones, averiguaciones y gestiones omitidas por el tercero que invoca la buena fe". (G. J., Tomo XLIII, pág. 47).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá junio tres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

Al encargarse de la Alcaldía Municipal de Cartagena, el doctor N. Franco Pareja, según informe rendido a la Gobernación del Departamento con fecha siete de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, recibió algunas quejas relacionadas con la forma irregular como venían funcionando los expendios de carne en el mercado público, propiedad municipal, consistente en el acaparamiento por un grupo reducido de personas que tenían un monopolio de hecho para disfrutar de los lugares de ventas de carnes, lo que lo movió a expedir el decreto número 19 de 1941, por medio del cual, al decir del informante, "se quiso establecer un sistema de distribución más justo y equitativo en el reparto de las mesas en el Pabellón de Carnes".

El decreto en referencia establece que no se puede dar en alquiler más de una mesa a un solo expendedor, razón por la cual se suspendió en el uso y goce de cierto número de ellas, a quienes disfrutaban de más de las permitidas.

Considerándose lesionados con la medida expresada, los señores Alberto Gaines P. y Ezequiel Puello, ocurrieron en demanda ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la ciudad de Cartagena, para que se condenara al Municipio del mismo nombre, según lo dispuesto en el artículo 1546 del C. C., al cumplimiento estricto de los concontratos celebrados con los mismos, más la indemnización de los perjuicios que se les han causado y continúan causándoseles, al tenor del artículo 1616 del citado Código.

Que, en consecuencia, se restablezca al primero, o sea a Gaines, en el uso y goce de sus cuatro mesas que tiene contratadas, y a Puello en las siete que por igual causa le corresponden, que uno y otro venían explotando como arrendatarios.

Entre los hechos, se relata que desde hacía varios años, los demandantes habían venido ejercitando en el mercado público el negocio de expendio de carnes, a virtud de contrato de arrendamiento de puestos en el local correspondiente, celebrados con la dirección, administración o jefatura del mercado público municipal, referentes a cuatro mesas de que disponía Gaines y siete adjudicadas a Puello.

Que estando en vigencia dichos convenios y sin ningún motivo de violación de ellos por los arrendatarios demandantes, el Alcalde de Cartagena, por medio del decreto número 19, ya mencionado, violó los referidos pactos, celebrando nuevos contratos de las mesas que les pertenecían, con otros expendedores, arrebatándoles, en consecuencia, sus derechos de uso y goce de la cosa arrendada.

Que demandado ante la justicia administrativa el decreto referido, el Tribunal de lo Contencioso lo suspendió provisionalmente, pero sin embargo, no fueron los exponentes restablecidos en sus derechos.

Que debido a tales actos, se les han causado graves perjuicios, que señalan, y que estiman en más de treinta mil pesos ($ 30.000.00).

Sentencia de primera instancia

El señor Juez del conocimiento puso fin al primer grado del proceso, por providencia de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, con la absolución del Municipio, por considerar que los contratos cuya violación se invoca, no tuvieron existencia legal, por

carecer el administrador del mercado de facultad para contratar en su nombre.

La sentencia recurrida

Por apelación interpuesta por los demandantes, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, donde al final de la actuación correspondiente, se pronunció fallo con fecha veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, en el cual se confirma la providencia apelada. Sin costas.

Considera el Tribunal, que los Municipios son representados "por las personas autorizadas por las leyes o las ordenanzas respectivas, y a falta de unas y otras, por las personas a quienes un Acuerdo del Cabildo les confiera ese carácter". Que de acuerdo con el artículo 234 del Código Político y Municipal, corresponde a los Personeros "otorgar o aceptar las escrituras o cualesquiera otros documentos en que tenga interés el Municipio, representando los de éste y observando las instrucciones del Concejo".

Los Acuerdos Municipales son normas obligatorias para los habitantes de los respectivos distritos... Por medio de los Acuerdos, los Municipios norman sus relaciones entre la entidad municipal y los vecinos del Distrito, de manera que la prueba adecuada para establecer la existencia de tales relaciones, es la presentación de los respectivos Acuerdos, (Casación G. J. Nº 1930, 6 de octubre de 1937).

Dice que la administración de los intereses municipales corresponde a los Concejos, por regla general; pero, excepcionalmente, éstos pueden confiar a cualquiera persona distinta del Personero respectivo, la representación del Municipio en un asunto determinado (art. 145 del C. P. y M.).

De donde concluye, que en el proceso estudiado no se trajo la prueba de que el Concejo de Cartagena hubiera autorizado al administrador del mercado público, de modo excepcional, para celebrar los mencionados contratos, y como no fueron acordados por el Personero, según las normas legales y lo que ha debido prescribir el Concejo al respecto, el Municipio no quedó vinculado con los demandantes, porque quien contrató con ellos, no tenía facultad para hacerlo. Considera la sentencia, que los actos en cuestión son inválidos, por carecer de las condiciones legales para su nacimiento y eficacia.

Agrega, por último, que si bien el Municipio recibió los valores estipulados en los contratos, no consta que el Concejo hubiera ratificado el acto ilegal de su agente.

Todo ésto llevó al Tribunal a confirmar la providencia apelada.

El recurso

A la Corte fueron enviados los autos de este proceso, a virtud del recurso de casación interpuesto por los demandantes, que sustanciado en forma legal, se pasa a decidir.

Se invoca la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J., "por ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustantiva por infracción directa e interpretación errónea de varios preceptos legales, como consecuencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas".

Dice el recurrente, que el Tribunal niega a los contratos de arrendamiento celebrados por los demandantes con el Municipio, sobre mesas de expendio de carnes en el mercado cubierto, toda eficacia legal, para obligar a la referida entidad, por no haberse traído a los autos la prueba de la facultad expresa con que obrara el administrador del mercado público, al celebrar los contratos aludidos. Que argumentando en tal forma y por desestimar el valor probatorio que tienen los documentos de arriendo, presentados en el juicio, el juzgador incurrió en error de derecho y, en consecuencia, violó directamente los artículos 1602 y 1603 del C. Civil.

Expresa que el Tribunal, ciñéndose en forma rigurosa "a una concepción legal formalista", no se detuvo a considerar los actos mencionados en todos los aspectos en que deben ser estudiados. Que la jurisprudencia moderna se ha encargado de dotar a la ley, del contenido de equidad que ella necesita para actuar en el medio social, con oportunidad y eficacia; que entre tales principios, "que mayores proporciones tiene en el derecho moderno, está el de buena fe", como generadora de derechos. Sostiene que tal teoría o principio de la buena fe, se encuentra consagrado, no en un texto expreso, pero sí en innumerables casos concretos, y la jurisprudencia patria, siguiendo a la francesa, le ha ido dando cada día mayor aplicación. Cita, entre otros, el del comprador de cosa mueble en feria, tienda o almacén; quien paga al poseedor de un crédito, aunque no le pertenezca; el cónyuge que recibe donaciones en matrimonio que más tarde se anula; si han obrado de buena fe, encuentran la protección legal que normas expresas de nuestro Código estable-

cen. Que la enumeración de tales casos y otros más, que enuncia, no puede ser tenida como restrictiva, "sino que sirven solamente para demostrar cómo en nuestro derecho positivo, la buena fe determina un criterio de especial protección".

Observa que, "ante el hecho real ejecutado de buena fe", aunque estuviera afectado de vicio que lo anulara, surge el derecho con las consecuencias de protección que el Estado debe otorgarle.

Agrega que, "no toda buena fe es suficiente para generar el derecho. Para que la teoría tenga cumplida aplicación, se requieren dos requisitos: a) Que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal, pero sí colectivo; b) Que el error haya sido invencible, o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido".

Para el recurrente, en el caso en estudio, se cumplen los dos requisitos planteados por la doctrina, con una objetividad absoluta, así:

a) **Error generalizado.**—Dice que las actividades desarrolladas por el administrador, en ejercicio de su cargo, "inducía a error al público que estaba en relación con la Administración del Mercado"; porque dicho empleado actuaba como si estuviera plenamente facultado para dar en arrendamiento las mesas del expendio de carnes. Que los contratos de arrendamiento se celebraban sobre modelos suministrados por el Municipio, "en cartulinas especiales previamente impresas"; que de tales "cartulinas", aparecen doce en el expediente, relativas a los contratos efectuados con Gaines y Puello, que señalan la forma empleada por el Distrito para alquilar las mesas de expendio de carnes. Que tales contratos eran registrados por las Oficinas Municipales encargadas de llevar el control administrativo y de sus ingresos. Que nunca, el Municipio desconoció la eficacia de tales contratos, tan sólo cuando dos de los contratantes exigían su cumplimiento.

Observa, que en el expediente aparecen, ademas de los convenios celebrados con Gaines y Puello, siete más, llevados a cabo con Milciades **Alvarez; seis con Alberto** Aguilera, e igual número con Benjamín Guzmán.

Que también aparece un memorial firmado por los contratantes de que se ha hecho mención y el señor Fajardo, al administrador del mercado, exigiéndole se le respeten sus derechos, memorial que fue contestado por el Aalcalde, expresando que se respetará lo pactado con Gaines, por no estar el plazo vencido.

Sostiene que las pruebas enunciadas demuestran el error común en que incurrieron todos los arrendatarios.

Que es, a su juicio, "un error colectivo", aceptado por el Municipio de Cartagena, al darle, como ya se vió, "plena validez" a uno de los convenios efectuados con Gaines.

b).—**Que el error haya sido invencible.**—Manifiesta que, como consecuencia de la calidad de error común, que juzga demostrado, éste fué invencible, ya que el Municipio tenía formularios impresos para esos contratos, en los cuales se hacía figurar al administrador del mercado como capaz para dicho acto, circunstancias que se complementan con la ejecución práctica que a los mismos les daba el Municipio, como registrarlos y percibir la renta.

Añade que, si en las relaciones privadas, puede producirse un error que reúna las condiciones de invencible, con la debida eficacia legal, con tanto mayor razón, en tratándose de actos con la administración pública, en que los ciudadanos se confían "en la apariencia de la legalidad de los servicios", en la capacidad de los empleados, etc. Que quien usa o necesita los servicios de la administración, supone que el empleado con quien se entiende ha sido legalmente nombrado. Que en autos aparece la lista aportada por el Personero, de las personas que tenían celebrados contratos con el administrador del mercado, que son innumerables.

Afirma que, no sólo se trata de un error invencible, sino de uno provocado por el Municipio, al tener establecido en forma permanente, que los convenios sobre arrendamiento de puestos en el mercado, se efectuaran con el administrador. Dice, siguiendo el adagio latino, que el Municipio no puede alegar su propia culpa **"nemo auditur turpitudinem alegans".**

Explica cómo se originó el error, debido a que en años anteriores una junta gerenciaba las empresas públicas de Cartagena, entre las cuales figuraba el mercado, que aquélla delegó en el administrador la facultad de contratar, y como costumbre quedó en el Municipio, aún después de la desaparición de la junta. Observa que en el informe del Alcalde que tal cosa relata, aparece que: "El Municipio no adoptó ninguna reglamentación distinta de la que había establecido la junta de EE. PP. MM.".

De lo expuesto, deduce que el administrador sí tenía facultades para contratar, que la junta administradora se extinguió, pero con todo, como el Municipio no dió otra reglamentación para el mercado, la dirección de éste continuó celebran-

do los contratos, lo que plenamente justifica el error de quienes contrataron en tales condiciones con el Municipio. Que por tales hechos, no tenían los arrendatarios de mesas de expendio, defensa alguna; los contratos se otorgaban en los esqueletos suministrados por el Municipio, se cubría la renta en la respectiva Tesorería; no había, pues, medio de cerciorarse del error, que por ello fue invencible.

Señala como violados, los artículos 1492, 1602, 1603, 1973, 1982 y 1987 del C. C., y pide se case la sentencia recurrida, y en su lugar se condene al Municipio a resarcir los perjuicios sufridos.

Se considera:

"El error individual autoriza en los casos que la ley señala, para pedir la nulidad o rescisión del acto por parte de la persona que lo padeció. En cambio, el error común, que es el compartido por un considerable número de personas, produce el efecto contrario: permite que el acto se considere válido a pesar de no estar estrictamente ajustado a la ley.

"Esto es lo que expresa la conocida máxima **"error communis facit jus"**, la cual se entiende en el sentido de que el error común constituye derecho en cuanto impide que el acto ejecutado con violación de las normas legales, sea anulado y privado de los efectos correspondientes.

"El fundamento del error común lo constituye el interés social; hay conveniencia en fiarse de las apariencias compartidas por todos o por un considerable número de personas.

"Para que el error se pueda estimar común, debe reunir ciertos requisitos:

"1) Debe ser compartido por todos o la mayoría de las personas en la localidad en que el acto se celebra;

"2) Debe ser excusable, tener un justo motivo, como cuando se invoca un título colorado, es decir, un título con apariencias de legítimo. Es lo que sucede con el funcionario público ilegalmente nombrado por la autoridad competente. Ejemplo: es nombrado notario un extranjero, o entra a ejercer las funciones de tal un individuo que no ha jurado o no ha rendido la fianza de rigor que determina la ley. En virtud del principio del error común, el acto que se otorgue ante dicha persona es válido, porque hay justos motivos para pensar que los funcionarios son legalmente nombrados; y

"3) Debe padecerse el error de buena fe, porque es ésta la que ampara la ley y no la mala". (Curso de Derecho Civil — Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga).

En nuestra legislación, el principio de la buena fe, aplicado a la protección legal de los terceros, que contratan con aparentes titulares de un derecho, no es otra cosa que la invocación de la vieja máxima, según la cual **"error communis facit jus"**, si bien no está consagrado en un texto expreso, sí diversas disposiciones de nuestro derecho civil están por él inspiradas, según se puede ver de los artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1643, 1766, 1940, 1944, 2140 y 2199 del C. C. En todos los casos por tales preceptos contemplados, se aplica este principio fundamental de la buena fe, para amparar a los terceros.

Esta Corte, es su notable sentencia del veinte de mayo de mil novecientos treinta y seis, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la teoría de la buena fe y el error común, aplicado a los contratos, y de tal providencia se toman los siguientes apartes, necesarios para el examen del problema que hoy confronta la Corte.

Dice la sentencia en cuestión:

"Este principio —comenta Gorphe— es interesante. **Consagra la validez de los actos de terceros de buena fe aún en los casos en que no aparezca responsabilidad del verdadero propietario y sobre una base mucho más amplia que la del artículo 1321.** Completa perfectamente, por otra parte, el principio de la protección a los terceros organizada por las medidas de publicidad inmueble, tales como la transcripción en derecho francés y la inscripción en derecho alemán, austriaco y suizo, que regulariza el título del propietario aparente".

"Claro está que la buena fe requerida en el tercero debe reunir un máximun de cualidades: debe estar exenta de toda culpa; es decir, que no basta que el tercero que la invoca haya tenido la creencia o la convicción de estar negociando con el verdadero heredero o con el verdadero propietario, sino que es menester que esa creencia no sea el resultado de una imprudencia o de una negligencia en que no habría incurrido una persona avisada y diligente.

"Nadie puede invocar su buena fe —dice el Código Federal Suizo— si ella es incompatible con la atención que las circunstancias permitían exigir de quien invoca esa buena fe".

"Además, en muchos casos no será suficiente la ignorancia propiamente dicha con respecto a la realidad jurídica. Será menester una verdadera convicción de que se está procediendo conforme a esa realidad.

"Ni está por demás advertir que la presunción general de buena fe contenida en el artículo 769 de nuestro Código Civil es muy frágil y suceptible de ser destruída por presunciones simples y especialmente por las que conduzcan a la conclusión de que un hombre prudente y diligente habría hecho investigaciones, averiguaciones y gestiones omitidas por el tercero que invoca la buena fe". (GACETA JUDICIAL, Tomo 43, pág. 47).

En estricto acuerdo con la doctrina que el interesante fallo encierra, la Corte considera que no se está en presencia de un error común e invencible, que haga obligatorios para la Municipalidad, los contratos que un funcionario, sin facultad legal para ello, celebró con los demandantes; no sin observar de paso, que tales convenios venían a establecer a favor de ciertos comerciantes, el acaparamiento de los puestos de expendio de carnes en el mercado público, contra expresa disposición municipal y en perjuicio del interés común.

Aparece de autos, que unos pocos individuos, siete a lo sumo, celebraron con el administrador del mercado público de la ciudad de Cartagena, cierto número de contratos sobre arrendamiento de puestos en el local aludido, para el expendio de carnes; pero no aparece que, en alguna época, el Concejo hubiera autorizado a tal funcionario para contratar.

Es insostenible hablar de error generalizado, por el simple hecho de que un número reducido de personas hubiera entendido que un sujeto estuviera facultado para obligar al Municipio y, en tal creencia, contrataran con aquél; es decir, que hubiera error colectivo, aunque no generalizado.

Es de observarse, cuán numeroso es el personal de contratistas en un mercado público, que tiene arreglos o convenios con la Municipalidad para disfrutar del arrendamiento de puestos de expendio de víveres y otros efectos. Ha debido siquiera probarse que en alguna época el referido funcionario fue autorizado legalmente para contratar y que durante varios años tal cosa se realizó, y que la derogatoria de esa facultad o mandato, no fue suficientemente pública, para evitar el error. Sólo consta que se celebraron contratos en mil novecientos cuarenta, por un año de plazo; que para la fecha en que el Alcalde dictó su decreto número 19, en 1941, ya el término estaba vencido, aun cuando se alega prórroga tácita de él.

No puede decirse que el error haya sido invencible, o sea, que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido. A este propósito dice Gorphe, citado por la Corte en la sentencia referida: "No basta la excusabilidad ordinaria, es preciso que el error haya sido necesario, invencible, moralmente imposible de evitar".

Ya se dijo que no hay constancia de que en alguna época, el Concejo hubiera facultado a la junta administradora del mercado, que en alguna ocasión existió, para administrar el referido bien, y que esta junta hubiera delegado en su administrador la facultad de arrendar los puestos de expendio. Era necesario la prueba, consistente en el respectivo Acuerdo Municipal y Resoluciones de la junta. La circunstancia de que el Municipio recibiera el valor del alquiler de las mesas y de los puestos ocupados, no justifica tampoco el error.

De conformidad con la atribución octava del artículo 234 del Código Político y Municipal, corresponde al Personero del Municipio: "Otorgar o aceptar las escrituras y cualesquiera otros documentos en que tenga interés el Municipio, representando los de éste y observando las instrucciones del Concejo". Según el artículo 145 del mismo Código Político y Municipal, "la administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo, y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal; pero el Concejo puede confiar a cualquiera persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado".

Era, pues, de elemental prudencia, al contratar puestos en el mercado, averiguar qué disposición o acuerdo facultaba al Administrador para hablar por la entidad y obligarla. El carácter adoptado por el funcionario del mercado, era una excecpión, que ha debido confrontarse con los preceptos que se suponía lo autorizaban. Se apartaba la actitud asumida por el referido funcionario de la regla general y del principio legal de que la dirección de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal.

Es importante, en orden a la tesis sentada, reproducir la parte del informe del señor Alcalde Municipal de Cartagena, sobre la manera como se administraba aquel bien distrital:

"Al encargarme de este Despacho me fueron presentadas algunas quejas relacionadas con la forma irregular como venían funcionando las mesas de venta de carne en el Mercado Público. Personalmente fuí a cerciorarme del fundamento de las quejas y encontré que en tales mesas expendían la carne individuos de nombre diferente a aquellos que figuraban en los contratos

celebrados con el Administrador del Mercado Público, para el usufructo de dichas mesas. En tales contratos se establece que no pueden los arrendatarios subarrendar esas mesas sin el consentimiento de la Administración. Estaba, pues, quebrantada tal obligación. Además, pude observar que los señores Gaines, Aguilar y otros, los mismos firmantes de la solicitud a que hice referencia, tenían contratos por cinco (5), seis (6) y siete (7) mesas cada uno, y que los verdaderos expendedores de carne al pormenor (los memorialistas son abastecedores, es decir, suministran la carne al por mayor a los expendedores), explicaban que a ellos les era imposible obtener una mesa siquiera para usufructarla, porque las tenían controladas dichos señores, los abastecedores".

Se trata de un simple caso de usurpación de poderes, en que el empleado que aparece como director del establecimiento público, celebró contratos con un número reducido de personas, sin facultad para ello, permitiendo también, con desconocimiento de las disposiciones pertinentes, el acaparamiento de servicios de interés general, con grave perjuicio de la ciudadanía.

No existe, pues, la violación indirecta de los preceptos señalados, por falta de apreciación de pruebas.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

SENTENCIA:

Por 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 proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, de fecha veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, comuníquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

EL ERROR EN QUE SE INCURRA EN LA DEMANDA AL CITAR LAS DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES, NO IMPIDE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEMANDADO CUANDO ESTA DE ACUERDO CON LOS HECHOS — AL JUZGADOR DE INSTANCIA CORRESPONDE DECIDIR SI UN PERITAZGO ESTA EXPLICADO Y DEBIDAMENTE FUNDAMENTADO— VALOR DE LA SENTENCIA DE EXCEPCIONES PROFERIDA EN JUICIO EJECUTIVO

1.—Cuando el derecho que se demanda está de acuerdo con los hechos, es decir, se deduce de ellos, el error cometido por el demandante en el libelo al señalar las citas de la ley aplicable al caso, no obsta para reconocer el derecho; corresponde al juzgador la aplicación de la ley, aunque ésta no se señale en la demanda o se invoque la que no cuadra a los hechos que sirven de base a la acción. Esta doctrina ya ha sido sostenida en repetidas ocasiones por la Corte.

2—Resulta impertinente acusar una sentencia por aplicación indebida de unos textos legales cuando el sentenciador no los aplicó al caso del pleito.

3—El dictamen pericial, ni aún en el caso de que haya sido objetado y se rechacen las objeciones, tiene necesariamente el valor de plena prueba, pues éste sólo le corresponde cuando es uniforme y está explicado y debidamente fundamentado; pero es al juzgador de instancia a quien le incumbe analizarlo para determinar si reúne esas calidades, y sólo cuando encuentre que en verdad las tiene, debe conferirle pleno valor probatorio, pues la ley no lo obliga a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegagamente. Así lo ha entendido la Corte en reiterada y uniforme jurisprudencia.

4—La sentencia de excepciones ejecutoriada y dictada en juicio ejecutivo es obligatoria para las partes que en éste intervinieron, en lo relativo a la cuestión en ella decidida, mientras no se pida y decrete su revisión por la vía ordinaria.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio seis (6) de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Leonardo Orejuela instauró ante el Juez 4º Civil del Circuito de Cali, juicio ordinario contra José Luis Upegui y la sociedad "A. Aristizábal y Cía.", domiciliada en aquella ciudad, para que entre otras se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que los demandantes deben pagar a Orejuela la cantidad de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) moneda corriente, o la suma fijada por peritos dentro del juicio, por los perjuicios que se le ocasionaron con el embargo y secuestro del automóvil de que tratan los hechos de la demanda;

"b) Que los demandantes deben pagar a Orejuela la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) moneda corriente, por los gastos hechos para poner en capacidad de funcionar el automóvil mencionado, cuando le fué entregado;

"c) Que los demandados deben pagar a Orejuela no solamente las cantidades pedidas en las declaraciones precedentes sino también los perjuicios de diversa índole y el daño emergente que le ocasionaron con las actuaciones judiciales a que se refieren los hechos de la demanda; perjuicios y daño emergente que deben ser avaluados en juicio sumario bajo las bases que fije el fallador".

Subsidiariamente pidió el demandante que las declaraciones solicitadas se hicieran únicamente contra el demandado Upegui.

Los hechos en que se apoyó la acción los expresa así el actor:

"1º—José Luis Upegui el 9 de marzo de 1931, demandó ante el Juez 3º Civil de este Circuito y contra mí el embargo y secuestro preventivo de un automóvil marca Buick, para siete pasajeros, de motor número 2203976;

"2º—Afianzada la solicitud y prestado el juramento legal fué resuelta de conformidad, habiéndose nombrado por el Juez para depositario a Saúl Saavedra en quien se depositó el automóvil el 12 de marzo de 1931;

"3º—En la misma fecha José Luis Upegui for-

muló demanda ejecutiva contra mí, asegurando que yo era deudor de él por determinada cantidad de dinero, lo cual no era cierto;

"4º—El 20 de marzo de 1931 el Juez profirió mandamiento ejecutivo, que se me notificó el 25 del mismo mes, habiendo manifestado en la diligencia de notificación que había pagado la cantidad que injusta y temerariamente se me cobraba;

"5º—Dentro del juicio ejecutivo propuse la excepción total de la deuda. Por sentencia de 11 de marzo de 1932 el Juez del conocimiento declaró probado el pago total de la obligación cobrada, desembargó el automóvil y levantó el depósito de él, condenando al ejecutante por su temeridad, al pago de las costas las que hasta la fecha no me habían sido pagadas;

"7º—Por sentencia de 30 de julio de 1932, el Tribunal confirmó en todas sus partes el fallo apelado;

"9º—El Juez del conocimiento profirió el correspondiente auto de obedecimiento a lo resuelto por el Tribunal el día 1º de septiembre de 1932 y ordenó se me entregara el automóvil depositado en Saúl Saavedra; entrega que se me hizo a fines de septiembre del año citado;

"11º—Con sus actuaciones, Upegui me causó los más graves perjuicios. Tanto yo como mi familia, que es numerosa atendíamos a arrendamiento, vestuario, comida y medicinas con lo que me producía el automóvil que me fué secuestrado y embargado temerariamente. Prácticamente mis familiaries y yo quedamos reducidos a la más absoluta miseria y obligados a trabajos distintos a los de mi profesión para poder subsistir, limitando hasta el extremo nuestro tren ordinario de vida;

"12º—El automóvil estuvo secuestrado desde el 12 de marzo de 1931 hasta fines de septiembre de 1932, o sea, durante 16 meses. El automóvil me producía la cantidad de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) mensuales, libres. Por consiguiente, dejé de ganar durante el tiempo del secuestro la cantidad de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) moneda corriente;

"13º—Cuando el automóvil me fué entregado, se encontraba en pésimo estado, debido al abandono en que se le tenía y a falta de uso que es indispensable para la conservación de los vehículos. Fué necesario para ponerlo a funcionar nuevamente, que yo le introdujera modificaciones o reparaciones que me costaron la cantidad de quinientos pesos;

"14º—Que el documento contentivo de la obligación que dió origen al embargo y secuestro preventivo y a la acción ejecutiva, estaba suscrito por mí en favor de A. Aristizábal y Cía., representada por Adolfo Aristizábal y que dicha firma social endosó el documento a Upegui, por lo cual es también responsable de los perjuicios que me fueron ocasionados, ya que sin ese endoso, Upegui no hubiera podido proceder contra mí; esto es, que "A. Aristizábal y Cía." endosó una deuda inexistente".

Posteriormente fué corregida la demanda para enderezarla sólo contra Adolfo Aristizábal como socio colectivo que fué de la supradicha sociedad y contra Upegui.

Estos la contestaron aceptando algunos hechos; negando otros y proponiendo varias excepciones.

El Juez del conocimiento en fallo de 5 de junio de 1944, no accedió a decretar las peticiones de la demanda, y el Tribunal Superior de Cali, que lo revisó por recurso de apelación concedido al actor, lo revocó en el suyo de 1º de marzo de 1950 y en su lugar resolvió:

"a) No están probadas las excepciones que específicamente alegaron los demandados;

"b) Se declara probada la consistente en la ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandados en lo que se refiere a la súplica sobre pagó del valor de los gastos hechos en la reparación del automóvil secuestrado;

"c) Se condena al demandado José Luis Upegui mayor de edad y vecino de Cali, a pagar al demandante Leonardo Orejuela también mayor de edad, y del mismo vecindario tan pronto como quede ejecutoriada esta sentencia, los perjuicios que ocasionó al señor Leonardo Orejuela con el embargo y secuestro preventivos del automóvil marca 'Buick', de que se ha hablado en la parte motiva de este fallo. La liquidación de tales perjuicios se hará mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J.;

"d) Se absuelve al señor Adolfo Aristizábal de los cargos de la demanda;

"e) Sin costas en las dos instancias".

En ese fallo, después de hacer algunas observaciones sobre las excepciones propuestas y de advertir que la sentencia de excepciones en el juicio ejecutivo, en la que se declaró probada la de pago total de la obligación cobrada por esa vía, tiene el rigor jurídico de cosa juzgada, por cuanto no se contrademandó su revisión, el Tribunal cita lo que disponía el artículo 52 de la Ley 40 de 1907 y lo que estatuye el 1012 del Código Judicial para deducir que por haberse decretado dentro del juicio ejecutivo aludido el embargo del

vehículo, desde ese momento cesó para Upegui "la responsabilidad de los perjuicios que pudieran seguirse de dicho embargo y secuestro preventivo". Luego transcribiendo lo que disponía el artículo 31 de la citada Ley y lo que enseña el 294 del C. J., asevera que lo que esos textos prescriben "se entiende, en todo caso, en relación con el embargo o el secuestro preventivo decretados antes de iniciarse el juicio o dentro de él", lo que significa que el sentenciador entendió que al decretarse el desembargo o el levantamiento del secuestro en cualquiera de esos casos previstos en el artículo 294 y especialmente por haberse ordenado la cesación del juicio ejecutivo, hay lugar a "condena en costas y perjuicios a quien los ha causado salvo que las partes interesadas convengan en lo contrario". Luégo hace alguna breve disquisición sobre el abuso de derecho de litigar, y entrando en materia sostiene que Aristizábal no puede ser condenado al pago de perjuicios, por las razones que al efecto invoca; que en lo relativo a los perjuicios provenientes del deterioro causado al automóvil durante el secuestro, la responsabilidad por ellos corresponde al secuestre, por lo cual sobre la petición que a ese punto respecta, estima que debe declararse probada la excepción de "ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada". Conceptúa que no están probadas las demás excepciones alegadas con relación "a las utilidades no percibidas por el demandante durante el secuestro". Refiriéndose al dictamen pericial de segunda instancia dice que "los peritos incurrieron en error al equiparar la condena en costas con la condena en perjuicios. Su dictamen está en oposición con lo dispuesto en el artículo 294 del C. J., que manda a condenar en costas y perjuicios, al demandante del embargo y secuestro preventivo, cuando el juicio en que van a producir sus efectos es ejecutivo y se ordena la cesación de él, que fué precisamente lo ocurrido en el juicio de Upegui contra Orejuela".

Finalmente, por estimar no probado "el monto de los perjuicios ocasionados con las medidas preventivas", dispone que su regulación se haga en la forma indicada en el artículo 553 del C. J., siguiendo las bases que en la sentencia determina.

Al demandado Upegui se le concedió recurso de casación, el que en su oportunidad ha sustentado, proponiendo varios cargos contra la sentencia, apoyados todos ellos en la causal 1ª del artículo 520 del C. J.

Cargo primero.—"Violación directa de los artículos 1494, 1568, 1602, 1612, 1613 a 1616 del Código Civil".

Se basa esta acusación, en resumen, en que el actor citó en su libelo como fundamentos de derecho las disposiciones que se señalan como violadas, referentes a obligaciones contractuales, y que no obstante haberlo advertido así el Tribunal resolvió condenar a perjuicios por culpa extracontractual "sin que en la demanda se hubiera citado como fundamento de derecho las disposiciones referentes a ésta, de donde aparece claramente la violación por vía directa" de los mencionados artículos del Código Civil, "en relación con el artículo 205 del Código Judicial, por indebida aplicación al caso del pleito en que se demandaron perjuicios por culpa extracontractual, siendo así que las disposiciones mencionadas se refieren a obligaciones contractuales".

Cargo segundo.—Violación, por vía directa, de los artículos 34 de la Ley 57 de 1887, 2341 y 2356 del C. C., por indebida aplicación al caso del pleito, "desde luego que sólo en esas disposiciones se podía fundar una condena a indemnizar perjuicios originados en cuasidelitos o culpas", y dichos artículos "no podían ser aplicados al caso del pleito, porque no fueron citados como fundamento de derecho de la demanda".

Se considera:

La argumentación del recurrente en los dos cargos que quedan compendiados puede reducirse a lo siguiente: el juzgador tiene el deber ineludible, del cual no puede separarse sin quebrantar la ley, de fallar el pleito que se le proponga precisamente a la luz de las disposiciones que en la demanda se señalan como fundamentos de derecho y no puede, de consiguiente, aplicar otras, aun cuando sean pertinentes.

Y para replicar y rectificar tan infundada tesis le basta a la Corte reiterar la constante doctrina que sobre el particular ha sostenido, en que ha dicho:

"Cuando el derecho que se demanda está de acuerdo con los hechos, es decir, se deduce de ellos, el error cometido por el demandante en el libelo al señalar las citas de la ley aplicable al caso, no obsta para reconocer el derecho; corresponde al juzgador la aplicación de la ley, aunque ésta no se señale en la demanda o se invoque la que no cuadra a los hechos que sirven de base a la acción". (Casación, 16 de septiembre de

1921, Tomo XXX, pág. 44; 23 de noviembre de 1933, Tomo XLI bis, pág. 64; 23 de marzo de 1935, Tomo XLIII, pág. 162, y 24 de mayo de 1939, Tomo XLVIII, pág. 254).

Se rechazan los cargos.

Cargo tercero. "Violación por vía directa del artículo 1757 del Código Civil", el que, según el recurrente, el juzgador dejó de aplicar porque condenó al demandado sin desvirtuar el razonamiento del Juez sobre ausencia de las pruebas y sin señalar las que pudieran servir de fundamento a los hechos generadores del derecho ni a la demostración de la culpa, la relación de la causalidad ni a la existencia de los perjuicios alegados.

Se considera:

El artículo 1757 del Código Civil recoge el conocido principio del derecho procesal relativo a la carga de la prueba, o sea el que enseña que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o éstas; pero fuera de que el motivo de casación consagrado en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. es el de violación de la ley propiamente sustantiva, el sentenciador no ha incurrido en el quebranto de aquella norma en forma alguna, pues ni ha sostenido en su fallo determinada tesis que la contraríe ni ha dejado de tomar en cuenta hechos probados por el actor, los que ha reputado adecuados para deducir el derecho alegado en el juicio y reconocido en la sentencia. Si el recurrente considera que de tales hechos no se desprende ese derecho, entonces al motivo de casación ha debido asignarle otros fundamentos; complementándolos con la cita de las disposiciones sustantivas pertinentes que resultaran quebrantadas.

No se admite el cargo.

Cargo cuarto.—Violación por vía indirecta de los artículos 34 de la Ley 57 de 1887, 1757, 2341, 2356 del C. C. y 1030 y 473 del C. J., por indebida aplicación al caso del pleito, como consecuencia":

a)—Error de derecho, consistente en haber desestimado las copias auténticas del juicio ejecutivo en que se decretó el embargo preventivo, que tienen el valor de plena prueba conforme al art. 632 del C. J. y en las cuales consta que Upegui hizo notificar a Orejuela la cesión del crédito de A. Aristizábal y Cía., sin que el segundo de los nombrados hubiera hecho objeción alguna, por lo cual era de suponer que lo aceptaba como acreedor; que de esa copia aparece también que se reunían los requisitos legales para que se pudiese ejercitar la acción de embargo preventivo, por lo cual Upegui comprobó su correcto proceder ajustado a la Ley; que el Tribunal no lo apreció así, y que por ello quebrantó las citadas disposiciones que no pueden tener aplicación si quien demanda no comprueba la culpa.

b)—Error de hecho, consistente en haber dado por establecidos, sin estarlo, la culpa, la relación de causalidad y los perjuicios, y en no haber apreciado la sentencia de excepciones proferida en el aludido juicio ejecutivo en la cual consta que el ejecutante, condenado en costas de primera instancia por el Juzgado, fué absuelto de la segunda por el Tribunal, lo que demuestra la falta de temeridad, la ausencia de culpa que debió declarar probada el sentenciador, dándole así aplicación al artículo 1757, y dejando de aplicar los otros por no haberse comprobado aquellos requistios que son indispensables para que pudieran ser aplicados.

Se considera:

Como se vió al hacer la síntesis de la sentencia recurrida, ésta se fundó para proferir la condena indemnizatoria de que trata, en que según lo estatuído en el artículo 294 del Código Judicial hay lugar "en todo caso" a indemnizar perjuicios cuando se decreta el secuestro preventivo de bienes y después se ordena la cesación del juicio ejecutivo en que se decretó y en que ello "fué precisamente lo ocurrido en el juicio de Upegui contra Orejuela".

De consiguiente, siendo éste el verdadero fundamento acogido por el sentenciador para proferir la condena indemnizatoria, el recurrente tenía el deber, que no ha cumplido, de acusarlo en casación invocando precisamente el quebranto por aplicación indebida o interpretación errónea de la disposición legal en que el fallo se basa.

Resulta, por tanto, impertinente o fuera de lugar acusar la sentencia por aplicación indebida de los textos que cita el recurrente, cuando el sentenciador no los aplicó al caso del pleito.

Se rechaza el cargo.

Cargo quinto.—Dice el recurrente que el Tribunal desestimó el dictamen de los peritos Carlos San Martín y Felipe Escobar, en que éstos estimaron que los perjuicios demandados vendrían a ser el valor de las costas por $ 55.00 que ocasionó la demanda ejecutiva; que habiendo sido objetado ese dictamen por error y desechada la tacha en auto ejecutoriado, él no podría ser desestimado y constituye plena prueba al tenor del artículo 721 del C. J.; y que por haberlo desechado, el sentenciador "violó, por vía indirecta, el artículo 26 de la Constitución Nacional, que establece los fueros

propios de cada juicio como garantía del derecho de defensa".

El recurrente añade algunos reparos sobre el hecho de que el Tribunal no se atuviera al proveído en que se rechazaron las objeciones, y que en cambio se apoyara para condenar en el artículo 294 del C. J., sobre el que en resumen dice el recurrente que no consagra indemnización cuando no hay perjuicio compobado. Remata así su alegación:

"La prueba en cuestión, no podía, pues, desestimarla el Tribunal, tanto porque se trataba de avalúo que hace plena prueba, a diferencia de los dictámenes en que hay libertad de apreciación, como porque la apreciación del dictamen ya había sido fijada por el auto ejecutoriado que desechó el error que después el Tribunal dijo encontrar. Al hacerlo, violó pues el artículo 26 de la Constitución antes citado".

Se considera:

El dictamen pericial, ni aún en el caso de que haya sido objetado y se rechacen las objeciones, tiene necesariamente el valor de plena prueba, pues éste sólo le corresponde cando es uniforme y está explicado y debidamente fundamentado; pero es al juzgador de instancia a quien le incumbe analizarlo para determinar si reúne esas calidades, y sólo cuando encuentre que en verdad las tiene, debe conferirle pleno valor probatorio, pues la ley no lo obliga a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente. Así lo ha entendido la Corte en uniforme y reiterada jurisprudencia. (Casación, 9 mayo de 1935, Tomo XLVI, pág. 421; 7 de mayo de 1941, Tomo LI, pág. 273; 20 de febrero de 1945, Tomo LVIII, pág. 615, y 11 de octubre de 1945, Tomo LIX, pág. 714).

Luego si al que cita el recurrente no debía ineludiblemente conferírsele el valor de plena prueba, es claro que al negárselo el sentenciador no incurrió en el error de derecho que se le atribuye ni en la consecuencial violación del artículo 22, no 26, de la Constitución Nacional, cuyo quebranto no se habría producido ni aún en el supuesto de que se hubiese constatado el error alegado.

No se admite el cargo.

Cargo sexto.—Dice en resumen el recurrente que el Tribunal desestimó la fuerza de cosa juzgada que tienen las sentencias de excepciones de primera y segunda instancias proferidas en el juicio ejecutivo ya aludido, en que no se hizo condena de indemnización de perjuicios sino de costas en la primera instancia a cargo del ejecutante; que no habiéndose pedido la revisión de dichos fallos, el Tribunal no podía pasar sobre ellos para condenar en perjuicios en este pleito, pues tales fallos definieron íntegramente las prestaciones de las partes; que al haber desconocido esa fuerza de cosa juzgada que tienen, el Tribunal violó el artículo 26 de la Constitución y los artículos 1030 y 473 del Código Judicial.

Considera la Sala:

La sentencia de excepciones ejecutoriada y dictada en juicio ejecutivo es obligatoria para las partes que en éste intervinieron en lo relativo a la cuestión en ella decidida, mientras no se pida y decrete su revisión por la vía ordinaria; pero de que ello sea cierto no se desprende que la sentencia de excepciones de que habla el recurrente pueda paralizar o enervar la acción deducida en este pleito ordinario. Para comprenderlo así basta observar que no existe la identidad requerida por la ley (artículo 474 del C. J.) entre el punto ahora discutido y el que fué materia de aquella decisión, desde luégo que en ésta se declaró probada la excepción de pago total de la obligación cobrada ejecutivamente y se condenó en costas al ejecutante y que en la presente controversia se demanda la indemnización de perjuicios causados con motivo del secuestro, y a esta cuestión ni siquiera se aludió en aquella sentencia. Siendo ello así, resulta indiscutible que el fallo del Tribunal en este asunto proferido no desconoce ni contradice lo resuelto en la mencionada sentencia de excepciones.

Lo dicho es suficiente para que, sin necesidad de aducir otras reflexiones, se rechace, como en efecto se rechaza, el cargo precedente.

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 primero de marzo de mil novecientos cincuenta, proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Cali.

Condénase en costas al recurrente.

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

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

CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA DE SENTENCIAS PROFERIDAS EN PAIS EXTRANJERO — REQUISITOS PARA QUE PUEDA DARSE EL EXEQUATUR — NO SOLO LAS SENTENCIAS DE CONDENA, SINO TODAS LAS SENTENCIAS Y AUN LOS AUTOS INTERLOCUTORIOS PROFERIDOS EN EL EXTRANJERO, REQUIEREN, PARA SU CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA, DEL EXEQUATUR — QUIEN ES DEMANDADO EN JUICIO — REQUISITOS DE LA COADYUVANCIA — LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS TAMBIEN SON VERDADERAS SENTENCIAS, COMO ASIMISMO LO SON LAS CONSTITUTIVAS

1—La calidad de demandado, en nuestro procedimiento dispositivo, aparece exclusivamente del libelo de la demanda, y por tanto corresponde al demandante señalar las personas contra las cuales endereza sus pretensiones, sin que le sea permitido al juez imponerle tal carácter a personas distintas. Precisamente, uno de los casos de ilegitimidad sustantiva de la parte demandada tiene lugar cuando se omite demandar a quien ha debido serlo, como cuando se pide por un tercero la nulidad de un contrato de compraventa o la declaración de simulación y únicamente se demanda al comprador y no al vendedor respecto del cual necesariamente debe producir efectos la sentencia que resuelve sobre la validez o nulidad del título. En algunos casos dispone el Código de Procedimiento Civil que se cite a determinadas personas o se les dé traslado de la demanda; por ejemplo, a los Personeros Municipales o al Procurador General de la Nación; pero además de tratarse de casos expresamente contemplados en el Código, no se trata tampoco de demandados en el sentido técnico de la palabra. El Juez que le diera carácter de demandado a una persona que no ha sido señalada como tal en el libelo, estaría aplicando la litis contestatio inquisitivamente, con violación de todo nuestro sistema procesal civil.

2—Del simple tenor literario del texto del artículo 233 del Código Judicial, se deduce que para que un tercero pueda intervenir a título de coadyuvante, se necesita que esté iniciado ya el juicio respectivo. El artículo 233 autoriza la intervención "EN EL JUICIO", lo que significa indudablemente que es necesaria la existencia de éste en el momento de formularse la petición por el tercero interesado.

Por otra parte, es indiscutible que el juicio surge únicamente desde el momento en que el auto admisorio de la demanda se notifica a las partes demandante y demandada, cuando se trata de juicio ordinario, y en los otros casos, cuando se notifica a las partes la primera providencia que en el negocio se dicta. Antes no existe juicio. La simple demanda no crea la relación jurídico procesal.

3—Para la Corte es incuestionable que la providencia con la cual se pone fín a un juicio de interdicción, resolviendo sobre el fondo de la cuestión y designando curador, es una sentencia ejecutable en Colombia en el caso de haberse dictado en país extranjero que le dé el mismo valor a los fallos judiciales proferidos en Colombia. Está en este punto de acuerdo la Sala con el señor Procurador General de la Nación, porque según nuestro sistema procesal civil, tal como lo enseña la totalidad de los expositores nacionales, es sentencia la providencia que le pone fín a la instancia y al juicio, al ejecutoriarse sin ser apelada ni tener consulta, o por tratarse de instancia única, cualquiera que sea la clase de juicio de que se trate.

Si es sentencia la resolución con que se le pone fín a una acción declarativa, con mayor razón tiene tal carácter la providencia que le pone término a una acción constitutiva. Este concepto se encuentra sostenido por los procesalistas italianos y alemanes, y así es como el profesor de la Universidad de Génova Ugo Rocco, dice: "La pretensión que se hace valer contra el Estado a través de la acción de simple declaración, es la pretensión pura y simple de la declaración de una relación o estado jurídico. El acto por el cual el Estado satisface esta

pretensión, es la sentencia en su tipo genuino, o sea, un acto que es única y exclusivamente, una sentencia (sentencia de mera declaración)". (Derecho Procesal Civil, edición mejicana, 1944, pág. 160).

Y más adelante agrega: "Y efectivamente, para que pueda atribuirse a un acto de los órganos jurisdiccionales el carácter de sentencia, se necesitan dos características imprescindibles: el carácter formal (por el cual es sentencia todo acto de los órganos jurisdiccionales realizado según los requisitos formales establecidos y por las normas del derecho procesal) y el carácter substancial (por el cual es sentencia todo acto de los órganos jurisdiccionales que declara una relación jurídico-material o procesal-incierta). (pág. 177).

El tratadista alemán Adolfo Schenke, en su obra "Derecho Procesal Civil", dice que las sentencias extranjeras sólo pueden producir sus efectos peculiares si son RECONOCIDAS en Alemania, y que "pueden ser reconocidas las sentencias extranjeras que tengan el carácter de firmes, entendiéndose por sentencia la resolución definitiva de un Tribunal que decide sobre el fondo de una cuestión civil, y ora sea de condena, declarativa o constitutiva" (pág. 281, edición española de 1950).

El artículo 466 del Código de Procedimiento Civil dice que se llama sentencia la resolución de carácter judicial si decide sobre la controversia que constituye la materia del juicio o "sobre lo principal de éste". En él se contempla así, expresamente, el caso de los juicios no contenciosos o sin controversia, pues de lo contrario sobraría la frase puesta entre comillas, la cual indica que son también sentencias las resoluciones que deciden sobre lo principal del juicio, poniéndole fín a la instancia, aun cuando no haya contoversia ni parte demandada, como en los juicios de sucesión, de licencia para enajenar bienes de incapaces, de interdicción judicial o de guarda de los incapaces. Y el mismo Código, en el artículo 821, le dá la denominación de fallo, es decir, de sentencia, a la providencia que resuelve sobre la demanda de interdicción judicial.

Observa la Sala que también sería necesario obtener el exequatur, para su cumplimiento en Colombia en tratándose de autos interlocutorios que tengan fuerza de sentencia, de conformidad con la ley.

Es necesario tener en cuenta que ninguna providencia de jueces extranjeros puede tener obligatoriedad ni ejecución forzada en Colombia, sin que medie la autorización de los funcionarios competentes del órgano judicial colombiano, pues de lo contrario se estaría violando la soberanía nacional. Por eso, todos los autores enseñan que la jurisdicción es exclusiva, o sea, que en cada país los jueces respectivos son los únicos que pueden pronunciar decisiones judiciales obligatorias.

Sin duda alguna, la ejecución forzada de las sentencias como resultado de la obligatoriedad de la cosa juzgada, opera únicamente cuando se han ejercitadó acciones de condena y, por consiguiente, la sentencia respectiva es de condena. De ahí, casualmente, su denominación. Pero no quiere esto decir que las sentencias constitutivas o declarativas no necesiten ser reconocidas por ninguna autoridad para que sus efectos se produzcan y tenga plena realización el mandato en ellas contenido. Estas sentencias declarativas o constitutivas han tenido como causa la acción ejercitada por los interesados en obtener el pronunciamiento judicial, precisamente para hacerlo valer ante terceros o ante autoridades del Estado, en la mayoría de los casos. Rara es la ocasión en que se adelante un juicio sin que el interesado necesite para nada hacer valer o reconocer ante terceros la sentencia que se pronuncie.

El artículo 561 del Código Judicial dice: "Si se declara que debe darse cumplimiento a la sentencia se pide su ejecución ante el Juez competente". Pero ésto no quiere decir que siempre sea necesario pedir tal ejecución, sino que, en caso de serlo, el interesado debe recurrir al Juez competente conforme a las normas procesales comunes, sin que tal ejecución le corresponda adelantarla a la Corte. Por otra parte, el término "ejecución" debe entenderse en su acepción amplia de CUMPLIMIENTO; y es indudable que también las sentencias constitutivas y aún las declarativas deben hacerse valer en ocasiones ante los jueces: por ejemplo, cuando el curador designado necesita ejercitar sus derechos de tal en juicio, para vender un inmueble o cualesquiera otros

bienes; o cuando el documento reconocido como auténtico en juicio declarativo va a hacerse valer para los efectos de un juicio de condena o ejecutivo. En todos esos casos y muchos más similares, la sentencia declarativa o constitutiva tiene cumplimiento ante el juez que conoce de ella, sujeto a partir de su existencia para proveer en uno u otro sentido. Como es obvio, no podría lograrse el cumplimiento o reconocimiento de la validez de tal sentencia extranjera de carácter declarativo o constitutivo, si previamente no se obtuvo el exequatur de la Corte.

De manera, pues, que una cosa es que las sentencias declarativas o constitutivas no impongan condena contra nadie, y otra muy distinta que no deban producir efectos jurídicos respecto de terceros, particulares o funcionarios públicos. La declaratoria de filiación natural, la simple nulidad de un matrimonio, el pronunciamiento de un divorcio o la interdicción de un incapaz, aun cuando no conllevan condena que imponga obligaciones a nadie, producen sí efectos jurídicos para cuya realización se requiere el reconocimiento del valor de la sentencia por funcionarios públicos y aún el cumplimiento por parte de éstos de ciertos actos que son consecuencia necesaria de tales declaraciones, como la cancelación de la partida de matrimonio, el asentamiento de una nueva partida, el registro del fallo, el reconocimiento de las facultades de administración de bienes y guarda personal del pupilo, etc. Para todos estos efectos, cuando se los quiera deducir de una sentencia proferida en país extranjero, lo mismo que cuando se necesite hacerla valer ante terceros, o sea que éstos acepten la situación jurídica producida por ella, es absolutamente indispensable que, mediante los trámites del exequatur, se le reconozca por la Corte su valor y se ordene cumplirla en el territorio colombiano. De lo contrario, se estaría violando la soberanía nacional por el aspecto de la jurisdicción, que exclusiva y soberanamente corresponde a los jueces de la República. Una sentencia de juez extranjero no podría ser reconocida sin haberse llenado esta solemne formalidad, porque lo que le dá su fuerza obligatoria, es el mandato de la Corte Suprema, que implícitamente contiene la orden judicial de ser obedecida dentro del territorio nacional. Sin esta orden, podría perfectamente un particular o un funcionario del Estado negarse a reconocerle eficacia, bien sea para efectos condenatorios o para simples fines declarativos o constitutivos.

Para la Sala, en conclusión, toda sentencia, en el sentido genérico explicado atrás, cualquiera que sea su naturaleza, dictada en otro país, necesita del exequatur para que pueda surtir efectos de todo orden en Colombia.

4—Para la prosperidad de una demanda de exequatur, lo primero que debe demostrarse es la vigencia de un tratado o, en subsidio, la existencia de la reciprocidad legislativa. Porque, al tenor del artículo 555 del Código de Procedimiento Civil, "la sentencia dictada en un país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le conceden los respectivos tratados existentes con ese país, y, a falta de éstos, la que allí se otorgue a las sentencias proferidas en Colombia".

De manera que, cuando no hay tratado público, es indispensable demostrar que la ley del país donde fué dictada la sentencia que va a ejecutarse en Colombia le dá el mismo valor a las sentencias de jueces nacionales colombianos, o sea, pues, que admite su ejecución allí. Y ésto aquivale a probar la vigencia de la ley extranjera que establezca la reciprocidad en tal sentido.

No es necesario que en la ley extranjera se diga expresamente que las sentencias colombianas o de otros países podrán ser ejecutadas donde se ha expedido la ley, previo el lleno de las formalidades de trámite establecidas. Suficiente sería demostrar que la ley de ese país consagra el principio de la reciprocidad legislativa en esta materia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, junio 7 de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

La solicitud de exequatur

El doctor Alvaro Leal Morales, obrando como apoderado sustituto del señor Manuel Agustín Aljure, en escrito presentado a la Corte el 1º de agosto de 1951, solicita se conceda el exequatur a la sentencia pronunciada "por el Tribunal Ci-

vil de Apelaciones del Departamento Líbano Norte de la República Libanesa el 20 de febrero de 1947, y por medio de la cual ante la demencia comprobada de Amelia Aljure", se decretó la interdicción de esta señora y se dió a su hermano Manuel Agustín Aljure la curatela correspondiente.

Adjuntos a la demanda presenta el doctor Leal Morales los siguientes documentos:

a)—Un poder redactado en idioma árabe con las autenticaciones de rigor y traducido oficialmente al castellano, por medio del cual Manuel Agustín Aljure como curador de su "hermana incapaz Amelia Agustín Aljure, esposa del señor Wadi Faour", faculta al doctor Felipe Aljure para que represente a aquélla ante cualesquiera Tribunales u oficinas de Colombia (fol. 3 vlto. del expediente);

b)—Un memorial suscrito por el doctor Felipe Aljure en el cual sustituye en el doctor Alvaro Leal Morales el mandato que le fué conferido por el señor Manuel Agustín Aljure (fol. 34);

c)—Un ejèmplar escrito en idioma árabe, debidamente autenticado y traducido oficialmente al castellano, de la decisión pronunciada **por el Tribunal Superior de Apelaciones de Trípoli (Líbano Norte)** (Subrayado de la Corte) el 20 de febrero de 1947. Por medio de esta providencia se nombra "al señor Manuel Agustín Aljure tutor de su hermana alienada Amelia Agustín Aljure con facultades generales para la administración de sus bienes e intereses". (Fols. 5 y vlto);

d)—Un certificado expedido por el señor Ministro del Líbano en Colombia, cuya firma autentica el Ministerio de Relaciones Exteriores, según el cual "en la República Libanesa la ley consagra el principio de la reciprocidad legislativa para el cumplimiento de las sentencias extranjeras".

Pide el demandante que la Corte otorgue el exequatur, "previo traslado único al señor Procurador General de la Nación, ya que la decisión de que se trata no implica cumplimiento por parte de persona alguna". Y agrega: "Esta decisión no emana de acción real, ni afecta la jurisdicción nacional, ni es contraria al orden público o a las buenas costumbres; su pronunciamiento y ejecutoria de acuerdo con la ley del país de origen, se demuestra con la presunción contenida en el artículo 657 del Código Judicial. Finalmente solicita que la Corte decida, sin lugar a equívocos futuros, si las decisiones que no aparejan ejecución por parte de persona alguna ni son sentencias conforme a la doctrina y a los términos del artículo 466 del Código Judicial, requieren el otorgamiento de exequatur para que tenga efectos en Colombia.

La oposición

Antes de repartir el negocio y de que, por consiguiente, la Corte dictara providencia alguna relativa a la anterior demanda, el 11 de agosto de 1951 el señor Julio Faour, obrando como apoderado general del señor Wadi Faour, presentó a la secretaría de la Sala de Casación Civil un memorial sustituyendo en el doctor Francisco Sáenz Arbeláez la facultad de llevar la representación de Wadi Faour y de solicitar a nombre de éste "se le tenga como parte impugnadora e interesada en las diligencias que por medio del doctor Alvaro Leal Morales propuso el señor Manuel Aljure para obtener el exequatur legal a favor de la sentencia del Tribunal del Líbano Norte, por medio de la cual se declara en interdicción judicial a la señora Amelia Agustín Aljure de Faour, esposa legítima de mi mandante, y se le discierne curador al señor Manuel Agustín Aljure" (fol. 28). Y acto seguido, el 14 de los mismos mes y año, hallándose el asunto en idéntico estado, el doctor Sáenz Arbeláez en ejercicio ya del poder aludido presentó un memorial pidiendo que al admitir la demanda del doctor Leal Morales se ordenara correrle traslado de la misma y tener como parte a su representado al tenor del artículo 233 del Código Judicial. En dicho escrito se dice que la señora Amelia Aljure de Faour nació en la ciudad de Girardot (Colombia) el día 6 de noviembre de 1889; que esta señora contrajo matrimonio católico con el señor Wadi Faour en la ciudad de Hadeth El Jibbe de la República Libanesa, el día 1º de noviembre de 1921; que el 9 de marzo de 1951 el señor Wadi Faour apeló de la sentencia por medio de la cual el 20 de febrero de 1947 el Tribunal Civil del Departamento Norte del Líbano decretó la interdicción de la citada señora y designó como tutor a su hermano Manuel, y que la Corte de Apelación Civil del Líbano Norte no ha resuelto el recurso hasta la fecha. Luégo manifiesta que el señor Manuel Aljure por medio de apoderado instauró demanda de separación de bienes entre Wadi Faour y su esposa Amelia Aljure ante el Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá, que el juicio llegó al H. Tribunal Superior por virtud de apelación y que éste negó la separación demandada y revocó las medidas preventivas decretadas por el Juez a-quo.

La anterior exposición que el memorialista res-

palda con documentos fehacientes, —excepción hecha de lo relativo a la apelación de la sentencia proferida por la autoridad judicial del Líbano el 20 de febrero de 1947—, la toma como fundamento para objetar la concesión del exequatur a que se refiere la demanda en estudio. Los argumentos del doctor Sáenz Arbeláez al respecto pueden sintetizarse así: El señor Wadi Faour es nacional libanés y tiene domicilio en Colombia desde el año de 1923. La señora Amelia Aljure de Faour es nacional colombiana por virtud de nacimiento y domicilio en Colombia. En efecto, según lo ha dicho la Corte, "el hijo de padres extranjeros que haya nacido en Colombia, y **que en un momento dado tuvo la nacionalidad colombiana,** no pierde, a la luz de la constitución colombiana, esa nacionalidad así adquirida, en calidad de pérdida operada por el simple hecho de mudar el domicilio colombiano por otro domicilio constituído en país extranjero". (Sentencia fechada el 8 de julio de 1946). Wadi Faour y su esposa están sujetos a la jurisdicción privativa de los jueces colombianos según los artículos 18 del Código Civil y 57 del Código Político y Municipal. De conformidad con "el artículo 87 del Código Civil el domicilio de la mujer casada es el del marido y este principio fija la jurisdicción en el Juez del domicilio de la interesada, porque todo colombiano residente o domiciliado en país extranjero está sujeto a las disposiciones del Código Civil en lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en Colombia (art. 19 ord. 1º del C. C.). El marido en Colombia, mientras no sea privado de ella legalmente, tiene la administración ordinaria de la sociedad conyugal (arts. 1805 del C. C. y 1º de la Ley 68 de 1946). Por ello es llamado a la guarda de su mujer demente en primer lugar, además de otras consideraciones afectivas. La sociedad conyugal Faour-Aljure surgió antes del 1º de enero de 1933 y por ello es evidente que subsiste al tenor de la Ley 68 de 1946". Si la señora Aljure de Faour es demente no puede administrar bienes que pudieran caberle en una separación como la que se persigue y entonces los administraría un tutor que no es su marido legítimo a quien se le priva de sus derechos por virtud de un fallo extranjero. En la sentencia de interdicción del Líbano se viola la jurisdicción colombiana y se priva a un extranjero domiciliado en Colombia de derechos que le otorga la ley colombiana, y se modifica, respecto de un nacional colombiano su ley territorial".

Concepto del Procurador

En autos fechados el 30 de agosto de 1951 y el 5 de septiembre de 1951, el Magistrado sustanciador reconoció a los doctores Alvaro Leal Morales y Francisco Sáenz Arbeláez como apoderados sustitutos y ordenó dar traslado de la demanda al Procurador General de la Nación y a la parte demandada, de conformidad con los artículos 559 y 739 del Código Judicial (folios 34 a 35).

El señor Procurador General de la Nación descorrió el traslado en un extenso alegato cuyos conceptos se refieren, por separado, a las dos proposiciones planteadas en la demanda. En primer término, el Agente del Ministerio Público expone las razones que lo inducen a creer que sin la expedición del exequatur ninguna providencia judicial extranjera puede tener efectos en Colombia, modificando así la tesis sostenida anteriormente por la Procuraduría, según la cual no siempre las decisiones judiciales de Tribunales extranjeros necesitan del exequatur para que tengan validez en este país; en segundo lugar expresa su opinión favorable a la concesión del exequatur solicitado en el caso sub-judice, teniendo en cuenta que la sentencia proviene de un país que consagra la reciprocidad legislativa en la materia, que fué dictada en ejercicio de una acción personal, que no afecta la jurisdicción nacional, que no contraría el orden público ni las buenas costumbres, que está ejecutoriada y se ha demostrado su autenticidad.

El análisis que el señor Procurador hace del problema se divide en dos partes que pueden resumirse así:

1ª—La Procuraduría sostuvo en otra ocasión (cita de la Corte, G. J. Tomo LXII, pág. 636), que "el Decreto de interdicción judicial no es sentencia propiamente dicha, pues no pone fin a un conflicto o litigio entre parte y contraparte, ni sobre él cabe el concepto de cosa juzgada". "Sin embargo, a mi entender, no es posible dar a la palabra sentencia una interpretación tan restringida, porque llegaríamos a concluír forzosamente que en Derecho Procesal Colombiano existe en las decisiones judiciales una categoría intermedia entre los autos interlocutorios y las sentencias, como serían todas las que finalizan cualquiera de los juicios de jurisdicción voluntaria. Pero este extremo es inaceptable. La decisión que pone fin a uno cualquiera de estos juicios se denomina sentencia por todos los comentaristas y aún por el mismo Código. El artículo 821, refiriéndose a

la interdicción del demente o del sordomudo establece que el **fallo** debe consultarse, y fallo a tanto equivale como a sentencia. En primer término cabe observar que no siempre se puede decir que una sentencia de interdicción judicial no pone fin a un litigio, porque en innumerables oportunidades existe controversia en esta clase de juicios. En segundo lugar, debemos advertir que el propio Código establece en el artículo 818 que la interdicción del disipador debe tramitarse como un juicio ordinario, que necesariamente ha de culminar en una sentencia. Por último, debe anotarse que el que una providencia pase o no en autoridad de cosa juzgada, no es criterio para saber si ella es o no una sentencia. Las sentencias de pregón y remate y de excepciones en los juicios ejecutivos, no dejan de serlo por la posibilidad de ser revisadas por la vía ordinaria, ni tampoco las dictadas en los juicios de servidumbres pierden este carácter por tener idéntica posibilidad; ni menos puede aseverarse que las sentencias pronunciadas por la Corte o por los Tribunales, sólo comienzan a serlo después de transcurridos los dos años durante los cuales se puede interponer el recurso extraordinario de Revisión".

En sentencia de 30 de noviembre de 1948 (G. J. Tomo LXV, pág. 68) dijo la Corte que "las sentencias declarativas y las destinadas a producir la mutación de un estado jurídico, no están provistas de ejecución posterior porque al proferirlas se agota la garantía jurisdiccional". Y agregó, a manera de conclusión, que solamente "las sentencias llamadas de condena aparejan ejecución forzada, mientras que en las de mera declaración, o en las denominadas constitutivas, basta la decisión para garantizar la eficacia del ordenamiento sustancial". Al respecto dice el señor Procurador: "Esta doctrina, irreprochable desde el punto de vista de la jurisdicción nacional, no cabe, en mi opinión, en el ámbito del Derecho Internacional, porque la mínima facultad que puede tener un Estado para reconocer efectos a una providencia extranjera, es la de examinarla para saber si ella contraría el orden público. Y la oportunidad de hacer este examen, la ha atribuído la Ley Colombiana a la Corte mediante el trámite señalado en los artículos 555 y siguientes del Código Judicial. Sólo las sentencias de condena conllevan ejecución forzada, es cierto; pero toda sentencia produce efectos. Si las simplemente declarativas o las constitutivas agotan la garantía jurisdiccional, la agotan en el Estado en donde se produjo el fallo y no en los demás, quienes para reconocer sus efectos tienen por fuerza que estudiarlo por medio de sus funcionarios competentes. ¿Una sentencia de las que según el criterio que se analiza no requieren exequatur, v. gr. una sentencia de interdicción, dictada por un Tribunal de un país que por ley no reconoce fuerza ninguna a las decisiones de los jueces colombianos, podría tener en Colombia algún efecto? En manera alguna, porque en virtud de expresa prohibición, los fallos de tales jueces carecen en nuestro país de toda fuerza. Y debe ser la Corte quien defina éste y los demás problemas que surgen en Derecho Internacional para la aplicación de las sentencias extranjeras".

2ª—De los conceptos emitidos por el señor Procurador en favor del otorgamiento del exequatur solicitado, se extractan los siguientes apartes: "En el caso presente debe aplicarse la ley colombiana en virtud del estatuto personal a que está sometida la interdicta. A esta inequívoca conclusión se llega en virtud de las pruebas sobre su nacionalidad colombiana, que si bien fueron aportadas por parte no legítima —como que no fueron allegadas dentro del término probatorio que aún no se ha decretado— no cree la Procuraduría que deba desestimarlas". Pues bien, el artículo 548 de nuestro Código Civil dispone que la interdicción del demente puede provocarse por las mismas personas que pueden solicitar la del disipador; y el artículo 532 enseña que la interdicción del disipador puede provocarse por el cónyuge no divorciado, por cualquiera de sus consanguíneos legítimos hasta el cuarto grado, por sus padres, hijos y hermanos naturales y por el Ministerio Público. Siendo el hermano legítimo de la demente un consanguíneo en el segundo grado civil, conclúyese que el señor Manuel Aljure podía solicitar la interdicción sin que el hecho del matrimonio en nada pudiera afectar esta facultad. El artículo 19 del Código Civil establece que sus disposiciones se aplican a los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero, entre otras cosas en lo relativo a la capacidad de las personas. Siendo la sentencia cuyo exequatur se solicita de las que afectan la capacidad, síguese que para poderlo otorgar se debe estudiar la legislación colombiana en materia de interdicción del demente. Ya se dejó indicado que por lo que hace a la facultad de solicitar la interdicción, se cumple la ley nacional. Examinemos lo referente a la persona a quien se defirió el cargo. El artículo 550 del Código Civil dispone: "Se deferirá la curaduría del demandante: "1º—A su cónyuge no divorciado... "2º—A sus descendientes

legítimos. "3º—A sus ascendientes legítimos. "4º—A sus padres o hijos naturales... "5º—A sus colaterales legítimos hasta en el cuarto grado; o a sus hermanos naturales... "Por su parte el artículo 6º de la Ley 28 de 1932 establece que la curaduría de la mujer casada no divorciada se deferirá en primer término al marido y en segundo a las demás personas llamadas por la ley a ejercerla. De la sentencia examinada surge que la señora Amalia Agustín Aljure hace más de diez y ocho años se halla recluída en el Convento de Sayadat El Hakle, República Libanesa, "sin curación ni mejora alguna". Sin embargo su marido el señor Wadi Faour, durante ese prolongado lapso de tiempo no promovió, ni alega haber promovido, el respectivo juicio de interdicción; confiesa tener su domicilio en Colombia, demuestra en una palabra que a él no le hubiera podido ser discernida, toda vez que el Juez colombiano, dentro de los límites de la ley, debe elegir para deferir la curaduría dativa a quien mejor pueda defender los intereses del demente. Debe tenerse en cuenta para este negocio, que la curaduría de la mujer casada demente no es de las legítimas sino de las dativas, en las cuales el Juez no tiene forzosamente que seguir el orden establecido, sino que tiene un campo de libre movimiento, concedido por el artículo 462 del Código Civil, siempre en miras a la mejor guarda del incapaz. Por manera que en lo relativo a la persona a quien se discernió la cuaraduría no encuentra la Procuraduría que se hubieran quebrantado las disposiciones de la ley colombiana, toda vez que el llamado a ejercerla está dentro del ordinal 5º del artículo 550 del Código Civil y de otro lado aparece que el marido de la demente bien por su diferente y lejanísima residencia, ora por su descuido en promover la interdicción, no era la persona llamada a ejercerla".

Para destruír la presunción de que la sentencia se halla ejecutoriada y se ha demostrado su autenticidad, —prosigue el Procurador— "el doctor Sáenz Arbeláez dice aducir una certificación que demuestra "que la sentencia que atribuye a Manuel Aljure la guarda de Amelia Aljure de Faour no está firme ni ejecutoriada". El certificado es una copia de la traducción Nº 4/51, traducción que no aparece autorizada por el Ministerio de Relaciones de Colombia, ni ha sido traída conforme a lo dispuesto por el artículo 657 del Código Judicial. Pero aún suponiendo que el certificado hubiera sido presentado con las ritualidades necesarias, él daría fe de que existe una apelación interpuesta por el señor Wadi Faour, contra la sentencia proferida **el 26 de noviembre de 1950** por el Juez único de Becharri en el **juicio de nulidad** de la sentencia del **Tribunal de primera instancia del Líbano Norte** que otorgó a Manuel Agustín Aljure la guarda de su hermana Amelia. La sentencia cuyo exequatur se solicita esá fechada el **20 de febrero de 1947**, y fué proferida por el **Tribunal Superior de Apelaciones de Trípoli** (Líbano Norte) luego no es la sometida al recurso de apelación, ni la tachada de falsa. Pero hay aún más. El juicio de nulidad, por sí solo, no le quita a una decisión judicial la plenitud de su ejecutoria y firmeza. Por el contrario; la necesidad de alegar en juicio separado la nulidad, significa que ya se perdió la oportunidad de hacerlo dentro del jucio, que se tacha de nulo. por haber sido decidido por medio de resolución ejecutoriada".

Incidente sobre personería

Contra el auto que ordenó dar los traslados reclamó el apoderado de Amelia de Faour el 4 de octubre siguiente alegando que "como se trata de una interdicción mal puede haber demandado, ni parte a quien la decisión... imponga obligaciones". En providencia fechada el 10 del mismo mes de octubre el Magistrado sustanciador consideró que el anterior pedimento se había hecho fuera de tiempo (Fols. 49 y vts.). El mismo apoderado interpuso recurso de reposición del auto anterior para pedir que se aclarara "en el sentido de expresar el nombre de la persona natural o jurídica a quien se reconoce como parte demandada, y con la cual ha de entenderse el dicho traslado". El representante judicial de Wadi Faour pidió a su vez que por hallarse ampliamente acreditado en autos el interés jurídico de su mandante, se ordenara cumplir el auto sobre traslado. Lo relativo a este incidente entra a decidirlo la Corte como cuestión previa al fallo de fondo.

Se considera:

No obstante que en el auto de fecha 5 de septiembre de 1951, se ordenó dar traslado de la demanda al Procurador General de la Nación y a la parte demandada, se observa que lo últimc carece por completo de objeto en este juicio porque no existe parte demandada. En efecto, la calidad de demandado en nuestro procedimiento dispositivo aparece exclusivamente del libelo de la demanda y por tanto corresponde al deman-

dante señalar las personas contra las cuales endereza sus pretensiones, sin que le sea permitido al juez imponerle tal carácter a personas distintas. Precisamente, uno de los casos de ilegitimidad sustantiva de la parte demandada tiene lugar cuando se omite demandar a quien ha debido serlo, como cuando se pide por un tercero la nulidad de un contrato de compraventa o la declaración de simulación y únicamente se demanda al comprador y no al vendedor respecto del cual necesariamente debe producir efectos la sentencia que resuelve sobre la validez o nulidad del título. En algunos casos dispone el Código de Procedimiento Civil que se cite a determinadas personas o se les dé traslado de la demanda; por ejemplo, a los Personeros Municipales o al Procurador General de la Nación; pero además de tratarse de casos expresamente contemplados en el Código, no se trata tampoco de demandados en el sentido técnico de la palabra. El Juez que le diera el carácter de demandado a una persona que no ha sido señalada como tal en el libelo, estaría aplicando la litis contestatio inquisitivamente, con violación de todo nuestro sistema procesal civil.

Por lo dicho, la simple manifestación de que se diera traslado a la parte demandada, no significa en forma alguna que realmente haya demandado en este juicio, y mucho menos cuando no se determinó quién pudiera tener tal condición.

No hay, pues, parte demandada a la cual correrle traslado de la demanda.

En consecuencia, la pretensión del señor Wadi Faour de intervenir en el juicio por intermedio de su apoderado general señor Julio Faour, —quien obra representado por el doctor Francisco Sáenz Arbeláez— no puede considerarse como a título de parte demandada, sino de tercero.

Ahora bien, el artículo 233, del Código Judicial dice que "todo aquel a quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa".

Del simple tenor literal del texto transcrito se deduce que para que un tercero pueda intervenir a título de tal, se necesita que esté iniciado ya el juicio respectivo. El artículo 233 autoriza la intervención **"en el juicio"**, lo que significa indudablemente que es necesaria la existencia de éste en el momento de formularse la petición por el tercero interesado.

Por otra parte, es indiscutible que el juicio surge únicamente desde el momento en que el auto admisorio de la demanda se notifica a las partes demandante y demandada, cuando se trata de juicio ordinario, y en los otros casos cuando se notifica a las partes la primera providencia que en el negocio se dicta. Antes no existe juicio. La simple demanda no crea la relación jurídico-procesal.

Sucede en el caso sub-judice que la demanda presentada por el doctor Alvaro Leal Morales como apoderado del señor Manuel Agustín Aljure, no había sido siquiera admitida en el momento de presentarse por el doctor Sáenz Arbeláez la solicitud de intervención con el carácter de opositor a nombre de Wadi Faour. Sin embargo, y aunque en el caso presente no se trata sino de un procedimiento especial, la Sala reconoce el derecho del señor Faour para ser oído, con la salvedad de que no era el caso de darle traslado de la demanda, por no tratarse de un demandado.

Siguiendo el orden lógico de los temas planteados en la demanda y el que corresponde para fallar en el fondo el caso sub-judice, la Sala estudia en primer lugar lo relativo al carácter de la resolución que pone término a una acción declarativa o constitutiva decidiendo sobre lo principal de ella, y luégo lo atinente a la necesidad que surja de otorgarle el exequatur para que tenga efectos en Colombia, si tal resolución ha sido proferida por jueces extranjeros.

Es procedente el exequatur tanto para sentencias de condena, como declarativas o constitutivas.

Para la Sala es incuestionable que la providencia con la cual se pone fin a un juicio de interdicción, resolviendo sobre el fondo de la cuestión y designando curador, es una sentencia ejecutable en Colombia en el caso de haberse dictado en país extranjero que le dé el mismo valor a los fallos judiciales proferidos en Colombia. Está en este punto de acuerdo la Sala con el señor Procurador General de la Nación, porque según nuestro sistema procesal civil, tal como lo enseñan la totalidad de los expositores nacionales, es sentencia la providencia que le pone fin a la instancia y al juicio al ejecutoriarse sin ser apelada ni tener consulta, o por tratarse de instancia única, cualquiera que sea la clase de juicio de que se trate.

Si es sentencia la resolución con que se le pone fin a una acción declarativa, con mayor razón tiene tal carácter la providencia que le pone término a una acción constitutiva. Este concepto se encuentra sostenido por los procesalistas italianos, y alemanes, y así es como el profesor de la uni-

versida de Génova Ugo Rocco, dice: "La pretensión que se hace valer contra el Estado a través de la acción de simple declaración, es la pretensión pura y simple de la declaración de una relación o estado jurídico. El acto por el cual el Estado satisface esta pretensión, es la sentencia en su tipo genuino, o sea, un acto que es única y exclusivamente, una sentencia (sentencia de mera declaración)". (Derecho Procesal Civil, edición mejicana 1944, pág. 160).

Y más adelante agrega: "Y efectivamente, para que pueda atribuírse a un acto de los órganos jurisdiccionales el carácter de sentencia, se necesitan dos características imprescindibles: el carácter formal (por el cual es sentencia todo acto de los órganos jurisdiccionales realizado según los requisitos formales establecidos y por las normas del derecho procesal) y el carácter substancial (por el cual es sentencia todo acto de los órganos jurisdiccionales que declaran una relación jurídico-material o procesal-incierta)" (pág. 177).

El tratadista alemán Adolfo Schenke en su obra "Derecho procesal Civil", dice que las sentencias extranjeras sólo pueden producir sus efectos peculiares si son **reconocidas** en Alemania, y que "pueden ser reconocidas las sentencias extranjeras que tengan el carácter de firmes, entendiéndose por sentencia la resolución definitiva de un Tribunal que decide sobre el fondo de una cuestión civil, y ora sea de condena, declarativa o constitutiva" (pág. 281 obra citada, edición española de 1950).

El artículo 466 del Código de Procedimiento Civil dice que se llama sentencia la resolución de carácter judicial si decide sobre la controversia que constituye la materia del juicio o "sobre lo principal de éste". En él se contempla así expresamente el caso de los juicios no contenciosos o sin controversia, pues de lo contrario sobraría la frase puesta entre comillas, la cual indica que son también sentencias las resoluciones que deciden sobre lo principal del juicio poniéndole fin a la instancia auncuando no haya controversia ni parte demandada, como en los juicios de sucesión, de licencia para enajenar bienes de incapaces, de interdicción judicial o de guarda de los incapaces. Y el mismo Código en el artciulo 821 le dá la denominación de fallo, es decir de sentencia, a la providencia que resuelve sobre la demanda de interdicción judicial.

Observa la Sala que también sería necesario obtener el exequatur, para su cumplimiento en Colombia, en tratándose de autos interlocutorios que tengan fuerza de sentencia, de conformidad con la ley.

Es necesario tener en cuenta que ninguna providencia de jueces extranjeros puede tener obligatoriedad ni ejecución forzada en Colombia, sin que medie la autorización de los funcionarios competentes del órgano judicial colombiano, pues de lo contrario se estaría violando la soberanía nacional. Por eso todos los autores enseñan que la jurisdicción es exclusiva, o sea, que en cada país los jueces respectivos son los únicos que pueden pronunciar decisiones judiciales obligatorias.

Sin duda alguna la ejecución forzada de las sentencias como resultado de la obligatoriedad de la cosa juzgada, opera únicamente cuando se han ejercitado acciones de condena y por consiguiente la sentencia respectiva es de condena. De ahí casualmente su denominación. Pero no quiere ésto decir que las sentencias constitutivas o declarativas no necesiten ser reconocidas por ninguna autoridad para que sus efectos se produzcan y tenga plena realización el mandato en ellas contenido. Todo lo contrario. Estas sentencias declarativas o constitutivas han tenido como causa la acción ejercitada por los interesados en obtener el pronunciamiento judicial, precisamente para hacerlo valer ante terceros o ante autoridades del Estado, en la mayoría de los casos. Rara es la ocasión en que se adelante un juicio de éstos sin que el interesado necesite para nada hacer valer o reconocer ante terceros la sentencia que se pronuncia.

El artículo 561 del Código Judicial dice: "Si se declara que debe darse cumplimiento a la sentencia se pide su ejecución ante el Juez competente". Pero ésto no quiere decir que siempre sea necesario pedir tal ejecución, sino que en caso de serlo el interesado debe recurrir al Juez competente conforme a las normas procesales comunes, sin que tal ejecución le corresponda adelantarla a la Corte. Por otra parte el término "ejecución debe entenderse en su acepción amplia de **cumplimiento**; y es indudable que también las sentencias constitutivas y aún las declarativas deben hacerse valer en ocasiones ante los jueces, por ejemplo, cuando el curador designado necesita ejercitar sus derechos de tal en juicio, para vender un inmueble o cualesquiera otros bienes; o cuando el documento reconocido como auténtico en juicio declarativo va a hacerse valer para los efectos de un juicio de condena o ejecutivo. En todos estos casos y muchos más similares, la sentencia declarativa o constitu-

tiva tiene cumplimiento ante el juez que conoce de ella, sujeto a partir de su existencia para proveer en uno u otro sentido. Como es obvio, no podría lograrse el cumplimiento o reconocimiento de la validez de tal sentencia extranjera de carácter declarativo o constitutivo, si previamente no se obtuvo el exequatur ante la Corte.

De manera pues, que una cosa es que las sentencias declarativas o constitutivas no impongan condena contra nadie, y otra muy distinta que no deban producir efectos jurídicos respecto de terceros, particulares o funcionarios públicos. La declaratoria de filiación natural, la simple nulidad de un matrimonio, el pronunciamiento de un divorcio o la interdicción de un incapaz, aunque no conlleven condena que imponga obligaciones a nadie, producen sí efectos jurídicos para cuya realización se requiere el reconocimiento del valor de la sentencia por funcionarios públicos y aún el cumplimiento por parte de éstos de ciertos actos que son consecuencia necesaria de tales declaraciones, como la cancelación de la partida de matrimonio, el asentamiento de una nueva partida, el registro del fallo, el reconocimiento de las facultades de administración de bienes y guarda personal del pupilo, etc. Para todos estos efectos, cuando se los quiera deducir de una sentencia proferida en país extranjero, lo mismo que cuando se necesiete hacerla valer ante terceros, o sea que éstos acepten la situación jurídica producida por ella, es absolutamente indispensable que mediante los trámites del exequatur se le reconozca por la Corte su valor y se ordene cumplirla en el territorio colombiano. De lo contrario se estaría violando la soberanía nacional por el aspecto de la jurisdicción que exclusiva y soberanamente corresponde a los jueces de la República. Una sentencia de Juez extranjero no podría ser reconocida sin haber llenado esta solemne formalidad, porque lo que le dá su fuerza obligatoria es el mandato de la Corte Suprema que implícitamente contiene la orden judicial de ser obedecida dentro del territorio nacional. Sin esta orden podría perfectamente un particular o un funcionario del Estado negarse a reconocerle eficacia, bien sea para efectos condenatorios o para simples fines declarativos o constitutivos.

Para la Sala, en conclusión, toda sentencia en el sentido genérico explicado atrás, cualquiera que sea su naturaleza dictada en otro país, necesita del exequatur para que pueda surtir efectos de todo orden en Colombia.

El exequatur

Para acreditar que en la República del Líbano rige la reciprocidad legislativa, el demandante presentó un certificado expedido por el señor Ministro del Líbano en Colombia, cuya firma autentica el Ministerio de Relaciones Exteriores. Al tenor de dicho certificado "en la república Libanesa la ley consagra el principio de la reciprocidad legislativa para el cumplimiento de las sentencias extranjeras".

Para la prosperidad de una demanda de exequatur lo primero que debe demostrarse es la vigencia de un tratado o en subsidio la existencia de la reciprocidad legislativa. Porque, al tenor del artículo 555 del Código de Procedimiento Civil, "la sentencia dictada en un país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le concedan los respectivos tratados existentes con ese país, y, a falta de éstos, la que allí se otorgue a las sentencias proferidas en Colombia".

De manera que cuando no hay tratado público es indispensable demostrar que la ley del país donde fué dictada la sentencia que va a ejecutarse en Colombia le dá el mismo valor a las sentencias de jueces nacionales colombianos o sea, pues, que admite su ejecución allí. Y ésto equivale a probar la vigencia de la ley extranjera que establezca la reciprocidad en tal sentido.

No es necesario que en la ley extranjera se diga expresamente que las sentencias colombianas o de otros países podrán ser ejecutadas donde se ha expedido la ley, previo el lleno de las formalidades de trámite establecidas. Suficiente sería demostrar que la ley de ese país consagra el principio de la reciprocidad legislativa en esta materia.

¿Pero, en el caso presente, se trajo la prueba de la existencia de la ley que estatuye en la República Libanesa la reciprocidad legislativa?

No duda la Sala de la veracidad del certificado expedido por el señor Ministro del Líbano en Colombia, ni de su autenticidad. Mas sin embargo, las normas sobre pruebas son entre nosotros imperativas. Cuando la ley determina la que precisamente debe presentarse para acreditar judicialmente un hecho o acto, tal medio probatorio no puede suplirse por otros ni aun cuando con ellos se adquiera en conciencia plena convicción o perfecta certidumbre.

Y sucede que de conformidad con el artículo 659 del Código Judicial, para comprobar la validez o existencia de leyes extranjeras "se presenta copia debidamente autenticada de la res-

pectiva ley y en la parte conducente; y de no, se pide el testimonio de dos o más abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país donde haya sido expedida la ley".

En consecuencia, por uno de los medios establecidos en el artículo transcrito era indispensable presentar la prueba de la vigencia de la ley que acoge el principio de la reciprocidad legislativa en la República del Líbano.

En ocasión anterior la Corte tuvo oportunidad de estudiar este punto, en relación con el mérito probatorio de un certificado expedido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, para acreditar que en ese país las sentencias colombianas son ejecutadas "a título de reciprocidad". La Corte dijo entonces (junio seis de mil novecientos cuarenta y cinco), que a pesar de tener tan alta procedencia, tal certificado no era suficiente para acreditar en Colombia aquella circunstancia.

"Por consiguiente, si el principio de la reciprocidad legislativa debe estar establecido por una ley, es evidente que el certificado que arriba se dejó citado no es prueba hábil para establecerlo, porque sabido es que para comprobar la validez o existencia de leyes extranjeras que en determinados casos hayan de tener aplicación en Colombia, se presente copia debidamente autenticada de la respectiva ley y en la parte conducente; y de no se pide el testimonio de dos o más abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país donde haya sido expedida la ley (artículo 659 del C. J.)" (G. J. Nº 2019 a 21, pág. 130).

De lo anterior se deduce forzosamente que no es posible acceder a la solicitud en estudio, por no haber comprobado en la forma que nuestra ley exige, la vigencia en la República Libanesa de la norma legal que permita la ejecución allí de sentencias dictadas en Colombia, a falta de tratado público sobre la materia.

Como consecuencia de lo expuesto no es el caso tampoco de examinar si se cumplen los requisitos que al tenor del artículo 557 del Código Judicial debe reunir la sentencia extranjera, para que su ejecución pueda ordenarse en Colombia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no accede a ordenar la ejecución de la sentencia extranjera a que se refiere la demanda presentada por el doctor Alvaro Leal Morales como apoderado del señor Manuel Agustín Aljure, con fecha 1º de agosto de 1951.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

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

LAS RELACIONES SEXUALES DE LOS PRETENDIDOS PADRES EN LA EPOCA DE LA CONCEPCION DEL HIJO, LO MISMO QUE LA CONFESION INEQUIVOCA DE PATERNIDAD CONTENIDA EN CARTA U OTRO ESCRITO CUALQUIERA, NO SON PRUEBA DE LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL DE AQUELLOS

Conforme al contenido clarísimo del artículo 4º de la ley 45 de 1936, las relaciones sexuales de los pretendidos padres en la época de la concepción del hijo lo mismo que la confesión inequívoca de paternidad contenida en "carta u otro escrito cualquiera", si bien constituyen fundamentos específicos para la declaratoria judicial de la paternidad, no son ni pueden ser prueba del de notoriedad del estado civil, que "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 y amigos o el vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento"; y no en que los pretendidos padres hubieran tenido relaciones íntimas al tiempo de la concepción del hijo, o en que el padre se hubiera dado como tal por "carta u otro escrito cualquiera que contenga una confesión inequívoca de paternidad", mucho menos mediante simple declaración hecha ante personas particulares que más tarde se presentan a testimoniarlo ante el Juez.

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

(Magistrado ponente: Dr. Güalberto Rodríguez Peña)

En los días 21 de agosto de 1910 y 12 de mayo de 1907, la señora Carmen Emilia Saldarriaga, de la ciudad de Medellín, tuvo dos hijos, bautizados con los nombres de María Enriqueta y Jesús, respectivamente, y de quienes se afirma ser hijos naturales del señor Calos Enrique Cardona; pues que "entre el padre y la madre mencionados, es decir, entre el demandado y la señora Saldarriaga, dice la demanda, existieron, de manera notoria, relaciones sexuales estables entre los años de 1899 y 1908, de suerte que la separación se verificó después de nacido el menor de los hijos de esta pareja, que es Jesús Saldarriaga o Cardona", y tales hijos, agrega, "tienen la posesión notoria del estado de hijos naturales del mencionado Cardona, puesto que dicho padre los trata como a tales, ha proveído a sus necesidades, substanciales etc. y deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, los han reputado como hijos de dicho padre a virtud de aquel tratamiento".

Con fundamento en estas consideraciones, los Saldarriagas o Cardonas promovieron el cinco de septiembre de 1941, por medio de apoderado y ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, demanda civil ordinaria contra su presunto padre, "para que por los trámites de un juicio ordinario se declare por sentencia que cause ejecutoria, es decir judicialmente, que mis expresados mandantes son hijos naturales del demandado en la forma y términos dichos en la parte motiva de este libelo".

El Juzgado del conocimiento, luégo de tramitar la primera instancia, falló la controversia en sentencia de diez y ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, negando la declaración solicitada.

De este fallo apeló el señor procurador de los actores para ante el Tribunal Superior de Medellín, quien después de un largo debate probatorio, confirmó en sentencia de fecha seis de julio de mil novecientos cuarenta y nueve la de primer grado, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

"Ya no se trata de discutir en esta instancia la calidad de hijos naturales de los demandantes, por razón de la convivencia o relaciones sexuales notorias entre la madre de éstos y el expresado señor Cardona, durante el tiempo señalado por la ley, porque el señor abogado de los Saldarriagas ha creído deficiente la prueba traída al expediente sobre el particular, alegada en un

principio con fundamento en la regla 4ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936, que es de este tenor: "...4º—En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron". Al efecto se transcribe: "No habiendo sido posible en todo el curso del juicio fijar exactamente el día preciso en que empezaron las relaciones sexuales estables que existieron de manera notoria entre Carmen Emilia Saldarriaga madre de los demandantes, y el demandado, debo declarar que no hay plena prueba del extremo legal que exige "que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días contados **desde que empezaron** tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel **en que cesaron".**

"Consiguientemente a lo que acaba de anotarse, en esta instancia se contrae la controversia a decidir en razón de la posesión notoria del estado de hijos naturales del demandado señor Cardona, alegada por los citados Saldarriagas, y de las pruebas presentadas para demostrar esa posesión, si éstos tienen o no el carácter de hijos naturales de aquél".

Considera en seguida los términos como, a la luz de los principios que en nuestra legislación rige la notoria posesión del estado civil de las personas, debe ella establecerse en juicio, y concluye sobre este particular, así: "De suerte que para que la posesión notoria pueda tenerse como constitutiva del estado civil, ha debido, como condición previa, durar "diez años continuos por lo menos". Nacidos, pues, los demandantes, la una en el año de 1901 y el otro en el año de 1907, la posesión notoria de la primera, es decir de Enriqueta, ha tenido que extenderse siquiera hasta mediados del año de 1911, y la del otro, o sea de Jesús Saldarriaga o Cardona, hasta el año de 1917, en el supuesto de que el reconocimiento de los demandantes por parte del señor Cardona se hubiera iniciado al nacer aquéllos.

"Y esos diez años continuos de posesión notoria del estado de hijo natural, no se puede probar de cualquier manera, según lo ordenado en el artículo 399 del C. C., sino por un conjunto de testigos fidedignos que establezcan esa posesión de modo irrefragable.

"Nótese que se deja de un lado, al fijar la pauta de esta prueba el principio en cierto modo general, establecido por nuestro Código Judicial cuando se trata de valorar los testimonios en cuestiones civiles, de que "dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba", porque exige "un conjunto de testimonios fidedignos", es decir, un grupo de testigos que por su honorabilidad, antecedentes, manera de declarar, etc. (cualquiera que sea la clase social o económica a que pertenezcan) sean dignos de que se le tenga fe a su dicho, para que así con esas calidades establezca esa posesión notoria "de un modo irrefragable", es decir, que no se pueda contrarrestar (así lo enseña el diccionario de la lengua), o lo que es lo mismo, prueba a la cual nada pueda resistir; o más claramente, a la que no pueda oponerse tacha alguna, o que no deje penetrar contra ella la menor brizna de duda, pues toda esa fuerza tiene la palabra "irrefragable", no reclamada en nuestra legislación para ninguna otra prueba. Y así debía ser por la trascendencia de la cuestión, en orden a los derechos del presunto hijo natural y también frente a la organización civil y cristiana de la familia dentro del matrimonio".

Trae a continuación el concepto que sobre la materia ha fijado la Corte en anteriores providencias, para deducir, en concordancia con ellos, que "para que la acción sobre filiación natural por el motivo previsto, en el numeral 5º del artículo 4º de la citada ley 45, pueda prosperar, es preciso que de acuerdo con el artículo 6º del estatuto que acaba de mencionarse, el conjunto de testigos fidedignos de que ya se habló cite hechos concretos y continuados por lo menos por diez años posteriores a la fecha de nacimiento de la persona cuya declaratoria judicial de paternidad se persigue, de los cuales se deduzca con fuerza lógica de convicción que el presunto padre ha tratado al hijo que se le atribuye como a tal, y por lo mismo que en forma constante ha velado por la subsistencia, educación y establecimiento de ese hijo, tal vez de modo en alguna forma más reservado, distinto al empleado por los padres con sus hijos legítimos, pero con cierta regularidad, a fin de que de todos esos actos repetidos, periódicos y no casuales deduzcan los deudos y amigos del presunto padre natural, o el vecindario del domicilio en general, con fundamento, que la persona así considerada por otra, tiene frente a ésta el estado de posesión notoria de hija natural, en fuerza de aquel tratamiento. Por manera que la prueba a que se está aludiendo, no se establece, en la forma irrefragable prescrita

por la ley con la simple afirmación, de pocos o de muchos testigos, de que fulano o mengano ha sido reputado durante muchos años por los vecinos de un lugar, como hijo natural de determinada persona, porque ya se dijo cómo ha de estar fundada esa afirmación, que no puede ser en hechos aislados o que puedan obedecer a razones de caridad, de filantropía, de simple afán cívico, etc. ya que esto sólo demostraría la fama pública de un estado civil".

Fijada así la forma como entiende el Tribunal la calidad que deba tener la prueba, con que cabe acreditar la filiación natural en casos como el presente, procede a examinar la abundante prueba testimonial y de confesión extrajudicial traídas a los autos, llegando —respecto de la primera— a las siguientes conclusiones:

"a) Que es incuestionable que el demandado conoció a la señora Carmen Emilia Saldarriaga, cuando trabajaba —siendo joven ésta— en los años de 1900 y 1901 en el Casino llamado El Nevado, pues así se deduce de la atestación de varios testigos y es un hecho que no se atrevió a negar don Carlos B. Cardona;

"b) Que la referida Carmen Emilia aparece que no tuvo trato ilícito con otros hombres, porque ha sido siempre de excelente conducta en todo sentido. Así lo aseveran varios testigos, y la misma parte demandada no ha osado negarle esas condiciones, o a sugerir siquiera que ella haya tenido relaciones con otros hombres;

"c) Que la citada Carmen Emilia es indudablemente la madre natural de los demandantes, porque así se establece con partidas eclesiásticas de bautismo y otras pruebas;

"d) Que don Carlos E. Cardona ayudó a Jesús Saldarriaga con herramientas y algunos pocos dineros, cuando éste, por tres meses, estuvo como aprendiz de ebanistería en el taller de Aldemar Arango de esta ciudad;

"e) Que es posible (así autorizan para pensarlo las declaraciones de Ricardo Lotero, Angel Ochoa y Luciano Hernández) que por algún tiempo las cuentas que para despacho de víveres tenía Carmen Emilia Saldarriaga en las tiendas del citado Lotero y Ulpiano Bohórquez, las pagara la madre de Enriqueta con dinero suministrado por el demandado;

"f) Que es indudable que don Carlos E. Cardona llevaba algunas veces a Enriqueta Saldarriaga, cuando ésta era pequeña al molino de las Estancias, y ésto por muestras de cariño, antes del año de 1907, en que tal molino fué trasladado a la fracción de Belén;

"g) Que el demandado buscó, según lo atestiguado por Fabriciano y Juan Tamayo, al primero de éstos para que le sirviera de padrino de bautismo a Jesús Cardona o Saldarriaga;

"h) Que algunos testigos dicen haber visto prendas de vestir a Jesús Saldarriaga, marcadas con el nombre de Cardona, y que aquél les ha dicho que se las dió su papá refiriéndose al demandado;

"i) Que parece ser cierto que en algunas ocasiones, pues hay varios testimonios sobre el particular, don Enrique Cardona, hablaba en la calle o en establecimiento comercial en el barrio de Guayaquil, con los demandantes, especialmente con Enriqueta, cuando quiera que los hermanos Saldarriaga necesitaban, al decir de varios testigos, alguna protección económica de su presunto padre;

"j) Que, según varios declarantes, don Enrique les manifestó individualmente en diversas circunstancias y por distintos motivos, que los demandantes eran sus hijos, refiriéndose más especialmente a Enriqueta; y

"k) Que de las contestaciones dadas por don Enrique al absolver las posiciones, en el sentido de manifestar que 'no me consta' cuando se le interrogó si él es el padre de los demandantes, puede deducirse que en el fondo reconoce que tuvo trato ilícito con Carmen Emilia Saldarriaga, pues sabiendo que Enriqueta y Jesús son hijos de la citada Carmen, parece lógico que ha debido contestar categóricamente que no era cierto, si en verdad no tuvo relaciones sexuales con la madre de Enriqueta.

"Todos estos hechos indiciales, estima el Tribunal, deben ser ponderados con un criterio realista y humano. Así, verbigracia, se debe aceptar que quien depone acerca de cosas ocurridas hace muchos años (más de treinta) como en el presente caso, es explicable que se equivoque respecto de la fecha real, meses y aún años, en los que se sucedieron determinadas cosas, faltas de trascendencia para el declarante en la mayoría de las veces, sin que esa equivocación que pudiera llamarse en el tiempo, induzca a pensar que los testigos están faltando a la verdad, porque es un fenómeno general en la facultad de la memoria retener presentes las palabras, cosas o emociones desdibujándose en ellas, en buena parte, los hitos que las separaron en el tiempo, excepto naturalmente el recuerdo de aquellos hechos que afectan nuestra vida y sentimientos o la de seres a nosotros vinculados por admiración, amistad, etc. pues respecto de esas ocurrencias que hirie-

ron, grata o ingratamente, la sensibilidad, un día, la memoria sí las localiza con precisión en el tiempo y en el espacio.

"También entiende la Sala que los hechos de los que emana la posesión notoria del estado civil y que deben extenderse por diez años continuos, según mandato legal, no es menester que tengá una prueba tal que aparezca establecida en la acción de estado, por ejemplo, en lo que atañe a la subsistencia que el presunto padre natural les enviara, directa o indirectamente, las provisiones del caso semana por semana, y aún mes por mes. Y en cuanto a educación y establecimiento de quienes persiguen la declaratoria de hijos naturales, claro que no sería ni lógico ni justo exigirles que trajeran a los autos los certificados de los establecimientos en que se educaron, y el nombre de quien haya costeado a toda hora esa educación, ni la demostración de que su prentendido padre, por establecerlos los llevó primero a un taller, luégo a un almacén, después a una modistería etc. con el detalle pormenorizado del tiempo de duración de cada una de esas actividades.

Así mismo conceptúa el Tribunal que "el vecindario del domicilio en general" a que se refiere la ley y al cual le debe constar los hechos de los que surgen la fama de que a determinada persona se le considera como padre o madre natural de tal o cual individuo, no tenga que ser todos los vecinos del domicilio de aquellos a quienes se les atribuye la paternidad, pues hay que admitir la independencia, con respecto a los extraños, como se vive en las ciudades hasta el punto de que pueden no conocerse entre sí los residentes en una sector relativamente pequeño y mucho menos darse cuenta de sus relaciones de familia, sus costumbres, etc".

Respecto de la confesión extrajudicial hecha por el demandado en distintas ocasiones, sobre la paternidad natural que se demanda, hace el sentenciador un detallado examen del dicho de cada declarante que a ella se refiere para concluír con base en el concepto de los doctrinantes, que no está comprobada de modo indubitable.

"De todo lo anterior —agrega el fallo— se deduce que el llamado **tractatus** (sic) o sea el tratamiento que el demandado les diera a los demandantes como a hijos naturales suyos, no está acreditado de la manera irrefragable que para seguridad de la familia exige la ley, y de consiguiente la fama que los testigos presentados por los actores dicen que ha existido durante muchos años en el paraje del "Puente de la Toma" de esta ciudad, en el sentido de ser tenidos por el vecindario en general los mencionados señores Saldarriagas como hijos de don Carlos E. Cardona, carece de base legal, ya que ésta es consecuencia del **tractatus** (sic). Tiene singular importancia apuntar aquí que el artículo 6º de la ley 45 de 1936, que define en qué consiste la posesión notoria del estado de hijo natural, habla de "el vecindario del domicilio en general" (que le conste el trato y los hechos demostrativos de éste, que el presunto padre les dá a quienes se tienen como hijos suyos), luego no basta para demostrar ese tratamiento que parte de ese vecindario en general dé cuenta de lo que considere que **lo demuestra, que** es precisamente lo que ocurre en el caso de autos, ya que mientras los testigos presentados por los actores y que dicen haber sido vecinos por mucho tiempo del mencionado Barrio, constándoles por eso tal tratamiento entre los litigantes, creyéndose representantes del referido vecindario, hay un número superior de testigos que fueron presentados por la parte demandada, como puede verse en el cuaderno 5º —pruebas de la parte demandada en esta instancia— de folios 50 en adelante, quienes declaran que han sido vecinos durante muchos años del domiclio que la madre de los Saldarriagas y éstos tuvieron durante veinte años o más en el paraje de la Quebrada Arriba, cerca del puente de la Toma de esta ciudad: que conocen a la citada Carmen Emilia, a los demandantes, y al señor Cardona, y que jamás llegaron a observar hecho alguno entre las referidas personas que los autorizara para pensar que el demandado les diera a los Saldarriagas tratamiento de hijos. Entre los testigos que afirman lo anterior, hay algunos que hicieron tales aseveraciones fundándose en la circunstancia, muy especial, de haber habitado al frente unos y otros muy contiguos a la casa ocupada por Carmen Emilia. Cierto es que este conjunto de testigos en cuánto declaran sobre hechos negativos, conforme a las normas procedimentales en la calificación de la prueba, no podrían servir para deducir de ellos indicio o demostración alguna de que los demandantes no sean hijos naturales de don Carlos E. Cardona; pero no así en cuanto sirven para establecer de una manera evidente que no todo el vecindario en general a que se está haciendo referencia, está acorde en sostener la existencia de los hechos conducentes a la demostración de la posesión notoria de que se trata, máxime cuando, como acaba de apuntarse, el número de vecinos que declararon en el juicio que no les consta dicha

posesión notoria, es superior a los que afirman los hechos que pudieran demostrarla.

"Respecto al otro elemento —el momento demostrativo también de la posesión notoria del estado civil de hijos naturales, se observa lo siguiente: si bien algunos testigos afirman que los citados Enriqueta y Jesús han sido conocidos como de apellido Cardona en vez de Saldarriaga, el hecho es que ello no está plenamente demostrado, y por el contrario, de múltiples piezas del expediente deduce que siempre han usado el apellido Saldarriaga. Además es notorio que el demandado no autorizó nunca a los actores para que usaran de su apellido, y que los deudos y amigos de don Carlos E. Cardona, jamás supieron que les diera su apellido. Nótese que en el memorial-poder con que se inició este juicio, Jesús se apellida Saldarriaga o Cardona y firma con el primero de ellos, y Enriqueta dice ser simplemente Saldarriaga y con este apellido firma.

"En alguna parte de esta providencia se dijo ya que la posesión notoria, si ella empezó, como era lógico con el nacimiento de los demandantes debió extenderse para Enriqueta Saldarriaga hasta el año de 1911 por lo menos, y para su hermano Jesús hasta el año de 1917. Durante ese lapso los testigos han debido presenciar todos aquellos hechos que permiten presumir que el señor Cardona proveía a la subsistencia, educación y establecimiento de sus pretendidos hijos; pero resulta que en los autos aparece demostrado lo siguiente: que el 19 de junio de 1903, por la escritura Nº 1222, de la Notaría 3ª de este Circuito, el señor Pedro A. Medina vendió al señor Enrique Cardona, en el paraje "Alta Vista" de la fracción de Belén, una zona de terreno en la cual, como lo afirman varios testigos, el comprador procedió inmediatamente a construír un molino para la elaboración de chocolate en pasta, en donde se radicó la familia Cardona a ponerse al frente de tales labores. Pueden verse sobre el particular, entre otras, las declaraciones de Eliseo Medina, Luis E. Restrepo, Marcelino Hernández, Julio Cuartas Cadavid y Alejandro Medina (cuaderno de pruebas de la parte demandada en esta instancia). Corrobora esta prueba el hecho de la negociación de que dá cuenta la escritura Nº 1455 de 1º de octubre de 1906, de la Notaría 3ª de este Circuito, llevada a cabo entre la Compañía Antioqueña de Instalaciones Eléctricas, sociedad anónima domiciliada en Medellín, y el señor Carlos C. Amador, en virtud de la cual, como contraprestación en favor de éste, la referida sociedad se comprometió entre otras cosas "a instalar en el establecimiento del señor Amador, llamado "Molino de Caldas" de una manera conveniente para el trabajo adecuado de las máquinas que hay en función o en vía de funcionar próximamente, un electrómetro de diez caballos de fuerza... etc.". Si por el año de 1906 el molino de las Estancias, que es al que se refiere dicha negociación, aparece claramente como del señor Amador; hay una presunción de que para tal año ya don Enrique Cardona y su padre don Enrique habían dejado de trabajar en el molino de la Quebrada Arriba, y estaban instalados, con su familia, en su molino propio, en la fracción de Belén, en el paraje de Alta Vista, distante del puente de la toma, como lo afirman varios testigos y, es notorio, por lo menos dos leguas".

La demanda de casación

Recurrieron en casación los actores contra este fallo, y con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. le opusieron, al formalizar su demanda, el cargo de ser la sentencia violatoria del ordinal 5º artículo 4º de la ley 45 de 1936, de los artículos 6º de la misma ley, 15 de la 92 de 1938, y 395, 397, 398 y 399 del C. C., por haber desconocido los artículos 604, 605 y 608 del C. J., sobre el valor de la confesión, y desestimado en cosencuencia y erróneamente, las que hizo el demandado en este pleito sobre la calidad de los actores como hijos naturales suyos; y por no haber apreciado en conformidad con los principios contenidos en los artículos 697 y 698 del mismo Código Judicial, que erróneamente dejó de aplicar, el contenido de la prueba testifical con que los demandados acreditaron dentro del juicio la posesión notoria de hijos naturales que éstos sostienen respecto del demandado señor Cardona.

En apoyo de este cargo hace luégo la demanda un dilatadísimo examen de la prueba testifical y de la de confesión que suministró el demandado, del que deduce, como plenamente acreditada, la notoria posesión del estado civil de hijos naturales de los actores respecto de don Carlos Enrique Cardona, a través de las relaciones sexuales, estables y exclusivas, que éste mantuvo con Carmen Emilia Saldarriaga durante la época de la concepción, gestación y nacimiento de aquéllos, de la forma como el presunto padre proveyó a su subsistencia y educación, del trato familiar de padre con que los actores se han referido siempre al demandado y, en fin, del concepto o fama pública que por virtud de tales hechos, tiene so-

bre la materia, el vecindario del domicilio en general.

Refiriéndose a los términos como la sentencia desestima la confesión extrajudicial de Cardona sobre la paternidad cuya declaratoria se demanda en este juicio, dice el recurrente:

"El Tribunal se refiere a esta confesión, que transmitieron numerosos testigos al proceso, y la desestima, so pretexto de no estar acreditado el elemeno intencional que produce la voluntariedad de la confesión, o sea el animus confitendi. Yerra el Tribunal, por cuanto realizada la confesión, se presume voluntaria, y contra ella sólo puede alegarse error de hecho o de derecho, que no ha sido alegado, y demostrado como sería forzoso si de tal suerte estuviera excepcionada. Las confesiones hechas y probadas son válidas ante el artículo 605 del C. J. que les dá eficacia si el hecho confesado es lícito, físicamente posible, y que la ley no exija otro medio de prueba y el que la hizo estaba en uso de razón y era capaz de contraer la obligación que surge de la confesión. Carlos Enrique Cardona era capaz, tenía y tiene uso de razón que el 99% de sus colegas ricos e industriales de Medellín, lo confesado era lícito, puede demostrarse por confesión, a lo cual se agrega, la serie de confesiones implícitas que él hizo que atrás analicé y que el sentenciador en su fallo examina con un criterio de severidad, extrañándose de las respuestas de Cardona.

"La confesión extrajuicio es incompleta pero tiene mérito de plena prueba, si no queda duda acerca de que se verificó y al menos debe computarse para formar la plenitud probatoria con otros indicios y demás pruebas incompletas".

"El sentenciador se basó, para desestimar esa confesión, en razones distintas a las contempladas por el soberano: como la ausencia de ánimo confitendi, que exige arbitrariamente, pues no la funda en hecho alguno, ni en norma legal. Basa también la desestimación de los testimonios que la transmitieron, por razones nacidas del error. Por ejemplo glosa el testimonio de Juan Hincapié, diciendo que Jesús Saldarriaga nació en 1907 y no pudo ir a buscar al molino de Las Estancias a Carlos E. Cardona, distante cinco cuadras de la casa habitada por Saldarriaga, por cuanto para ello necesitaba tener cinco años de edad —un año por cuadra diagnostica el fallador— como es obvio creando así otra especie de sistema métrico aconsejable para visitas, es decir, que para que este hecho pudiera verificarse tuvo que ocurrir en 1912 y que entonces ya los Cardonas se habían ido para Belén y montado su fábrica de chocolate, pues el Tribunal sigue aceptando el absurdo de que los Cardonas tuvieron que irse para Belén cuando el viejo padre compró allí una faja de terreno para una servidumbre de acueducto, en 1903.

"También desestima el Tribunal la confesión extrajuicio relatada por Jesús Tamayo, hecha al padrino de Jesús Saldarriaga o sea a Fabriciano Tamayo, y en presencia de los dos. Es objetado el declarante con base en la circunstancia de que dió dos declaraciones a petición de las dos partes, que vistas a la vez contienen contradicciones, según el Tribunal. Pero el hecho de la confesión extrajudicial lo acredita este testigo sin contradicción alguna y lo ratifica su hermano dicho. El Tribunal dice, que no se sabe a cuál, de los dos hermanos, compañeros en el mismo negocio, hizo la confesión, cuando es claro que la hizo a los dos que estaban juntos, y ambos lo declaran. Por lo demás, el sentenciador entendió que glosando uno de los dos testimonios, borraba el otro, pero allí están los dos desestimados por el sentenciador, que adopta actitudes singulares para relegar las pruebas de mis poderdantes.

".....

"El sentenciador desestima la prueba sobre confesión extrajudicial que transmite Emiliano Villada, dando como razón la circunstancia de que la confesión, percibida por el testigo, fué hecha cuando Carlos Enrique Cardona "estaba casado y ocupaba una posición destacada como hombre de trabajo y de dinero". Tesis: un hombre casado, de posición destacada, un hombre de trabajo y de dinero, está herido de incapacidad para confesar extrajuicio. Muy interesante HH. MM. para un proyecto de ley que establezca lo contrario de lo que hoy existe. Pero esta causal de inhabilidad no ha sido expuesta, que yo sepa, hasta ahora, por doctrinantes distintos a los Magistrados de Medellín, ni ha sido incorporada en los códigos de este país de leyes.

"El testimonio de don Libardo Alvarez, sobre confesión extrajudicial de seducción, no le sirve al sentenciador, porque la seducción no implica la paternidad de los hijos de la seducida. El sentenciador no podía afirmarlo así, porque la seducción es uno de los indicios de la paternidad, y analizar este testimonio sin relación a los que establecen la paternidad y filiación, por otras confesiones extrajuicio, será un error ingenuo para el abogado del demandado, que no se atrevió a usarlo, pero demuestra ausencia de seriedad, por lo menos en un alto Tribunal.

"Alejandro Zabala. Desestima el sentenciador

el testimonio sobre confesión, extrajuicio, porque no le "parece verosímil que el señor Cardona se pusiera, sin motivo justificado, a hacerle una manifestación de esta trascendencia, a un simple obrero suyo". Si no hubiera sido obrero, el sentenciador le habría negado la oportunidad de oír esa confesión. Como lo era, el sentenciador, dice, sin razón, satisfactoria, que no es verosímil que lo hiciera. Digo que es verosímil, por lo que en otra parte expuse sobre la facilidad con que las gentes de pro confiesan la paternidad ante personas, precisamente de distinta posición, movidos por lo que en su parte expliqué. Pero agrego, que no es verdad, sino error de ubicación, asignarle trascendencia a la confesión hecha por don Carlos Enrique Cardona a don Alejandro Zabala, cuya declaración estoy analizando. Error de ubicación, porque el testigo afirma que la confesión le fué hecha "hace muchos años", entonces carecía de transcendencia la confesión de paternidad natural, porque estaba prohibida la investigación de esa paternidad.

"Desestima el sentenciador el testimonio de confesión judicial de don Pastor Gómez, porque tampoco le parece verosímil que se la hiciera el demandado, por haber sido el testigo trabajador intermitente suyo, lo que permite creer que no le hiciera esa confesión por las razones que extensamente anoté antes, y que referí en cuanto a la de don Alejandro Zabala. Lo que el sentenciador anota como glosa a estos dos testimonios, es al contrario, razón de sus dichos, lo que las hace verosímiles. Dicha confesión, por parte del padre, entonces se hacía impunemente. El sentenciador desestima esta confesión, que el propio Tribunal admite que está hecha, implícitamente en posiciones por el demandado, cuando le censura su comportamiento encapsulado en el "no me consta", y concluye afirmando que comprueban el trato ilícito habido entre Cardona y la Saldarriaga. Para desestimarlo, aduce la glosa a que antes me referí, y la de que tal confesión fué hecha en el molino de "Las Estancias", cuando ya no tenía el referido molino....

"....

"De tal suerte que el sentenciador para desestimar las confesiones extrajuicio del demandado, que están reforzadas por confesiones, más o menos restrictas, producidas al contestar y formular posiciones, exige requisitos excéntricos que no están requeridos por los artículos 604, 605 y 606 del P. C., que fueron desatendidos por el sentenciador en la sentencia materia del recurso.

"....

"Nótese, por otra parte, que los hermanos Fabriciano y Juan Tamayo, atestiguan la representación común de la confesión, porque el demandado la hizo en presencia de los dos, por lo cual esta prueba es completa ante el artículo 697 del C. de P. C., fuera de que hay otros declarantes que percibieron la confesión individualmente, y tiene, cada uno, la fuerza que le asigna el artículo 696 ibidem, reforzado por el artículo 594 ibidem, todos los cuales han sido menospreciados por el fallador, en la forma que se verá en seguida".

Por última formula el recurrente dá una crítica detallada en relación a la forma como el Tribunal descalifica las declaraciones más importantes de los testigos que depusieron sobre distintos hechos constitutivos del estado civil, para concluír, que "Al conjugarse en su conjunto (sic) todos aquellos indicios o hechos demostrativos y las demás pruebas que aparecen de los autos, se llega, se tiene que llegar a la conclusión ineludible y nítida de que el Tribunal incurrió en fundamentales errores de hecho y de apreciación en las pruebas, o al menos en errores de derecho al estimarlas, porque la confesión extrajudicial se hizo y se acreditó plenamente con multitud de declarantes que exceden a lo ordenado por el artículo 697 del C. J. en presencia del cual el hecho tiene que darse legalmente por demostrado, so pena de incurrir en el error de derecho; porque el artículo 604 del C. J. acepta esta especie de confesión hecha en conversaciones o manifestaciones personales; porque el 605 ibidem le dá validez cuando, como en este caso, se refiere a un hecho lícito y posible de confesar, y se hace por quien es capaz de contraer las obligaciones que de ello emanan; porque el artículo 608 le dá valor de plena prueba en esas circunstancias, o al menos de prueba incompleta que ya se desprende del criterio estimativo del fallador; porque el 594 acepta la prueba incompleta, para sumarse a otras; porque el 698 acepta la prueba de referencia, que la hubo aquí para acreditar la fama, fuera de los casos múltiples en que los testigos percibieron los hechos y los declaran, dando el fundamento satisfactorio y real de sus dichos; porque aquí hay multitud de indicios que el propio Tribunal aceptó y que son dentro del caso de autos, plurales, graves, precisos y conexos entre sí, concurrentes como todas las piezas de una máquina, a demostrar el hecho investigado, todos los cuales tienen plenitud probatoria ante los artículos 594 y 665 del citado código. De lo cual aparece que el Tribunal incurrió en clarísimos errores de derecho, prescindiendo de

relacionar con ésos los hechos y de darlos por plenamene demostrados ante estas normas legales sobre pruebas..

"A causa de esos errores sustanciales de hecho y de derecho, o sea al través de ellos, el Tribunal llegó a la violación manifiesta y clara de la ley sustantiva que le obligaba a aplicar en su fallo, esto es, a la infracción del artículo 4º ordinal 5º de la ley 45 de 1936, que ordena al fallador declarar la paternidad natural cuando se demuestre, como en el caso de autos, la posesión notoria del estado de hijo natural con relación a ese padre que ha sido demandado. Violó, asímismo el artículo 6º de la misma ley que estatuye lo que es la posesión notoria de ese estado y que se demostró en el expediente. Violó, de igual manera el artículo 19 de la ley 92 de 1938 en relación con el 395, 397, 398 y 399 del C. C., en cuanto en su conjunto complementario y en presencia de las pruebas, esos textos legales forman también el conjunto de normas que el Tribunal debió aportar como debidas y no aplicó".

La Sala considera:

Según el artículo 4º de la ley 45 de 1936 "Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural:

"1º-En el caso de rapto o violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.

"2º—En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil esa seducción;

"3º—Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad;

"4º—En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron.

"5º—Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo".

De estos cinco supuestos, a que taxativamente refiere el precepto la viabilidad de la declaración judicial de paternidad natural, los actores en el pleito solamente alegaron estos dos: a) "entre el padre y la madre mencionados, es decir, entre el demandado y la señora Saldarriaga, existieron, de manera notoria, relaciones sexuales estables entre los años de 1890 y 1908"; y b) "Mis poderdantes (actores en el pleito) tienen la posesión notoria del estado de hijos naturales del mencionado Cardona, puesto que dicho padre los trata como a tales, ha proveído a sus necesidades, subsistencia, etc. y deudos y amigos y el vecindario en general los han reputado como hijos de dicho padre a virtud de aquel tratamiento". Con lo cual, y por efecto de los términos mismos de la demanda, quedaron fuera de toda controversia y por consiguiente del poder de decisión del Juez, los otros tres casos de que tratan los primeros ordinales del precitado artículo 4º.

Como hubo de quedar asímismo excluído, por ausencia reconocida de prueba, el primero de los fundamentos que se había invocado en la demanda, según la siguiente manifestación hecha por uno de los señores apoderados de la parte actora en su alegato ante el Tribunal, y en que justamente se apoyó éste para abstenerse de toda otra consideración al respecto: "No habiendo sido posible en todo el curso del juicio fijar exactamente el día preciso en que empezaron las relaciones sexuales estables que existieron de manera notoria entre Carmen Emilia Saldarriaga, madre de los demandantes y el demandado, debo declarar que no hay plena prueba del extremo legal que exige "que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron".

De todo lo cual resulta que siendo el objeto de la casación el de enfrentar el fallo con la ley para establecer si ésta ha sido o no rectamente aplicada, la valorización de la prueba en que los actores fundan su pretendida declaración de paternidad, tiene que concretarse a la que versa sobre la posesión notoria del estado civil, en los términos y condiciones de que tratan los artículos 6º de la citada ley 45 y 398 y 399 del C. C., por ser éste el único fundamento sobre que podía pronunciarse, como lo hizo, el Tribunal de instancia.

"La posesión notoria del estado de hijo natural, dice el artículo 6º citado, consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicllio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento". Y los artículos 398 y 399 del C. C., aplicables al caso de la filiación natural por mandato expreso del 7º siguiente de

aquella ley, se expresan así: "398: Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos. "399. La posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable;..." De donde resulta, que para la comprobación de la notoria posesión del estado civil de hijo natural se requiere, "un conjunto de testimonios fidedignos que... de un modo irrefragable" acrediten estos tres hechos: a) Que el respectivo padre ha tratado al hijo como tal, mediante el suministro de medios adecuados a su subsistencia, educación y establecimiento; b) Que a virtud de ese suministro de medios, en que se traduce el tratamiento, los parientes y amigos del padre o el vecindario de su domicilio en general, lo hayan reputado como hijo suyo; y c) Que estos hechos constitutivos de la posesión notoria "hayan durado diez años continuos por lo menos". O, como lo dijo la Corte en sentencia de 1943, que el Tribunal transcribe:

"De lo anterior se deducen, entre otras, estas conclusiones: 1ª Que las reglas contenidas en los artículos 397, 398 y 399 del Código Civil que establecen el modo de probarse la posesión notoria del estado de hijo legítimo, son aplicables, y deben aplicarse cuando se trata de establecer la posesión notoria del estado de hijo natural; y 2º Que los actos del padre consistentes en proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del que se pretende hio natural, deben ser permanentes, constantes y regulares, y además ostensibles y públicos siempre, porque ese es el medio indicativo que hace que los deudos, amigos o el vecindario en general, reputen, por esa serie de hechos, que el padre trata al hijo como tal.

"En relación con los primeros es preciso al respecto un conjunto de testimonios fidedignos que establezcan de un modo irrefragable esos actos, de manera que no es cualquiera prueba, no son cualesquiera testimonios los eficaces al respecto. La eficacia probatoria en ese caso no resulta sino de ese conjunto de testimonios, que no se pueden contrarrestar, porque ése es el significado del vocablo "irrefragable", y que se impone al juzgador sin dejarle la menor duda o vacilación al respecto.

"En relación con lo segundo, se observa que los actos esporádicos, como una ayuda de vez en cuando, al pretenso hijo o a su familia, hasta cierta benevolencia en el trato, no autorizan para declarar al respecto la posesión notoria del estado de hijo natural. Es necesario al respecto que tales actos no se presten a interpretaciones ambiguas o dudosas, porque puede acaecer que aquéllos sean movidos por la caridad, por la filantropía, por la benevolencia y por el espíritu desprendido y abierto de quien lo ejecuta. Es necesario sobre el particular que de estos actos, por su continuidad, permanencia, cuantía y aún celo por ejecutarlos, se desprenda una confesión y reconocimiento implícito de la paternidad.

"Respecto de la parte final del artículo 6º de la ley 45, o sea la circunstancia exigida por esa norma, consistente en que los deudos y amigos del pretenso padre hayan reputado a una persona como hija de él, estima la Corte que debe interpretarse y aplicarse en la misma forma que la jurisprudencia y la doctrina han interpretado y aplicado la última parte del artículo 397 del Código Civil, esto es, que no basta la estimación, ni la expresión conceptual de los testigos al respecto, sino que es necesario que ella esté respaldada por los hechos, educación, sostenimiento y establecimiento del pretendido hijo. La apreciación de los testigos al respecto no es por sí sola la prueba de ese estado, sino que debe ser la deducción, en virtud de los hechos positivos, sostenimiento, educación y establecimiento, presenciados por esos mismos testigos".

Las anteriores consideraciones sirven para explicar la ausencia de comentarios particulares y concretos sobre el contenido de la abundantísima prueba testifical relacionada, ora con el conocimiento mutuo e íntimas relaciones de los presuntos padres en el período de prenatalidad de los actores, ora con las manifestaciones que en distintas épocas y ante diversas personas hiciera el demandado de ser el padre natural de aquéllos, y que el señor abogado recurrente analiza ampliamente en su escrito de casación.

Porque conforme al contenido clarísimo del texto legal arriba transcrito, las relaciones sexuales de los pretendidos padres en la época de la concepción del hijo, lo mismo que la confesión inequívoca de paternidad contenida en "carta u otro escrito cualquiera", si bien constituyen fundamentos específicos para la declaratoria judicial de la paternidad, no son ni pueden ser prueba del de notoria **posesión del estado civil** que, se ha visto, "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 y amigos o el vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre a **virtud de aquel tratamiento**"; y no en que los pretendidos padres hu-

bieran tenido relaciones íntimas al tiempo de la concepción del hijo, o en que el padre se hubiera dado como tal por "carta u otro escrito cualquiera que contenga una confesión inequívoca de paternidad", mucho menos, mediante simple declaración hecha ante personas particulares que más tarde se presentan a testimoniarlo ante el Juez. Y como fundamentos específicos de la declaración no pueden ser tales supuestos considerados, porque —se repite— están fuera de la controversia, en razón del expreso reconocimiento que sobre la falta de prueba se hizo respecto del primero, y del silencio que guardó la demanda en relación con el segundo.

Así las cosas, corresponde, pues, examinar la forma como a través de un conjunto de testimonios fidedignos resultan o no probados irrefragablemente los hechos constitutivos de la notoria posesión antes mencionados, a efecto de establecer si en su apreciación incurrió el sentenciador en los errores manifiestos de que se le acusa y por lo tanto en la violación de las normas sustantivas citadas por el recurrente.

El trato de hijos que se afirma daba el señor Cardona a los actores principia, según las pruebas allegadas al informativo, con la asistencia de aquél a la ceremonia del bautizo, la determinación de los padrinos, y la del nombre mismo que se dió a la hija mayor, y que corresponde al del presunto padre (Enrique, Enriqueta). Acreditan estos hechos, los testimonios de María Ester Vargas, madrina de la niña, Fabriciano Tamayo, padrino del hijo, y Juan Tamayo, hermano de aquél.

A partir de aquellas fechas, numerosísimos testigos se refieren a hechos diversos de atención y ayuda en el sostenimiento de la madre y de los hijos por parte de Cardona, en el aprendizajé de un oficio para el hijo varón, en los vestidos que éste usaba y que veían marcados con el nombre de Cardona etc.; lo mismo que, al concepto general que el vecindario tenía de ser los demandantes hijos de Cardona. Pero no establecen, ni mucho menos en la forma irrefragable que previene la ley, que tales hechos se hubieran estado sucediendo en el curso de **diez años continuos,** por lo menos: Ni aún siquiera, que la reputación del estado de hijos naturales de Cardona, fuera consecuencia de aquel trato sucesivo, más bien que de las relaciones prenatales que existían entre la señora Saldarriaga y el presunto padre.

Miguel Ochoa, dice, que hacia el año de 1.900 trabajaban, en su establecimiento de El Nevado como empleados suyos, Carmen Emilia Saldarriaga y Carlos Enrique Cardona; que Cardona enamoró allí a la Saldarriaga, quien salió embarazada y tuvo poco después un niño o una niña; que posteriormente le llegó otra criatura que considera hija de Cardona, ya que fué con el único que la señora tuvo relaciones sexuales, pero sin que pueda precisar fechas de ninguna clase.

Juan Hincapié conoció desde hace más de 30 años, cuando estaba pequeña, a María Enriqueta Saldarriaga, cuando la llevaba al Molino de Cardona, ambos Cardona, padre e hijo, la trataban como a nieta e hija; por ese conocimiento y por lo que oía allí, le consta que tanto la niña como su hermano Jesús han sido reputados en general como hijos del demandado; más tarde, cuando la niña tenía unos 18 años, iba con su hermano Jesús a buscar a Cardona a su trabajo en solicitud de lo necesario para atender a sus necesidades. "En todo el vecindario, Jesús María y Enriqueta, han sido tenidos como hijos de Carlos Enrique Cardona y ésto desde hace mucho más de veinte años.

Este declarante sólo se refiere a tiempo determinado para establecer desde cuándo conoce a Enriqueta, y cuánto hace, que es reputada hija natural de Cardona; mas no concreta en forma alguna la duración del trato que a los hijos les diera su presunto padre, que es precisamente el hecho fundamental que se busca establecer.

Angelina Madrid, supo por las conversaciones que oía de los familiares y amigos de Carmen Saldarriaga, que sus hijos Enriqueta y Jesús han sido tenidos por todos en general y desde que nacieron como hijos de Cardona; pero personalmente no le consta que éste les haya hecho suministros para subsistencia, educación y establecimiento.

Ana Joaquina Madrid de Orozco, veía que en el año de 1900, Cardona conversaba con Carmen Emilia; luégo al proponerle a ésta en alguna ocasión, que busacaran una casa para vivir las dos, le manifestó que iba a consultarlo con Cardona, y que más tarde le hizo saber su negativa, pues que éste le declaró que si cambiaba de casa, perdería el euxilio que les daba tanto a ella como a sus hijos. Y agrega: "Aseguro que el señor Cardona trataba a Enriqueta o María Enriqueta Saldarriaga, como a sus hijos (sic) ya que presencié que él (Cardona) les mandaba dinero, etc. para su subsistencia y la de su madre, también para su educación y establecimiento. Creo que el señor Cardona en vista de lo que me manifestaba Carmen Emilia y por lo que yo pude presenciar, ayudaba al establecimiento, educación y subsistencia de sus hijos". Es cierto que el se-

ñor Jesús Saldarriaga mientras estuvo pequeño fué tenido por el vecindario, deudos y amigos, como hijo natural de Cardona.

Nada dice la testigo, respecto del tiempo que duraron los suministros del presunto padre hacia sus hijos.

Jesús Tamayo, tenía una cacharrería con un hermano suyo, en la que despachaba artículos del señor Cardona, y a la que iba una niña, que no sabe como se llamaba, por dinero que éste le dejaba, y que era tenida en el concepto general por hija suya, y auncuando dice que las entregas de dinero las hizo muchas veces, no determina tiempo álguno de la duración de ese trato; se limita a decir que conoce a la hija, hace treinta y cinco a treinta y siete años.

A Germán Rojas le consta haber oído en los años de 1891 o 1892 (sic) a Miguel Ochoa y Manuel Tiberio Alzate, conversar de las relaciones existentes entre Cardona y la Saldarriaga; más tarde, cuando ésta vivía en casa de su hermana Encarnación, lo veía subir allá y entregarle paqueticos y supone que también dinero, como también le veía subir al molino de arriba, con la muchacha en la cabeza de la silla; presenció además, que ya jovencita iba la niña a un establecimiento del señor Enrique Cardona, que le administraba el señor Emilio Ortíz por dinero que le dejaba el señor Cardona, y ésto ocurrió por varias veces. Y que a Jesús, el otro hijo, lo vió usando ropa marcada con el nombre de Cardona.

Marcos González dice que desde hace muchos años, el señor Cardona ha visto por sus hijos, pues presenció que tanto a Enriqueta como a Jesús les daba dinero en una oficina que le administraba el señor Emilio Ortíz; pero tampoco señala el tiempo que hubiera durado el trato resultante de estos hechos.

Otros testigos, como Aldemar Arango, Bernardo Juste, Eugenio Callejas y Enrique Pasos, hablan de los auxilios que Cardona prestó a Jesús Saldarriaga en el aprendizaje de carpintería, en un taller que el primero tenía, suministrándole herramientas, y aún ordenando el pago de alguna pequeña suma semanal, durante el cortísimo lapso de meses que duró este desempeño.

En las mismas circunstancias de indeterminación, se encuentra el resto de los testimonios que deponen sobre hechos similares. Y si a este vacío probatorio respecto de la duración de diez años continuos por lo menos de los hechos determinantes de la notoria posesión, se agrega la abundantísima prueba testimonial producida por el demandado, y de la que resulta, que personas de idénticas condiciones a las de los otros declarantes, no reputaron a los actores como a hijos de Cardona, porque tampoco presenciaron el trato correspondiente que éste les diera y que de haber sido tan prolongado y continuo como lo exige la ley, habría sido percibido por ellos, preciso es concluír que no está probado, ni menos en la forma irrefragable que la ley exige, la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de los actores respecto del demandado, durante diez años continuos por lo menos; y que por lo tanto, no es fundado el cargo de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas opuesto contra la sentencia del Tribunal.

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha seis de julio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), 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.

Luis Enrique Cuervo—Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

PRESUNCION DE CULPABILIDAD POR ACTIVIDADES ESPECIALMENTE PELIGROSAS — SU ALCANCE—REQUISITOS PARA QUE EL TESTIMONIO CONSTITUYA PLENA PRUEBA — CONFESIONES DE AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO — CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS — EL RECURRENTE DEBE INDICAR SI EL ERROR FUE DE DERECHO O SI FUE UN ERROR DE HECHO QUE APAREZCA DE MANIFIESTO EN LOS AUTOS

1—Cuando en casación se acusa una sentencia por error en la apreciación de determinadas pruebas, es indispensable, para que la Corte pueda apreciar la efectividad del cargo, que el recurrente califique la clase de error en que incurrió el Tribunal al estudiar esas pruebas, porque en este caso el cargo ha de demostrar que el sentenciador incidió en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos.

2—Para que formen plena prueba, no basta que las dos o más declaraciones de testigos hábiles concuerden en todas las circunstancias objetivas del hecho. Es preciso también que las deposiciones cumplan los demás requisitos intrínsecos que persiguen las reglas de los artículos 687, 688 y 689 del Código de Procedimiento Civil, porque el esclarecimiento de la verdad es lo que importa a la justicia, y este fin no se alcanza, por medio de la prueba testimonial y según los principios de la sana crítica, sino cuando es el mismo testigo quien expone todo cuanto sabe sobre el punto de que se trata, explicando cada respuesta para demostrar así que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos. De ahí que cuando él no es capaz de dictar sus respuestas las redacta el funcionario, pero después de conferenciar con el testigo hasta cerciorarse de qué es lo que sabe y quiere decir, tomando aquél especial empeño en que el testimonio sea responsivo, exacto y completo, y haciendo todo lo conducente a poner en claro la confianza que merezca el testigo y la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos que afirma o de que tiene noticia, todo según las sabias pautas contenidas en las citadas disposiciones legales.

3—Es indiscutible que las entidades de derecho público, lo mismo que los particulares, son responsables, en principio, de los daños que se causen a consecuencia de defectos de instalación de cualesquiera servicios, y también de los descuidos, imprudencias u omisiones que les sean imputables en la conservación o prestación de los mismos, bien directamente o bien por actos de los encargados de su dirección o manejo. Y cuando se trata de actividades que de suyo implican riesgo o peligro, se presume la culpabilidad de quien presta el servicio o explota la empresa o negocio, pero no con presunción abstracta, que conduciría a la teoría de la culpa objetiva o del riesgo creado, sino con presunción concreta, es decir, aplicable a cada caso de perjuicio o daño que sobrevenga como efecto necesario de la actividad peligrosa.

La presunción de culpabilidad, derivada de presumirse también la condición de peligrosidad de ciertas actividades, invierte entonces la carga de la prueba, la cual ya no se rige por la regla general de que toca al demandante de la reparación acreditar la culpa. Este queda entonces, por fuerza de aquella presunción, exento de dicha prueba. Y el responsable del daño no podrá eximirse de la imputación presunta, sino mediante la prueba de la ausencia de culpa, si del hecho de las personas por quienes responde se trata, o comprobando fuerza mayor o caso fortuito, o intervención de causa extraña, si el hecho dañino proviene del ejercicio de actividades peligrosas.

Pero no hay que perder de vista que la presunción, en tales casos, es sólo de culpabilidad, es decir, que al damnificado le corresponde demostrar plenamente el hecho perjudicial y la relación de causalidad entre éste y el daño que originó, los cuales no se presumen. Probando que el hecho

ocurrió y que produjo el perjuicio, la culpabilidad del agente directo o indirecto, que lo hace responsable civilmente, queda establecida por presunción legal, que él deberá destruír, si quiere liberarse.

4—Las confesiones de los agentes del Ministerio Público no perjudican a la parte que representan. De suerte que siendo el Personero Municipal Agente de ese Ministerio (artículo 159 C. de P. C.), no es posible encontrar prueba alguna de los hechos debatidos en sus transcritas declaraciones, aunque se admita que ellas implican una confesión de tales hechos, ni, en consecuencia, puede admitirse error del Tribunal en no haber apreciado esa confesión, que legalmente no puede tener la calidad de tal, desde luego que para serlo es necesario que el hecho reconocido PERJUDIQUE a la parte que lo acepta (artículos 604 y 170 ibidem).

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

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

El 9 de abril de 1937 y en la calle de San Juan, barrio de Getsemaní, de la ciudad de Cartagena, murió electrocutada Ana Felicidad Morales, en momentos en que prestaba auxilio a una persona, y fué causa del accidente el haberse desprendido sobre la vía pública unos alambres de alta tensión, debido al mal estado en que se hallaban, en ese sector, las líneas del servicio eléctrico, de propiedad del Municipio.

El Concejo Municipal, por medio de distintos actos, consideró la justicia que asiste a Ramona Pitalúa, madre de la víctima, para reclamar indemnización por la muerte de su hija, pero en definitiva negóse a reconocer y pagar la reparación.

Ana Felicidad ayudaba eficazmente a su madre, quien en parte derivaba de ella lo necesario para su subsistencia, y fué intenso el dolor que sufrió con el desgraciado suceso.

En estos hechos fundóse Ramona Pitalúa para demandar por la vía ordinaria al Municipio de Cartagena, en busca de sentencia que lo condene a pagarle cinco mil pesos por los perjuicios materiales ocasionados por la muerte de su hija, y dos mil por los perjuicios morales.

Con oposición del demandado, siguióse el juicio ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena, quien lo falló el 22 de septiembre de 1942, condenando al Municipio, en abstracto, por los perjuicios materiales, y al pago de mil pesos por los morales.

Sentencia recurrida.—Por apelación concedida a ambas partes, el Tribunal Superior de Cartagena revocó ese fallo y absolvió al Municipio totalmente, en sentencia de 30 de mayo de 1947, contra la cual interpuso la actora el recurso extraordinario que la Corte va a decidir.

Partiendo de la base de que se trata de responsabilidad por culpa extracontractual, en que ésta se presume legalmente en las actividades peligrosas, el Tribunal no encuentra plena prueba de que Ana Felicidad pereciera a consecuencia de contacto con la energía eléctrica, es decir, que hubiera muerto electrocutada, pues los testimonios de Gilberto de Aguas, Luis C. Martínez y Andrés Prada, aportados al debate para acreditar ese hecho sustancial, adolecen del defecto de no ser responsivos. Se ciñen tan uniforme y literalmente al interrogatorio escrito de quien lo pidió que hasta reproducen algún error que deslizóse al redactar el cuestionario, a lo cual se agrega que "de esas declaraciones no aparece un relato coordinado y veraz del siniestro que sirve de base a esta demanda, ya que los testigos sólo afirman que presenciaron que Ana Felicidad fué electrocutada, y que los alambres se desprendieron por estar en mal estado, pero no dicen cómo ocurrió el accidente, dónde se hallaban ellos cuando acaeció, no dan detalle ninguno que le dé viveza y naturalidad al relato. Ellos, en verdad, no relataron; repitieron lo que se les pidió que repitieran. No es ello decir que incurrieran en falsedad; pero sí que su dicho quedó despojado de verosimilitud".

Y añade la sentencia que aunque pudieran aceptarse como pruebas tales testimonios, ellos no servirían, por sí solos, para probar plenamente la electrocución, pues constituirían apenas un indicio vehemente pero no necesario, insuficiente para acreditarla, ya que "el actor olvidó traer a los autos la prueba pericial que, sumada al indicio proveniente del testimonio, librara de toda duda acerca de que la causa de la muerte de Ana Felicidad fué la electrocución".

El recurso.—El recurrente estima violados los artículos 2341, 2343 y 2347 del Código Civil, como consecuencia de errores de derecho y de hecho manifiesto en la apreciación de algunas pruebas, y falta de apreciación de otras.

Se refiere: 1º—A los tres testimonios ya mencionados, respecto de los cuales admite como evidente "que el funcionario que los tomó copió las preguntas, tales y como están en el cuestionario, después de haber interrogado a los testigos y éstos no poder redactar sus respuestas", lo que "es efectivamente una irregularidad, cometida por el funcionario, que no puede invalidar el testimonio". Sostiene que aquéllos forman plena prueba, al tenor del artículo 697 del C. J., pues concuerdan en las circunstancias de modo, tiempo y lugar del siniestro, y la parte demandada no los objetó, ni los tachó sino por amistad íntima, sin que hubiera probado la tacha, y la versión de los hechos está confirmada por el representante del Municipio.

No califica el recurrente la clase de error en que incurriera el Tribunal al estudiar los testimonios referidos, cosa indispensable para que la Corte pueda apreciar la efectividad del cargo, el cual, en este caso, ha de demostrar que el sentenciador incidió en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos; pero de la alegación del recurrente y de la circunstancia de citar como violado el artículo 697 del C. J., que establece la fuerza probatoria de los testimonios contextes, se infiere que acusa por error de derecho, el cual no existe, en opinión de la Sala desde luégo que no basta, para que formen plena prueba, que las dos o más declaraciones de testigos hábiles concuerden en todas las circunstancias objetivas del hecho. Es preciso también que las deposiciones cumplan los demás requisitos intrínsecos que persiguen las reglas de los artículos 687, 688 y 689 del Código de Procedimiento Civil, porque el esclarecimiento de la verdad es lo que importa a la justicia, y este fin no se alcanza, por medio de la prueba testimonial y según los principios de la sana crítica, sino cuando es el mismo testigo quien expone todo cuanto sabe sobre el punto de que se trata, explicando cada respuesta para demostrar así que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos. De ahí que cuando él no es capaz de dictar sus respuestas, las redacta el funcionario, pero después de conferenciar con el testigo hasta cerciorarse de qué es lo que sabe y quiere decir, tomando aquél especial empeño en que el testimonio sea responsivo, exacto y completo, y haciendo todo lo conducente a poner en claro la confianza que merezca el testigo y la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos que afirma o de que tiene noticia, todo según las sabias pautas contenidas en las citadas disposiciones legales.

Es notoria la ausencia de estas modalidades en los testimonios que analizó el Tribunal, quien, por eso, los desestimó como prueba plena, con lo cual, lejos de incurrir en ningún error jurídico o de hecho manifiesto, no hizo más que regirse por los claros preceptos a que se acaba de hacer referencia, sin que tenga importancia el que los defectos de que aquéllos adolecen —que el recurrente reconoce— se deban a quienes los rindieron o a incuria o ignorancia del funcionario que los recibió. El hecho es que son defectuosos, y siéndolo no pueden tener la fuerza probatoria que atribuye el artículo 697, ya citado. Ni es exacto que el demandado no los haya objetado, pues el representante del Municipio, en su alegato de instancia, puso de relieve las ostensibles deficiencias de tales testimonios. Pero aunque ellos estuvieran libres de los defectos apuntados, tampoco serían eficaces, como lo anota el Tribunal, para acreditar aquellos hechos que, por exigir conocimientos especiales, demandan la intervención de la prueba pericial, y que no es posible establecer con simples testimonios, como lo ha pretendido la parte actora en este juicio.

2º—A que, siendo cierto —según las mismas declaraciones— que se desprendió sobre la vía pública el alambre conductor de la corriente eléctrica, y que éste hizo contacto con el cuerpo de Ana Felicidad, quien falleció en el acto, se presume que ésa fué la causa de la muerte, y sólo podría admitirse lo contrario en presencia de una prueba positiva de que otra fué la causa. Esa presunción no fué tenida en cuenta por el Tribunal, a pesar de que éste reconoce la presunción de culpa cuando de actividades peligrosas se trata, e incurrió en error de derecho al considerar que toca a la demandante probar la relación de causalidad entre el contacto con el conductor eléctrico y la muerte de la joven "pues probado el suceso se presume esa relación de causalidad y es de cargo del demandado producir la prueba positiva de que fué otra la causa de la muerte, para ser exculpado".

Falla la premisa de esta argumentación del recurrente, quien parte de la base de estar probados los antecedentes de la presunción, olvidando que el Tribunal desestimó el mérito de los testimonios referidos, al menos como prueba suficiente o completa de los hechos. ¿Pero es cierto, como aquél lo pretende, que siempre se presume la relación de causalidad y que en este caso opera tal presunción?

No está de acuerdo la Sala con este concepto. Es indiscutible que las entidades de derecho público, lo mismo que los particulares, son responsables, en principio, de los daños que se causen a consecuencia de defectos de instalación de cualesquiera servicios, y también de los descuidos, imprudencias u omisiones que les sean imputables en la conservación o prestación de los mismos, bien directamente o bien por actos de los encargados de su dirección o manejo. Y cuando se trata de actividades que de suyo implican riesgo o peligro, se presume la culpabilidad de quien presta el servicio o explota la empresa o negocio, pero no con presunción abstracta, que conduciría a la teoría de la culpa objetiva o del riesgo creado, sino con presunción concreta, es decir, aplicable a cada caso de perjuicio o daño que sobrevenga como efecto necesario de la actividad peligrosa.

La presunción de culpabilidad, derivada de presumirse también la condición de peligrosidad de ciertas actividades, invierte entonces la carga de la prueba, la cual ya no se rige por la regla general de que toca al demandante de la reparación acreditar la culpa. Este queda entonces, por fuerza de aquella presunción, exento de dicha prueba. Y el responsable del daño no podrá eximirse de la imputación presunta sino mediante la prueba de la ausencia de culpa, si del hecho de las personas por quienes responde se trata, o comprobando fuerza mayor o caso fortuito, o intervención de causa extraña, si el hecho dañino proviene del ejercicio de actividades peligrosas.

Pero no hay que perder de vista que la presunción, en tales casos, es sólo de culpabilidad, es decir, que al damnificado le corresponde demostrar plenamente el hecho perjudicial y la relación de causalidad entre éste y el daño que originó, los cuales no se presumen. Probando que el hecho ocurrió y que produjo el perjuicio, la culpabilidad del agente directo o indirecto, que lo hace responsable civilmente, queda establecida por presunción legal, que él deberá destruír, si quiere liberarse.

En el caso **sub judice,** se le imputa al municipio el mal estado de las instalaciones del servicio eléctrico, que determinó la caída sobre la vía pública de un alambre con corriente de alta tensión, el cual, al hacer contacto con el cuerpo de Ana Felicidad Morales, causó la muerte de ésta por electrocución. Pero resulta que el Tribunal, por haber desestimado, por las razones que ya se conocen, la prueba testimonial, y por no haber apreciado las otras a que el recurrente se refiere y de que se hablará en seguida, únicas que la actora produjo para demostrar tales hechos, no los encontró suficientemente acreditados, y no estándolo, mal podía operar la presunción de culpabilidad en el municipio, la cual debía descansar precisamente sobre la plena prueba de esos antecedentes. Y no es dudoso que la prueba de esos hechos (mal estado de la línea, negligencia en su conservación, desprendimiento del alambre, contacto de la persona con la corriente, intensidad de ésta, electrocución) correspondía darla a quien los alegó como determinantes de la culpa, del daño y de la relación de causa a efecto.

3º—A la prueba indicial, que el recurrente encuentra: en la partida de defunción, en la cual se dice que la joven murió electrocutada; en el auxilio de ciento cincuenta pesos concedido por el Concejo para gastos de entierro; en el proyecto de acuerdo, aprobado en primer debate, sobre reconocimiento de indemnización a la demandante, y en el conato de transacción entre el abogado del municipio y el apoderado de la actora.

Según el recurrente, la mala apreciación de los testimonios y la no apreciación de los indicios expresados y de la confesión del demandado, llevaron al Tribunal a absolver al municipio, con lo cual se violaron las disposiciones sustantivas ya citadas.

En cuanto a la prueba que el recurrente califica de indicial, la Sala considera que los hechos en que se apoya no tienen la calidad de indicios, porque si lo que se pretende es que lo son de la causa de la muerte de Ana Felicidad, ellos están muy distantes de establecerla.

En efecto, la circunstancia de que en la partida de defunción se diga que ella murió electrocutada, nada prueba en orden a la verdadera causa de la muerte. Al señor Cura párroco que la extendió se le dió esa información y él la consignó en el acta, como habría consignado cualquiera otra que el desconocido informante le diera. La electrocución resulta así un simple concepto del señor Cura o de quien suministró los datos, desprovisto en absoluto de todo fundamento de certeza legal.

Si es cierto que el Municipio contribuyó con cierta suma de dinero para los gastos de entierro, cosa que ni siquiera aparece suficientemente acreditada, ello no implicaría el reconocimiento de que el accidente se produjo por culpa de aquél, ni que la electrocución fuera la causa de la muerte. Ese auxilio pecuniario puede explicarse por otros móviles y obedecer a motivos di-

ferentes, como lo indica el representante de la entidad municipal.

Y un simple proyecto de acuerdo sobre pago de reparación a la actora, que no llegó a ser ley municipal; que ella provocó por medio de un memorial que halló compasiva acogida en alguno de los concejales, y en el cual, además, se disponía que "la alcaldía para reconocer la cuenta, exigirá a la interesada los documentos que considere indispensables para comprobar el accidente, sin cuyo requisito no podrá expedir la orden de pago respectiva", nada puede probar en relación con las cuestiones debatidas en este proceso.

Lo mismo puede decirse del llamado conato de transacción, del cual no hay más huella en los autos que el memorial que, forma el folio 38 del cuaderno principal de la segunda instancia, dirigido al Tribunal por los apoderados de ambas partes, quienes pidieron suspensión del juicio "mientras discutimos un arreglo amigable".

No se ve, pues, cómo pudo incurrir el sentenciador en los errores que se le imputan por no haber apreciado la llamada prueba indicial, configurada en forma tan débil que no resiste un análisis serio, y deducida de hechos que o nada demuestran en punto a lo que se investiga, o no aparecen probados plenamente, como deben estarlo los indicios.

4°—A la confesión del demandado. De tal califica el recurrente lo que expuso el Personero Municipal en su alegato de la primera instancia, cuando dijo: "Se observa de tales declaraciones que el suceso desgraciado le ocurrió a la menor Ana Felicidad Morales en el momento en que prestaba auxilio a una persona, movida por caridad, pero no dicen cómo era esa prestación de auxilio, ni lo dice tampoco la demandante cuando lo afirma en su demanda, y no lo dice porque ello constituye la exculpación de la pretendida negligencia de parte de mi representado, caso de que fuera a él a quien tocara responder por la negligencia en el estado de las líneas eléctricas.

"Sucedió señor Juez que Ana Felicidad Morales obrando con incalificable imprudencia (rayana si se quiere en heroismo) fué a socorrer a alguien que se hallaba en peligro de ser electrocutado; pero no hizo la operación de socorro con el cuidado requerido. Siendo las cosas así, como lo son, el dueño de la planta eléctrica no es el responsable, puesto que el accidente imputable a su posible negligencia no fué la causa de la muerte sino el arrojo temerario de la menor Morales, del que no puede responder la empresa de electricidad. Sería injusto. Se llegaría, aceptando tal, al abuso de que la sola voluntad de uno sería suficiente para obligar a otro, valiéndose de la imprudencia del arrojo o del sacrificio".

No se detiene la Sala en el estudio de este cargo. Se limita a observar, como ya lo hizo el señor Procurador Delegado en lo Civil en su oposición al recurso, que las confesiones de los agentes del Ministerio Público no perjudican a la parte que representan. De suerte que siendo el Personero municipal Agente de ese Ministerio (artículo 159 C. de P. C.) no es posible encontrar prueba alguna de los hechos en sus transcritas declaraciones, aunque se admita que ellas implican una confesión de tales hechos, ni, en consecuencia, puede admitirse error del Tribunal en no haber apreciado esa confesión, que legalmente no puede tener la calidad de tal, desde luego que para serlo es necesario que el hecho reconocido **perjudique** a la parte que lo acepta (artículos 604 y 170 ibidem).

No prosperan, pues, los cargos fundados en errores de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas del proceso, o en la falta de apreciación de algunas de ellas.

Al final de su demanda aclara el recurrente que "he hablado a la vez de infracción directa de la ley sustantiva y de aplicación indebida de la misma porque, por una parte dejaron de aplicarse los artículos 2341, 2347 y demás citados del Código Civil, lo que constituye violación directa, y por otra parte, como se ve del párrafo anterior, el legislador en vez de aplicar la compensación de culpas del artículo 2357 del C. C., que alegó en su defensa, al confesar, el Municipio, decidió absolverlo con base en un razonamiento erróneo sobre la apreciación de algunas pruebas y en la no apreciación de otras por errores de derecho y de hecho, lo que lo condujo a la interpretación errónea y a la aplicación indebida de las disposiciones sobre responsabilidad civil".

Dos nuevos cargos parecen desprenderse de estas palabras del recurrente. En cuanto al primero, es decir infracción directa de los artículos 2341, 2343 y 2347 del C. C., no se indica el concepto de la violación, que la Corte no puede investigar oficiosamente. El segundo se refiere a errores en la "apreciación de algunas pruebas y en la no apreciación de otras", lo que condujo al sentenciador "a la interpretación errónea y a la aplicación indebida de las disposiciones sobre responsabilidad civil". Este cargo está también mal formulado, pues ni se indican concretamente las pruebas mal apreciadas o dejadas de apre-

ciar, ni se precisan las normas sustantivas que hayan podido ser violadas por el Tribunal. Y si ha querido referirse a las pruebas que quedaron analizadas, ya se vió que respecto de ellas en ningún error de apreciación ha incurrido el sentenciador.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena con fecha treinta (30) de mayo de mil novecientos cuarenta y siete (1947).

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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 en ppdad.

NATURALEZA JURIDICA DE LA ASOCIACION O CUENTAS EN PARTICIPACION— AUNQUE ESTE ES UN CONTRATO MERCANTIL, PUEDE SER CELEBRADO POR PERSONAS QUE CON ANTERIORIDAD NO TENIAN CARACTER DE COMERCIANTES — INTERPRETACION DE LAS DEMANDAS

1—Independientemente de las tres especies de sociedades indicadas en el artículo 463 del Código de Comercio, o sea, la sociedad colectiva, la anónima y la en comandita y la sociedad de responsabilidad limitada, permitida por la Ley 124 de 1937, el Código también reconoce la asociación o cuentas en participación (artículo 629 del C. de C.).

Lo que caracteriza esencialmente la asociación o cuentas en participación, es la circunstancia de que su existencia no se revela a los terceros (art. 629 del C. de C.). El contrato produce sus efectos entre los asociados; él no hace nacer una persona moral; no origina, por lo mismo, ningún efecto con respecto a terceros y engendra solamente obligaciones entre quienes acuerdan.

La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejercitar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas, en la proporción convenida (art. 629 del C. de C.).

Desde el punto de vista de la forma, la asociación o cuentas en participación es tratada como un simple contrato consensual. A diferencia de las otras clases de sociedades comerciales enumeradas, la asociación puede ser probada por todos los medios legales, sin que sea esencial un escrito y, por lo demás, ella no requiere ninguna forma de publicidad.

La asociación no es una persona jurídica; por lo mismo, ella no tiene domicilio social, carece de patrimonio propio, distinto del patrimonio de los asociados. El gestor es reputado único dueño del negocio, en las relaciones externas que produce la participación. Los derechos respectivos de los asociados se determinan por el contrato. Cada uno de ellos debe, como en toda sociedad, hacer un aporte y obligarse a contribuír a las pérdidas que puedan resultar de las operaciones sociales, por lo menos hasta concurrencia de lo aportado.

En la definición (art. 629 del C. de C.) se dice que es éste un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una operación mercantil; y, de esta palabra "comerciantes", se ha tomado pie para decidir que sólo entre los del gremio puede existir la asociación; de modo que la convención no es eficaz sino entre comerciantes, y si en ella participan quienes no merezcan este calificativo, la convención no se rige por las disposiciones en estudio, siendo el pacto nulo; se agrega que, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, la sociedad forma persona jurídica, y como a la asociación no se le atribuye esta calidad, no puede subsistir jurídicamente y viene a reglarse por las disposiciones de la comunidad, por ser ineficaz la convención.

"El Código no exige —ha dicho el Dr. Félix Cortés— para celebrar útilmente cualquiera operación mercantil, la calidad de comerciante; todo el que tenga capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para celebrar operaciones mercantiles, las que se califican de tales, objetivamente consideradas, y no en razón de las personas que en ellas intervienen; quien, sin ser del gremio, ejecuta una operación mercantil, es comerciante, respecto del acto o contrato en que interviene (art. 10). Por consiguiente, si la operación que va a desarrollarse por medio de la asociación, es de suyo un acto de comercio, los partícipes toman la calidad de comerciantes para ese negocio, en caso de que por su profesión no merezcan la calificación general de tales".

"Anular un contrato de asociación sólo porque quienes lo celebran no estén dedicados originaria y profesionalmente al comercio, es exigir para este único convenio una capacidad especial no considerada en la ley; en otros términos: es crear una incapacidad que modifica fundamentalmente las normas que rigen tan importante materia, y ésto sin base jurídica alguna. Cónviene insistir en el particular: naturalmente, el Código de Comercio fué expedido para su propia materia y para las personas dedicadas profesionalmente a ese ramo de actividades, de modo que al referirse a quienes celebran un contrato mercantil, usa como término genérico la palabra comerciantes; pero no en sentido restringido, como es obvio. Tanto más correcta es esta interpretación cuanto que, según se ha dicho, la incapacidad no puede surgir sino de un texto expreso, que no se encuentra en el caso en estudio; y se repite: quien no siendo comerciante ejecuta una operación mercantil, para los efectos de esa operación y para las normas que la rigen, es un verdadero comerciante, aun cuando no pesen sobre él las obligaciones generales impuestas a los del gremio". (Comentarios al Código de Comercio, Dr. Cortés, págs. 243 y 244 —Georges Ripert— Derecho Comercial, segunda edición, 1951, pág. 324).

Debe, pues, concluírse que tal contrato puede celebrarse por toda persona capaz, aun cuando con anterioridad al acto, no estuviere matriculada o catalogada como comerciante.

2—Ha dicho la Corte: "Una demanda es susceptible de interpretación, siempre que al hacerlo no se varíen los factores esenciales del litigio, constituídos por las súplicas del actor y los hechos en que se apoya". (Casación de 9 de julio de 1943, G. J., Tomo 45, pág. 307).

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto en el ordinario seguido por Martín Toro Gil y otro, contra Alfonso Toro, sobre terminación de un contrato de asociación o cuentas en participación.

Antecedentes:

Mediante documento privado suscrito en Tuluá el 14 de julio de 1943, el señor Jesús M. Márquez, como representante de la sociedad "Toro Márquez y Cía.", celebró con el señor Alfonso Toro B. un contrato de asociación para explotar el ramo de sastrería, según el cual Márquez aportaba la cantidad de mil pesos, representados en enseres y mercancías, y Toro B. se comprometía a administrar el negocio como socio industrial, para repartir los beneficios de por mitad.

Expresamente se estipuló que todas las operaciones comunes de la empresa se decidirían por acuerdo de los socios; que el socio capitalista tendría derecho a revisar los libros de la entidad y que las liquidaciones parciales se verificarían cada dos meses.

El 28 de octubre de 1943, dentro del ejercicio social que fué estipulado por dos años, el socio capitalista Márquez cedió su acción e interés a los cónyuges Rafael Marín Toro y Juana Ma. Durán, con el asentimiento del socio industrial Toro B., según nota de traspaso suscrita y reconocida en su autenticidad por ambos contratantes.

Afirmando que, no obstante la expresa aceptación del traspaso del interés social, manifestada por el nombrado Toro B., en la suscripción de la nota de cesión y en el acuerdo de liquidaciones parciales del negocio, éste se había negado luego a admitir en forma alguna, la ingerencia de los nuevos asociados, incumpliendo así el pacto que los liga; los cónyuges Toro-Durán, por dicha razón, demandaron ante el Juzgado del Circuito de Tuluá la resolución del contrato, con la correspondiente indemnización de perjuicios y el decreto de liquidación de las operaciones sociales.

Por apelación interpuesta por el demandado de la providencia de primera instancia, que declaró resuelto el contrato de asociación o cuentas en participación, de que se trata, y en la cual se ordenó su liquidación, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, donde al final de la actuación debida, se falló, confirmando la recurrida, con la sola reforma de que no se trata de **resolución,** sino de **disolución** del contrato, por las circunstancias que se anotarán luego.

Considera el Tribunal que, aun cuando el demandado pretendió negar la vigencia del pacto de asociación que lo liga con los demandantes, su constitución aparece del documento privado suscrito por él con Jesús María Márquez y tras-

pasado luego por el mismo, con su asentimiento, a los actores en el pleito.

Que está demsotrado el incumplimiento por parte del señor Toro B. de sus compromisos, al tenor de lo pactado, lo que aparece de declaraciones rendidas y de su confesión en posiciones, de donde se desprende que Toro B. ha pretendido desconocer los derechos de sus asociados, negándoles toda intervención en el establecimiento de sastrería, materia de la convención, en el examen de libros y comprobantes y absteniéndose de rendirles cuenta de las liquidaciones parciales estipuladas en el acuerdo que los liga.

Que como el hecho del incumplimiento fué elevado expresamente a causal de disolución de lo pactado, según los términos del contrato suscrito por las partes, resulta fundada la pretensión de los demandantes de que se proceda a la liquidación definitiva de los negocios sociales y a la indemnización de los perjuicios que les haya causado el socio renuente.

La sentencia del Juzgado se limitó a proveer lo pertinente a la liquidación del contrato de asociación, absteniéndose de considerar lo relativo a los perjuicios demandados. Los proponentes consintieron el fallo, por lo cual el Tribunal nada pudo resolver al respecto.

Considera el sentenciador, que en esta clase de contratos de asociación "de tracto o cumplimiento sucesivo, no corresponde propiamente el fenómeno de la "resolución", por lo cual se decide por declarar **disuelto** el pacto de asociación demandado, reformando por ello, en esta parte, la providencia del inferior y confirmándola en lo demás.

El recurso de casación

En desacuerdo con lo fallado, el representante del demandado interpuso recurso de casación. Fundado y tramitado éste en forma legal, se pasa a decidir.

Tres son los cargos aducidos contra la sentencia, que se resumen así:

a) Error de hecho en la apreciación del contrato contenido en el documento de catorce de julio de mil novecientos cuarenta y tres, suscrito por Jesús M. Márquez, como representante de la sociedad Toro, Márquez y Cía., y por Alfonso Toro B., en relación con la escritura número 273 de primero de abril de 1943, por la cual se constituyó la sociedad nombrada.

El error, a su juicio, se desprende de haber tenido como demostrada la existencia de "un contrato de asociación o cuentas en participación", celebrado por comerciantes, cuando en los autos no hay prueba de que quienes lo efectuaron, ejercieran el comercio.

De la escritura número 237, consta que los socios que la integran ejecutan un contrato de sociedad civil. Por otro lado, Alfonso Toro B. entró a formar parte del contrato de asociación, en calidad de sastre, aportando su industria, que no está comprendida entre los actos de comercio que enumera el artículo 20 del Código de la materia.

Que la calidad de comerciante es esencial para que se pueda constituír un contrato de asociación o cuentas en participación.

Manifiesta que el legislador dispuso que la sociedad comercial se constituyera por escritura pública registrada, pero que, por excepción, se permiten las asociaciones o cuentas en participación, celebradas sin tales formalidades, pero únicamente entre comerciantes, quienes pueden "interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte de capital que convengan y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen". (Sentencia de 28 de junio de 1892; año VII, Nº 346, pág. 279).

Dice que ninguno de los otorgantes del instrumento en que se hizo constar la asociación en estudio, es comerciante, y que tampoco lo son, el señor Toro y su esposa, a quienes la sociedad Toro Márquez y Cía, cedió su interés social.

Que el Tribunal, al darle valor al contrato en referencia, infringió los artículos 629 y 633 del Código de Comercio; igualmente, por no haberlos aplicado, los artículos 593 del C. J. y 1757 del C. C., "que para nada tuvo en cuenta". Y como la cesión no pudo hacerse sino a comerciantes, al admitirla para personas carentes de tal calidad, violó por aplicación indebida, los artículos 254 del C. de Comercio, en relación con el 33 de la ley 57 de 1887. El Tribunal quebrantó también los artículos 9 y 20 de dicho Código, que no tuvo presente al fallar.

Acusa, igualmente, por nuevo error de hecho en la apreciación de otras pruebas, que necesariamente han debido llevar al juzgador a declarar probada "la excepción de ilegitimidad de personería o la de petición de un modo indebido".

Señala como mal apreciados, los siguientes hechos, que considera demostrados:

1—Antes de hacerse la cesión de Márquez a Toro y su mujer, el contrato de asociación estaba terminado por consentimiento de las partes; dice

que al reverso del documento de asociación, se hizo constar que "por consentimiento unánime de los dos socios se declara expirada la sociedad entre Jesús M. Márquez y Alfonso Toro". Que no obstante ello, con posterioridad, Márquez cedió su interés en la asociación, a pesar de haber terminado el contrato; 2º—Que si la asociación mercantil sólo puede celebrarse entre comerciantes, mal se puede ceder la acción en una institución de tal naturaleza, a quien, como Toro, no es comerciante; 3º—Que si la asociación o cuentas en participación había fenecido, la acción de resolución carecía de objeto.

Que es obligación del juzgador declarar las excepciones que aparezcan demostradas, aun cuando no fueran alegadas, y que tal ha debido hacerse en el caso en estudio, lo que dió lugar a la violación del artículo 343 del C. J., por no haberse aplicado, siendo el caso.

c) Que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes, por cuanto se demandó "se declarara resuelto el contrato de sociedad comercial por el cual se fundó la denominada "Arte y Lujo de Márquez Toro & Comp.", y que, sin embargo, el Tribunal lo que dispuso fué la "disolución", fenómeno completamente distinto de aquél. En síntesis, que se demandó la resolución y se declaró la disolución del contrato.

Para resolver, se considera:

Independientemente de las tres especies de sociedades indicadas en el artículo 463 del Código de Comercio, o sea la sociedad colectiva, la anónima y la en comandita y la sociedad de responsabilidad limitada, permitida por la ley 124 de 1937, el Código también reconoce la asociación o cuentas en participación (artículo 629 del C. de C.).

Lo que caracteriza esencialmente la asociación o cuentas en participación, es la circunstancia de que su existencia no se revela a los terceros (art. 629 del C. de Com.). El contrato produce sus efectos entre los asociados; él no hace nacer una persona moral; no origina, por lo mismo, ningún efecto con respecto a terceros y engendra solamente obligaciones entre quienes acuerdan.

La participación es un contrato por el cual, dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejercitar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas, en la proporción convenida (art. 629 del C. de C.).

Desde el punto de vista de la forma, la asociación o cuentas en participación es tratada como un simple contrato consensual. A diferencia de las otras clases de sociedades comerciales enumeradas, la asociación puede ser probada por todos los medios legales, sin que sea esencial un escrito y, por lo demás, ella no requiere ninguna formalidad de publicidad.

La asociación no es una persona jurídica; por lo mismo, ella no tiene domicilio social, carece de patrimonio propio, distinto del patrimonio de los asociados. El gestor es reputado único dueño del negocio, en las relaciones externas que produce la participación. Los derechos respectivos de los asociados se determinan por el contrato. Cada uno de ellos debe, como en toda sociedad, hacer un aporte y obligarse a contribuír a las pérdidas que puedan resultar de las operaciones sociales, por lo menos hasta concurrencia de la aportado.

En la definición, (art. 629 del C. de C.) se dice que es éste un contrato, por el cual dos o más comerciantes toman interés en una operación mercantil; y, de esta palabra "comerciantes", se ha tomado pie para decidir que sólo entre los del gremio puede existir la asociación; de modo que la convención no es eficaz sino entre comerciantes, y si en ella participan quienes no merezcan este calificativo, la convención no se rige por las disposiciones en estudio, siendo el pacto nulo; se agrega que, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, la sociedad forma persona jurídica; y como a la asociación no se le atribuye esta calidad, no puede subsistir jurídicamente y viene a reglarse por las disposiciones de la comunidad, por ser ineficaz la convención.

"El Código no exige, ha dicho el doctor Félix Cortés, para celebrar útilmente cualquiera operación mercantil, la calidad de comerciante; todo el que tenga capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para célebrar operaciones mercantiles, las que se califican de tales, objetivamente consideradas, y no en razón de las personas que en ella intervienen; quien, sin ser del gremio, ejecuta una operación mercantil, es comerciante, respecto del acto o contrato en que interviene (art. 10). Por consiguiente, si la operación que va a desarrollarse por medio de la asociación, es de suyo un acto de comercio, los partícipes toman la calidad de comerciantes para ese negocio, en caso de que por su profesión no merezcan la calificación general de tales".

"Anular un contrato de asociación sólo porque

quienes lo celebren no estén dedicados originaria y profesionalmente al comercio, es exigir para este único convenio una capacidad especial no considerada en la ley; en otros términos: es crear una incapacidad que modifica fundamentalmente las normas que rigen tan importante materia, y ésto sin base jurídica alguna. Conviene insistir en el particular; naturalmente, el Código de Comercio fué expedido para su propia materia y para las personas dedicadas profesionalmente a ese ramo de actividades, de modo que al referirse a quienes celebran un contrato mercantil usa como término genérico la palabra comerciantes; pero no en sentido restringido, como es obvio. Tanto más correcta es esta interpretación cuanto que, según se ha dicho, la incapacidad no puede surgir sino de un texto expreso, que no se encuentra en el caso en estudio; y se repite: quien no siendo comerciante ejecuta una operación mercantil, para los efectos de esa operación y para las normas que la rigen, es un verdadero comerciante, aun cuando no pesen sobre él las obligaciones generales impuestas a los del gremio". (Comentarios al Código de Comercio, doctor Cortés, págs. 243 y 244. —Georges Ripert— Derecho Comercial, segunda edición, 1951, pág. 324).

Debe, pues, concluírse que tal contrato puede celebrarse por toda persona capaz, aun cuando con anterioridad al acto, no estuviere matriculada o catalogadá como comerciante.

b) Como segundo cargo, expresa el señor apoderado del recurrente, que el Tribunal, a pesar de haber encontrado demostradas las excepciones de ilegitimidad de personería y petición antes de tiempo, no las declaró como era lo legal.

En primer lugar, considera la Sala, que las razones expresadas al rebatir el primer reparo a la sentencia, son pertinentes en cuanto al nuevo motivo de acusación, pues ya se vió que el solo hecho de realizar una asociación para fines mercantiles, es motivo para considerar para tal efecto, como comerciantes, a quienes la realizan o se asocian; lo mismo puede decirse de quien viene a formar parte de la asociación, por haber adquirido el derecho de la persona o entidad que formaba parte de ella y se lo cede con el consentimiento de otro u otros de los asociados.

La expresión empleada por Márquez, al retirarse de la asociación, en donde se dice que se declara "expirada la asociación entre Jesús M. Márquez y Alfonso Toro", no quiere decir otra cosa que, al separarse el socio Márquez y entrar las personas a quienes traspasó su derecho, por consentimiento de su socio, aquél dejaba de formar parte de la asociación, se extinguía su interés social allí. Y esta interpretación hecha por el Tribunal, no sería posible variarla en casación, pues no se ve que en ella exista un error evidente de hecho.

c) **Causal segunda.** En innumerables fallos, ha dicho la Corte que el motivo segundo de casación tiene lugar cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, o deja de decidir sobre los que han sido objeto del litigio, o se condena a más de lo pedido, o se deja de fallar sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, cuando sea del caso hacerlo.

Nada de ello ha sucedido en el presente litigio; dentro de la facultad que le asiste al Juez de interpretar la demanda, consideró el juzgador que, refiriéndose la propuesta a un contrato de tracto o cumplimiento sucesivo, no correspondía propiamente el fenómeno de su resolución, que entraña volver las cosas a su estado anterior, considerando por ello que, a pesar de lo expresado, el fin propuesto por el actor era obtener la terminación de lo acordado, y hallando justificadas las razones para el caso, así lo acordó.

No existe, pues, la incongruencia demandada, ya que entre las facultades del sentenciador, está la de interpretar la demanda.

"Una demanda —ha dicho esta Sala— es susceptible de interpretación, siempre que al hacerlo no se varíen los factores esenciales del litigio, constituídos por las súplicas del actor y los hechos en que se apoya". (Casación, G. J. Nº 1946, Tomo 45, julio 9 de 1943, pág. 307).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

SENTENCIA:

Por las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Güalberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS

Cuando se acusa en casación una sentencia por errónea apreciación de pruebas, es necesario, entre otras cosas, indicar concretamente cuál o cuáles pruebas no fueron tenidas en cuenta o fueron mal apreciadas, y también si el error del Tribunal fué de hecho o de derecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

En una demanda de octubre de 1947, se presenta Roberto Alfonso Salazar, por medio de apoderado, pidiendo ante el Juez Civil del Circuito de Buga estas declaraciones contra Laurentino de J. Correa:

1ª—Que pertenece a Salazar, por hacer parte de su finca La Cecilia, un lote de unas diez plazas de extensión, poseído actualmente por Correa, por linderos que allí se detallan;

2ª—Que está resuelto el contrato verbal celebrado entre Salazar y Correa, por incumplimiento de éste y aún por vencimiento del "plazo natural" del mismo, de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones pactadas en él.

3ª—Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, Correa está obligado a restituír a Salazar el lote de tierra con las mejoras que contiene, sin obligar a Salazar a reembolso alguno "dada la naturaleza del contrato en referencia y la mala fe del demandado".

4ª—Que Correa debe pagar los perjuicios por el incumplimiento del referido contrato y por la retención indebida del lote.

5ª—Que Correa debe pagar las costas.

En los hechos de la demanda se lee que Salazar adquirió el lote, en mayor extensión, por escrituras públicas en que consta la compra de unas mejoras agrícolas por linderos que se detallan en la escritura 648 de 4 de octubre de 1926, Notaría 1ª de Tuluá, que fué presentada con la demanda.

El Juzgado falló el pleito en proveído de trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, por el cual se absuelve al demandado.

Razón cardinal de esta absolución: no estar probada la existencia del contrato verbal, ni estar probado el incumplimiento del mismo.

Como el actor apeló, el Tribunal Superior de Buga decidió el asunto con la sentencia de tres de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, por la cual se revoca la de primer grado y se condena a Correa a restituír a Salazar el lote determinado en la demanda, previo pago de las mejoras hechas antes de la notificación de la demanda. Se hizo reconocimiento de la buena fe de Correa, y se dispuso que con base en el artículo 553 del C. Judicial fueran reguladas las mejoras "como los frutos que, con posterioridad a tal evento correspondan al demandante".

Razones cardinales de este fallo fueron: "lo manifestado por el demandado, tanto en la diligencia de inspección ocular, como lo manifestado por su apoderado en la contestación de la demanda". Dice el Tribunal que en la inspección declaró Correa que el lote lo posee con la autorización verbal que le diera Salazar para que derribara monte y sembrara café, y que esta declaración está conforme con lo que expresó el mismo apoderado de Correa en la contestación de la demanda. Y agrega el Tribunal: Las anteriores manifestaciones de la parte demandada no se han desvirtuado, y por lo que declaró el demandante en la misma diligencia de inspección ocular, parece convenir en que Correa tiene cultivos que se le deben pagar, previamente a la restitución que Correa debe hacer del lote materia del juicio.

Se alzó en casación el demandado Correa, y su apoderado, después de alguna historia del negocio, rompe así su acusación contra la sentencia del Tribunal:

"Invoco la primera de las causales enumeradas en el artículo 520 del C. Judicial, o sea, ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, tanto por infracción directa como por aplicación indebida o interpretación errónea de ella proveniente todo ésto de indebida apreciación de las pruebas que figuran en los autos".

Entra en seguida el recurrente a hablar "del

reconocimiento claro, aunque implícito, que hace el Tribunal de ser el señor Salazar titular del dominio del lote de terreno poseído por Correa", y expresa en seguida que "el fallo del Tribunal, al ordenar la entrega del terreno a Sálazar, aceptándolo como dueño, viola por una parte los artículos 740, 745 y 752 del C. Civil. Y por último, manifiesta que la sentencia viola también el artículo 1º de la Ley 200 de 1936.

Esto es lo único relacionado con la casación, que se encuentra en la demanda; y se pregunta: ¿qué motivo de casación dió lugar a estas violaciones? ¿Si como se dijo arriba, el Tribunal violó la ley sustantiva por indebida apreciación de las pruebas, a qué pruebas en concreto se refiere el recurrente? ¿La indebida apreciación de pruebas dió lugar a un error de derecho? ¿Lo dió a un error de hecho manifiesto?

Todos estos interrogantes se quedan sin contestación, porque ella no aparece en la demanda de casación, lo que quiere decir que el recurrente no ha estado acertado en su acusación contra la sentencia del Tribunal. Debiera, pues, desestimarse esa demanda, porque el planteamiento del caso ante la Corte es antitécnico y antijurídico, pero la Sala quiere hacer algún estudio del asunto, a saber:

Dentro de la parte simplemente historial de la demanda, el recurrente dice:

"La forma en que ha sido decidido el litigio por el Tribunal, indica claramente que esta entidad ha estimado probados estos hechos:

"a) Que Roberto Alfonso Salazar es dueño del terreno que ocupa Laurentino de J. Correa y en el cual éste ha plantado cultivos de café y otras sementeras;

"b) Que Correa, a título de cultivador y mediante un contrato de aparcería o el de agregados, **poramberos,** arrendatarios de parcelas, etc., recibió de Salazar, como dueño o arrendador del terreno, el lote poseído y cultivado por aquél, a quien se considera poseedor de buena fe".

En cuanto al primer aparte, el Tribunal no ha dicho ni resuelto que Salazar sea dueño del terreno. El recurrente expresa en otra parte que el Tribunal hizo reconocimiento de que Salazar "es titular del dominio del lote de terreno poseído, por Correa, y el yerro es manifiesto". A lo cual se expresa: La sentencia no dice, ni en la parte ex-

positiva ni en la parte resolutiva, que Salazar sea dueño del lote de terreno ocupado por Correa. En esta parte se condenó a Correa "a restituír el predio determinado en la demanda". Y en esta demanda se habla de que Salazar compró por escritura pública "el dominio de unas mejoras agrícolas conocidas con el nombre de **La Cecilia",** por los linderos allí detallados; y se habla también de que dentro de esa finca de mejoras Salazar "entregó al citado Correa un lote de unas diez plazas de extensión para que lo cultivara".

Ya se vió que en los hechos de la demanda, Salazar habla de que lo ocupado por Correa hace parte de su finca de mejoras, y presentó con la demanda la escritura a que tales mejoras se refieren.

Toda argumentación, pues, fundada en la afirmación de que el Tribunal reconoció que Salazar es dueño del terreno, y toda violación que se enuncie con base en un reconocimiento que el Tribunal no ha hecho, carecen de contenido legal.

En cuanto a lo segundo, el Tribunal en ninguna parte le reconoció a Correa el carácter de arrendatario y a Salazar el de arrendador. Al contestar la demanda, Correa expresó que está listo a venderle a Salazar las mejoras que demanda, por su justo precio. Afirma así Correa que lo reclamado por Salazar en la demanda son mejoras, y dentro de un espíritu de equidad, el Tribunal ordena la restitución del lote, excluyendo los sembrados, sin que haya expresado que se trata de un contrato de arrendamiento, como lo alega el recurrente.

Ya se vió que el Tribunal no estuvo de acuerdo con el Juzgado, porque consideró que con lo manifestado por Correa en la diligencia de inspección que figura en autos, y con lo expuesto por el apoderado del dicho Correa en la contestación de la demanda, se fundamenta la acción que despachó favorablemente. Pero el recurrente entra a examinar solamente el acta de inspección, para formularle objeciones, y nada dice de la contestación de la demanda. Lo que quiere decir que no presentó cargo contra la prueba completa que tuvo en cuenta el Tribunal. Fuera de que si en la sentencia se hizo apreciación y se atribuyó mérito a una prueba de inspección ocular, no le es dado a la Corte desestimar ese criterio que el Tribunal se formó de la citada inspección, sino en cuanto hubiera de por medio un error de hecho. Además, ya se dijo que el re-

currente no manifestó si el Tribunal había incurrido en error de hecho manifiesto, o de derecho en la apreciación de pruebas, ni siquiera señaló los textos legales que en su concepto se hubieran violado por indebida apreciación de aquéllas.

No tiene razón entonces el recurrente en las acusaciones que formula contra la demanda.

En atención a 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 Buga, de fecha tres de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

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.

REQUISITOS PARA QUE SEA VALIDA LA SUBROGACION DE BIENES PROPIOS DE UNO DE LOS CONYUGES — REPRESENTACION DE LAS HERENCIAS Y DE LAS SOCIEDADES CONYUGALES — TECNICA DE CASACION— CAUSAL SEGUNDA — CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS Y POR FALTA DE APLICACION DE DISPOSICIONES LEGALES

1—La no apertura del juicio de sucesión del causante o la falta de las copias de los autos atinentes a dicha apertura y reconocimiento de herederos, no tiene ninguna importancia, porque probado como está el carácter de hijo legítimo y, por tanto, de heredero, el derecho a pedir en tal condición ha quedado establecido. Ni es de interés la existencia de otros herederos, porque sabido es que cualquiera de los herederos representa por activo a la sucesión y por ende a la sociedad conyugal disuelta, sin que sea indispensable que todos concurran a demandar.

2—Por regla general, son bienes sociales los adquiridos a título no gratuito durante el matrimonio, pero el artículo 1873 del C. C. estipula que no obstante no entrarán a formar parte del haber social los inmuebles que fueron debidamente subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges, ni las cosas compradas con valores propios de uno de éstos, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.

Pero, para que opere una tal subrogación, es indispensable, conforme lo preceptúa el artículo 1729 ibidem, que el segundo inmueble (o sea el adquirido últimamente) se haya permutado por el anterior que era bien propio del cónyuge, o que, vendido el primero durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el segundo; y que en la escritura de permuta o en las de venta y de compra se haya expresado el ánimo de subrogar. La simple manifestación de subrogar hecha en la escritura de compra del segundo inmueble, no es suficiente para que la subrogación cumpla sus efectos conforme a la ley.

3—La causal segunda de casación, del artículo 520 del C. J., se aplica exclusivamente cuando se dejó de fallar sobre alguna petición de la demanda o excepción del demandado, o cuando se falló otorgando al actor derechos no solicitados por éste en su libelo y respecto de los cuales no cabe el pronunciamiento de oficio. Pero nada tiene que ver con esta causal la fundamentación que al fallo le haya dado el Tribunal.

4—Cuando se ataca en casación una sentencia por no haber aplicado unas disposiciones legales, el recurrente debe exponer las razones que a su juicio hacían indispensable la aplicación de esas disposiciones, señalar el alcance de estos textos tal como era forzoso deducirlo en la sentencia recurrida, e indicar los resultados a que hubiera llegado el sentenciador, de haberlos tenido en cuenta.

El alcance de la violación de la ley sustantiva y los efectos que ella ha producido deben quedar claramente establecidos en el cargo, exponiendo las razones para sustentar ambas cosas.

5—Para la prosperidad, en casación, del cargo por errónea apreciación de pruebas, el recurrente debe alegar y demostrar que en la estimación de ellas el Tribunal incurrió en error de derecho o de hecho, evidente y manifiesto este último, señalando concretamente, en uno y otro caso, las que fueron objeto de la mala apreciación y demostrando en qué consistió ésta.

6—Las simples consideraciones que se hagan en la parte motiva de la sentencia y que no tengan incidencia sobre la resolutiva, no pueden ser objeto de casación.

7—Cuando la Corte casa la sentencia del Tribunal y entra a fallar como juez de instancia, tiene la oportunidad de pronunciarse en forma oficiosa sobre una nulidad que de manera manifiesta aparezca en el título o contrato. También puede decretar la nulidad oficiosamente cuando se contro-

vierta entre las partes que celebraron el acto en que ella consta.

8—Así como para poder formular las peticiones de la demanda se necesita que el actor tenga la legitimación o personería sustantiva que lo faculte para ello, también para oponerse en forma válida a las pretensiones de la contrademanda es necesario que el demandado en ella sea precisamente aquel que conforme a la ley esté llamado a responder. En caso contrario, se tendría una ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte actora o de la parte demandada.

La Corte ha dicho sobre este particular: "Hay ilegitimidad en la personería sustantiva del demandado cuando el demandante dirige contra el heredero, en su carácter personal, ácción reivindicatoria de una finca poseída por el de cujus, en vez de dirigirla contra la sucesión, aún ilíquida, representada por el heredero" (Negocios Generales, junio 7 de 1937, G. J., Tomo 45, pág. 532). Lo mismo sucede, como es obvio y también lo ha sostenido en muchas ocasiones la Corte, cuando se demanda al heredero en su propio nombre y aún en su carácter de representante de la sucesión, habiéndose debido demandar a la sociedad conyugal.

9—En doctrina reiterada de la Corte, que cualquiera de los herederos pueden demandar en nombre de la sucesión o de la sociedad conyugal que representen, ya que no es admisible la exigencia de que todos obren de consuno, pues se haría en muchos casos nugatorio el derecho de quienes estén interesados en el ejercicio de tales acciones; mas también se ha dicho en numerosos fallos, que, por el contrario, para demandar debidamente a la sucesión o a la sociedad conyugal ilíquidas, y obtener una sentencia condenatoria que indispensablemente ha de producir sus efectos contra todos los herederos y el cónyuge sobreviviente que las representen, debe demandarse no a uno o a varios de éstos, sino precisamente a todos ellos.

Es necesario, no obstante, considerar que, como la sucesión no es una persona jurídica, sino una especie de comunidad representada por los herederos, cuando se demanda a aquélla se entiende estarse demandando a éstos. Por tanto, la petición de que se condene a la sucesión es equivalente a la de condena contra los herederos que la representan, y si todos éstos han sido demandados, la condena puede prosperar; pero si sólo ha sido demandado uno de los herederos, solamente es posible proferir la condena contra éste, en la parte proporcional que le corresponda de acuerdo con su cuota herencial, porque condenar a la sucesión equivale a condenar a todos los herederos. De esta manera, sin condenarse a quien no ha sido parte en el juicio, sí se impone la condena pedida, en cuanto al heredero llamado al juicio y en cuanto a cuota herencial y responsabilidad proporcional en el pasivo social.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, junio once de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

En libelo fechado el 25 de septiembre de 1946, por medio de apoderado el señor Alejandro Pinto Valderrama demandó a la señora Elvira Soler v. de Pinto ante el Juez del circuito civil de Soatá para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciónes:

"**Primera.**—Que la sociedad conyugal formada por el matrimonio del señor Segundo Pinto Valderrama con la señora Elvira Soler, actualmente disuelta por muerte del primero, es dueña de los siguientes bienes: A) Una casa de dos pisos con su correspondiente suelo, patios y solar, construída de paredes, madera y teja de barro, situada en la esquina suroeste de la plaza principal de Soatá, demarca (sic) por los siguientes linderos: Por el Norte, la calle cuarta (4ª) de "Pantano de Vargas"; por el oriente, con la carrera cuarta; por el sur, con propiedades de herederos de Jeremías Cetina y con de la señorita Lucila Medina; por el occidente, con de herederos del doctor Víctor S. Camacho. Se exceptúan un apartamento de dos pisos situado hacia la carrera cuarta, de propiedad de la demandada señora Soler, y dos locales más que pertenecen, uno, que forma esquina en el piso bajo, a José de Jesús Márquez y otro, que dá frente a la calle cuarta, de propiedad de Santos Olivares; y B) Otra casa con su correspondiente suelo, pa-

tios y solares, construída de paredes, madera y teja de barro, con un lote de terreno adyacente, denominada la finca así formada "Villa Elvira", situada en la vereda de Llanogrande, jurisdicción de Soatá, determinada por estos linderos: por el frente la carretera central del Norte; por el costado derecho, la acequia de Santo Cristo; por cabecera, partiendo de un mojón de piedra situado en la orilla de la acequia, citada, en línea recta a otro mojón de piedra; y por último costado, de este mojón en línea recta a otro situado en la orilla de la carretera, primer lindero. Tiene para su beneficio esta finca dos tejas de agua el doce de tanda, de la toma de "Santo Cristo", en tanda de diez y siete días.

"**Segunda.**—Que, cómo consecuencia de la declaración anterior, se ordene a la demandada señora Elvira Soler viuda de Pinto restituír a favor de la sociedad conyugal formada por su matrimonio con don Segundo Pinto V., actualmente disuelta por muerte de éste y representada para efectos de este juicio por el señor Alejandro Pinto Valderrama, sin perjuicio de los demás interesados, los bienes que se dejan alinderados, junto con los frutos civiles y naturales que hayan podido producir desde el día en que murió el cónyuge Segundo Pinto V. (14 de diciembre de 1943).

"**Tercera.**—Que la demandada señora Elvira Soler viuda de Pinto ha perdido el derecho que le corresponde o que podía haberle correspondido en los bienes mencionados, tanto en su condición de cónyuge supérstite y por lo que respecta a gananciales, como por toda asignación testamentaria que a su favor hubiera hecho el señor Segundo Pinto V.

"**Cuarta.**—Que, como consecuencia de la súplica inmediata anterior, los bienes de que dá cuenta la petición **Primera** deben distribuírse únicamente entre los sucesores legales, testamentarios o ab intestato, del señor Segundo Pinto V.

"**Quinta.**—Que se condene en costas a la demandada".

Son hechos de la demanda:

1º—Segundo Pinto Valderrama contrajo matrimonio católico con Octavia Valderrama y de tal unión nació Alejandro Pinto Valderrama; 2º—Muerta la señora Octavia, don Segundo contrajo matrimonio en terceras nupcias con la señora Elvira Soler en el año de 1925; 3º—Durante la existencia de la sociedad conyugal Pinto-Soler fueron adquiridos a título oneroso los bienes a que se refiere la demanda, mediante compra efectuada por la cónyuge según escritura número 306 otorgada ante la Notaría Tercera de Soatá el 5 de octubre de 1939; 4º—En dicha escritura se lee: "4º—Que el dinero con que Elvira Soler de Pinto ha pagado los bienes que adquiere por el presente contrato, es de su exclusiva propiedad y proviene de la venta de una casa en Capitanejo conforme consta en escritura pública número trescientos catorce (314) de fecha veintidos (22) de septiembre de mil novecientos treinta y uno (1931) otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Málaga y de los productos y rendimientos que le ha traído la Empresa conocida en esta ciudad con el nombre de Hotel Lincoln, de tal manera que los inmuebles materia de esta negociación subrogan los valores conque se adquieren y que por lo mismo no entran a formar parte de la sociedad conyugal por las razones apuntadas". "5º—Al amparo de la anterior cláusula, así como por la voluntad contumaz de sostener en todo trance para sí el dominio exclusivo de los bienes referidos, la señora Elvira Soler viuda de Pinto ha estado en posesión única, con ánimo de dueña absoluta, de los bienes mencionados, logrando en tal forma hacer completamente ilusorios los derechos que corresponden a los sucesores de don Segundo Pinto V. 6º—En su actitud excluyente la señora Elvira Soler V. de Pinto pretende burlar los derechos que corresponden a los sucesores de don Segundo Pinto V., y en tal sentido, prácticamente ha sustraído los bienes a la persecusión de aquéllos, quienes no han podido participar en parte alguna de su administración, ni de los rendimientos, que ha recibido en su totalidad la demandada. 7º—Don Segundo Pinto V. murió en Soatá el catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres. 8º—La señora Elvira Soler viuda de Pinto está en posesión actual de los bienes a que se refiere la demanda, usufructuándolos en su exclusivo provecho en posesión de mala fe por saber que pertenecen a la sociedad conyugal Pinto-Soler dichos bienes.

Refiriéndose a las cláusulas sobre subrogación que aparecen en varios instrumentos públicos allegados a los autos, y con los cuales la demandada quiso dejar constancia de que los bienes adquiridos por ella eran de su exclusiva propiedad, dice el demandante: "O ella sabía que los bienes a que la demanda se refiere sí entraron al patrimonio de la sociedad conyugal formada por su matrimonio con don Segundo Pinto, o no lo

sabía. En el primer caso viene la consecuencia irremediable de que ella sí pretendió burlar los derechos de dicha sociedad conyugal mediante todos los actos de que dá cuenta la actuación; y como estos actos tuvieron como móvil exclusivo ocasionar perjuicio a un ajeno patrimonio, se ha hecho acreedora a las sanciones consiguientes, o sea las consagradas por los artículos 1824 y 1288 del Código Civil. En el segundo, es decir, si ella no sabía que tales bienes ingresaban al patrimonio social, se estaría en presencia de un error de derecho por cuanto equivaldría a manifestar el desconocimiento de las disposiciones legales a cuyo amparo ha surgido la consecuencia de que los bienes sí son sociales, y ya está visto que el error en materia de derecho constituye presunción de mala fe que no admite prueba en contrario. En uno y otro caso queda comprobada la mala fe en los actos de ocultamiento de los bienes".

La demandada se opuso a todas las súplicas de la demanda y respecto a los hechos manifestó que los inmuebles los había adquirido, con dinero, de su exclusiva propiedad, para ella y no para la sociedad conyugal; que a virtud de la subrogación los bienes no han entrado al patrimonio social sino al haber particular de la compradora; que en consecuencia, tiene el dominio pleno y exclusivo de los bienes y es poseedora de buena fe. Propuso las excepciones de carencia de acción y falta de personería sustantiva en el demandante.

Demanda de reconvención

El 10 de octubre de 1946 el apoderado de la demandada presentó demanda de reconvención dirigida contra Alejandro Pinto, personalmente, para que "en el remoto evento de que prosperase lo pedido en la demanda principal", se hicieran las siguientes declaraciones: "a) Que la sociedad conyugal formada por el matrimonio de don Segundo Pinto con la señora Elvira Soler y disuelta por muerte de don Segundo, y la sucesión de este caballero, están obligadas a pagar a mi poderdante Elvira Soler de Pinto, el valor de las mejoras puestas en la casa de Soatá de que trata la demanda, consistentes en una edificación de paredes de ladrillo y cemento, pañetes, puertas, servicios sanitarios, piezas cementadas, tablados, etc. b) Que mientras no se le satisfagan a mi mandante el valor total de esas mejoras, debe reconocérsele el derecho de retención de los inmuebles porque ha sido demandada. c) Que si se formularse oposición se condene en costas al contrademandado".

Fundamentó la contrademanda diciendo que **después de la muerte de su marido,** ocurrida el 14 de diciembre de 1943, había construído las edificaciones y hecho las mejoras relacionadas en la primera súplica.

Corrido el traslado a la parte actora, la contestó oponiéndose a las pretensiones de la contrademandante por no pertenecer a ésta los bienes en litigio sino a la sociedad conyugal. Y propuso las excepciones de carencia de acción y de ilegitimidad de personería en el contrademandado.

Terminado el debate en la primera instancia, el juez del conocimiento consideró que por haber surtido plenos efectos la subrogación, los bienes materia del pleito son de propiedad exclusiva de la demandada, señora Elvira Soler v. de Pinto. La parte resolutiva del fallo dice así: "Primero.—Absuélvese a la demandada de todos los cargos de la demanda y consecuencialmente no se hacen las declaraciones solicitadas en la parte petitoria de la demandada. Segundo.—Ofíciese al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Distrito a fin de que se sirva proceder a la cancelación de la presente demanda y al registro de esta sentencia con vista de este expediente. Sin costas".

Sentencia recurrida

De esta providencia apeló el actor. El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo estimó que no se había verificado el fenómeno legal de la subrogación y dispuso en la parte resolutiva del fallo: "1º—La sociedad conyugal formada por el matrimonio del señor Segundo Pinto Valderrama con la señora Elvira Soler, actualmente disuelta por la muerte del primero, es dueña de los bienes relacionados en el libelo de demanda. 2º—Como consecuencia de la declaración anterior, la demandada señora Elvira Soler v. de Pinto debe restituír a favor de la mencionada sociedad conyugal y representada, en parte, para efectos de este juicio, por el señor Alejandro Pinto Valderrama, sin perjuicio de los demás interesados, los bienes que se dejan alinderados en la demanda, junto con los frutos civiles y naturales que hayan podido producir desde la fecha de la contestación de la demanda. 3º—La sociedad conyugal a que se ha hecho mención y la sucesión del causante Segundo Pinto, deben pagar a la demandada Elvira Soler viuda de Pinto, el valor de las mejoras puestas en la casa de Soatá y de

que trata la demanda de reconvención, avaluadas pericialmente en el término probatorio del juicio. 4º—Reconócesele a la demandada señora Soler viuda de Pinto el derecho de retención de los inmuebles materia del juicio, hasta tanto se le pague el valor de las mejoras aludidas. Ofíciese al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en orden al registro de esta sentencia. No se hacen las demás declaraciones formuladas en la demanda. Sin costas, para ninguna de las partes".

El recurso

Inconformes las partes litigantes con la resolución del Tribunal, ambas interpusieron recurso de casación. Habiéndose dado a las dos demandas el trámite de rigor, es el caso de proferir sentencia.

Demanda de casación del demandado en la causa

Dice el apoderado de la señora Elvira Soler v. de Pinto en su demanda de casación: "Acuso la sentencia recurrida por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, lo cual llevó al Tribunal a la violación de los artículos 1783 y 1789 del C. C. por no haberlos aplicado al caso del pleito. El error de hecho y de derecho consiste en no haber el Tribunal apreciado debidamente, o mejor, en haber apreciado erróneamente, la escritura pública, o mejor, el contrato contenido en la escritura 385 de la Notaría Primera del circuito de Málaga, de fecha 6 de julio de 1928, por la cual la señora Elvira Soler de Pinto adquirió una casa situada en Capitanejo por la suma de dos mil pesos. Y en no haber apreciado, o haber apreciado erróneamente, el contrato contenido en la escritura de 22 de septiembre de 1931 por la cual la señora Elvira Soler de Pinto transfirió a título de venta a la señora Ana Joaquina Cristancho v. de Soler la casa que, como bien propio, había adquirido por la escritura 385 ya mencionada. Invoco, pues, como causal de casación la primera de las señaladas por el artículo 520 del Código Judicial, por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por haber apreciado erróneamente y dejado de apreciar determinadas pruebas, que son las dos escrituras a que acabo de referirme. La señora Soler de Pinto adquirió como bien propio la casa de Capitanejo, subrogada por otros bienes de ésta, y sobre esos bienes, como propiedad exclusiva de la señora, tampoco puede haber discusión. Esa casa, de propiedad exclusiva de la señora Soler de Pinto, fué subrogada por la casa de Soatá y la quinta Villa Elvira, según consta de la escritura 306 mencionada. De donde se desprende que el fenómeno de la subrogación al tenor de los artículos 1783 y 1789 del C. C. está perfectamente comprobado. Parece que el Tribunal, por cuanto medió una venta intermedia, la hecha por doña Elvira a la señora Cristancho, de la casa de Capitanejo; estimó que la subrogación no se ha efectuado, no obstante que doña Elvira posteriormente compró las casas de Soatá para subrogar la que había vendido a la señora Cristancho. Ha habido por este concepto, un error de derecho en el Tribunal al estimar y valorar las tres escrituras a que me he referido, a saber: la escritura en que consta la compra de la casa de Capitanejo, la escritura en que consta la venta de esa casa a la señora Cristancho, como bien propio de la vendedora y la escritura en que consta la compra hecha por la señora de Pinto de las casas de Soatá, y ese error llevó al Tribunal a la infracción de las normas sustantivas señaladas en este capítulo, por haberlas aplicado al caso del presente pleito. No siendo pues, los inmuebles a que se refiere la demanda de la sociedad conyugal, sino de propiedad exclusiva de la señora Elvira Soler v. de Pinto, la acción de dominio y la reivindicatoria impetradas en la demanda, no pueden prosperar. Dicha demandada está amparada, en el dominio de los bienes a que se refiere la demanda por los artículos 1783 y 1789 del Código Civil, que el Tribunal dejó de aplicar, y no los aplicó por haber incidido en doble error, de hecho y de derecho, en la apreciación de las pruebas o sea de las escrituras ya mencionadas en el cuerpo de esta demanda. Finalmente, no apareciendo que el demandante haya sido declarado heredero de don Segundo Pinto, ni que el juicio de sucesión de éste se haya siquiera iniciado, no se ve clara la personería del actor y por lo menos su petición ha sido hecha antes de tiempo. Por este aspecto y al no haberlo tenido en cuenta el Tribunal, violó también las disposiciones sustantivas citadas, puesto que no era entonces el caso de pronunciarse sobre el fondo del asunto, o sea sobre la aplicación o no de esas normas sino que ha debido deducir la correspondiente excepción y absolver por ese motivo a la demandada. La representación de la sociedad conyugal Pinto-Soler, por la parte demandada, no es una cosa evidente en los autos. Por el motivo que acabo de exponer y fundamentado en la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, acuso también el fallo recurrido".

Se considera:

En el juicio obran las partidas eclesiásticas de matrimonio del señor Segundo Pinto Valderrama y la señora Octavia Valderrama, y del bautizo del señor Alejandro Pinto V., hijo legítimo de aquéllos. Por consiguiente, la personería del actor está plenamente establecida, ya que tales actas hacen plena prueba respecto a hechos anteriores al año de 1938.

La no apertura del juicio de sucesión del causante o la falta de presentación de las copias de los autos atinentes a dicha apertura y reconocimiento de herederos, no tienen ninguna importancia, porque probado como está el carácter de hijo legítimo y por tanto de heredero, el derecho a pedir en tal condición ha quedado establecido. Ni es de interés la existencia de otros herederos, porque sabido es que cualquiera de los herederos representa por activo a la sucesión y por ende a la sociedad conyugal disuelta, sin que sea indispensable que todos concurran a demandar.

En la primera súplica de la demanda se persigue que se declare a la sociedad conyugal formada por el señor Segundo Pinto Valderrama y la demandada Elvira Soler, dueña de los bienes inmuebles que allí mismo se determinan con sus linderos y denominación.

El actor fundamentó su petición en los hechos siguientes: que "Segundo Pinto Valderrama contrajo matrimonio católico con Octavia Valderrama y de tal unión nació Alejandro Pinto Valderrama; muerta la señora Octavia, don Segundo contrajo matrimonio en terceras nupcias con la señora Elvira Soler en el año de 1925. Durante la existencia de la sociedad conyugal Pinto-Soler fueron adquiridos a título oneroso los bienes a que se refiere la demanda, mediante compra efectuada por la cónyuge según escritura número 306 otorgada ante la Notaría Tercera de Soatá el 5 de octubre de 1939. En dicha escritura se lee: "4º—Que el dinero con que Elvira Soler de Pinto ha pagado los bienes que adquiere por el presente contrato, es de su exclusiva propiedad y proviene de la venta de una casa en Capitanejo conforme consta en escritura pública número trescientos catorce (314) de fecha veintidos (22) de septiembre de mil novecientos treinta y uno (1931) otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Málaga y de los productos y rendimientos que le ha traído la Empresa conocida en esta ciudad con el nombre de Hotel Lincoln, de tal manera que los inmuebles materia de esta negociación subrogan los valores conque se adquieren y que por lo mismo no entran a formar parte de la sociedad conyugal por las razones apuntadas".

El apoderado de la demandada al contestar la demanda manifestó, refiriéndose al hecho 3º, que "es cierto que durante la vigencia de la sociedad conyugal Pinto-Soler la señora Elvira compró los inmuebles en relación, pero no para esa sociedad conyugal sino para la propiedad exclusiva de mi mandante, como lo demuestra la escritura que se menciona en el hecho que contesto". Y luego afirma que la correspondiente subrogación operó con todos los efectos legales, sustituyendo los bienes anteriores propios de la cónyuge por los inmuebles objeto del juicio, adquiridos también dentro del matrimonio.

Por consiguiente, la cuestión debatida está en saber si existió o no la subrogación alegada por la demandada mediante la cual esos bienes ingresaron a su patrimonio personal, pues no hay disputa acerca de que fueron adquiridos dentro del matrimonio ni existe controversia respecto a la validez de los títulos de adquisición correspondientes.

En razón de lo expuesto el Tribunal consideró indispensable examinar la historia de la adquisición de tales bienes por la demandada, para inquirir si efectivamente existió o no la subrogación que alega como excepción perentoria contra las pretensiones del demandante.

El razonamiento del Tribunal puede sintetizarse así:

El matrimonio Pinto-Soler fué celebrado antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, y en consecuencia está cobijado por el sistema legal del Código Civil y el régimen de sociedad conyugal que al tenor de dicho Código existía hasta el 1º de enero de 1933. Dos eran las categorías de bienes que podían existir dentro del sistema patrimonial en el matrimonio, del Código Civil: a) los bienes propios de los cónyuges, y b) los bienes comunes o sociales.

Por regla general, son bienes sociales los adquiridos a título no gratuito durante el matrimonio, pero el artículo 1783 ibidem estipula que no obstante no entrarán a formar parte del haber social los inmuebles que fueren debidamente subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges, ni las cosas compradas con valores propios de uno de éstos, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.

De manera que, al haber existido la subrogación alegada por la señora Soler de Pinto, los

inmuebles no ingresaron al patrimonio de la sociedad conyugal. Pero para que una tal subrogación opere, es indispensable conforme lo preceptúa el artículo 1789 ibidem, que el segundo inmueble (o sea el adquirido últimamente) se haya permutado por el anterior que era bien propio del cónyuge, o que, vendido el primero durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el segundo; y, que en la escritura de permuta o en las de venta y de compra se haya expresado el ánimo de subrogar.

El recurrente alega que la subrogación tuvo lugar en relación con una casa ubicada en el área urbana de Capitanejo de que trata la escritura 385 de 6 de julio de 1928 pasada en la Notaría Primera de Málaga. En esta escritura se dice que el precio de dos mil pesos se paga "con dineros propios procedentes de la venta de varios semovientes aportados por ella al matrimonio con el señor Segundo Pinto, de modo que el propósito de esta compra es el de subrogar el valor de los semovientes vendidos en la finca de que trata este contrato, para que entre a formar en el haber propio de la cónyuge señora Soler de Pinto, conforme a lo estatuído en el artículo 1789 del Código Civil Nacional, en relación con el artículo 1783 de la mima obra...".

Sin embargo, se observa, por una parte, que en la escritura de venta del inmueble de Capitanejo, no se cumplió con la formalidad exigida por el artículo 1789 del Código Civil de hacerse constar el ánimo de subrogar su valor por la adquisición de otro u otros bienes. De manera que la simple manifestación del ánimo de subrogar en la escritura de compra de dicho inmueble, no es suficiente para que la subrogación cumpla sus efectos conforme a la ley.

Y, por otra parte, tampoco cabe alegar la manifestación hecha en la misma escritura de compra del inmueble de Capitanejo, de que su precio se pagaba con el producto de semovientes aportados por la señora al matrimonio, porque al tenor del artículo 1783 era indispensable, para que el inmueble así adquirido fuera bien propio y no bien social, que se hubieran destinado tales semovientes a ese fin en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio. Y como ninguno de los dos supuestos ocurrió, también por este motivo es inaceptable la tesis del recurrente, para quien se trata de bienes propios y no sociales. Es decir, aún en el caso de que tanto en la escritura de compra de ese inmueble de Capitanejo en la de su venta se hubiera hecho constar el ánimo de subrogar, se tendría que la subrogación sería inadmisible en vista de que el primer inmueble no podía considerarse como propio conforme al comentado artículo 1783.

Además, entre la venta del inmueble de Capitanejo y la compra de los inmuebles objeto de este juicio, transcurrió un tiempo largo, pues aquella venta se hizo el 22 de septiembre de 1931, y esta compra se verificó mediante escritura de fecha 5 de octubre de 1939. En este instrumento se dice que tales inmuebles los adquiere Elvira Soler de Pinto con el dinero proveniente de la enajenación de la citada casa de Capitanejo "y de los rendimientos de la empresa conocida en Soatá con el nombre de Hotel Lincoln". El precio de tal compra fué la suma de $ 2.000.00 y el precio de venta de la casa de Capitanejo había sido de $ 1.500. De modo que la suma de $ 500.00, parte muy importante de ese precio, se pagó con dineros que indiscutiblemente pertenecían a la sociedad conyugal, por tratarse de ganancias o utilidades recibidas durante el matrimonio en la administración de un negocio comercial.

De manera que por dos aspectos, y dejando de lado lo expuesto anteriormente, que por sí solo es suficiente para rechazar la pretendida subrogación, falla el cargo: Primero, porque en la escritura de venta de la casa de Capitanejo, con cuyo producto se afirma haber pagado parcialmente el precio de los bienes adquiridos últimamente, no se dejó constancia del ánimo de subrogar; y segundo, porque claramente se confiesa en la escritura de compra de estos últimos bienes, que parte de su precio se paga con dinero de la sociedad conyugal.

No es, pues, admisible la subrogación alegada por la señora Soler de Pinto, porque para aceptarla hubiera sido necesario:

a) Que el producto de la venta de los semovientes que se dicen aportados por ella al matrimonio, —sin que se señale cantidad ni valor—, hubiera constituído bien propio, por constar así en capitulaciones matrimoniales o en donación por causa del matrimonio (condición no cumplida);

b) Que en la escritura de venta de la casa de Capitanejo, que se dice haberse adquirido con el producto de tales semovientes, se hubiera hecho constar el ánimo de subrogar (condición no cumplida);

c) Que en la escritura de compra de los bienes objeto de este juicio, se hubiera hecho constar que su precio total se adquiría con dinero pro-

veniente de la venta de la anterior casa (condición no cumplida).

Por consiguiente, es forzoso concluir que los bienes objeto de la demanda son sociales y no propios de la demandada.

El Tribunal no apreció erróneamente ni dejó de apreciar las pruebas citadas en el cargo; tampoco incurrió en errores de hecho y de derecho que lo hubieran inducido a violar los referidos textos legales.

Demanda de casación del actor en la causa

Por su parte el apoderado de Alejandro Pinto Valderrama ha formulado cinco cargos contra la sentencia de segunda instancia, los cuales se compendian a continuación.

Causal segunda del artículo 520 del Código Judicial

La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte actora. "La sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo no define en forma adecuada las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandante al negar las peticiones **Tercera y Cuarta** de la demanda principal, por cuanto para el efecto tuvo en cuenta fundamentos o motivaciones distintos de los aducidos y sostenidos tanto en aquel libelo como en los alegatos correspondientes a las instancias, y en tal forma, prácticamente no hizo otra cosa el sentenciador que resolver sobre puntos extraños a la controversia planteada, con prescindencia de los que han sido materia del litigio correspondiente".

Añade el recurrente que las peticiones tercera y cuarta las fundamentó el actor en los hechos quinto y sexto de la demanda, ampliados en el alegato de conclusión de la primera instancia para dejar claramente establecido "que el ocultamiento, distracción o sustracción de bienes sociales o de la sucesión que dan lugar a las sanciones establecidas por los artículos 1824 y 1288 C. C. (que fundamentan en derecho las citadas peticiones), equivalen para el caso de que se trata en el hecho de la apropiación indebida por parte de la demandada, debieron saber que los bienes no eran suyos".

Después de transcribir algunos párrafos de la parte motiva de la sentencia, dice el recurrente:

"Las erradas apreciaciones del Tribunal, lo llevaron a sostener que no había dolo en la demandada. Pero a esta conclusión sólo pudo llegar con la peregrina consideración **de que en la compra de los bienes no hubo maniobra engañosa para inducir a la otra parte contratante a la celebración de la venta,** lo cual no ha sostenido jamás el demandante. Igualmente afirma el sentenciador que no puede considerarse que la demandada haya ocultado, distraído o sustraído los bienes, **porque una vez que entró en posesión de ellos no hubo mutación de la propiedad,** base ésta absolutamente deleznable y falsa por cuanto tampoco fué invocada como fundamento de las peticiones negadas. Para determinar la procedencia de las citadas súplicas ha debido el Tribunal ver si los bienes son o no de la demandada, y caso de no resultar de ella, examinar si la apropiación de hecho que hizo con evidente e indiscutible perjuicio de los derechos que corresponden a los sucesores de don Segundo Pinto pueden o no dar lugar a la aplicación de las sanciones pedidas. Pero en ningún caso podía el sentenciador relevarse de esta obligación, para desplazar la controversia a cuestiones de diversa índole, como hizo con evidente mala fortuna".

Considera:

Causal segunda.—Primer cargo.—Se considera: No puede prosperar, porque la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial invocada se aplica exclusivamente cuando se dejó de fallar sobre alguna petición de la demanda o excepción del demandado, o cuando se falló otorgando al actor derechos no solicitados por éste en su libelo y respecto a los cuales no cabe el pronunciamiento de oficio. Pero nada tiene que ver con esta causal la fundamentación que al fallo le haya dado el Tribunal.

La cuestión del supuesto dolo en la demandada, que plantea el recurrente, sólo podía ser cuestión debatida en casación dentro de la causal primera, pues se trata de acusar la sentencia por error en la apreciación de las pruebas que sirvieran para establecer el fraude contra la sociedad conyugal o la sucesión.

Además, cuando la sentencia absuelve de los cargos o acoge algunos y niega los restantes, no puede decirse que se haya incurrido en la causal segunda, como es reiterada doctrina de la Corte.

CAUSAL PIMERA.—"**Primer cargo.**—La sentencia del Tribunal quebrantó los artículos 963 y 964 del C. C. al no condenar a la demandada al pago de los frutos civiles y naturales que los bienes en litigio hayan podido producir desde el día

en que se disolvió la sociedad conyugal Pinto-Soler, hasta el en que se haga la entrega, conforme se solicitó en la súplica segunda de la demanda principal. El Tribunal reconoció el dominio de los inmuebles a favor de la sociedad conyugal en cuyo nombre se ejercitó la acción reivindicatoria, pero se abstuvo de hacer el pronunciamiento relativo al pago de los frutos no obstante ser evidente que de éstos se aprovechó la demandada-poseedora, con lo cual violó directamente los citados artículos, cuya aplicación es ineludible".

Se considera:

Este cargo no puede prosperar debido a la mala presentación del mismo. Se acusó en él la sentencia por violación directa de los artículos 963 y 964 del Código Civil, a causa de no haberlos aplicado cuando era el caso de hacerlo para condenar a la demandada al pago de los frutos civiles y naturales que los bienes en litigio hayan podido producir desde el día de la disolución de la sociedad conyugal; pero el recurrente se abstuvo de atacar los fundamentos del fallo en este punto, no expuso las razones que a su juicio hacían indispensable la aplicación de las disposiciones legales citadas, dejó de señalar el alcance de esos textos tal como era forzoso deducirlo en la sentencia recurrida, y no indicó tampoco los resultados a que hubiera llegado el sentenciador, de haberlos tenido en cuenta.

El recurrente ha debido refutar los argumentos del Tribunal y demostrar que de la aplicación de esos textos legales se deducía indispensablemente la condena a la demandada para el pago de los frutos desde el día en que se disolvió la sociedad conyugal, y no desde la notificación de la demanda. La simple circunstancia de haberse aprovechado ella de esos frutos, no conlleva la condena a pagarlos desde la disolución de la sociedad conyugal, sin que previamente se demuestre y alegue la mala fe de la posesión.

El alcance de la violación de la ley sustantiva y los efectos que ella ha producido deben quedar claramente establecidos en el cargo, exponiendo las razones para sustentar ambas cosas. El cargo, pues, quedó incompleto y en estas condiciones no es posible su estudio.

Segundo cargo.—"(El que a continuación formulo tiene el carácter de subsidiario, para el caso de que no prospere el formulado anteriormente con fundamento en la **causal segunda.** El Tribunal Superior de Santo Rosa de Viterbo quebrantó los artículos 1824 y 1288 del C. C. por violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea, al negar las peticiones **tercera** y **cuarta** de la demanda principal". Acto seguido el recurrente extracta los conceptos emitidos en la sentencia sobre el particular, y expresa: "Lo único que se saca en conclusión de lo anterior es que para el Tribunal no se ha presentado la ocurrencia **de los fenómenos jurídicos que dan lugar a** las sanciones establecidas por los preceptos legales citados, porque la demandada no ha traspasado la propiedad de tales bienes, o como allí se dice, porque no "ha habido mutación de la propiedad", y porque aquélla ha continuado poseyéndolos. Pero tal apreciación constituye una equivocada o errónea interpretación del contenido de los artículos 1824 y 1288 del C. C., que en consecuencia han sido violados, por cuanto los motivos que pueden dar lugar a la aplicación de las sanciones allí previstas pueden ser no sólo los tenidos en cuenta por el sentenciador, sino otros distintos. Efectivamente, quien compra bienes no para sí sino para otra persona o entidad, y luego, contra lo que expresamente puede disponer la ley al respecto, se los apropia infiriendo el consiguiente perjuicio al ajeno derecho, es claro que comete un acto ilícito que comporta la intención de "inferir injuria a la propiedad del otro", que es en lo que específicamente constituye el dolo civil (a. 63 C. C.). Y en tal sentido es perfectamente aplicable el concepto de ocultamiento, distracción o sustracción de que hablan los preceptos citados, concepto que es aplicable no sólo a los muebles sino tambiń a los inmuebles, con la diferencia para estos últimos de que no siendo posible el hecho físico de la distracción u ocultamiento, deben tenerse como equivalentes todas o alguna de las maniobras ejecutoriadas a sabiendas contra los derechos del verdadero dueño.... En el caso de que se trata, es un hecho incontrovertible que los bienes no han pertenecido en ningún momento a la demandada, y la apropiación de hecho que hizo de ellos fué a sabiendas de que se trataba de bienes ajenos, porque el dominio en tal caso no puede calificarse en forma unilateral, sino que lo dá la ley, cuyo conocimiento se presume conocido de todos y cuya fuerza obligatoria es ineludible".

Se considera:

En realidad en este cargo se acusa la sentencia por no haber aceptado el Tribunal la imputación de ocultamiento de bienes, y no haber accedido en consecuencia a la aplicación de las sanciones

de que tratan los artículos 1824 y 1288 del Código Civil.

Como se ve, se trata de sostener que el sentenciador no apreció acertadamente las pruebas relativas al ocultamiento de bienes que alega el demandante en el juicio. Pero, bien sabido es que para la prosperidad en casación de un cargo de tal naturaleza, el recurrente debe alegar y demostrar que en la estimación de las pruebas el Tribunal incurrió en error de derecho o de hecho, evidente y manifiesto este último, señalando concretamente en uno y otro caso las que fueron objeto de la mala apreciación y demostrando en qué consistió ésta.

Como nada dice el recurrente sobre error en la apreciación de las pruebas, no es posible examinar siquiera el fondo del cargo, ya que la probable violación de los textos que señala sólo podría ocurrir como consecuencia de un error en aquéllas, según se acaba de exponer.

No prospera el cargo.

Cuarto cargo.—Igualmente, el Tribunal quebrantó los artículos 2° de la Ley 50 de 1936, 15, 16, 1519, 1524, 1740, 1741 y 1250 del Código Civil y 18 y 23 de la Ley 45 de 1936, al no haber decretado la nulidad de las cláusulas Segunda y Cuarta del testamento otorgado por el señor Segundo Pinto V. en cuanto dispuso que en la distribución de la mitad de sus bienes correspondiente a las legítimas rigurosas concurriera la cónyuge señora Elvira Soler conjuntamente con los herederos del testador y en cuanto instituyó a esta señora como su heredera. En la cláusula segunda del citado testamento, (cuaderno Nº 3 f. 32 y v.), el testador dispuso que las dos partes de sus bienes correspondientes a las legítimas rigurosas, se distribuyan entre sus cuatro hijos legítimos y su esposa "quien concurrirá con ellos y llevará un derecho igual". En la cláusula cuarta instituyó como a sus únicos y universales herederos a sus cuatro hijos y a su esposa señora Elvira Soler. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 de la ley 45 de 1936, subrogatario del 1242 C. C., la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 ib. y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 y 1245, se divide entre los respectivos legitimarios, y lo que cupiere a cada uno en tal división es su legítima rigurosa, la cual, según los expresos términos del a. 1250 **"no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno".** Por legítima se entiende aquella cuota de los bienes del difunto **que la ley asigna** a los legitimarios (a. 1239), entre quienes figuran en primer término los hijos legítimos, que excluyen a todos los otros herederos, en los términos del a. 18 de la ley 45 de 1936. Las disposiciones legales referentes a la distribución de las legítimas rigurosas son de orden público, por cuanto se inspiran en el interés general más que en el individual, y todo lo que se considere contrapuesto a sus mandatos se sanciona con la nulidad absoluta. El artículo 16 del C. C. consagra este principio al disponer que "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados **el orden y las buenas** costumbres". Hallándose de manifiesto la nulidad absoluta de las citadas cláusulas testamentarias, era deber del sentenciador hacer el pronunciamiento correspondiente en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936; pero no lo hizo porque en su sentir no hay causal de nulidad y porque, según el Tribunal, "bien podría considerarse que el testador al incluír a su cónyuge en el grupo de los legitimarios para testarle una porción igual a la de cada uno de éstos, lo hizo en atención a lo preceptuado en el artículo 1236 del C. C. en cuyo inciso segundo se habla de que habiendo descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo. Creo haber demostrado que el Tribunal sentenciador quebrantó igualmente las disposiciones legales citadas, y en consecuencia, acuso el fallo por violación directa de las mismas y en subsidio por interpretación errónea, de conformidad con los conceptos expresados en este cargo. Por lo demás considero que tratándose de una nulidad absoluta que aparece de manifiesto, el deber de declararla de oficio corresponde no sólo a los sentenciadores de instancia, sino que llega hasta la honorable Corte, de conformidad con lo dispuesto por la ley 50 de 1936".

Se considera:

Se acusa la sentencia por infracción de los textos legales citados en el cargo, pues el testamento otorgado por el causante Pinto es nulo absolutamente desde luego que al instituír a la cónyuge entre los herederos y como copartícipe de la mitad legitimaria, viola las normas legales de orden público sobre legítimas y porción conyugal, y no obstante el Tribunal en sus consideraciones trae un párrafo de interpretación de ese testamento, erróneo en derecho, a juicio del recurrente.

Para rechazar el cargo es suficiente observar que en la demanda principal y en la reconvencional no se encuentra ninguna petición de nulidad del testamento o reforma del mismo, y por

consiguiente no hubo ni podía haber fallo acerca de este punto. Las simples consideraciones que se hagan en la parte motiva de la sentencia y que no tengan incidencia sobre la resolutiva, no pueden ser objeto de casación.

Dice el recurrente que la nulidad absoluta que alega es manifiesta y que por tanto la Corte debe pronunciarla de oficio. La Sala observa al respecto que cuando la Corte casa la sentencia del Tribunal y entra a fallar como juez de instancia, tiene la oportunidad para pronunciarse en forma oficiosa sobre una nulidad que de manera manifiesta aparezca en el título o contrato. También puede decretar la nulidad oficiosamente cuando se controvierte entre las partes que celebraron el acto en que ella consta, y aunque aquí media acusación, no hay, como ya se ha apuntado, ni controversia sobre nulidad del testamento con intervención de todos los interesados ni se trata tampoco de nulidad que aparezca de manifiesto en ese acto.

De otra parte, el recurrente ha debido acusar la sentencia por error en las pruebas que a su juicio demuestran esa nulidad en forma evidente; sin embargo no lo hizo.

Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo.—"Al decretar las peticiones de la demanda de reconvención de conformidad con lo solicitado por la contrademanda, el Tribunal violó directamente los artículos 1836, 1155 y concordantes del Código Civil y 343 y concordantes del C. J. La sociedad conyugal y la sucesión a que se refiere la contrademanda, tienen como interesados, aparte de los actuales contendientes, a los señores José Segundo o Segundo Bernardo, Rafael y Clara Inés; pero el Tribunal, aceptando como acepta en la sentencia este hecho, condenó a las citadas entidades sin tener en cuenta: a) Que contra ninguna de éstas fué propuesta la demanda la cual se dirigió en forma personal contra el señor Alejandro Pinto; b) Que la sucesión del señor Segundo Pinto V. nada tiene que ver en este negocio, pues la demanda principal únicamente pide para la sociedad conyugal; c) Que tales entidades, para efectos de las acciones judiciales que contra ellas se ejerciten, están representadas por todos los correspondientes interesados, sin que sea jurídicamente posible deducir obligación alguna a su cargo con la mera citación de alguno o algunos de aquéllos, sin comprenderlos a todos. En el caso de que se trata, el Tribunal violó en forma directa los citados artículos 1836 y 1155 por no haberlos aplicado en forma alguna, ya que en el paso transcrito de la sentencia se empieza precisamente por reconocer que **"fuera de Alejandro Pinto figuran otras personas como hijos legítimos de don Segundo y por lo mismo con intereses legalmente protegidos y vinculados al patrimonio del causante"**, sin que pueda ser valedera la consideración allí expresada de que como, a pesar de haber otros interesados, para la demanda principal sólo intervino uno solo sin que por ésto pueda considerarse defecto en la personería del actor, lo propio puede decirse de la contrademanda, pues ya se vió cómo precisamente cuando se demanda para la sucesión o para la sociedad conyugal la parte actora está constituída por el interesado o interesados que piden para la comunidad, y la parte demandada por todos éstos. La excepción de ilegitimidad o carencia de personería en el contrademandado se ha propuesto y alegado en virtud de la circunstancia de haber otras personas que junto con aquél representan a las entidades contra las cuales se ha pedido la condena de que dá cuenta el libelo correspondiente. Y el Tribunal, sin desconocer, sino aceptando tal razón, negó el reconocimiento de dicho medio de defensa —propuesto como excepción perentoria y relativo a un caso de personería sustantiva— y condenó a aquellas entidades de conformidad con lo solicitado, con lo cual violó, no sólo los citados artículos del Código Civil sino el 343 del Código Judicial, que ordena al juzgador que cuando halle justificados los hechos constitutivos de una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla én la sentencia y fallar el pleito con la excepción reconocida. Pero hay algo más: el sentenciador condenó al pago de las mejoras a que se refiere la demanda, no sólo a la sociedad conyugal, sino a la sucesión, siendo así que ésta no ha actuado como demandante, ni se ha pedido nada para ella, y que no es posible confundir los dos conceptos —sociedad conyugal y sucesión— tan fundamentalmente diferentes, que para el caso bastaría pensar que la condena contra la primera sólo afecta con un cincuenta por ciento el derecho de los herederos, pues el otro cincuenta por ciento va a afectar la cuota del cónyuge sobreviviente, y en cambio, la condena contra la sucesión afecta en su totalidad el patrimonio propio del causante y el consiguiente derecho de los herederos. Queda establecido, en consecuencia, que el sentenciador violó en forma directa las disposiciones que he citado".

Se considera:

Así como para poder formular las peticiones

de la demanda se necesita que el actor tenga la legitimación o personería sustantiva que lo faculte para ello, también para oponerse en forma válida a las pretensiones de la contrademanda es necesario que el demandado en ella sea precisamente aquel que conforme a la ley esté llamado a responder. En caso contrario, se tendría una ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte actora o de la parte demandada.

La Corte ha dicho sobre este particular: "Hay ilegitimidad en la personería sustantiva del demandado cuando el demandante dirige contra el heredero, en su carácter personal acción reivindicatoria de una finca poseída por el de cujus, en vez de dirigirla contra la sucesión, aún ilíquida, representada por el heredero" (Negocios Generales, 7 junio 1937 XLV, 532). Lo mismo sucede, como es obvio y también lo ha sostenido en muchas ocasiones la Corte, cuando se demanda al heredero en su propio nombre y aún en su carácter de representante de la sucesión, habiéndose debido demandar a la sociedad conyugal.

Sinembargo, en el caso presente, si se interpreta la demanda en forma de armonizar su texto completo y de buscar su sentido y alcance en el conjunto, como debe hacerse, y no solamente en la frase aislada que se refiere al demandado, se llega a la conclusión clara y cierta de que el reconveniente demandó al señor Pinto en su especial carácter de heredero del cónyuge muerto y por ende de representante de la sociedad conyugal y de la sucesión. Esto es incuestionable si se piensa que se trata de una acción reconvencional, dentro del proceso iniciado en nombre de estas dos entidades y no del actor personalmente.

No estuvo, pues, descaminado el Tribunal cuando estimó que el señor Pinto había sido demandado como representante de la sociedad conyugal y de la sucesión, en la demanda de reconvención. Pero sucede que si bien lo anterior es cierto, el carácter de heredero del señor Pinto no significa tampoco que la personería sustantiva de la parte demandada en la reconvención (sociedad conyugal y sucesión) sea legítima.

En efecto, es doctrina reiterada de la Corte, que cualquiera de los herederos pueden demandar en nombre de la sucesión o de la sociedad conyugal que representen, ya que no es admisible la exigencia de que todos obren de consuno pues se haría en muchos casos nugatorio el derecho de quienes estén interesados en el ejercicio de tales acciones; mas también ha dicho en numerosos fallos que, por el contrario, para demandar debidamente a la sucesión o a la sociedad conyugal ilíquidas, y obtener una sentencia condenatoria que indispensablemente ha de producir sus efectos contra todos los herederos y el cónyuge sobreviviente que las representen, debe demandarse no a uno o varios de éstos, sino precisamente a todos ellos.

Si se hubiera demandado al señor Pinto como heredero, para que fuese él en ese carácter condenado al pago de las mejoras que reclama la reconviniente, hubiera podido aceptarse que su personería sustantiva era perfecta y la condena procedente, naturalmente sólo en la parte en que le cabe tal responsabilidad, o sea en la cuota equivalente a sus derechos en la herencia. Pero como se pide es la condena, no del señor Pinto sino de la sociedad conyugal y de la sucesión, se tiene entonces que al proferir tal condena como lo hizo el Tribunal, indispensablemente los demás herederos no demandados vendrían a sufrir los efectos jurídicos del fallo, sin haber sido partes, ya que el valor de esta condena constituiría un pasivo de la sociedad conyugal y de la sucesión que debería deducirse previamente a la liquidación de aquélla y a la partición de la herencia entre los interesados.

Es necesario, no obstante, considerar que como la sucesión no es una persona jurídica, sino una especie de comunidad representada por los herederos, cuando se demanda a aquélla se entiende estarse demandando a éstos. En el caso de autos, por tanto, se tiene que la petición de que se condene a la sucesión es equivalente a la de condena contra los herederos que la representan. Si todos éstos hubieran sido demandados la condena pedida habría prosperado; mas como no lo fué sino uno de ellos, solamente es posible proferir la condena contra éste, en la parte proporcional que le corresponda de acuerdo con su cuota herencial porque condenar a la sucesión equivale a condenar a todos los herederos. De esta manera sin condenarse a quien no ha sido parte en el juicio, sí se impone la condena pedida en cuanto al heredero llamado al juicio y en cuanto a cuota herencial y responsabilidad proporcional en el pasivo social.

Por las razones anteriores el cargo formulado debe prosperar para el sólo efecto de reformar la sentencia, limitando como se ha dicho la condena pedida en la demanda reconvencional.

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 parcialmente la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal

Superior de Santa Rosa de Viterbo con fecha 28 de marzo de 1949, y en su lugar FALLA:

Primero.—Refórmase el punto 3º de la mencionada sentencia, así:

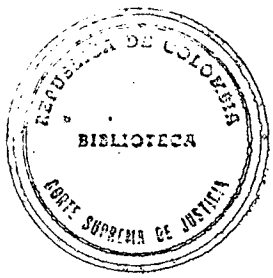
El señor Alejandro Pinto debe pagar a la demandada Elvira Soler v. de Pinto, de acuerdo con su cuota herencial en la sucesión del causante Segundo Pinto, parte proporcional del valor de las mejoras puestas en la casa de Soatá de que trata la demanda de reconvención, conforme al avalúo que se haga de ellas en el incidente de ejecución de esta sentencia. Queda a salvo el derecho de la señora Soler de Pinto para exigir contra los demás herederos el pago de la parte que les corresponde de las aludidas mejoras.

Segundo.—Quedan vigentes los puntos primero, segundo y cuarto de la aludida sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y las disposiciones sobre registro del fallo y costas.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y en oportunidad devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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



NORMAS QUE REGULAN EL SISTEMA PROBATORIO CIVIL EN LA LEGISLACION COLOMBIANA — EL VENCIMIENTO DEL PERIODO QUE OTORGA EL ARTICULO 758 DEL CODIGO JUDICIAL NO PRECLUYE LA INCORPORACION DE PRUEBAS AL PROCESO, CUANDO SU NO PRACTICA O LA DEMORA EN ELLA, NO OBEDEZCAN A CULPA DE LA PAR-TE INTERESADA

1—Nuestro sistema probatorio está regulado por las siguientes normas: Fijación previa de los medios probatorios a los cuales hay que recurrir, aislada o conjuntamente, para probar todo hecho o todo acto jurídico; asignación, en la ley, de un determinado valor probatorio a cada uno de esos medios y excepcional delegación al Juez de la facultad de apreciar su valor de convicción (como en los indicios); sometimiento de cada prueba a un sistema ritual para allegarlas a los autos, que es de orden público, porque no puede alterarse por convenio entre las partes. Sistema que, además, se caracteriza por la marcada tendencia a que la iniciativa en la elección de las pruebas, corresponde exclusivamente a los litigantes y por el principio de contradicción y publicidad.

Consagra este principio de contradicción y publicidad de la prueba, el art. 597, al estatuír:

"Para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso:

"1º—Por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas;

"2º—Por haberse presentado en las inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes;

"3º—Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiere tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión;

"4º—Por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esta facultad".

Declaración legislativa, complementada con las que gobiernan y fijan los respectivos períodos de prueba. Así, los arts. 746 y 758 del C. J., dividen el término ordinario en dos etapas: la primera, de diez días para pedirlas, y la segunda, de treinta para practicarlas, permitiendo que en cualquier estado del juicio hasta la citación para sentencia o antes de fallarse, la parte contra quien se ha presentado la prueba, puede contradecirla para que se desestime, y adquirir conocimiento de ella, por ante el Juez y por medio de la notificación del auto que decrete la pedida o presentada.

De donde se infiere que el pensamiento del legislador en cuanto a la oportunidad del allegamiento de pruebas, es el de que pueden formar parte del proceso para los efectos de estimar su mérito, si han sido "pedidas, decretadas y practicadas conforme a una de las cuatro formas o maneras que expresamente prevé el art. 597 del C. J.", es decir, agotadas las etapas de contradicción y publicidad.

2—Lo que precluye en casos de vencimiento del período que otorga el art. 758 durante la segunda instancia, según entiende la jurisprudencia la doctrina del art. 597, "es la posibilidad de pedir pruebas, en cuanto hace a los litigantes, y en relación con el Juez, la de decretar la práctica de ellas". Esto es, no su incorporación al proceso, siempre y cuando que la no práctica o la demora en ella, no obedezcan a culpa de la parte interesada y que se produzca el allegamiento antes del fallo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Por la escritura 362 de 5 de marzo de 1926, Notaría 1ª del Circuito de Armenia, la sociedad colectiva de comercio LASERNA & Cía., domiciliada en Bogotá, adquirió por compra a Pedro Parra M., entre otros inmuebles, la mitad del

allí descrito, así: "un solar ubicado en el área de esta población en el barrio de Junín, constante de dieciseis varas de frente por cuarenta de centro y alinderado: por el frente, con el paramento izquierdo de la carrera sexta, proyectada, propiedad del vendedor, por el costado derecho con el paramento izquierdo de la calle cuarta, proyectada, propiedad del vendedor, por el centro con predio del vendedor, y por el costado izquierdo con propiedad de Soledad Robledo". Por la 103 de 26 de enero de 1935, fué declarada en liquidación la sociedad antes mencionada; por la 22-48 de 17 de diciembre de 1941, se adjudicó en la liquidación al socio Francisco Laserna B., varios bienes, entre ellos, la mitad del antes descrito; y por las 281 de 16 de abril de 1940 y 424 de 23 de mayo de 1941 de la misma Notaría de Armenia, el doctor Milcíades Cala M., adquirió por compra a Pedro Parra M., una mitad del solar que viene en referencia.

Por otro lado, según escritura 38 de 16 de enero de 1940 de la misma Notaría de Armenia, el doctor Clímaco Gómez G. vendió a María Antonia González de García: "el derecho de dominio que el exponente tiene sobre un solar en terrenos baldíos de la Nación, ubicado en el barrio de "El Carmen" de esta ciudad, constante de trece varas de frente por cuarenta de centro, y que linda: por el frente, con la carrera 16; por un costado, con la calle 14; por el centro, con predio de Clímaco Gómez G., Milcíades Cala M., Benjamín García y Francisco Laserna; y por el otro costado, con predio de los mismos".

El doctor Gómez G. adquirió el lote que vendió a la señora González de García, como ocupante y colono cultivador durante más de cuatro años. La compradora, con autorización del vendedor, y antes de la compra, tenía establecido cultivos de legumbres y sostenía unas vacas lecheras en el solar comprado, el cual, originariamente, era un barranco o promontorio que iba ascendiendo desde la calle hasta cuatro metros de altura en el interior, y fue demolido por la compradora, hasta dejarlo a nivel. Conseguido ésto, construyó a sus expensas, dos casas, de una sola planta, que a mediados del año de 1940, quedaron terminadas y empezaron a ser habitadas.

Por escritura 15 de 7 de enero de 1941, Notaría 1ª de Armenia, María Antonia González de García, vendió a Luis Enrique Uribe, el lote que había adquirido del doctor Gómez G., con todas sus anexidades, servidumbres y dependencias; por escritura 231 de 20 de marzo de 1941, Luis Enrique Uribe, vendió a Benjamín García el mismo lote, y por la 82 de 20 de enero de 1943, de la misma Notaría Benjamín García transfirió a Luis Enrique Uribe: "el derecho de dominio que tiene sobre un solar con casas de habitación, ubicado en el área de esta ciudad, en el barrio de "El Carmen", constante de diecisiete varas de frente por cuarenta de centro, solar que conserva su frente de diecisiete varas hasta las veinte varas de centro, y de allí se abre en escuadra y continúa con un ancho de veintiseis varas, hasta donde dá las cuarenta varas de centro, y sus linderos son: por el frente, con la carrera 16, en un trayecto de diecisiete varas; por el costado derecho, con predio de Benjamín García, en un trayecto de veinte varas; y en un trayecto de veinte varas con predio de Francisco Laserna; por el centro, en un trayecto de veintiseis varas, con predios de Gregorio Morales; y por el otro costado, con la calle 14, en un trayecto de cuarenta varas". Este inmueble lo adquirió el vendedor, por escritura Nº 231 de 20 de marzo de 1941, por compra a Clímaco Gómez y Milcíades Cala, y la Nº 131 de 16 de febrero de 1941, o sea, parte del que consta en la letra c) de esta última escritura.

Los señores Milcíades Cala M. y Francisco Laserna P., presentaron demanda, en su propio nombre y por medio de apoderado, respectivamente, contra los señores María Antonia González de García, Benjamín García, doctor Clímaco Gómez G. y Luis Enrique Uribe, para que con su citación y audiencia, se declarara por el Juzgado Civil del Circuito de Armenia:

"**Primero.**—Que el inmueble especificado por el hecho primero de esta demanda pertence con pleno dominio a los señores Francisco Laserna P. y Milcíades Cala M., por partes iguales para cada uno de ambos condueños.

"**Segundo.** — Que asímismo pertenecen a los condueños Cala M. y Laserna B., porque acceden al predio en donde han sido construídos (739 del C. C.) las edificaciones y las demás mejoras existentes en él.

"**Tercero.**—Que no tienen valor ni pueden producir efecto alguno, por ser nulo, los instrumentos públicos que relacionan los hechos 4º y 5º de esta demanda, o mejor aún, los contratos que expresan.

"**Cuarto.**—Que, como consecuencia, de la anterior declaración, debe ordenarse y se ordena, a

los señores Notarios ante los cuales fueron extendidas, la cancelación de las mencionadas escrituras y ordenarse al señor Registrador de Instrumentos Públicos que cancele el registro o registros de tales instrumentos, o, de los contratos que en ellos se detallan.

"**Quinto.**—Que los demandados Benjamín García y María Antonia González de García deben restituír, en su carácter de poseedores materiales actuales del inmueble especificado por el hecho primero de esta demanda, dicho inmueble, junto con las edificaciones y las demás mejoras existentes en él, dentro del término de días que median entre la notificación y la ejecutoria del fallo que tal cosa disponga.

"**Sexto.**—Que igualmente deben restituír los demandados los frutos civiles y naturales del inmueble reivindicado y no solamente aquéllos que hayan percibido sino todos los que Cala M. y Laserna habrían podido percibir si los hubieran tenido en su poder.

"**Séptimo.**—Que los demandados son poseedores de mala fe.

"**Octavo.**—Que los demandados deben pagar a los demandantes los perjuicios provenientes de la detentación y los que han derivado de la falsa titulación con que los demandados pretendieron usurparles igualmente el derecho de dominio.

"**Noveno.**—Que los demandados que se opongan a estas solicitudes, paguen las costas de esta acción".

La demanda fué corregida en tiempo oportuno, en cuanto a los hechos 5°, 6º, 7º y 8º y la 5ª petición de la demanda, la que quedó así:

"**Quinto.**—Que el demandado Luis Enrique Uribe debe restituír en su carácter de poseedor actual del inmueble especificado por el hecho primero de esta demanda, dicho inmueble, junto con las edificaciones, y las demás mejoras existentes en él, dentro del término de días que medien entre la notificación y la ejecutoria del fallo que tal cosa disponga".

Con la anterior corrección, quedó el litigio reducido al demandado Uribe y al demandante Laserna, dado el desistimiento del doctor Cala M.

El Juzgado Civil del Circuito de Armenia, dictó fallo de primer grado el 2 de junio de 1948, declarando: no probadas las excepciones perentorias propuestas en la contestación de la demanda; a Francisco Laserna B., dueño de la mitad del solar a que alude el libelo; teniendo al demandado Uribe como poseedor de buena fe; negando las peticiones 3ª, 4ª y 5ª; en cuanto a los puntos 6º y 7º ordenó estarse a lo resuelto "en el numeral 3º de estas resolutivas"; y negando las súplicas 8ª y 9ª de la misma. Sin costas.

Este fallo fué apelado por las partes y tramitada la segunda instancia, fué decidida en sentencia de 24 de marzo de 1949, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, confirmando: los ordinales 1º, 2º y 3º de la recurrida, revocando los demás, y en su lugar, resolvió:

"a) Como consecuencia de lo dispuesto en el ordinal segundo (2º) de la sentencia apelada, el demandado Luis Enrique Uribe debe restituir en su carácter de poseedor actual al señor Francisco Laserna B. la mitad del inmueble especificado por sus linderos en dicho ordinal. Esta entrega la verificará el señor Uribe poniendo al reivindicante señor Laserna en capacidad de hacer uso de los derechos que tiene en el inmueble común, tan pronto como Laserna le abone la mitad del valor de las mejoras verificadas en la totalidad de dicho inmueble. Mientras tanto, el poseedor vencido goza del derecho de retención, y su extinción podrá obtenerse mediante el procedimiento señalado en el artículo 10 de la Ley 95 de 1890. (Art. 1230 del C. J.).

"b) El demandado no debe frutos de ninguna especie al demandante; y

"c) No es el caso de pronunciar las declaratorias invocadas en los puntos **Tercero, Cuarto, Octavo** y **Noveno** de la parte petitoria de la demanda.

"Sin costas en ninguna de las instancias".

En la motivación de la sentencia, comienza el Tribunal por advertir, que en virtud del desistimiento del doctor Cala M., la acción quedó reducida a la mitad del lote objeto del litigio, lo que no impedía la prosperidad de la acción, ya que de acuerdo con el art. 949 del C. Civil, se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular.

Que "se advierte también que las pruebas pedidas en esta segunda instancia por la parte demandada, llegaron al proceso estando ya ejecutoriado el auto de fijación para sentencia, lo cual inhibe al Tribunal para tenerlas en cuenta; porque, como lo ha dicho la Corte, el auto de citación para sentencia, en virtud del inciso 3º del art. 597 del C. Judicial, cierra todo debate ulterior sobre petición, práctica y perfeccionamiento de pruebas.

En seguida en la sentencia, se cita otra jurisprudencia de esta entidad, sobre el alcance de la expresión "las pruebas pedidas en tiempo, practicadas o agregadas inoportunamente" que usa el art. 598 ibidem; y se relacionan los títulos exhibidos por el demandante para demostrar el dominio sobre la mitad del lote de terreno urbano que es el objeto del juicio, para afirmar como conclusión: "se tiene, pues, que el derecho de dominio del actor sobre la cuota determinada del inmueble en cuestión está respaldada por una cadena de títulos que se remonta sin solución de continuidad hasta el año de 1907 en que fué registrada la escritura Nº 1908 de 22 de septiembre de 1903.

"A esa cadena de títulos opuso el demandado la escritura Nº 82 de 20 de enero de 1943, mediante la cual Benjamín García S. transfiere a Luis Enrique Uribe, a título de dación en pago, un solar con casas de habitación ubicado en el barrio de 'El Carmen' de Armenia, constante de diez y siete varas de frente por cuarenta de centro y alinderado así: Por el frente con la carrera diez y seis, en un trayecto de diez y siete varas; por el costado derecho, con predio de Benjamín García, en un trayecto de veinte varas; y en un trayecto de veinte varas con predio de Francisco Laserna; por el centro, en un trayecto de veintiseis varas, con predio de Gregorio Morales; y por el otro costado, con la calle catorce en un trayecto de cuarenta varas.

"No está debidamente demostrado que este último predio sea el mismo cuya restitución reclama el demandante. Pero aún aceptando que se trate del mismo inmueble, no serviría el título presentado por el demandado para ser opuesto eficazmente a la cadena de títulos presentada por el actor.

"La actual posesión material del demandado Luis Enrique Uribe, no ha sido objeto de controversia en este juicio después del incidente de excepciones dilatorias y de la corrección de la demanda. Además, en la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia, el señor Juez **a-quo** y los peritos actuarios pudieron constatar que el lote de terreno reivindicado está ocupado con edificaciones que posee Luis Enrique Uribe por sí mismo y por medio de Froilán Muñoz como arrendatario del primero. Sobre este punto se expresan así los peritos al rendir su dictamen: "Sobre este particular, como aparece de la diligencia de inspección ocular, sólo podemos afirmar que la primera casa está habitada por el señor Luis Enrique Uribe y su familia; y la segunda, por el señor Froilán Muñoz, como arrendatario de aquél". (Fl. 15 cuaderno Número 3.)

"La identificación del lote de terreno se llevó a cabo de manera perfecta en la misma diligencia de inspección ocular, como lo hizo constar el señor Juez **a-quo** en el acta respectiva. Y los peritos al rendir el dictamen dejaron claramente establecido que el señor Uribe ocupa todo el lote alinderado en el hecho primero de la demanda y algunos otros terrenos adyacentes. En este punto terminan así los peritos su exposición: "Además, la casa de la calle 14, excede con mucho las diez y seis varas de que habla la escritura pública Nº 352, de marzo 5 de 1926, de la Notaría Primera de Armenia; y la Nº 281 de abril 16 de 1940, de la misma Notaría; y de que trata también el punto II de la cláusula tercera de la escritura pública Nº 22-48 de diciembre 17 de 1941, de la Notaría 5ª de Bogotá; y sólo parte de ella (la casa) está en el terreno materia del juicio. **Conclusión:** El lote determinado en la diligencia de inspección ocular sí es el de que tratan los títulos arriba citados y el hecho 1º de la demanda, pero las edificaciones del señor Luis Enrique Uribe ocupan mayor extensión". (Fl. 13 v., cuaderno número 3).

"En cuanto a la singularización del inmueble, basta observar que en la demanda se le determinó por su situación y linderos correspondientes.

"Estando, pues, como están en este caso reunidos los cuatro requisitos que exige la ley para la prosperidad de la acción reivindicatoria es forzoso pronunciar las declaratorias correspondientes en favor del demandante y en contra del demandado".

El recurso

El demandado interpuso casación contra este fallo. Admitido y tramitado el recurso, se decide:

Se acusa la sentencia de violación de disposiciones legales sustantivas, por haberse incurrido: "en errada apreciación de las pruebas respectivas y dejó de apreciar otras, lo que lo condujo a aplicar indebidamente al caso del pleito y en la parte resolutiva del fallo las disposiciones sustantivas de la ley civil reguladoras de la reivindicación".

Dos cargos se formulan, con apoyo en la causal 1ª del art. 520 del C. C., que en su orden, se sintetizan:

a) El Tribunal dejó de aplicar las pruebas allegadas en segunda instancia por la parte de-

mandada, por haberlo sido cuando ya se había consumado la ejecutoria del auto de citación para sentencia.

"Confundió el Tribunal —dice el recurrente— la producción de las pruebas con la allegada a la Secretaría de la Corporación de las que se habían practicado por juez comisionado. El inciso 3º del Art. 597 del C. J. ordena estimar el mérito de las pruebas 'por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia'. En el presente caso, la parte demandada solicitó las pruebas de que trata el memorial de folios 1, 2 y 3 del cuaderno 7º dentro del período de diez días fijado por auto de 9 de agosto de 1948, visible a folio 109 v. del cuaderno 1º, notificado por estado de 11 de ese mes. Y al recibir la secretaría del Tribunal el dicho memorial de solicitud de pruebas, estampó la siguiente constancia: "Recibido hoy veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho".

"De manera que fueron pedidas dentro del término señalado al efecto y practicadas antes de la citación para sentencia", como se desprende de la comparación de la fecha en que fueron expedidas esta providencia y las diligencias en que constan la práctica de las pruebas, consistentes en las copias de las escrituras 15 de 7 de enero de 1941, 231 de 20 de marzo de 1941, 131 de 16 de febrero de 1940, 38 de 16 de enero de 1940, las declaraciones rendidas ante el funcionario comisionado para tomarlas y la diligencia de inspección ocular con su correspondiente dictamen pericial. Así, éstas fueron practicadas mucho antes del 2 de noviembre, fecha del auto de citación para sentencia y entonces se cumplió el requisito impuesto por el ordinal 3º del Art. 597 del C. J., para ser estimadas en la sentencia. No lo fueron por el Tribunal fallador por haber llegado el 10 de noviembre de 1948, cuando acababa de vencer la ejecutoria del auto de citación para sentencia, pero mucho antes del fallo que sólo se produjo el 24 de marzo de 1949".

El Tribunal se acogió al Art. 598 para no tenerlas en cuenta, cuando esta disposición se refiere clarísimamente a la primera instancia, no a la segunda, pues luégo de ésta no hay superior que las considere en apelación o consulta".

"Por dejarlas de apreciar, no se tuvo en cuenta en la sentencia la disparidad que presenta el hecho 4º de la demanda con la realidad del contenido de la escritura 38 de 16 de enero de 1940; y la que presenta el hecho 5º de la demanda con lo realmente expuesto en las escrituras 15 de enero de 1941 y 231 de 20 de marzo de 1941. De haberlas apreciado, habría concluído que el predio materia de las transacciones de estos instrumentos no se identifican con el que es objeto de la reivindicación".

"Tampoco tuvo en cuenta o consideración la escritura 131 de 16 de febrero de 1940, por la cual Clímaco Gómez y el mismo demandante en este juicio, doctor Milcíades Cala, vendieron a Benjamín García, entre otros bienes, el marcado en ese contrato con la letra c), o sea, un solar de diez varas de frente con cuarenta de centro, parte del cual —conforme a lo dicho en la escritura 82 de 20 de enero de 1943— entregó el inmueble que transfirió Benjamín García a Luis Enrique Uribe; dicho inmueble quedó en diecisiete varas de frente sobre la carrera 16, cabida que fué conservada hacia el centro hasta un trayecto de veinte varas, después se amplió la anchura hasta veintiseis varas en las veinte siguientes de centro. Se ve claramente que esta última propiedad, que es la poseída hoy por don Luis Enrique Uribe, quedó formada por el lote de trece varas de frente y cuarenta de centro que había sido materia de las tradiciones contenidas en las escrituras 38 de 1940 y 15 y 131 de 1941 comentadas atrás; más una faja de cuatro varas de anchura desde la carrera 16 hasta completar las otras veinte de centro. Es decir, las últimas veinte varas de centro, la anchura del inmueble vendido en la escritura 82 de 1943 —que fué de veintiseis varas— cobijó exactamente las trece varas de que hablaron aquellas escrituras y las diez varas de anchura del lote vendido en el punto c) de la 131 de 1940; en las primeras veinte varas de centro hubo sobre las trece varas un aumento de cuatro a lo ancho. La finca de Luis Enrique Uribe tiene un frente de diecisiete varas, así formado, sobre la carrera 16".

"Como no se tuvieron en cuenta las mencionadas escrituras, el Tribunal vino a decidir que el lote de dieciseis varas de frente reivindicado en el pleito se identifica con el que posee don Luis Enrique Uribe, que, como hemos visto en el aparte anterior, está constituído por diecisiete varas de frente, anchura que continúa hasta un fondo de veinte varas, y luégo con una anchura de veintiseis varas en las otras veinte de fondo. Cualquiera ve que no hay identidad entre las dos propiedades".

"No hubo razón valedera para dejar de apreciarlas sino un error de derecho, una noción equivocada acerca del inciso 3º del Art. 597 del C. J. y, sobre todo, acerca del art. 598 del C. J.".

b) Por otra parte, "el Tribunal fallador tuvo como pruebas de la identificación de lo demandado con lo poseído por Uribe la diligencia de inspección ocular y el dictamen pericial cumplidos en primera instancia. Ellas están contradichas con las practicadas en segunda instancia y no consideradas en la sentencia del Tribunal; pero, aunque no existieran estas últimas, incurrió el fallo acusado en error de hecho manifiesto al apreciar aquéllas.

"No sería tan perfecta la identificación cuando los mismos peritos que asesoran al Juez, dan para el inmueble distintas dimensiones a las tomadas por el señor Juez. En efecto, el Juez dice que sobre el lote de 16 varas de frente por 40 de centro existen dos casas; una de 16 varas de frente por 14 hacia la calle 14, y la otra, unas 14 varas de frente sobre la calle 14; pero el inmueble inspeccionado tiene 40 varas, según la misma diligencia, por ese costado. ¿Qué se hicieron las 12 varas restantes?

"Los peritos encontraron que la primera casa no tiene las diez y seis varas de frente de que habla la inspección, sino 17 varas; y que lo ocupado por las edificaciones sobre la calle 14 tiene **exactamente** 40 varas y 22 centímetros. Agregan los peritos que la casa de la calle 14 **excede en mucho** las 16 varas de centro de que hablan las escrituras del actor y que la inspección le fijó. (F. 13, cuaderno 3º). A quién le creemos. ¿Al Juez, que llevó a cabo la identificación de "manera perfecta" o a los peritos que lo acompañaron a esa "perfecta identificación?" ¿O al título 82, llevado con la contestación de la demanda, que en las últimas 20 varas de fondo del lote dá a éste una anchura de 26 varas y no de 16 como dice la inspección?

"La inspección ocular hace plena prueba, pero ello no autoriza para que el juzgador se declare atado al acta cuando su contenido es una cadena de errores evidenciados por los demás elementos del proceso.

"El dictamen pericial sobre hechos sujetos a los sentidos hace plena prueba cuando es uniforme y está **debidamente** fundamentado. Pero cuando la fundamentación es incorrecta cuando adolece de errores comprobables con sólo coger un lápiz y hacer operaciones, no es posible otorgarle mérito de plena prueba. Dicen los peritos a folio 13 del cuaderno 3º: "por la calle 14 mide 32 metros con 22 centímetros, o sean exactamente 40 varas y 22 centímetros", lo que no dá para utilizar una sola unidad de medida 40 varas y 275 milésimos de vara, eso sí exacto. Pero al discriminar cómo están repartidas estas medidas en las dos construcciones no les salen las cuentas. Dicen, refiriéndose a la casa del cruce de la carrera 16 con calle 14: "Esta casa tiene trece metros con sesenta centímetros por la carrera 16, y doce metros con veinte centímetros, por la calle 14; el cerco exterior que dá a la calle 14 y de hoja zinc y madera, mide diez metros con quince centímetros de largo; y 2º La otra casa es también de un solo piso, y mide por el frente nueve metros con ochenta y cinco centímetros...". Sumando estas medidas que dan sobre la calle 14, tenemos: 12,20 m. más 10,15 m. más 9,85 m. igual 32,22 ms. que había dado como medida **exacta** de las edificaciones ni la de su equivalente en varas 40,275.

"Por lo demás, los peritos no dan explicación alguna que sustente su conclusión de que "el lote determinado en la diligencia de inspección ocular sí es el de que tratan los títulos arriba citados y el hecho 1º de la demanda, pero las edificaciones del señor Luis Enrique Uribe ocupan mayor extensión", conclusión acogida por el Tribunal sin examen ni análisis de ninguna especie. ¿Dónde ésta, por ejemplo, la explicación, certificado de nomenclatura o prueba de que la carrera sexta proyectada de que hablan los títulos del actor es la misma carrera diez y seis de la diligencia y del dictamen pericial? ¿Dónde la demostración de que la calle 4ª de los títulos es la misma calle 14 de la inspección y dictamen? ¿Dónde la de que el barrio **Junín,** lugar de ubicación del predio reclamado, según los títulos del actor, sea el mismo San Francisco a que se refiere la demanda, o el mismo de la Nueva Plaza de Mercado, o el mismo de El Carmen a que se refieren los títulos del demandado y que se cobijó en la parte resolutiva de la sentencia? Tampoco explicaron por qué consideran que el predio demandado es el mismo poseído por Uribe, cuando en los títulos de aquél y en la demanda figura como colindante por la izquierda Soledad Robledo y ahora, según lo dicen los peritos, allí lo que hay es parte de la casa del señor Luis Enrique Uribe. Tampoco coincide la colindancia por el centro, pues, al paso que los títulos, señalan un lote de Cristóbal Jaramillo, los peritos dicen que "la casa de la calle 14 tiene 22 centímetros más de largo en predio que puede ser hoy de don Francisco Laserna...".

"Los defectos apuntados al dictamen pericial hacen ver que no fué debidamente fundamentado y que careció de las condiciones que señalan los artículos 721 y 722 del C. J. para conferirle ple-

no mérito probatorio. El Tribunal se lo otorgó porque lo apreció erradamente, lo mismo que apreció erradamente la diligencia de inspección ocular.

"La no apreciación de pruebas allegadas en segunda instancia y la equivocada apreciación de las aludidas pruebas de primera instancia, llevaron al Tribunal sentenciador a dar por establecida la identidad del predio reclamado con el poseído por el demandado, lo que lo condujo a decretar la reivindicación en favor del actor. Violó directamente los artículos 597, 598, 728, 730, 721, 722 y 723 del C. J. y, a través de esta violación, quebrantó los artículos 946, 947, 949, 950, 952, 961, 962 y concordantes del Código Civil".

Segundo cargo

"El Tribunal dió por probada la titularidad en el actor; sin estarlo, error de hecho y de derecho que lo llevó a desconocer la excepción especial de prescripción de predio urbano alegada por el apoderado del demandado y a decretar, en cambio, la reivindicación en favor del actor".

"Aceptando en gracia de discusión que el predio reclamado por el actor fuera el mismo poseído por el demandado, no hay cadena de títulos en favor del señor Laserna que cubran la exigencia del artículo 7º de la ley 200 de 1936 para acreditar propiedad sobre este fundo que es urbano, sin lugar a duda. Ha presentado cadena de títulos desde la escritura número 352 de 5 de marzo de 1926 (fol. 1, cuad. 1º). Pero el artículo 7º de la ley 200 de 1936 exige títulos en que consten tradiciones por un lapso no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, títulos que deben haber sido otorgados con anterioridad a esa ley".

"Por no haber apreciado las pruebas sobre posesión del señor Uribe y de sus antecesores en el dominio a la luz de la ley 200 y por haber considerado como suficientes, sin serlo, los títulos presentados por el actor, el Tribunal de Pereira declaró no probada la excepción especial de prescripción adquisitiva autorizada por la ley 200 de 1936 y, en cambio aplicó indebidamente al caso las normas sustantivas sobre la reivindicación.

"Considero violados los Arts. 7 y 12 de la ley 200 de 1936, 946, 947, 949, 950, 952, 961, 962 y 2532 del C. C.".

Se considera:

Nuestro sistema probatorio está regulado por las siguientes normas: a) Fijación previa de los medios probatorios a los cuales hay que recurrir, aislada o conjuntamente, para probar todo hecho o todo acto jurídico; asignación en la ley, de un determinado valor probatorio a cada uno de esos medios y excepcional delegación al Juez de la facultad de apreciar su valor de convicción —como en los indicios—; sometimiento de cada prueba a un sistema ritual para allegarlas a los autos, que es de orden público, porque no puede alterarse por convenio entre las partes. Sistema que además, se caracteriza, por la marcada tendencia a que la iniciativa en la elección de las pruebas, corresponde exclusivamente a los litigantes y por el principio de contradicción y publicidad.

Consagra este principio de contradicción y publicidad de la prueba, el Art. 597 del C. J., al estatuír:

"Para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso:

"1ª—Por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas.

"2ª—Por haberse presentado en las inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes.

"3ª—Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiera tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión.

"4ª—Por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esta facultad".

Declaración legislativa, complementada con las que gobiernan y fijan los respectivos períodos de prueba. Así, los Arts. 746 y 758 del C. J., dividen el término ordinario en dos etapas: la primera, de diez días para pedirlas, y la segunda, de treinta para practicarlas, permitendo que en cualquier estado del juicio hasta la citación para sentencia, o antes de fallarse, la parte contra quien se ha presentado la prueba, puede contradecirla para que se desestime y adquirir conocimiento de ella, por ante el Juez y por medio de la notificación del auto que decreta la pedida o presentada.

De donde se infiere que el pensamiento del legislador en cuanto a la oportunidad del allegamiento de pruebas, es el de que pueden formar parte del proceso para los efectos de estimar su mérito, si han sido "pedidas, decretadas y practicadas conforme a una de las cuatro formas o maneras que expresamente prevé el Art. 597 del C. J.", es decir, agotadas las etapas de contradicción y publicidad.

Al caso sub-judice, no le son aplicables los ordinales 1º, 2º y 4º del Art. 597 citado, ni el 598 ibidem. El pertinente, es el numeral 3º, por cuanto no se discute, ni decide sobre la admisibilidad de las pruebas, ni sobre la ordenación de su práctica, ambos decretos fueron expedidos en la debida oportunidad legal señalada en el Art. 758 del C. J., durante la segunda instancia. Aquí, sólo se trata de aclarar, si el allegamiento después de dictado el auto de citación para sentencia, permite considerarlas como partes del proceso, para los efectos de estimar su mérito.

Ahora bien, según las constancias del expediente y las fechas de sus diligenciamientos por los funcionarios encargados de expedirlas y los comisionados para practicarlas, ellas fueron pedidas, decretadas y practicadas antes de la ejecutoria del auto de citación para sentencia. Esto es, conforme a la regla del ordinal 3º citado, una de las cuatro formas o maneras de allegamiento previstas por la ley, para que puedan formar parte del proceso, y sin quebrantar el principio de contradicción y publicidad; garantía para la parte contra quien se presentaron, pues, tuvo conocimiento pleno de ellas, por medio de la notificación del auto o autos que las admitieron y ordenaron practicar.

Por otra parte, lo que precluye en estos casos de vencimiento del período que otorga el Art. 758 durante la segunda instancia, según entiende la jurisprudencia, la doctrina del 597, "es la posibilidad de pedir pruebas en cuanto hace a los litigantes, y en relación con el Juez la de decretar la práctica de ellas". Esto es, no su incorporación al proceso, siempre y cuando que la no práctica o la demora en ella, no obedezcan a culpa de la parte interesada y que se produzca el allegamiento antes del fallo definitivo.

En consecuencia, siendo una realidad procesal, un hecho cumplido dentro de la oportunidad señalada por la ley, los decretos de aceptación y práctica de aquellas pruebas, su allegamiento después de ejecutoriado el auto de citación para sentencia, pero en todo caso, antes de pronunciarse ésta no era obstáculo para que el Tribunal las considerara como partes del proceso para los fines de estimar su mérito. Al no hacerlo así, aplicó erróneamente el ordinal 3º del Art. 597 del C. J., e indebidamente el 598 ibidem, por cuanto este último no lo era para el caso del pleito, violando, consecuencialmente, las disposiciones legales sustantivas citadas por el recurrente, que regulan la acción de dominio o reivindicatoria.

En cuanto a la identificación del inmueble de que dá cuenta la inspección ocular practicada en la primera instancia y el dictamen pericial que la complementa, si se leen detenidamente estas piezas probatorias y se les compara con la practicada en la segunda, que el Tribunal no tuvo en cuenta en su fallo, se comprueba que el cargo formulado por este otro aspecto, también es fundado.

En la primera diligencia, aparece una diferencia entre las medidas dadas en el reconocimiento judicial y las dimensiones que consignan los peritos en su dictamen; en éste también se incurre en error al señalar o determinar las dimensiones generales y las parciales, no corresponde la suma de éstas con aquéllas. Tampoco se determinó con claridad, la correspondencia entre las calles de la antigua nomenclatura con las de la nueva, ni que el barrio o sitio de ubicación del inmueble, sea el mismo indicado en la demanda, ni la determinación del lindero del costado izquierdo.

Las conclusiones del reconocimiento judicial de la segunda instancia, están en oposición con las del de la primera, produciéndose así una confusión respecto de sitios, calles, carreras, medidas o dimensiones, entre el lote discriminado en la demanda y el que se afirma poseído por el demandado Uribe, que, en realidad, no logró aclararse en los elementos probatorios que se estudian, ni en los demás del proceso. Sin embargo, el Tribunal dió por demostrada la identidad del inmueble que se pretende reivindicar, incurriendo así en el error de hecho porque se impugna su sentencia y la consiguiente violación de las disposiciones legales sustantivas a que alude el mismo recurrente. En tal virtud, se declara fundado este cargo por los aspectos estudiados.

Segundo cargo

En cuanto hace a este cargo, relacionado con la excepción de prescripción especial —Art. 12, ley 200 de 1936— alegada por el demandado, no hay lugar al estudio de este medio de defensa, por haberse llegado en el del primer cargo, a deducciones contrarias al éxito de la acción incoada en la demanda.

Estas razones, sirven también de fundamento a la sentencia de instancia que dicta la Corte, como consecuencia de la infirmación del fallo recurrido en casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 24 de marzo de 1949, expedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira; REVOCA la del Juzgado Civil del Circuito de Armenia dictada en este juicio y en su lugar dispone:

ABSUELVESE al demandado de todos los cargos de la demanda a que se contrae este litigio. Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION — SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES PARA DECIDIR LO RELATIVO A CONDENACION EN COSTAS — LA MORA SUPONE LA EXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y SU EXIGIBILIDAD

1 — La causal segunda de casación sólo procede cuando se han resuelto puntos ajenos a la controversia, pero nunca cuando el Tribunal haya considerado la condición sub judice de manera diferente a como la apreció alguna de las partes litigantes, o porque se hubiera abstenido de decidir de acuerdo con los puntos de vista expuestos por alguna de ellas.

2—La Corte tiene decidido en doctrina común y muy conocida, que los Tribunales son soberanos para apreciar las circunstancias que conducen a pronunciar o no la condena en costas, sin que sea lícito entrar en la revisión de ese detalle.

3—Es verdad que de acuerdo con el artículo 1615 del Código Civil, se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituído en mora, pero no es menos cierto que la mora supone la existencia de la obligación y su exigibilidad, y mal puede hablarse de esa existencia y menos de la exigibilidad estando en tela de juicio la obligación misma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala B. de Casación Civil.—Bogotá, trece de junio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor. Luis E. Cuervo)

Gustavo Atuesta contra Victoria Lynton de Serrano Plata

Síntesis del pleito

Tuvo su origen en el reclamo del primero contra la segunda, por pago de unos honorarios de abogado e indemnización de perjuicios consiguientes, estimados por el actor en la cantidad de cinco mil pesos que se descomponen así: dos mil pesos por los honorarios y tres mil por los perjuicios. La demanda fué admitida por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bucaramanga, previo reparto, el 3 de septiembre de 1945. Los hechos fundamentales, alegados por el doctor Atuesta, consisten en que, habiéndole prestado sus servicios a la persona demandada para la defensa de los intereses de ésta y de los de su marido, en dos juicios ejecutivos y en otro especial de venta de la cosa hipotecada, donde aquéllos eran a su turno los demandados, se obtuvieron resoluciones judiciales favorables a los intereses de la parte defendida por Atuesta; mas la señora Violeta de Serrano, sin desconocer el éxito de la intervención del abogado, replicó que tales servicios le habían sido ofrecidos espontáneamente por éste y prestados de manera gratuita.

El Juez le puso fin a la primera instancia mediante fallo de 9 de abril de 1946, cuyos términos son el reconocimiento moral de los derechos de Atuesta, si bien no le prosperaron las pretensiones de su demanda, porque el fallador encontró, muy a su pesar, que faltaban las pruebas legales.

De ahí que los autos hubieran subido por apelación al Tribunal de Bucaramanga ante el cual se surtió la segunda instancia que terminó con el fallo respectivo, que es materia del presente recurso. La sentencia que lleva fecha del 22 de mayo de 1947 resuelve: revocar la decisión del Juzgado y en su lugar condenar a la señora Violeta Lynton de Serrano Plata en su propio nombre y como apoderada general de su marido Pablo Serrano, a pagar al doctor Atuesta la cantidad de quinientos treinta pesos por concepto de honorarios profesionales, que el abogado reclamaba en el juicio, más los intereses legales devengados por esa cantidad, desde la fecha del fallo hasta el día del pago. El Tribunal absolvió a la demandada de los demás cargos de la demanda y se abstuvo de condenar en costas respecto de las instancias.

El recurso

El de casación lo interpuso oportunamente el doctor Atuesta, por medio de apoderado y contra la nombrada sentencia, el cual le fué concedido y lo trató de sustentar personalmente ante la Corte. Agotada la tramitación correspondiente y sin alegato de la parte opositora, el asunto entró

para fallo el 5 de mayo de 1948. La Sala procede a despacharlo mediante las consideraciones que siguen.

Se acusa la sentencia por las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J. Respecto de la primera se alega violación de ley sustantiva en los tres conceptos de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea. Respecto de la segunda se alega que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones deducidas por el demandante.

Como ninguna de estas acusaciones prospera, se despacha de una vez lo tocante a la segunda causal, observando que el doctor Atuesta alega, como fundamento del cargo, el que habiendo pedido en la demanda condena al pago de perjuicios, tanto económicos como morales, que dice le fueron causados por la negativa de la demandada a cancelarle la cuenta de sus honorarios profesionales, el Tribunal le negó esa condena de perjuicios, por falta de pruebas según la sentencia, las cuales, en concepto del recurrente, sí existen y fueron mal apreciadas.

Como se ve, padece una lamentable confusión en materias características de este recurso extraordinario. Porque la causal segunda sólo procede de cuando se han resuelto puntos ajenos a la controversia pero nunca cuando el Tribunal haya considerado la cuestión sub judice de manera diferente a como la apreció alguna de las partes litigantes, o porque se hubiera abstenido de decidir de acuerdo con los puntos de vista expuestos por alguna de ellas. No encuentra la Sala que el Tribunal se hubiera abstenido de apreciar la materia de la controversia en todos sus extremos, o que hubiere resuelto sobre algo ajeno a la misma. El recurrente no logró demostrar su cargo, y a mayor abundamiento se transcribe el siguiente pasaje del alegato del doctor Atuesta en donde expresa su conformidad con la asignación que le hizo el Tribunal al valor de sus honorarios:

"Nada arguyo contra el peritazgo que me asignó como honorarios la modesta suma de quinientos treinta pesos ...no dirigiendo mi demanda actual sino a la condenación de perjuicios que oportunamente deduje en las instancias y con cuya entidad jurídica no se halla en consonancia la sentencia, y también a la de costas (sic)".

Sobre la condena en costas vale recordar que esta corporación tiene definido en doctrina común y muy conocida que los Tribunales son soberanos para apreciar las circunstancias que conducen a pronunciar o no tal condena, sin que sea lícito entrar en la revisión de ese detalle, sobre todo porque no sería de ley condenar en las costas del juicio a un demandado a quien se absuelve, como en el caso presente, siquiera en forma parcial, de los cargos de la demanda.

Con ello basta para tener por descartada la temeridad de su oposición, temeridad que es la base de la condena en costas en las instancias, salvo las normas especiales.

Por lo visto y como ya se dijo, este cargo no procede y ha de rechazarse.

Pasando ahora a la primera causal, cuyos fundamentos trata de exponer el recurrente en cinco capítulos separados, salta a la vista que no fué más afortunado que con la segunda causal. Generalmente se observa que prefirió formular apreciaciones subjetivas más tolerables en un alegato de instancia, que entrar en la demostración de la manera como el Tribunal violó la ley sustantiva bien de manera directa, bien por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas. Esta falta de técnica sólo permite a la Sala concretar su atención a cierta parte del alegato en que el doctor Atuesta alcanza a esbozar un cargo y es cuando reproduce lo que se traslada en seguida, tomado de la sentencia por el propio doctor Atuesta, a saber:

"No está probado (dice el Tribunal) que el dicho doctor sufriera por este motivo (el que aduce inmediatamente después), ningún perjuicio profesional, ni mucho menos moral, pues si bien Marco A. Gómez y Pedro León Moreno dicen que, por atender a este pleito el seguido contra la señora Violeta para el pago de honorarios) no pudo ir a Bogotá el doctor Atuesta a gestionarles a ellos algunos juicios que tenían en la Corte; no se sabe cuál sería concretamente el perjuicio que con ello sufriera el doctor Atuesta en su profesión, en su economía o en su patrimonio moral por no haber ido a Bogotá. De haberse producido algún perjuicio sería para Gómez y Moreno, pero no para el doctor Atuesta".

Este argumenta así:

"Como se ve, para el Tribunal del fallo no existe la disposición del artículo 1616 del código civil, ni encontró la mora del deudor, que salta a la vista, ni halló la intención positiva de la parte demandada de inferir injuria a mi persona y a mi propiedad (art. 63), cosa que igualmente sale aquí a la superficie del proceso. Y en esto el Tribunal ha cometido un grave error que debe ser rectificado, no tanto como protección a mi derecho profesional, sino para equilibrio y uniformidad de la jurisprudencia nacional. Al decir la

disposición del art. 1615 del C. C., que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituído en mora, está diciendo en forma general que en todo caso de mora hay perjuicios para el acreedor; sólo que, si no puede imputarse dolo al deudor, éste responde únicamente de los perjuicios previstos o previsibles al tiempo del contrato; mas si hay dolo, el deudor responde de todos los perjuicios consecuenciales del incumplimiento o de la mora. Esto lo establece, como queda dicho, la disposición del artículo 1616 del código citado; pero los señores Magistrados de aquel Tribunal pedaron por errónea interpretación de los textos aludidos contra mi derecho y la buena fe de mi demanda".

Es notoria la injusticia de este cargo, porque el Tribunal de Bucaramanga al apreciar el punto de si el doctor Atuesta tenía o no derecho al pago de perjuicios, por parte de la señora Violeta Lynton de Serrano, causados por la simple negativa de ésta a pagarle los honorarios que le pedía su abogado demandante, encontró que no se habían producido pruebas de tales perjuicios, cuyos hechos tampoco alcanzó a precisar el doctor Atuesta, salvo en lo ocurrido con los señores Marco A. Gómez y Pedro León Moreno, clientes del doctor Atuesta, quienes afirmaron que el doctor Atuesta no se había podido trasladar a Bogotá para atenderles negocios de casación ante la Corte porque prefirió adelantar personalmente el juicio para reclamarle honorarios a la señora Violeta de Serrano Plata. Semejante cosa aun cuando hubiera sido demostrada de manera irrefragable jamás podría constituír prueba de la relación de causalidad estrecha, que exige la ley, entre el daño y los perjuicios y el hecho que se señala como productor de los mismos. Es claro que si el doctor Atuesta hubiera querido atender a los negocios de sus clientes Gómez y Moreno, habría podido nombrar a un apoderado sustituto que lo representara en el pleito contra la señora Violeta, de la misma manera que pudo nombrar un apoderado para que interpusiera a su nombre el recurso de casación. En esta materia el Tribunal obró correctamente y no aparece por ningún lado ni la falta de apreciación de pruebas, ni los errores de hecho o de derecho que al respecto le imputa el doctor Atuesta.

No están menos descaminadas las aplicaciones que pretende hacer de los artículos 1615 y 1616 del código civil para arguir en contra de la sentencia del Tribunal en el sentido de que éste violó aquellas disposiciones por no haber condenado a la señora Violeta Lynton de Serrano Plata a pagarle al doctor Atuesta los perjuicios que éste alega.

Es verdad que de acuerdo con el primero de los textos citados, se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituído en mora, pero no es menos cierto que la mora supone la existencia de la obligación y su exigibilidad, y mal puede, en el caso de autos hablarse de esa existencia y menos de la exigibilidad estando en tela de juicio la obligación misma. Por lo demás, como lo dice una sentencia de casación del 27 de agosto de 1930, "La mora en el pago sólo llega a producirse cuando existà en firme una suma líquida". (GACETA JUDICIAL, Tomo 38, pág. 128).

Por lo que hace al artículo 1616 del código civil que no existe para el Tribunal de Bucaramanga, como afirma el doctor Atuesta, es tan inaplicable al pleito, como el anterior, porque si no hay lugar a que se hable de mora mucho menos procede averiguar si es imputable dolo al deudor a quien todavía no se le ha declarado en firme, responsable de la obligación que le reclama el demandante.

Por lo tanto, los cargos de la primera causal igualmente deben ser rechazados.

Sentencia

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de 22 de mayo de 1947 que fué objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Güalberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario,

TECNICA DE CASACION — DERECHO DEL POSEEDOR DE BUENA FE VENCIDO EN JUICIO REIVINDICATORIO

1—El recurso de casación no es una nueva instancia del juicio, en donde se pueda hacer un libre examen probatorio del proceso. En este recurso extraordinario, es preciso señalar concretamente las pruebas que se estiman mal apreciadas, alegando y demostrando un error de hecho manifiesto o uno de derecho en su estimación por parte del sentenciador e invocando la consecuencial violación de la ley sustantiva, tal como lo manda el numeral 1º del art. 520 del C. J. y lo ha reiterado en numerosos fallos la jurisprudencia de la Corte.

2—Habiendo el Tribunal considerado a los demandados como poseedores de buena fe y aceptado que tienen mejoras en el lote que se reivindica, ha debido reconocerles el derecho a que ellas se les abonen de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 966, que estatuye que "el reivindicador elegirá entre el pago de lo que valga al tiempo de la restitución, las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo".

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Carmen Lozano de Peláez propuso ante el Juez 2º Civil del Circuito de Tuluá juicio ordinario contra Cornelia González de Sarmiento, Miguel Sarmiento, Hermenegildo Montoya y Tulia Méndez, a quien se descartó posteriormente de la controversia por desistimiento de la actora, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que la señora Carmen Lozano de Peláez, es dueña exclusiva del lote B., determinado, descrito y alinderado en el hecho décimo de esta demanda, por habérsele adjudicado legalmente en el juicio de división del predio denominado 'La Manga', seguido ante el Juzgado Civil Único del Circuito de Tuluá, terminado en el mismo Despacho y protocolizado hoy por Escritura Pública Nº 274 de 22 de febrero de 1946, en la Notaría Primera de esta ciudad, y registrada la partición y sentencia aprobatoria, el 14 de febrero de 1946, bajo partida Nº 418, fls. 172, Tomo 38 del Libro de Registro Número Primero, en la oficina de Tuluá;

"b) Que en consecuencia es nulo y no tiene valor ninguno el contrato accesorio de hipoteca contenido en la Escritura Pública Nº 64, de 17 de enero de 1947, extendida en la Notaría Primera de esta ciudad, e inscrito dicho gravamen hipotecario bajo partida Nº 66, a fls. 313 y 314 del Libro de Anotación de Hipotecas, Tomo 11º de la Oficina de Registro de esta ciudad, constituído por los señores Miguel Sarmiento L. y Cornelia González de Sarmiento, a favor del señor Hermenegildo Montoya, sobre parte del lote B., adjudicado a la señora Carmen Lozano de Peláez en el juicio de división material del predio denominado 'La Manga', de que se ha hablado antes, y por los linderos y sobre las edificaciones especificadas en la misma escritura Nº 64, de enero 17 de 1947".

c) Que se ordene la cancelación de la inscripción hipotecaria.

d) y e) Que se condene a los demandados a restituír el lote que se reivindica, junto con sus frutos, y

f) Que se les condene en las costas del juicio.

Los hechos de la demanda, según el fiel resumen que de ellos hace la sentencia de segunda instancia, son los siguientes:

"Que en la partición amigable que hicieron la cónyuge sobreviviente, señora Obdulia Lozano y sus hijas Leonor, Carmen y María Lozano de los bienes heredados en la sucesión de **Félix Lozano Alvarado,** esposo y padre de ellas, les tocó a las dos últimas, por iguales partes, el predio de 'La Manga'; predio al cual le dá el numeral 2º de la demanda los mismos linderos que le dió la escritura Número 180 de 12 de junio de 1927, por la cual se protocolizó la misma partición;

"Que María Lozano vendió a Enrique Galeano por escritura 531, de 30 de septiembre de 1927, lo que le correspondió en la susodicha partición;

"Que según la escritura 447 de 26 de junio de 1937, por la que se protocolizó la sucesión de Enrique Galeano, le tocó a su esposa **Raquél García** lo comprado por Galeano a María Lozano, vendiéndolo después, la misma señora García, a la señora **Cornelia González de Sarmiento,** por escritura Nº 553 de 5 de agosto de 1937;

"Que la otra comunera del predio de 'La Manga', señora Carmen Lozano de Peláez, demandó la división del dicho predio (La Manga) contra la nombrada condueña señora González de Sarmiento;

"Que tramitado el juicio en mención, hecha la partición y aprobada, a la demandante Carmen Lozano de Peláez se le adjudicaron los dos lotes que, en el plano hecho por el partidor, aparecen marcados con las letras (A) y (B), con extensiones superficiarias de 1267 m2 y de 676 m2, respectivamente. Y a la demandada González de Sarmiento se le adjudicó el lote marcado con la letra (C) y con extensión de 1943 m2. Lo que quiere decir que el predio de 'La Manga' se dividió, adjudicando a las dos comuneras igual extensión, deducidas las porciones que se le dieron al Municipio para abrir la calle 24 y carrera 22, que atraviesan el mismo predio dividido;

"Que el lote (B) se adjudicó, se repite, a la señora Carmen Lozano de Peláez en la división del predio de 'La Manga', el cual está formado, como dice el numeral **Décimo** de la demanda, por un trapecio de 16 metros con 31 centímetros de altura aproximadamente, con base superior de 44 metros 45 centímetros; lote al cual le dá la demanda esta alinderación: "**Occidente,** con carrera veintidos (nomenclatura actual); **oriente,** predio de Miguel Sarmiento o de la sociedad conyugal Sarmiento-González; **Sur,** con la calle 24; y **Norte,** con predio de Berta González y solar de Jesús Carvajal, o sea el lote (C) que en el plano aparece adjudicado a la señora Cornelia González de Sarmiento";

"Que el lote que se deja anteriormente descrito, según la demanda, lo están ocupando materialmente Miguel Sarmiento con una edificación inconclusa compuesta de siete piezas, comedor, cocina y dos zagüanes, y su esposa, la señora Cornelia González de Sarmiento";

"Que, según la misma demanda, los nombrados esposos hipotecaron parte del lote (B) que se dejó anteriormente identificado al señor **Hermenegildo Montoya,** por medio de la escritura 54 de 17 de enero de 1947. Gravamen hipotecario constituído, según la fecha de la citada escritura, cuando ya estaba terminada, protocolizada y registrada la partición llevada a cabo en el juicio divisorio del predio de 'La Manga', y aún aprobada la sentencia respectiva, que fué registrada el 14 de febrero de 1946".

El demandado Montoya no contestó la demanda, pero los demás respondieron aceptando como ciertos los hechs 3º a 7º y 11º a 13º, o sea "el de la enajenación hecha por la señorita María Lozano a Enrique Galeano de la mitad que le correspondió en el denominado predio de "La Manga"; el de la **adjudicación** a Raquél García en la sucesión del mismo Galeano de lo comprado por éste a María Lozano; y el de la **venta** hecha por la García a Cornelia González de Sarmiento; el de la **demanda de división** del mismo predio de "La Manga"; el de la **partición y distribución** del predio a que se viene haciendo referencia entre sus condueños, Carmen Lozano de Peláez y Cornelia González de Sarmiento, por iguales partes, o lotes con la igual extensión de 1.943 m2; el de la **posesión** de los demandados del lote que se reivindica; el de la **hipoteca** constituída por los esposos demandados a favor de **Hermenegildo Montoya;** el de haberse constituído la dicha hipoteca con posterioridad a la división del predio denominado "La Manga"; y, por último, el de haberse negado los demandados, o sean los esposos **Sarmiento-González** a entregar el lote o predio materia del juicio".

El juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia con la sentencia de 8 de febrero de 1949, por la que declaró probada la excepción de petición de modo indebido y absolvió a los demandados de los cargos que se les formularon.

Apelada esa sentencia por el apoderado de los actores el Tribunal Superior de Buga, que conoció del recurso, la revocó en la suya de 26 de julio del mismo año, en la que además declaró "no probadas las excepciones de "prescripción ordinaria" y de "carencia de acción" propuestas por el apoderado de los demandados", reconoció que la actora Lozano de Peláez es dueña del lote B materia de la reivindicación; declaró la nulidad del gravamen hipotecario constituído sobre ese lote; dispuso la cancelación de su inscripción; condenó a los demandados Miguel Sarmiento y Cornelia González de Sarmiento a restituír a la demandante el lote referido, junto con los frutos, a contar de la notificación de la demanda y reconoció a los demandados "el derecho al pago de las mejoras "hechas en dicho lote "sobre el avalúo dado en el juicio".

Al apoderado de los demandados se le conce-

dió el recurso de casación, que hoy se procede a decidir.

El recurrente alega contra la sentencia varios cargos, los cuales se procede a estudiar siguiendo el orden en que vienen propuestos.

En el capítulo I° de la demanda de casación dice el recurrente que el Tribunal hizo apreciación errónea de la diligencia de inspección ocular practicada por el Juzgado, (f. 18 a 20, C. Nº 3), en la que se comprobó que en el lote que se reivindica poseen varias porciones otras personas que no fueron demandadas y que no obstante ello, el Tribunal decretó la reivindicación contra los recurrentes, que apenas poseen parte de dicho lote, no en su totalidad, por cuyo motivo debió negarse la acción propuesta.

Se considera:

El cargo está mal formulado y no es por consiguiente admisible. El recurrente no invoca ninguna de las causales señaladas en la ley y aun cuando parece referirse a la 1ª del artículo 520 del C. J. tampoco cita concretamente disposición sustantiva alguna que resulte quebrantada en razón del error que alega ni expresa el concepto de la posible violación, tal como lo requiere el texto legal mencionado y lo ha reiterado constante y conocida jurisprudencia de la Corte.

Además, el error que se imputa al sentenciador carece de todo fundamento, pues en la aludida diligencia de inspección ocular lo que se constató es que dentro del antiguo globo denominado 'La Manga' poseen lotes las personas a quienes se refiere el recurrente y que el lote B., materia de la reivindicación y que también formó parte de aquel globo general, "lo poseen los señores Miguel Sarmiento y Cornelia González de Sarmiento", demandados y quienes también admitieron desde la contestación de la demanda esa posesión exclusiva.

No se admite el cargo.

En el capítulo II de la demanda, invoca el recurrente la causal de nulidad de que trata el ordinal 3º del artículo 448 del C. J., consistente en la "falta de citación o emplazamiento de las personas que debieron ser llamadas a juicio", y dá como fundamento el hecho de no haber sido demandadas todas las personas que según la diligencia de inspección ocular citada aparecen como poseedores del lote materia de la reivindicación, y cuyos derechos resultarían afectados ilegalmente con la orden de restitución decretada.

Considera la Sala:

Lo dicho al final del estudio del cargo anterior y sin que haya lugar a otras consideraciones, es suficiente por sí solo para rechazar el presente, que queda sin la base en que se sustenta desde luego que como está visto los únicos poseedores del lote reivindicado son los demandados en este pleito.

No sobra de paso advertir que la sentencia dada en un pleito no perjudica sino a las partes que en él actuaron y no a los terceros.

Se rechaza el cargo.

En el capítulo III dice el recurrente que el Tribunal violó el art. 952 del C. C., por cuanto consideró a los demandados como únicos poseedores y según la inspección ocular resultó que son muchos los poseedores del inmueble reivindicado.

Para no admitir, como no se admite, este cargo, basta dar por reproducida la razón con que se desechó el que le precede.

En el capítulo VI, el recurrente dice que el sentenciador quebrantó el artículo 752 del C. C., a consecuencia de errónea apreciación de las Escrituras 180 de 12 de junio de 1927, de la Notaría de Tuluá; 531 de 30 de septiembre de 1927, y de las que se siguieron otorgando de allí en adelante.

Al fundamentar el cargo expresa que entre las personas que partieron su herencia por medio de la citada Escritura número 180, "no figura María Lozano, por lo cual ésta nada adquirió mediante tal partición", que por consiguiente, ella nada transfirió por medio de la Escritura 531 mencionada; que siendo ello así, "el dominio que se alega por la actual demandante, y derivado mediante una cadena de transferencias del título que se supone en cabeza de María Lozano, legalmente no existe", por lo cual falta la calidad de dueño requerida por el artículo 946 del C. C. para que prospere la acción reivindicatoria.

Se considera:

Está tan despistado el apoderado del recurrente, que en este cargo resulta atacando los propios títulos de dominio de éste, pues precisamente de María Lozano se deriva el derecho de propiedad de la demandada señora González de Sarmiento. En efecto, por medio de la Escritura Nº 180 de 12 de junio de 1913, se adjudicó a María Lozano la mitad del inmueble "La Manga", cuya ubicación y linderos allí se dan. María Lozano transfirió sus derechos en el mismo bien, a En-

rique Galeano, por medio de la Escritura 531 de 30 de septiembre de 1927, pasada en la misma Notaría de Tuluá; en la sucesión de Galeano, se adjudicó ese bien a Raquél García de Galeano, según consta en la Escritura de protocolización número 447 de 26 de junio de 1937; y Raquél García transfirió ese mismo derecho a la demandada Cornelia González de Sarmiento, según consta en la escritura Nº 553 de 5 de agosto de 1937, y al partir el inmueble "La Manga" entre las comuneras, Carmen Lozano, cuyo derecho procede de la partición material que consta en la Escritura Nº 180 de 12 de junio de 1913, y Cornelia González de Sarmiento, se le adjudicó a ésta el lote distinguido con la letra C) y a aquélla los marcados con las letras A) y B), según aparece del instrumento Número 274 de 22 de febrero de 1946.

Lo dicho pone de presente de un lado, lo infundado del cargo, y, de otro, que la actora sí ha comprobado tal como lo estimó el Tribunal, su derecho de dominio sobre el inmueble materia de la reivindicación, como así se desprende de los dos títulos últimamente citados que aparecen debidamente registrados.

No se admite el cargo.

En el capítulo V afirma el recurrente que en la sentencia "debió reconocerse la posesión que por más de treinta años han ejercitado Cornelia González de Sarmiento y sus tradentes anteriores, sumando a la posesión de la última la que ejercieron sus antecesores. Sobre esa posesión contínua de todos los poseedores sucesivos, hasta llegar a la posesión ejercida por la señora Cornelia de Sarmiento, hay multitud de pruebas testimoniales que la acreditan por un lapso mayor de treinta años", y que al no reconocer "la excepción de prescripción extraordinaria" alegada por la demandada el Tribunal violó los artículos 2531 y 2532 del C. C.

En el Capítulo VI dice el recurrente que el Tribunal violó "los arts. 2524 del C. C., 1149 y 967 del C. J." y al fundamentar el cargo expresa que "las ventas ni las particiones que se hacen en escrituras y en juicios divisorios, no interrumpen la prescripción, porque el artículo 2524 del C. C. no lo dice expresamente"; que "la prescripción extraordinaria se realiza con una posesión de treinta años, con ánimo de dueño y esa posesión en nada se altera porque terceros hubieran otorgado escrituras de ventas y particiones"; que en las escrituras a que alude no consta que la actora y sus antecesores hubieran entrado en posesión material, y que tampoco hay constancia que en los referidos juicios divisorios se haya privado a la demandada de la posesión en el inmueble que se reivindica.

Se considera:

Los cargos que quedan resumidos no prosperan, por las siguientes razones:

1ª—Porque lo que declaró no probado el Tribunal es la excepción "de prescripción ordinaria", que es —según lo dijo en la parte motiva de su fallo— la "propuesta por el apoderado de la demandada en la contestación de la demanda", y la acusación del recurrente versa sobre la prescripción extraordinaria, que es distinta de aquélla, por lo cual se ve que la acusación no incide en la sentencia. Y si el recurrente estima que la excepción que propuso es la extraordinaria y que el Tribunal decidió sobre la ordinaria, que no estaba invocada, entonces ha debido acusar el fallo alegando la causal correspondiente;

2ª—Porque el recurso de casación no es, como parece entenderlo el recurrente, una nueva instancia del juicio, en donde se pueda hacer un libre examen probatorio del proceso. En este recurso extraordinario, es preciso señalar concretamente las pruebas que se estiman mal apreciadas, alegando y demostrando un error de hecho manifiesto o uno de derecho en su estimación por parte del sentenciador e invocando la consecuencial violación de la ley sustantiva, tal como lo manda el numeral 1º del art. 520 del C. J. y lo ha reiterado en numerosos fallos la jurisprudencia de la Corte. El recurrente no ha cumplido con ese deber, y

3ª—Porque el Tribunal no ha dicho ni entendido que las particiones o escrituras de compraventa interrumpan prescripción o priven a otro de posesión material, pues lo que en el fondo ha sostenido en su fallo es que la posesión alegada se interrumpió o no ha sido contínua durante el término requerido para la prescripción por cuanto la demandada y algunos de sus antecesores en el dominio reconocieron en los propios títulos por ellos otorgados que en la sentencia se mencionan, el derecho de propiedad que en el inmueble "La Manga" le asistía a la demandante y a sus antecesores, y sabido es que uno de los requisitos necesarios para que exista la posesión es el ánimo de dueño en quien la alega, y de ese ánimo carece, como es obvio, quien reconoce dominio ajeno en la cosa.

Se rechazan los cargos precedentes.

En el capítulo VII dice el recurrente que al dis-

poner el Tribunal en el punto 6º de la parte resolutiva de su fallo que el pago de las mejoras hechas en el lote materia de la reivindicación se haga "sobre el avalúo dado en el juicio" a las mismas quebrantó el inciso 3º del artículo 966 del C. C., por cuanto allí se prescribe que a lo que tiene derecho el reivindicador es a elegir entre el pago de lo que valgan **"al tiempo de la restitución"** las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo, y el avalúo dado en el juicio es de época muy anterior a la en que tendrá lugar la restitución. Pide que se case parcialmente la sentencia para que ese punto de la resolutiva se atempere al texto legal citado.

Se considera:

Aun cuando el cargo precedente no es perfecto por el aspecto de la técnica de casación, se comprende sin lugar a dudas que el pensamiento del recurrente ha sido el de alegar infracción directa de la disposición sustantiva que cita, por cuanto demuestra que el fallo está en oposición con lo que sobre el punto en cuestión dispone la ley. Así entendida la acusación, se ve que le asiste razón al recurrente, pues habiendo considerado el Tribunal a los demandados como poseedores de buena fe y aceptado que tienen mejoras en el lote que se reivindica, ha debido reconocerles el derecho a que ellas se les abonen de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 966 del C. C., que estatuye que "el reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo", y no como lo dispuso en el punto 6º de la parte resolutiva de la sentencia. Es preciso, pues, decretar la casación parcial de ésta, para el solo fin de modificar el referido punto 6º, en el sentido en que lo dispone la norma legal citada.

Dado que el recurso ha de prosperar parcialmente, no habrá lugar a condenación en costas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de veinte y seis de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, proferida en este asunto por el Tribunal Superior de Buga, con el solo fin de reformar el punto 6º de la parte resolutiva de ese fallo, el cual quedará así:

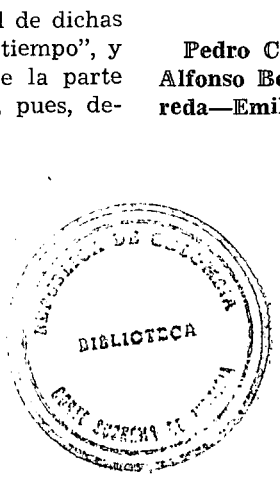
"6º—Reconócese a los demandados el derecho a que se les abonen las mejoras útiles hechas por ellos dentro del lote materia de la reivindicación. El reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución, las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo".

Queda en firme todo lo demás que se ha decidido en la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso de casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en su oportunidad a la oficina de origen.

Pedro Castillo Pineda—Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alberto Holguín Lloreda—Emilio Prieto H., Ofl. mayor en ppdad.



ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO

Corte Suprema de Justicia. — Sala B. de Casación Civil.—Bogotá, dieciseis de junio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo)

ALEJANDRO ESCOBAR S. CONTRA ANTONIO SEFAIR.

Síntesis del pleito.—Habiendo tomado en arrendamiento, el primero de los nombrados, un edificio de propiedad del segundo, en Girardot, según contrato suscrito por Jorge E. Melo (quien resultó había obrado a nombre de Bruno D. Melo e Hijos Ltda., y por cuenta de Antonio Sefair) el primero de octubre de 1944, con plazo de veinticuatro meses, y estipulado una renta de $ 550.00 mensuales, el señor Sefair le vendió dicho edificio a la señora Celestina Faizal, mediante escritura pública número 814, otorgada en la Notaría de aquella ciudad el 26 de septiembre de 1945, cuya copia auténtica registrada se trajo a los autos. Como la compradora Faizal no estuviese obligada a respetar el arriendo de que se trata, el cual terminó con la venta del inmueble arrendado y por causa de ella, conforme a la ley; y como una terminación de esa clase no exime de responsabilidad al arrendador que vende, sin arreglar de manera previa el cumplimiento de sus obligaciones para con el arrendatario, cuyo derecho personal no está obligado a respetar el comprador o nuevo dueño, en casos como el contemplado en este pleito, don Alejandro Escobar S. demandó por medio de apoderado, al señor Antonio Sefair para que éste fuera condenado para pagarle los perjuicios causados con motivo de aquella terminación unilateral del arrendamiento. La demanda fue admitida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, el 9 de abril de 1946, previo el reparto correspondiente; se le dió en traslado a la contraparte quien la contestó, oponiéndose, negando los hechos y fundamentos de derecho y anunciando la interposición de excepciones perentorias luego de haber escrito: "lo que terceras personas pacten sin la intervención y anuencia del presunto demandado, no obliga a éste". Abierta la causa a prueba y presentados los alegatos de conclusión, el Juez la falló en sentencia del 27 de septiembre de 1946, la cual acoge las peticiones de la demanda y condena al señor Sefair a que pague, a don Alejandro Escobar S., además de las costas del juicio, los perjuicios reclamados por éste y fijados en la cantidad de $ 4.500.00. Surtida la segunda instancia, por apelación interpuesta a nombre del demandado; quien no adujo pruebas, el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, que fué ante quien se surtió dicha instancia, le puso fin con su fallo del 25 de julio de 1947, confirmatorio del anterior.

El recurso de casación. — Le fue concedido al apoderado del señor Sefair, y, presentada la correspondiente demanda que fué oportunamente contestada por el opositor, quedaron los autos debidamente preparados para recibir el fallo de esta Corte, desde el 23 de julio de 1948. Se procede a dictarlo mediante las consideraciones que se expresan en seguida.

Acusa el recurrente por la primera causal del artículo 520 del código judicial, alegando infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de disposiciones civiles, imputando también al Tribunal errores de hecho y de derecho en la apreciación de muchas de las pruebas "allegadas a los autos por las partes" (sic).

Examinados cuidadosamente los autos y la demanda de casación, no encuentra la Sala mérito para infirmar el fallo acusado y se limitará a despachar los argumentos del recurrente con la mayor brevedad posible, sobre la base de que toda su defensa, ante los cargos de la demanda que contiene la acción deducida en el juicio, la hizo consistir en el siguiente hecho: que el señor Jorge E. Melo no tiene la firma de Bruno D. Melo e Hijos Ltda., por cuya mediación ajustó el señor Sefair con el señor Escobar, el arrendamiento que ha dado ocasión a la demanda, la cual se funda en que Sefair le puso fin, unilateralmente y por un hecho personal suyo, al mencionado contrato, al vender la casa alquilada a Escobar, traspasando su dominio por tal título a la señora Celestina

Faizal, tercero que no estaba obligado a respetar el arriendo.

Al contestar la demanda el señor apoderado de Sefair anunció, como ya se hizo notar arriba, que haría valer aquel hecho como una excepción, fundado en que Jorge E. Melo pactó el arriendo del Hotel Cecil con Escobar, sin que Sefair hubiera autorizado a Melo (Jorge) sino a otro (Melo Bruno). Sostiene, pues, con este fundamento que existe una duda, la cual debe resolverse en favor del demandado. Pero es lo cierto que la parte de Sefair no discutió la verdad del contenido de la carta que forma el folio 6 del cuaderno primero del expediente, donde, de modo claro consta que la firma de BRUNO D. MELO E HIJOS LTA., cuyo papel timbrado y nombre comercial usa el señor Jorge E. Melo, quien la suscribe, es la que comunica al señor Alejandro Escobar S. que el señor Antonio Sefair ha vendido la propiedad que ocupa el Hotel Cecil (objeto del arriendo; es decir, el edificio), a la señora Celestina Faizal y que, desde el 1º de octubre de aquel año de 1945, en adelante, el señor Escobar debería entenderse con la mencionada señora "para todo lo relacionado con la finca". Contiene a la vez, la citada carta, que lleva fecha del 27 de septiembre de 1945, una expresión que equivale al más amplio finiquito para el señor Alejandro Escobar, por la manera como éste cumplió con sus obligaciones de arrendatario, llegando hasta decir, con curiosa falta de ortografía, que lamentaban —Bruno D. Melo E Hijos Ltda.— "muy **deberas** perder tan distinguido cliente".

Para la Sala no hay la menor duda acerca de de que el distinguido abogado que alega la suya y que sustentó el recurso sobre ella, quizás por sus muchas y graves ocupaciones olvidó involuntariamente la carta de que se ha hablado, carta que como prueba fué convenientemente apreciada por los jueces de las instancias. Porque si así no fuera, no habría incurrido en la aparente falta de seriedad que se advierte. Pues, ante aquel finiquito de Bruno D. Melo e Hijos Limitada, sin haber probado contra él que don Jorge E. Melo no tenía autorización para usar de aquella conocida y acreditada firma de comisionistas para arrendar casas; sin objetar la autenticidad del documento presentado por la contraparte, o sea, de la carta de que se está tratando que es un documento privado al cual resulta aplicable el artículo 645 del C. J.; sin alegar ni menos probar que Jorge E. Melo hubiera usado malamente, o abusado de la firma de BRUNO D. MELO E HIJOS LTDA., a la cual, según confesó en posiciones el señor Sefair, había autorizado para que le arrendara el inmueble al señor Escobar, se venga ahora a proponer semejante duda y a invocarla como motivo suficiente para deducir que se violó el artículo 234 del código judicial y pedir la casación del fallo que no halló probada semejante duda, o mejor, que no encontró duda, es inadmisible.

Pero aunque la hubiera, tampoco se puede invocar el artículo 234 del C. J. como disposición sustantiva civil suceptible de violación directa. Sobre el particular la Sala remite al recurrente a la doctrina contenida en la sentencia de 2 de diciembre de 1943 en el caso de Manuel Olano contra la empresa de Taxis Rojos, publicada en el tomo LVI de la G. J. Nos. 2001 a 2005, páginas 318 y ss. En especial conviene leerse el pasaje que empieza así: "En el primer capítulo acusa el fallo por violación del artículo 234 del código judicial, etc.".

Las razones apuntadas bastan para hallar también desprovistas de fundamentos serios los cargos de violación de los artículos 1505, inciso 2º del 1506, 1620, 1622, 1494, 1502 y 2343 del código civil, todos los cuales fueron respetados por el Tribunal en su sentencia. Al demandado le tocaba probar sus excepciones. Si no las alcanzó a proponer debidamente ni menos a sustentar con pruebas, se estaría en presencia de medios nuevos, lo cual basta para rechazar los cargos. Pero era moralmente imposible que el señor Sefair, después del finiquito que le dieron a su nombre —que no podrá negarlo—, los señores Bruno D. Melo e hijos, a quienes había comisionado para arrendar el edificio del Hotel Cecil, finiquito a favor del arrendatario Escobar, se pretendiera que, por haber subarrendado Escobar, sin autorización de Sefair, éste podía desligarse de sus obligaciones de arrendador a través de una especie de "exceptio inadimpleti contractus".

Sentencia

Basta lo expuesto para que la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por

autoridad de la ley, resuelva NO INFIRMAR, como no infirma, la sentencia acusada en este recurso, que es la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 25 de julio de 1947.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas — Güalberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas—Luis Enrique Cuervo—Hernando Lizarralde, Secretario.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REQUISITOS DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA CIVIL — NO ES ADMISIBLE COMO PRUEBA EN UN JUICIO CIVIL, EL DICTAMEN PRACTICADO DENTRO DE UN PROCESO PENAL SIN INTERVENCION NI CONTRADICCION DE QUIEN ES DEMANDADO EN LA CONTROVERSIA CIVIL

1—La prueba pericial es pertinente siempre que se trate de demostrar judicialmente hechos cuyo conocimiento depende de la aplicación de principios o prácticas especiales de determinada ciencia o arte, distintas a la ciencia del derecho, y en los cuales son expertos conocedores los peritos, viene a tener oportunidad cuando se requiere hacer apreciaciones u observaciones técnicas que exigen conocimientos especiales de índole profesional. Esto está expresado con laconismo en el artículo 705 del Código Judicial, conforme al cual "para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales intervienen peritos". Cuando se trata de cuestiones de complejidad técnica, en que se necesita una especialización intelectual, la prueba pericial es insustituible por otra. "Siempre que se trate de una comprobación que exige conocimientos especiales, se requiere la prueba o juicio especial", dice el doctor Concha en su tratado sobre pruebas judiciales.

Pero, para que la prueba pericial cumpla su función judicial civil, tiene que estar rodeada de ciertas condiciones, que a la vez que son una garantía para las partes, son una seguridad para el Juez que ha de tenerla en cuenta al fallar. Y si esas condiciones no se cumplen, las partes tienen derecho a oponerse y a rechazar la prueba, y el Juez no puede aceptarla. Una prueba pericial que se ha practicado sin citación de la parte contraria o sin llenarse las formalidades legales sobre peritos, no puede estimarse en la sentencia.

Entre las condiciones de que se trata, están como principales:

a) Que los peritos sean nombrados por las partes, que cada parte nombre su perito, y que el Juez lo acepte y les dé posesión (arts. 705 y 715 C. J.);

b) Que cada parte pueda tachar o recusar el perito de la otra (art. 708);

c) Que los peritos deliberen juntos (art. 716). La razón de la ley al disponer que los peritos practiquen juntos la diligencia, es la de que en lo posible, se consulte el examen de unos mismos hechos y que los peritos puedan cruzar ideas y opiniones acerca de los resultados a que esos mismos hechos se prestan, a fin de apreciarlos mejor, científicamente, y dar garantía al derecho;

d) Que rendido el concepto pericial, se dé a las partes conocimiento de él (art. 719 C. J.). Sin traslado, el dictamen no alcanzó su perfección jurídica, y constituye apenas una prueba incompleta, inconducente para llevar al ánimo del juzgador la plena convicción, fundamento necesario de toda condena. No es susceptible de estimación el dictamen pericial respecto del cual a las partes no se les ha brindado la oportunidad de impugnarlo.

Los peritos no son jueces, y lo que ellos expresan será estimado por el juzgador en cuanto el dictamen se ajuste a las normas que lo regulan. Un concepto pericial no obliga al Juez, cuando de su estudio aparece que se pretermitieron regulaciones que la ley prescribe como garantía del derecho de las partes.

2—El dictamen pericial practicado dentro de un proceso penal sin intervención ni contradicción de quien es demandado en juicio civil, carece de pleno valor probatorio en este último juicio, porque no reúne todas las condiciones y requisitos que la ley exige en materia civil para su producción adecuada.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Un negocio decidido en esta Sala hace unos pocos meses, y el presente, coinciden en los siguientes antecedentes que se van a historiar, tomándolos principalmente de las demandas:

a) Al terminar el día 15 de junio de 1944 y principiar el día 16, se produjo una descarga eléctrica en un sector de la población de Magangué, con origen, según se afirma en varias piezas del expediente, en la empresa que presta servicios de luz y energía en la población citada;

b) Con motivo de la descarga hubo muertos y heridos, y para fijar la responsabilidad por el hecho se levantó una investigación penal, en la cual intervinieron y conceptuaron médicos y técnicos, que atribuyen a la descarga eléctrica los resultados dolorosos del suceso, conceptos que cubren el caso ya decidido y el presente;

c) Los conceptos o exposiciones de técnicos y médicos se presentaron en copia con las demandas civiles, trasladados del proceso penal, terminado por sobreseimiento.

d) Los señores José Nigró y Fernando E. Criales, quienes se dicen técnicos electricistas y peritos nombrados para el caso por el señor Alcalde, después de hacer examen de los desastres dejados por la descarga eléctrica, el mismo día que ésta ocurrió, expusieron lo siguiente: Sacamos la conclusión que la línea de alta tensión se reventó debido al mal estado en que se encontraba el empate que notamos en ella, y que la electrocutación de las víctimas fueron ocasionadas por una corriente eléctrica mayor de mil voltios, que fué comunicada por la línea de alta tensión reventada, a las líneas de baja sobre que descansó al caer.

e) Muchos días después del acontecimiento el Ingeniero Jefe de la Sección de Tarifas del Ministerio de Obras Públicas, por mandato del Juez 42 de instrucción criminal, y como perito reconocedor de las líneas de alta y baja tensión de la Empresa "especialmente en las que puedan tener más estrecha conexión con las perturbaciones ocurridas en la mañana del 16 de junio próximo pasado", todo lo cual se expresa en el documento, rindió un "Informe" sobre las condiciones de esas líneas, el cual termina así:

"1ª—La electrocución del señor Cristóbal Arraut y de la menor Hilda Soto, lo mismo que las quemaduras que sufrió la madre de ésta, señora Raquel Durán, Francisco Suárez y otros en el accidente de la madrugada del 16 de junio último cuya investigación se adelanta, tuvo por causa la corriente de alta tensión generada en la planta de energía eléctrica que poseen en esta población los señores Parrish & Co. S. A.

"2ª—El accidente de la ruptura de uno de los conductores de 2.300 voltios tuvo consecuencias funestas por causa de defectos graves de que adolece el sistema de distribución urbana de la energía, empleado por la Empresa".

f) A raíz del insuceso los doctores Carlos A. Martínez y Luis C. Padrón, después de verificar las autopsias de los cadáveres, expidieron un certificado en que dicen, entre otras cosas, que la causa de la muerte de las víctimas "es única y exclusivamente explicable por una corriente eléctrica de altísimo voltaje a través de los mencionados cuerpos, que produjo una asfixia y una muerte súbita".

g) Con base en estas pruebas, los familiares de las víctimas se presentaron en demanda ordinaria ante los Jueces de Barranquilla, pidiendo que se declare que la Sociedad "Parrish & Compañía S. A.", propietaria de la Empresa, es responsable de los daños ocasionados por la descarga eléctrica, y se le condene al pago de perjuicios.

h) En primera instancia fueron dictadas sentencias condenatorias a favor de los familiares, y apeladas las sentencias, el Tribunal Superior de Barranquilla las confirmó; declarándose así que los dueños de la Empresa eran responsables del fracaso.

i) Traídas a la Corte esas sentencias, ya se decidió el recurso sobre una, casándola, revocando la de primer grado y absolviendo a la Sociedad demandada.

Y se entra a hacer estudio del juicio aún pendiente.

Por medio de apoderado, la señora Luz María Viñas v. de Arraut, en su nombre y en el de sus menores hijos Cristóbal, Tomás y Nydia Arraut Viñas, demandaron a los representantes de Parrish & Compañía S. A. para que se declarara que esta Sociedad es responsable por la muerte del señor Cristóbal Arraut Pérez, esposo y padre de aquéllos, muerte ocurrida en Magangué en la noche del 15 a 16 de junio de 1944, con ocasión de una descarga eléctrica debida a un choque de cables conductores de energía, y se condenara a perjuicios a la Compañía citada.

Entre los hechos de la demanda se encuentran éstos:

"Quinto.—Parrish & Compañía S. A., con verdadera imprevisión, descuido y negligencia ha dejado perdurar el peligroso estado en que se encuentran las redes de distribución urbana de luz y energía eléctrica, siendo su deber mantener todas las líneas conductoras de energía en perfecto buen estado, no sólo para garantizar un servicio eficiente, sino para prevenir cualquier peligro o daño que el mal estado de las líneas pudiera ocasionar.

"Sexto.—En la noche del día quince (15) de junio del año de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), siendo poco más o menos de doce a una, se rompió el hilo exterior de canalización de alta tensión —2.300 voltios— y fue a caer sobre las líneas de baja tensión, electrizando todo el circuito que alimentaba el sector.

"Séptimo.—La causa inmediata de la rotura o ruptura de ese hilo o alambre de alta tensión se debió principalmente a la circunstancia de encontrarse roto y añadido de tiempo anterior, pues presentaba un empalme de dos alambres hechos en forma de entoche, con puntas sulfatadas".

El Juzgado Cuarto del Circuito de Barranquilla decidió el caso, declarando la responsabilidad civil de Parrish & Compañía S. A., y condenando a esta sociedad a pagar $ 2.000 a la viuda, como reparación de los perjuicios morales, y $ 1.500 a cada uno de los hijos; y condenándola también al pago de perjuicios materiales en abstracto.

En esta sentencia, como causa de la muerte de Arraut, se cita "la diligencia de autopsia practicada por los doctores Luis Carlos Padrón y Carlos A. Martínez, ratificada por este último y donde explican la causa de la muerte del señor Arraut". Y esta misma cita se hace en otra parte del fallo, como fundamento de la condena.

Ambos litigantes apelaron de esta sentencia y el Tribunal Superior de Barranquilla dictó su fallo, de diez y siete de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, por el cual confirma el de primer grado, y en el cual se leen estos párrafos que fundamentan su decisión:

"Con las pruebas que las partes han aducido en este proceso, quedan demostrados plenamente los siguientes hechos:

.....

"b) Que Cristóbal Arraut Pérez falleció el 16 de junio de 1944 a consecuencia de una alta corriente eléctrica que lo electrocutó, debido a que uno de los cables de alta tensión al caer sobre los cables de baja tensión se la comuicó, elevando el voltaje a un punto capaz de producir la muerte del extinto nombrado, en la noche del 15 de junio de 1944 de doce a una (Véanse las exposiciones de los médicos doctores Luis Carlos Padrón y Carlos A. Martínez quienes examinaron el cadáver de Arraut y Pérez y practicaron su autopsia)".

.....

"También está en lo cierto el Juzgado al afirmar que ha quedado establecida la relación existente entre la culpa y el daño ocasionado, porque de las pruebas existentes en el expediente se desprende que la ruptura del cable de alta tensión fué la causa de que el voltaje en las línas de baja tensión aumentara al extremo de producir la electrocución del señor Cristóbal Arraut Pérez en la noche del día 15 de junio de 1944. Para el efecto se basa en las declaraciones de los señores Jesús María Galvis y otros, en el reconocimiento y autopsia que hicieron al cadáver de Arraut Pérez los médicos doctores Padrón y Martínez; y como consecuencia de la prueba de tales elementos necesarios la acción incoada contra la sociedad demandada es viable".

Además, en el alegato de la parte demandante ante el Tribunal, se invoca el informe del ingeniero Jefe de la Sección de Tarifas del Ministerio de Obras Públicas para afirmar las malas condiciones de distribución de las líneas conductoras de energía, y el concepto del mismo ingeniero acerca de la causa del siniestro. Y se invocan, por último, el concepto de los técnicos electricistas Nigró y Criales, ya citados.

El apoderado de Parrish & Compañía S. A. interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, y se acomete el estudio de esta etapa del juicio.

Por varios motivos de casación acusa el recurrente la sentencia del Tribunal, todos con fundamento en el ordinal 1° del artículo 520 del Código Judicial; pero entre ellos hay uno muy señalado porque a simple lectura hiere desfavorablemente el criterio jurídico, motivo que fué precisamente el que tuvo en cuenta esta Sala al considerar el otro juicio sobre la misma materia del presente y contra la misma firma Parrish & Compañía S. A., del cual dá razón la sentencia de casación de nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, que se lee en la GACETA JUDICIAL, Tomo LXX pág. 443. Sobre tal motivo dice la demanda de casación lo siguiente, tomado de la sentencia:

"Con las pruebas que las partes han producido en este proceso quedan demostrados plenamente los siguientes hechos: ...b) que Cristóbal Arraut Pérez falleció el 16 de juio de 1944 a consecuencia

de una corriente eléctrica que lo electrocutó.... (Véanse las exposiciones de los médicos doctores Luis Carlos Padrón y Carlos A. Martínez quienes examinaron el cadáver de Arraut Pérez y practicaron su autopsia)".

Comentando este párrafo de la sentencia dice el recurrente en su demanda:

"Estos médicos se ratificaron en el presente proceso en una certificación que habían dado conjuntamente, ante la autoridad de policía que investigó el accidente de la muerte del señor Arraut Pérez, sobre haber practicado el reconocimiento y autopsia del cadáver de este señor y haber concluído, de lo que encontraron en esas operaciones, que falleció 'por una corriente eléctrica de altísimo voltaje a través de los mencionados cuerpos'.

"En la apreciación de esta exposición la falladora no distinguió entre lo que podía ser materia de prueba testimonial, los hechos sometidos a los sentidos de los deponentes: la muerte, el aspecto del cadáver del accidentado, etc., y lo que había de ser materia de prueba pericial; las conclusiones a que los médicos llegaron sobre la causa de la muerte del señor Arraut Pérez, incurriendo manifiestamente en un error de hecho. Y al aceptar la Sala que con las declaraciones de los doctores Padrón y Martínez, acaso por ser médicos que examinaron el cadáver estaba probada la causa de la muerte del señor Arraut Pérez, incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba, pues le dió el valor de plena, sobre este particular, a un medio legalmente ineficaz, y por ello inadmisible, pues "para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales", como es indudablemente la causa de la muerte de un hombre, "intervienen peritos" (arts. 697, 705, 596, C. de O. J. y P. C.).

"Si los señores Magistrados entendieron, por el contrario, que las exposiciones de los médicos constituían prueba pericial de la causa de la muerte del señor Arraut Pérez, habrían incurrido también en error de derecho en la estimación de esos elementos de convicción, pues no se sometieron los dictámenes de dichos señores a las formalidades garantizadoras del derecho de defensa de la parte demandada contra quien se esgrime la prueba (arts. 705, 708, 719 y 720, ib.), para que hubiera podido atribuirles el valor de plena que le concedieron.

".....

"En uno u otro sentido de los que se acaban de exponer, los señores Magistrados de Barranquilla incurrieron en apreciación errónea de la prueba consistente en las exposiciones de los doctores Padrón y Martínez, trasladadas de un sumario con el que nada tuvieron que ver los señores Parris & Co. S. A., estimación equivocada por errores de hecho y de derecho, de manifiesto en los autos que llevó al Tribunal a infringir la ley sustantiva en los arts. 2341 y 2356 del C. C., especialmente en el último, con la condena de mis clientes, como civilmente responsable, a indemnizar perjuicios morales y materiales, que no se les habría infligido sin la aceptación equivocada del medio probatorio aquí señalado, como demostración plena y completa de la causa de la muerte del señor Arraut Pérez, que es el daño a que se refiere la indemnización y que ha sido desconocido por la parte demandada, en las instancias del juicio".

¿Murió ciertamente el señor Arraut Pérez?

Fuera de los conceptos de médicos y electricistas en que tal cosa se afirma, existen en el expediente algunas declaraciones de personas que vieron el cadáver, y que hablan de lo que oyeron decir sobre la causa de la muerte, y de las suposiciones que ellas mismas se hacen sobre su causa.

¿Murió a consecuencia de una descarga eléctrica que le produjo la electrocución, como se afirma en la exposición médica que invoca el Tribunal?

No basta establecer la muerte para deducir responsabilidad contra la parte demandada. Es preciso probar lo segundo, y probarlo plenamente para que el juzgador pueda formar convicción profunda. No de otra manera se podría alcanzar la indemnización que autoriza el artículo 2341 del C. Civil, fuente de toda responsabilidad.

Fuera de la capacidad, son elementos de esta responsabilidad, que deben coincidir en cada caso, el daño, la culpa y la relación de causalidad entre ésta y aquél. Si uno de esos elementos falla, la responsabilidad no toma vida jurídica. ¿Están aquí probados la culpa en forma indudable, y la relación de causalidad entre éste y el daño?

El Tribunal lo sostiene, afirmando que de la muerte de Arraut Pérez fué culpable la Empresa de energía, por inadecuada distribución y colocación de las líneas conductoras de energía que dieron motivo "a una alta corriente eléctrica que lo electrocutó debido a que uno de los cables de alta tensión al caer sobre los de baja, elevó el voltaje a un punto capaz de producir la muerte al extinto". Cita para establecer ésto las exposiciones de los meédicos Padrón y Martínez, como se vió

atrás. Y el apoderado de los actores, en glosas a la demanda de casación y refiriéndose al motivo que se examina, hizo estudio de las exposiciones de los señores Nigró y Criales, peritos en la investigación criminal, y de lo expuesto por el ingeniero del Ministerio de Obras Públicas; y después de ese estudio, se expresó así: "Probado, pues, el hecho de la ruptura del cable de alta tensión; probado que —como dice el informe— los planos verticales que pasan por esas líneas a 2.300 voltios cortan en muchas partes en el trayecto de cada cuadra las líneas de acometida o de servicio para las residencias; probado que al producirse la ruptura del cable se ocasionaron conatos de incendios en el sector y la electrocución del señor Arraut y de la menor Hilda Soto; ¿probado todo ésto, hay quien pueda reprochar con razón al sentenciador en su conclusión de que el efecto dañoso se produjo como consecuencia de un alto voltaje que llegó a las residencias de las víctimas?".

Como se vé, la principal fuerza probatoria sobre la causa de la muerte del señor Arraut Pérez, conforme a la sentencia y a lo manifiesto por la parte actora, está constituída por las exposiciones, trasladadas de la investigación criminal, de los médicos y técnicos en electricidad que intervinieron en esta investigación, ya que, como se expresó, la prueba testimonial, ni sirve para el caso a estudio, ni los declarantes exponen razones veláderas sobre esa causa.

Los señores Nigró y Criales rindieron juntos, dentro del proceso penal, un informe o certificado, y después, dentro del presente proceso civil, cada uno de ellos rindió una declaración, en que ratifica "el certificado" —la de Criales—, y en que se ratifica "el informe" —la de Nigró.

Los médicos Martínez y Padrón expidieron dentro de aquel proceso un certificado, y éste aparece ratificado en el presente juicio, por declaración de Martínez. No existe ratificación del segundo.

El ingeniero del Ministerio rinde en este juicio una declaración en que ratifica lo que expuso en el proceso penal.

Y se pregunta: ¿se trata entonces de prueba testimonial o de pruebas periciales? Sin duda que de lo primero. Y con simples declaraciones no se pueden establecer estos dos hechos: que la víctima murió electrocutada, y que la situación de las canalizaciones de energía produjeron la descarga eléctrica.

Mas se va a suponer, como extremo que más favorece las tesis de los demandantes, que se trata de unas pruebas periciales.

"La prueba pericial es pertinente siempre que se trate de demostrar judicialmente hechos cuyo conocimiento depende de la aplicación de principios o prácticas especiales de determinada ciencia o arte, distintos a la ciencia del derecho, y en los cuales son expertos conocedores los peritos. Viene a tener oportunidad cuando se requiere hacer apreciaciones u observaciones técnicas que exigen conocimientos especiales de índole profesional". (G. J. LVIII, pág. 648). Esto, que ha dicho la Corte, está expresado con laconismo en el artículo 705 del Código Judicial, conforme al cual "para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales intervienen peritos". Cuando, como aquí, se trata de cuestiones de complejidad técnica, en que se necesita una especialización intelectual, la prueba pericial es insustituíble por otra. "Siempre que se trate de una comprobación que exige conocimientos especiales, se requiere la prueba o juicio especial", dice el doctor Concha en su tratado sobre pruebas judiciales.

Pero para que la prueba pericial cumpla su función civil, tiene que estar rodeada de ciertas condiciones, que a la vez que son una garantía para las partes, son una seguridad para el Juez que ha de tenerla en cuenta al fallar. Y si esas condiciones no se cumplen, las partes tienen derecho a oponerse y a rechazar la prueba, y el Juez no puede acatarla. "Una prueba pericial que se ha practicado sin citación de la parte contraria o sin llenarse las formalidades legales sobre peritos, no puede estimarse en la sentencia", ha dicho la Corte. (G. J. Nº 1925, pág. 286).

Entre las condiciones de que se trata están como principales:

a) Que los peritos sean nombrados por las partes, es decir, que cada parte nombre su perito, y que el Juez los acepte y les dé posesión (arts. 705 y 715 C. J.).

b) Que cada parte pueda tachar o recusar el perito de la otra. (art. 708).

c) Que los peritos deliberen juntos (art. 716). "La razón de la ley al disponer que los peritos practiquen juntos la diligencia, es la de que, en lo posible, se consuelte el examen de unos mismos hechos y que los peritos puedan cruzar ideas y opiniones acerca de los resultados a que esos mismos hechos se prestan, a fin de apreciarlos mejor, científicamente, y dar garantía al derecho". (G. J. XXVII, pág. 212).

d) Que rendido el concepto pericial, se dé a

las partes conocimiento de él (art. 719 C. J.). Sin traslado, dice la Corte, "el dictamen no alcanzó su perfección jurídica, y constituye apenas una prueba incompleta, inconducente para llevar al ánimo del juzgador la plena convicción, fundamento necesario de toda condena. No es susceptible de estimación el dictamen pericial respecto del cual a las partes no se les ha brindado la oportunidad de impugnarlo". (G. J. Nº 1934, pág. 327).

Los peritos no son jueces, y lo que ellos expresen será estimado por el Juzgador en cuanto el dictamen se ajuste a las normas que lo regulan. Un concepto pericial no obliga al Juez, cuando de su estudio aparece que se pretermitieron regulaciones que la ley prescribe como garantía del derecho de las partes.

Las cuestiones debatidas corresponden a la apreciación de peritos. Mas dentro de la suposición de que en las pruebas del presente juicio figuran dictámenes periciales, en éstos no se cumplieron las condiciones que se han dejado examinadas, y esos dictámenes, entonces, no abren campo a una decisión favorable a la parte actora.

Alega el apoderado de la parte actora, con impresionantes razones, que no era posible a la parte demandante traer a los autos pruebas distintas de las que figuraron en el proceso penal, precisamente porque ha corrido largo tiempo desde que los hechos se sucedieron en Magangué. Y pregunta el señor apoderado: "¿Acaso dos y medio años después de la muerte de una persona, en una ciudad de clima tan ardiente como Magangué, es posible el nombramiento de nuevos peritos para que exhumen el cadáver y le practiquen autopsia? Un rigorismo como el insinuado por el recurrente sería el imperio del **Summum jus, summa crux".**

En apariencia, tiene alguna razón el personero de los actores; pero debe concederla a la Corte, encargada, como todos los funcionarios del órgano jurisdiccional, de cumplir y ver que se cumplan las leyes del Estado. El examen pericial, como lo anota el doctor Martínez Silva en su Tratado de Pruebas Judiciales, "no es sino un lente que agranda los objetos, y al Juez, que tiene la facultad de servirse de él, corresponde decidir si las imágenes se le presentan bien precisas". Si pues el lente muestra imágenes que no corresponden a una realidad legal, el fallador debe desecharlas, porque se están vulnerando derechos irrevocables de las partes, se está faltando al principio de garantizar los bienes de las personas y se está desconociendo la prerrogativa ciudadana de que se júzge observándose la plenitud de las formas propias de cada juicio (arts. 16 y 26 de la Constitución). A los demandados no se les puede condenar con lo que apenas es un simulacro probatorio.

Sobre puntos aquí estudiados dijo hace poco esta Sala, en la sentencia citada atrás, que se refirió al otro caso semejante al presente, sentencia por la cual se casó la del Tribunal:

"El Tribunal fundó su sentencia condenatoria —como se ve en las consideraciones que de ésta se copiaron arriba— en que encontró establecida plenamente —mediante la utilización o estimación que probatoriamente hizo del "dictamen pericial de José Nigró, Fernando Criales y el informe del ingeniero Velásquez"— una culpa concreta del demandado. Tales dictámenes e informe fueron rendidos dentro de las diligencias sumarias o investigación penal que con motivo de los mismos hechos a que se refiere el presente negocio adelantaron las autoridades correspondientes; se acompañaron en copia a la demanda y en ellos se ratificaron sus actores en declaraciones juradas que rindieron durante el término probatorio de este juicio.

"Que el sentenciador se apoyó en esas piezas y no en las declaraciones aludidas —como pretende sostenerlo el opositor— es un hecho que no puede remitirse a duda alguna, pues por una parte el fallo expresamente invoca y menciona "el dictamen pericial" y "el informe" referidos, que se produjeron en el proceso penal y no en el presente, y de otra, no es posible suponer en un sentenciador de segunda instancia un grado tan manifiesto de confusionismo o ignorancia como sería el que confundiera una simple declaración testifical con un dictamen pericial, que tan notorias y marcadas diferencias tienen entre sí.

"Ahora, en materia civil, el dictamen uniforme de dos peritos, explicado y debidamente fundamentado, tiene el valor de plena prueba; pero para asignarle ese mérito es menester que además de que reúna esas calidades se hayan observado antes y después de rendirlo ciertas formalidades que la ley establece como garantía de verdad y como tutela del derecho de defensa, tales como las siguientes: que los peritos se nombren en forma legal (artículos 705 y 706 del C. J.); que su designación sea puesta en conocimiento de las partes, a fin de que ellas puedan ejercitar el derecho de tacharlos o recusarlos, cuando los estimen faltos de idoneidad e imparcialidad (artículos 708 y 709 ibidem); y que del

dictamen, una vez rendido, se dé traslado a las partes, a efecto de que si lo consideran oportuno y procedente pidan su aclaración, explicación o ampliación o lo objeten por error, fuerza, dolo, cohecho o seducción (arts. 719 y 720 ibidem).

"En el caso de autos, se trata de una prueba trasladada del proceso penal, en donde se practicó sin intervención ni contradicción del demandado; carece, por lo mismo, de todas las condiciones y requisitos ya indicados que la ley exige en materia civil para su producción adecuada, y a la cual, en consecuencia, no puede conferírsele pleno valor probatorio. Y como el Tribunal se lo otorgó, sin tenerlo, para dar por demostrada la culpa del demandado, es claro que incurrió en notorio error de derecho, a consecuencia del cual quebrantó los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, que requieren la existencia de una culpa, como condición previa ineludible de la obligación de indemnizar perjuicios.

Se impone, por tanto, la casación del fallo acusado". (G. J. Tomo LXX, pág. 445).

En el presente juicio, como en aquel otro, aparecen quebrantados los artículos 2341 y 2356 del C. Civil invocados por el recurrente, y debe prosperar, entonces, el segundo motivo que se ha estado estudiando.

Entra la Sala a dictar sentencia de instancia, para lo cual se toman como fundamento las razones que se han dejado expuestas.

Para que se pudiera atender la solicitud sobre declaratoria de culpa por parte de Parrish & Compañía S. A., y la consiguiente obligación de resarcimiento, sería necesario que se hubiera dejado legalmente establecido que la causa de la muerte de Arraut Pérez se debió a una descarga eléctrica originada por la mala situación de las canalizaciones de energía de la Empresa que prestaba este servicio en Magangué y que pertenece a aquella sociedad, hechos éstos a que se refieren los numerales Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo y Octavo de la demanda. Mas como ya se ha visto, se pretende dejar establecidos estos hechos con exposiciones trasladadas en copia al presente juicio, tomadas de la investigación criminal y ratificadas por medio de declaraciones, sistema probatorio que la ley no autoriza para casos como éste, por lo cual no puede prosperar esa demanda. Se acomodan exáctamente a la situación que se estudia y a los hechos citados arriba, los párrafos que se van a copiar, tomados de la sentencia de esta Sala en el juicio gemelo con el presente, de que se ha hablado:

"La demanda le atribuye al demandado culpa concreta directa, la cual se hace consistir, según se lee en el hecho tercero de aquélla, en que el siniestro se produjo por deficiencia en la prestación del servicio de energía eléctrica, descuido en las instalaciones y conservación de las líneas" y "por defectos graves de que adolece el sistema de distribución urbana empleado por la Empresa.

"Pero sobre estos hechos que en su mayoría implican cuestiones de orden técnico, no hay en el proceso la prueba adecuada que los establezca, como sería la resultante de un dictamen pericial, pues el de que se hizo mérito se practicó en la investigación penal, al igual que el informe técnico del ingeniero Velásquez, y ya están dichas las razones por las cuales a esas pruebas no puede asignárseles pleno valor. Y las declaraciones juramentadas que para ratificarse en esas piezas se obtuvieron en el presente juicio de parte de sus autores, versan sobre cuestiones, conceptos y apreciaciones de orden técnico en materia de electricidad, que no encajan dentro de la naturaleza de la prueba testifical, que sólo es idónea cuando se trata de demostrar hechos perceptibles directamente por los sentidos.

"Fuera de los aludidos no hay en el expediente otros elementos de convicción que tiendan a demostrar los hechos concretos que la demanda precisa como determinantes de la culpa que imputa al demandado, por lo cual puede afirmarse que esa culpa concreta no se ha establecido". (G. J. Tomo LXX, págs. 445 y 446).

Sobre la presunción de culpa dijo lo siguiente esta misma sentencia, que se adopta para el caso:

"Y si se admitiera, no obstante que en el libelo nada se expresa al respecto, que en el caso de autos la presunción de culpa que consagra el artículo 2356 del Código Civil opera contra el demandado, por cuanto éste ejercita una actividad que puede con toda propiedad calificarse como peligrosa, habría que llegar también a la conclusión de que la acción no puede prosperar, desde luego que sobre la relación de causalidad, o sea el hecho de que una de las víctimas murió y las otras sufrieron lesiones al entrar en contacto con la corriente de alto voltaje que se afirma se comunicó a la casa que ellas habitaban, no se trajo al proceso prueba alguna hábil que la demuestre".

En el párrafo copiado se hace el cambio de víctima y de las circunstancias que precedieron a la muerte, pues en la demanda que está en consideración se dice lo siguiente, sobre lo cual no

hay prueba alguna: "Octavo: En la misma hora, día, mes y año que tenía lugar la caída de la línea de alta tensión sobre las de baja y las cuales carecían de redes de amparo, el señor Cristóbal Arraut Pérez fué despertado por la niña Inés Zúñiga, criada de los esposos Arraut Viñas, quien le informó que la nevera estaba expidiendo una llama por el lado posterior, y al intentar desconectar el suiche del tomacorriente, rozó dicha nevera, quedando instantáneamente electrocutado".

Este hecho no fué comprobado en forma legal aceptable, conforme a los principios que se han dejado expuestos, y es en balde entonces invocar el principio de la presunción de culpa, de que se habla en casación pero no enunciado siquiera en la demanda.

En atención a 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 Barranquilla, de fecha diez y siete de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, REVOCA la del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la misma ciudad, de fecha cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, y ABSUELVE a Parrish & Cía. S. A. de los cargos 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.



ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA — TECNICA DE CASACION

Cuando se trata de violación de ley sustantiva por errónea apreciación de una prueba, dicha violación hay que invocarla como resultado de un error de derecho, o de uno evidente de hecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Trata este expediente de un caso muy simple: Dice Clara Rosa García que Arsenio de J. López su amigo, le pidió el servicio de ayudarle a conseguir un dinero para algún negocio, y que ella, incauta e ignorante, lo autorizó para que consiguiera ese dinero bajo su responsabilidad, de lo cual se valió López para hacer extender un poder escriturario en que se le autoriza para ceder, hipotecar y enajenar un lote de la García, e hizo firmar a ruego tal escritura haciendo la manifestación en ésta de que la otorgante no sabía firmar.

Por medio de tal poder, que consta en escritura 4975 de 1944, Notaría 4ª de Medellín, López vendió en su propio nombre el inmueble en cuestión a Ana Murillo, y a su turno ésta lo vendió a Cecilia Silva Salinas. Pero López hizo extender otra escritura, la número 3834, en que aclara que la venta del inmueble la ha hecho en nombre de la García.

Con estos antecedenes la García demandó a los citados López, Murillo y Silva Salinas, para que, entre otras, se hagan estas declaraciones:

a) "Que es nulo, o no tiene efecto legal por falsedad", el poder de que dá cuenta la escritura 4975 citada arriba, "por cuanto la que se dice en él poderdante Clara Rosa García, no lo otorgó ni lo firmó sabiendo ella firmar, sino que lo hizo dizque a su ruego otra persona, y es falso en consecuencia".

b) Que como consecuencia, las tradiciones del dominio del inmueble cuestionado no tienen fundamento legal, "por cuanto hubo una venta de cosa ajena y hubo falsedad en el poder con que se obró".

c) "Que, en consecuencia, el derecho de dominio de ese inmueble permanece en la persona de la demandante por no haber hecho ella transferencia de él a otra persona".

López, demandado, propuso demanda de reconvención en la cual pide que se declare que la García le debe un dinero.

El Juzgado Cuarto del Circuito de Medellín, por sentencia de veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, decidió no hacer las declaraciones pedidas en la demanda principal, ni acceder a las solicitudes de la demanda de reconvención.

Apeló de este fallo sólo la demandante, y el Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, confirmó la de primera instancia en la parte objeto del recurso.

Se alzó en casación la García, y su apoderado ante la Corte acusó la sentencia "por ser violatoria de la ley sustantiva, de la cual infringió las siguientes disposiciones: artículos 752, 789, 1871, 1874 y 2177 del C. C.". Y agrega: "la causal que se alega es la primera del artículo 520 del C. J.".

El recurrente divide su acusación en dos acápites. En el primero desarrolla esta afirmación: "Arsenio de J. López no vendió en nombre de Clara Rosa García". Y en el segundo argumenta sobre esta otra afirmación: "La aclaración hecha por López no legitima la venta de cosa ajena".

Se van a examinar las críticas del recurrente contra la sentencia a estudio, pero antes es preciso transcribir de ésta lo único que en derecho se dice, a saber:

"Pero desde luego conviene advertir, que es bastante difícil demostrarse la alegada falsedad del instrumento contentivo del poder, ya que el notario en su carácter de tal, dá fe de que la escritura pasó o se extendió en su presencia. La señora García debió aducir plena prueba en el sentido de no haber concurrido a la Notaría a suscribir la aludida escritura, o que tampoco autorizó a persona alguna para que en su nom-

bre la firmara, hechos si se quiere fáciles de demostrar, estableciendo por ejemplo que determinado día permaneció en su casa de habitación, o que se encontraba ausente o imposibilitada por cualquier otra circunstancia para presentarse ante el Notario. También pudo demostrar que el certificado sobre paz y salvo no lo solicitó ella personalmente, ni que facilitó a persona alguna su tarjeta de identidad para el mismo objeto, que alguien se la sustrajo para fines hasta cierto punto delictuosos.

"Pero con simples afirmaciones no se destruye el valor que le dá la misma ley a los actos o documentos que pasan por ante Notario. Por otra parte y por lo que dice relación con las formalidades externas, el mencionado instrumento no deja nada qué desear. En su otorgamiento se observaron las disposiciones aplicables y especialmente la contenida en el art. 2595 del Código Civil. Tampoco se trató siquiera de demostrarse que la García hubiese sido víctima de algunos vicios que afectan el consentimiento, o sea error, fuerza o dolo".

De una vez se hace la afirmación de que a esta exposición del Tribunal, que constituye, como se ha dicho, lo único que se puede considerar como parte jurídica de la sentencia, no se refirió la demanda de casación. Como se ve de lo expuesto por el Tribunal, éste sostiene que el poder otorgado a favor de López no es falso, y entonces las razones en casación deben dirigirse a establecer la sinrazón del Tribunal, y que el poder es legalmente ineficaz.

Según la demanda, se pide "como consecuencia" de la falsedad del poder, que se declare que no tienen valor las tradiciones de dominio hechas a favor de la Murillo y la Silva Salinas. Si el poder careciera de valor legal, claro es que estas tradiciones tampoco lo tendrían; pero si ese poder llena las condiciones legales, como lo sostiene el Tribunal, los contratos celebrados con la Murillo y la Silva Salinas no podrían desconocerse.

De esta suerte, los cargos contra la demanda deben versar sobre el poder, pues son ineficaces los que se formulen contra las operaciones realizadas por el apoderado López. Y como ya se dijo, nada se dice en casación contra las razones del Tribunal, es decir, contra el valor del poder, de manera que cualquier cargo contra aquellas operaciones es baldío en casación. Y es ésto lo que aquí ha ocurrido. Mas no obstante se van a examinar las objeciones del recurrente.

La primera queja contra la demanda se puede sintetizar así:

En la escritura 3780 López aparece vendiendo a la Murillo en su propio nombre el inmueble, pero no pudo transmitirle el dominio en nombre de la García porque de acuerdo con el artículo 2177 del C. Civil, cuando el mandatario ha contratado en su propio nombre no obliga al mandante con relación a terceros, de manera que aquel artículo fué quebrantado por el fallador, y la infracción fue directa. "Y siendo ésto así —dice textualmente el recurrente— el dominio que en el inmueble acredita la demandante desde 1932, está vigente pues no ha sido cancelado por alguno de los medios que indica en forma taxativa el artículo 789 del C. C., disposición ésta que se infringió en la misma forma que el artículo 2177 antes citado". López sólo podía transmitir los derechos que él tuviera en el inmueble, y ningunos trasmitió porque si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa, no se adquieren otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada, según el artículo 752 del C. C. Y en lo que respecta a la García, la venta deberá considerarse como de cosa ajena, que vale pero sin perjuicio de los derechos de ésta mientras no se extingan por el lapso de tiempo, según el artículo 1891 del C. Civil. "Estas disposiciones fueron infringidas en forma directa por no haber sido tenidas en cuenta en el fallo".

Todo ésto es incoherente y falto de lógica jurídica; pero en todo caso, la exposición del recurrente es un ataque contra la escritura pública por la cual López vendió a la Murillo, y contra la escritura-poder a favor de López. Y de ello resulta: que esa exposición no se refiere a lo que el Tribunal expuso en su sentencia, de manera que no se rebate ningún punto de ésta que sirviera de fundamento a la absolución de los opositores; y que si en la acusación están de por medio las dos escrituras citadas, entonces las violaciones legales habría que presentarlas a través de un error de derecho o de uno de hecho evidente, y en ningún caso aquellos textos legales, se pueden invocar como infringidos directamente, tal como lo sostiene el recurrente.

La acusación, demasiado deficiente desde el punto de vista formal, no reúne ninguna de las condiciones técnicas de casación. A lo cual hay que agregar, como ya se dijo, que el cargo no versa sobre lo que el Tribunal expone para sostener la validez del poder.

II.—Como se vió, la segunda acusación versa

sobre la aclaración de López en la escritura Nº 3834, acerca de que la venta no la hacía en su propio nombre sino en el de la García; y dice el recurrente que el citado López "no cayó en la cuenta de que se trataba de un contrato sinalagmático principal y de una hipoteca, que para ser modificado requería la aceptación por parte de la Murillo, fuera de la aclaración consecuencial en cuanto a la constitución de la hipoteca, que en tal caso no debía ser ya a nombre o en favor de López sino de la García, quien por el hecho venía a aparecer como vendedora, con derecho a recibir el precio". Y agrega el recurrente, después de transcribir el artículo 1874 del C. Civil: "De este artículo se deduce que para que la venta de cosa ajena valga, debe ser ratificada por el dueño y la García no ratificó la venta hecha por López, por lo cual aquella aclaración sobra en el contrato de compraventa que celebró la Murillo; y no habiendo sido ratificada por quien podía hacerlo, fué violado el principio establecido por el artículo 1874, en forma directa, por falta de aplicación".

No aparece claro este planteamiento de la cuestión; mas en todo caso, fuera de que con ella no se hace referencia al tema cardinal considerado en la sentencia, para rebatirlo, tratándose de un ataque contra una prueba del juicio, cual es la escritura de aclaración, la violación del artículo 1874 del C. Civil había que invocarla como resultado de un error de derecho, o de uno de hecho evidente, lo que no ocurrió, y entonces la acusación ha sido mal presentada, y no puede prosperar. Fuera de que tampoco este cargo se refiere a la validez del poder, sostenida por el Tribunal, según se expresó atrás.

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 Medellín, de fecha doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

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 NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA — LA INCONGRUENCIA COMO CAUSAL DE CASACION — HAY INCONGRUENCIA CUANDO EL JUEZ FALLA FAVORABLEMENTE LA PETICION PRINCIPAL Y LA SUBSIDIARIA — CUAL ES LA CAUSA PETENDI EN UN JUICIO. — REQUISITOS PARA QUE PUEDA DICTARSE AUTO PARA MEJOR PROVEER — EL DOLO COMO VICIO DEL CONSETIMIENTO

1—Cuando en una demanda se formulan varias peticiones, unas como principales y otras como subsidiarias, la doctrina y la jurisprudencia universales concurren a considerar unánimemente que el Juez solamente puede entrar al estudio de las últimas en el caso de denegar lo pedido en las primeras. Precisamente ése es el sentido gramatical simple del término subsidiario o en subsidio: a falta de lo principal; en el caso de que lo principal no prospere o no sea acogido.

De ninguna manera puede aceptarse que el pronunciamiento se haga tanto sobre la súplica principal como sobre la subsidiaria, para acogerlas ambas, porque entonces se le dá a la última el carácter de principal, separándose de este modo del pedimento y de la litis.

La demanda vincula al fallador en cuanto a los pronunciamientos que contra el demandado está en capacidad de hacer, ya que no puede otorgarse al demandante más de lo solicitado ni cosa distinta a lo pedido. Cuando la sentencia se ha separado de las peticiones de la demanda o de las excepciones perentorias (sin olvidar que en cuanto a éstas basta la prueba para su pronunciamiento, salvo la de prescripción que debe ser alegada expresamente), se tiene el caso de ULTRA PETITA o EXTRA PETITA, al cual se refiere, precisamente, la causal segunda de casación.

Y para la Sala es incuestionable que cuando el demandante formula alguna solicitud como subsidiaria de una petición principal, está diciendo que no se le debe conceder aquélla sino en el evento de negársele ésta. Si el fallador, contrariando este claro sentido de las peticiones, se pronuncia favorablemente sobre ambas, principal y subsidiaria, se separa de lo pedido e incurre en un claro caso de ULTRA PETITUM.

2—Sabido es que los fundamentos de hecho de la demanda constituyen la CAUSA PETENDI, configuran la litis y le señalan al juzgador el alcance de la sentencia que debe proferir para desatarla.

Como dice Ugo Rocco (Derecho Procesal Civil, pág. 169), para tener exacta noción de la CAUSA PETENDI debe considerarse que: "En las acciones de condena, además del caso en que el incumplimiento derive de la incertidumbre del derecho, la causa petendi debe ligarse al hecho violatorio del derecho. Y, ciertamente, sólo de la existencia de un derecho y de un hecho que lo viole, nace la razón de pedir la prestación de la actividad jurisdiccional".

Por eso, en los hechos de la demanda radica la CAUSA PETENDI de la pretensión aducida, y de ahí que el artículo 593 del Código Judicial dice que la sentencia debe fundarse "en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa", para resolver conforme a los primeros sobre las pretensiones del demandante y al tenor de los segundos (y también de aquéllos) sobre las excepciones del demandado. Este artículo consagra en Colombia la llamada "teoría de la sustanciación", que exige al actor señalar en su demanda los hechos que han engendrado el derecho que reclama, aunque nuestro Código le dá aplicación amplia y no rigurosa, pues no hace falta que se expresen precisamente todas las circunstancias que configuran el caso, sino que es suficiente con determinar aquellos hechos sustanciales de donde pretenda el demandante deducir su derecho, o sea, sus peticiones. Pero las circunstancias accesorias o complementarias, de segundo orden pudiera decirse, desde que se hallen proba-

das, deben estimarse para el efecto de la decisión por el juez, auncuando no hayan sido expuestas en la demanda. La primera clase de hechos, es decir, los sustanciales o principales, son los que constituyen la CAUSA PETENDI, y delimitan el objeto del litigio, en tal forma que el fallador no puede separarse de ellos y de su prueba, al proferir la sentencia, fundamentándola, por ejemplo, en hechos sustanciales no expuestos en la demanda, a pesar de que se encuentren probados en el juicio. Excepcionalmente puede apoyarse el juez en aquellos que el demandado se ha encargado de alegar y exponer en la contestación de la demanda, pues así como los hechos de la demanda pueden servir para fundar una excepción perentoria a favor del demandado, también los expuestos en la contestación sirven para fundar una sentencia favorable al demandante, siempre, claro está, que se encuentren debidamente probados. Por eso, el artículo 593 habla de "los hechos conducentes de la demanda y de la defensa".

La Corte, en muchas ocasiones, ha expuesto que la sentencia no puede separarse de los hechos alegados en la demanda, debidamente probados en el juicio.

Pues bien: en la demanda se persiguió la declaración de nulidad del contrato por simulación absoluta, de acuerdo con la antigua y rectificada jurisprudencia sobre esta materia; pero en ninguna forma se atacó el instrumento por causa de inhabilidad de uno de sus testigos, ni otra semejante. En estas condiciones, el Tribunal estaba impedido para pronunciarse sobre la nulidad absoluta del instrumento y en general sobre los efectos de la falta de edad de uno de sus testigos o su no presencia en el momento de darse lectura al mismo y de ser firmado por los comparecientes, pues al hacerlo, obraba ya de oficio.

3—Los autos para mejor proveer, de ninguna manera pueden servir para producir pruebas que a las partes corresponde llevar al juicio, ni para subsanar deficiencias en la actividad de sus apoderados. Nuestro sistema procesal civil se basa en el principio dispositivo, que deja de cargo de las partes la formulación de las peticiones y hechos sobre los cuales el Juez ha de pronunciarse, y la demostración de éstos. Solamente cuando el hecho es discutido en el juicio y se han producido pruebas respecto de él, pero dejando el punto dudoso o incierto, pueden el Tribunal o la Corte utilizar la facultad excepcional que le otorga el artículo 600 del Código Judicial.

4—Las declaraciones de dos o más testigos consistentes en haberle oído decir al comprador, cada uno en momentos o circunstancias distintas, que él no había pagado el precio de la venta, constituyen una grave presunción de tal confesión extrajudicial, y ella debe tomarse como prueba en el juicio. Pero no constituye plena prueba contra lo declarado en la escritura de venta, si tal confesión no fue hecha en presencia de las partes o de sus apoderados.

5—Al tenor del artículo 1515 del Código Civil, el dolo no vicia el consentimiento, sino cuando aparece que es obra exclusiva de una de las partes y la otra no hubiera contratado sin él.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, junio veintitres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez)

El 29 de agosto de 1946, por medio de apoderado María de la Paz Garzón de Parra demandó ante el Juez Civil del Circuito de Ramiriquí a Ricardo Rincón y Aurelia Caballero de Rincón, casados entre sí, para que por los trámites propios de un juicio ordinario se hagan en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número quinientos cincuenta y nueve (559) de fecha nueve (9) de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), otorgada en la Notaría Segunda del circuito de Ramiriquí, según el cual María de la Paz Garzón de Parra transfirió a título de venta unos lotes de terreno situados en el Municipio de Tibaná, a Ricardo Rincón y Aurelia Caballero; los lotes de terreno, junto con las edificaciones en ellos existentes, se encuentran alinderados así: por la cabecera la plaza pública; por la derecha, con una cuadra que es hoy de la señora Ernestina R. de Sanabria; por la izquierda, calle pública que conduce a San Joaquín; y por el pie, con solar que fue de Vicente Corredor, donde

Margarita Parra de Sanabria y encierra. La nulidad que se pide es por falta de los requisitos indispensables para la validez de todo acto o contrato, según la ley. **Segunda.**—Que los demandados deben pagar todos los perjuicios causados por sus actos en cuanto con ellos obtuvieron la celebración ilegal del contrato de compraventa dicho antes. **Tercera.**—Como petición subsidiaria, que se declare resuelto el contrato de que trata la escritura citada en el punto o petición primera, por no haberse pagado el precio. **Cuarta.**—También como petición subsidiaria, que se declare que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número quinientos cincuenta y nueve (559), de nueve (9) de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Ramiriquí, según el cual María de la Paz Garzón de Parra, aparece vendiendo los bienes determinados en la primera petición principal a Ricardo Rincón y Aurelia Caballero de Rincón es simulado, con simulación absoluta, porque los contratantes no tuvieron la intención de celebrar el contrato de compraventa, ni la vendedora tuvo intención de transferir el dominio, ni los compradores de adquirirlo. **Quinta.**—Igualmente como petición subsidiaria, que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número quinientos cincuenta y nueve (559), de nueve (9) de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, de la Notaría Segunda del Circuito de Ramiriquí, por medio de la cual María de la Paz Garzón de Parra aparece vendiendo un inmueble a Ricardo Rincón y a Aurelia Caballero, es simulado, con simulación relativa, y que, por tanto, debe subsistir el pacto secreto acordado entre las partes contratantes, o sea la devolución de la escritura citada. **Sexta.** — Que como consecuencia de cualesquiera de las declaraciones anteriores, se ordene la cancelación de la escritura citada y de registro correspondiente a la misma, comunicando a los señores Notario y Registrador de Ramiriquí. **Séptima.** — Que se condene a los demandados al pago de las costas de este juicio, de acuerdo con la ley".

Los hechos que fundamentan la demanda se resumen así:

Los contratantes a que se refiere la escritura pública citada en la súplica primera no tuvieron la intención de vender ni de adquirir el dominio del correspondiente inmueble; la cantidad de $ 1000 que se estipuló como precio no fué entregada a la vendedora porque no hubo convenio entre las partes al respecto; tampoco se pactó contrato de arrendamiento sobre el terreno y las construcciones; en la fecha del otorgamiento de la escritura de compraventa estaba embargada la edificación "existente dentro del lote que se dijo vender", y se adelantaba contra María de la Paz Garzón de Parra un juicio ejecutivo en el que se perseguían los mismos bienes; los demandados obtuvieron la firma de la demandante en aquel instrumento por medio de engaño; en varias ocasiones Ricardo Rincón ha ofrecido "devolver la escritura" a María de la Paz Garzón pero no lo ha cumplido a pesar de que ésta se ha allanado a pagar los gastos hechos por aquél en remate llevado a cabo en 1946, en el cual se hizo adjudicar el demandado las edificaciones existentes dentro del lote de que trata la escritura 559 ya citada.

Por medio de apoderado Ricardo Rincón y Aurelia Caballero se opusieron a las pretensiones de la demanda afirmando que la escritura contiene un contrato real, que hubo intención de vender y comprar por una y otra parte, y que el día del otorgamiento de la escritura se pagó "el completo" del precio convenido. Negaron que Ricardo Rincón hubiera hecho ofertas posteriores de arreglar el precio o "devolver" la escritura. Respecto al embargo que gravaba los bienes al tiempo de otorgarse la escritura 559, manifestaron que por haberlo permitido el ejecutante fué posible el registro de tal instrumento. Aceptaron que Ricardo Rincón fué el rematador en 1946 de las edificaciones levantadas en él terreno objeto de la demanda, y finalmente propusieron las excepciones perentorias de carencia de personería sustantiva en la demandante e inexistencia de la acción.

Contrademanda

Simultáneamente el apoderado de Rincón y su esposa presentó demanda de reconvención para que María de la Paz Garzón sea condenada: **"Primero.**—A pagar a mis poderdantes Ricardo Rincón y esposa Aurelia Caballero, seis días después de ejecutoriada la sentencia que se dicte, la suma de mil pesos m. c. ($ 1000) en que se estiman o aprecian los perjuicios que ellos, mis mandantes, han sufrido a causa de haberle vendido un solar y unas construcciones que se hallan embargadas, construcciones que tuvo necesidad de rematar el señor Ricardo Rincón; para evitarse mayores perjuicios. **Segundo.**—Que en subsidio de la anterior decla-

ración, se le condene a la demandada o reconvenida, a pagarles a mis citados poderdantes, el valor de los perjuicios que sufrieron a causa de estar embargado el solar y construcción que les vendió por medio de la escritura pública número quinientos cincuenta y cinco (sic), otorgada ante el notario Segundo Principal de Ramiriquí, el día nueve de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, perjuicios que serán apreciados por medio de peritos".

El apoderado de los reconvenidos dió respuesta a la contrademanda oponiéndose a que se hagan las condenaciones pedidas y contestó los hechos así: "Es verdad que se otorgó la escritura pública Nº 559, de fecha 9 de julio de 1944, ante el Notario Segundo del Circuito de Ramiriquí; pero no es verdad que se haya transferido el dominio sobre el solar y sobre las construcciones de que trata esta escritura; a pesar de haber dicho en esa escritura que no había embargo sobre el solar y sobre las construcciones, Ricardo Rincón y su esposa tenían conocimiento de que existía un embargo sobre las construcciones; tenían igualmente conocimiento estos señores de la existencia de un juicio ejecutivo en el cual se hallaban embargadas las construcciones; para obtener el registro de la aludida escritura Rincón y la esposa ningún gasto tuvieron que hacer; en cuanto al remate posterior, es verdad..., Rincón y la esposa tenían conocimiento de los embargos existentes sobre esos inmuebles...", y sabían "que el señor Juan Sanabria R. era acreedor hipotecario y de que ya había iniciado una acción para obtener el pago de su crédito".

Fallo de primera instancia

El Juez del conocimiento fué de parecer que no podía prosperar la petición primera de la demanda y condensó su opinión sobre el particular en el siguiente párrafo: "Como se ve el contrato acusado lo celebraron personas capaces que expresaron su consentimiento válidamente y que tuvo objeto y causa lícitos; hubo consentimiento expreso válido, porque éste se manifestó ante el Notario con las formalidades de ley, y si no hay prueba que ataque la capacidad de los contratantes o que demuestre vicios del consentimiento, ni se ha traído prueba alguna para atacar el contrato en cuanto a las solemnidades que la ley exige debe pues negarse la primera petición por absoluta falta de prueba que demuestre la nulidad del contrato querellado".

En la parte motiva del fallo consideró no probadas las excepciones propuestas respecto a la carencia de personería sustantiva de la demandante e inexistencia de la acción incoada por la misma. Basado en las posiciones absueltas por los demandados en las declaraciones de los testigos instrumentales y de otras personas, el sentenciador de primer grado halló suficientemente probada la simulación del contrato y resolvió: "1º—Negar las peticiones primera, segunda y tercera de la demanda; 2º—Declarar nulo el contrato de compraventa celebrado entre María de la Paz Garzón de Parra con Ricardo Rincón y Aurelia Caballero, contrato que recogió la escritura pública número 559 de nueve (9) de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), otorgada en Jenesano, ante el Notario Segundo del Circuito de Ramiriquí, por ser absolutamente simulado; 3º—Se ordena la cancelación de la mencionada escritura, así como también la cancelación del correspondiente registro de la misma, para lo cual se librará despacho al señor Notario Segundo y al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este circuito; 4º—Niéganse todas las peticiones de la demanda de reconvención; y 5º—Condénase en costas en el presente juicio, a los demandados Ricardo Rincón y Aurelia Caballero".

Sentencia recurrida

Por apelación concedida a los demandados correspondió conocer del negocio en segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja. Este desató la controversia el 22 de febrero de 1949 por medio de providencia que en su parte resolutiva dice: "Basta lo expuesto para que este Tribunal en Sala de decisión y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley REFORME la sentencia apelada de que se ha hecho mérito en el sentido de declarar probada la primera petición principal de la demanda incoada y consecuencialmente decretar la nulidad absoluta de la escritura pública número quinientos cincuenta y nueve (559) de nueve (9) de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Ramiriquí, contentiva del contrato de compraventa verificado entre María de la Paz Garzón de Parra con Ricardo Rincón y Aurelia Caballero. En lo demás considérase en firme el fallo de primera instancia y condénase

en las costas del recurso a la parte apelante".

A las anteriores conclusiones llegó el sentenciador de segundo grado con el razonamiento que en lo fundamental se reproduce a continuación: "Cabeza del proceso de estudio en la segunda copia debidamente registrada de la escritura número quinientos cincuenta y nueve (559) contentiva del contrato de compra-venta cuya nulidad se impetra en la demanda, escritura otorgada por la actora María de la Paz Garzón de Parra a favor de los esposos Ricardo Rincón y Aurelia Caballero el nueve (9) de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) en la población de Jenezano ante el Notario Segundo del Circuito de Ramiriquí, pero en el otorgamiento del instrumento público mencionado no se observaron a cabalidad las prescripciones ordenadas en el artículo 2586 del Código Civil que manda: "Todo acto o contrato que deba quedar en el protocolo deberá suscribirse con firmas enteras por los otorgantes, por los testigos varones mayores de veintiun años, vecinos del circuito de la Notaría, y de buen crédito, y por el Notario, que dará fe de todo: los dos testigos se llaman testigos instrumentales. "Los testigos instrumentales deben estar presentes al tiempo de leerse el instrumento a los otorgantes, oír que éstos lo aprueben y ver que lo firman. "Si alguno de los otorgantes no sabe o no puede firmar...". Desde luego se advierte aquí el vínculo de parentesco existente entre los dos testigos instrumentales Enrique Millán padre legítimo de Marco Tulio Millán, y este último además de no haber estado presente al tiempo de leerse el instrumento a los otorgantes, ni oír que éstos lo hubieran aprobado, ni ver que lo firmaran, en la fecha del otorgamiento de la escritura de que se viene hablando —9 de julio de 1944— no había cumplido los veintiún años exigidos por la ley sustantiva, como lo comprueba la partida de nacimiento de origen eclesiástico, que en copia debidamente autenticada y sellada se lee al folio 24 del cuaderno Nº 4 del expediente, en la que se constata que el mentado Marco Tulio Millán hijo legítimo de Enrique Millán, el otro testigo instrumental, nació el veintiseis (26) de septiembre de mil novecientos veintitres (1923) y fué bautizado en la parroquia de Ramiriquí el cuatro (4) de octubre del año últimamente citado, es decir que cuando firmó la escritura, pero sin observar las demás exigencias propias de los testigos instrumentales le faltaban tres meses, más o menos para cumplir los veintiun años. El testimonio del propio Marco Tulio Millán que adelante se insertará demuestra las deficiencias que se han apuntado. En presencia de las irregularidades ocurridas en el otorgamiento del instrumento en que se apoya este juicio, lógico es afirmar que se está dentro del caso contemplado en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, en relación con el artículo 6º allí y el 2º de la ley 50 de 1936. Es decir, que el quebrantamiento de los textos legales aquí aputados del Código Civil implica que el instrumento de mención está afectado de nulidad absoluta y que el Juzgado está en el deber de declararla oficiosamente según la Ley 50 de 1936, y siendo ésto así innegablemente es procedente la primera petición de la demanda interpretándola en el sentido de que el señor apoderado quiso comprender en la nulidad absoluta impetrada, el incumplimiento de formalidades de esencia en el otorgamiento de la escritura de nueve (9) de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), interpretación que al Tribunal le es permitida según doctrina repetida de la Corte Suprema de Justicia, máxime cuando es ya bastante aceptada la distinción que los autores de pruebas judiciales hacen entre los llamados testigos instrumentales y los denominados judiciales simplemente".

Luego de transcribir conceptos de tratadistas respecto a la diferente condición de tales clases de testigos, añade el Tribunal: "La diferencia establecida hace más ostensible la incapacidad legal del testigo instrumental Marco Tulio Millán quien por no haber cumplido los veintiun años exigidos perentoriamente por la ley sustantiva estaba incapacitado para actuar como tal, a lo cual se agrega que este menor tampoco desempeñó las funciones adscritas por la ley a tan delicada y exigente misión puesto que ni conoció a los otorgantes, ni supo si le impartieron aprobación al contrato de que habla la escritura, ni vió cuando firmaron el instrumento, ni presenció entrega de dinero correspondiente al precio de la finca sino que se limitó a "echar una firma para ganarse cinco centavos por insinuación de su padre", como él lo asevera en declaración rendida bajo la solemnidad del juramento, siendo ya mayor de edad...". "En suma puede decirse que el testigo mencionado ni siquiera presenció el acto del otorgamiento y por tanto no tiene cabida aquí el artículo 333 de la Ley 57 de 1887".

A juicio del Tribunal siendo los dos testigos instrumentales consanguíneos en primer grado estaban incapacitados para actuar como tales se-

gún el ordinal 15 del artículo 1068 del Código Civil y del 2586 ibidem.

"Para afirmar el concepto del juzgado de que en el contrato de examen no hubo pago de precio", la Sentencia del Tribunal transcribe las declaraciones pertinentes aducidas al proceso. Entre los conceptos del Juzgado que el Tribunal inserta en la parte motiva del fallo se encuentran éstos: "Por último la declaración del Dr. Rogerio Russi, confirmada con la declaración de Alcibíades Guerra, Juan Sanabria y José Agustín Romero vienen a constituír una prueba perfecta sobre el reconocimiento que los contratantes hicieron de que la escritura era de confianza. "Para probar la simulación se ha admitido comunmente la prueba testimonial y con más elasticidad, se ha llegado a admitir el testimonio sobre pública fama". "Encontramos un conjunto de pruebas de personas de diversas actividades, de diversas vecindades que por circunstancias especiales, han tenido conocimiento de este negocio, y sobre todo pruebas de honorabilidad reconocida como la del profesional doctor Rogelio Russi, y si en técnica procesal deben atenderse los testimonios sobre determinados puntos característicos pero que en conjunto son armónicos el Juzgado, llega a la conclusión de que la prueba indiciaria acumulada para constatar la simulación del contrato es perfecta, y debe ser aceptada en el presente caso".

El recurso

Son cinco los cargos que el personero judicial de los demandados formula contra la sentencia del Tribunal.

El primer cargo invoca la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial por considerar el recurrente que el fallo del Tribunal "no está en consonancia con las pretensiones deducidas en su demanda por el actor" y que, lejos de estarlo, "incurrió en ultra-petita o extra-petita". El razonamiento en torno a este punto está expuesto así: "El actor demandó en su primera petición principal la declaratoria de que el contrato era **nulo de nulidad absoluta,** por falta de los requisitos indispensables para la validez de todo acto o contrato, según la ley. Y en la segunda petición que es SUBSIDIARIA, y que lleva el número **"Cuarta"** en el orden de sus pedimentos, solicitó que el mismo contrato se declarara NULO absolutamente, por SIMULACION ABSOLUTA. En este orden de clasificación de los pedimentos, de acuerdo con la técnica judicial, si prosperaba el **Primero,** quedaba con esto desatada la controversia en favor de la demanda; y si no prosperaba la primera, venía la Cuarta en Subsidio, que según el actor, y la manera como se debe interpretar su demanda, al ser resuelta favorablemente, quedaba con ésto satisfecha su aspiración judicial. Pero mal podía pretender que resuelta favorablemente la primera petición, como principal, lo fuera también la cuarta como subsidiaria".

El segundo cargo se funda en que la sentencia "contiene en su parte resolutiva declaraciones contradictorias" y que por tanto es acusable de conformidad con la causal 3ª del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil. "La contradicción consiste —dice el recurrente— en haber declarado en el punto primero de la sentencia la nulidad absoluta del contrato, acorde con la primera petición principal de la demanda" y en "haber declarado igualmente en el punto correspondiente de la sentencia la nulidad ABSOLUTA del contrato por SIMULACION, siendo así que la petición **Cuarta** que sirvió al Tribunal para esta DECISION es SUBSIDIARIA, y por lo tanto decretada la primera, no era el caso de decretar ésta porque así se concedió más de lo pedido. Pero además de ésto, la acción por simulación de un contrato es esencialmente distinta de la acción por nulidad, porque la primera trata de las convenciones que carecen de existencia legal, y la segunda de las que son nulas por falta de los requisitos que la ley establece para que adquieran vida jurídica, y produzcan todos sus efectos. De todo ésto deduzco que la sentencia acusada ha quebrantado de manera ostensible las causales **Segunda** y **Tercera,** invocadas, porque declaró NULO el contrato por SIMULACION ABSOLUTA, como lo dice. Y como no hay nulidad absoluta ni relativa por simulación, este fallo, contradictorio en sus mismos términos, no puede subsistir, porque, agregando este último razonamiento a los anteriores, se pone de manifiesto que ostensiblemente quebrantó los preceptos invocados".

El tercer cargo está condicionado expresamente al caso de que no prosperen los dos primeros, y se hace consistir en que "La sentencia recurrida quebrantó por violación directa el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 en relación con los artículos 1740 y 1741 del Código Civil. Dice el artículo 2º que se ha quebrantado: "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; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así

mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley...". Los artículos 1740 y 1741 del Código Civil determinan los requisitos esenciales para que los actos o contratos no caigan bajo las sanciones que la misma ley establece entre las causales la más visible es la nulidad absoluta del acto o contrato acusado. El Tribunal sentenciador al declarar NULO, DE NULIDAD ABSOLUTA el contrato que ha dado origen a este litigio, quebrantó, como lo sostengo, ostensible y directamente el artículo segundo copiado. En efecto. El instrumento público sobre el cual se ha desarrollado este debate y que contiene el contrato que dió origen al litigio, lleva fecha 9 de julio de 1944, bajo el número 559 de la Notaría Segunda del circuito de Ramiriquí. Fué presentado en copia auténtica, y como segunda, y con la nota de registro en la oficina correspondiente con el libelo de demanda, sin que haya sufrido ataque alguno por su forma. Es decir la copia auténtica contiene todo el contrato, las estipulaciones del caso, con la firma también en copia auténtica de los contratantes; los testigos instrumenales, y el Notario Público ante el cual se otorgó dicho instrumento público, el cual se extendió como lo ordena el artículo 2586 del Código Civil, porque así lo certifica el Notario en la copia auténtica que actúa en el juicio, la cual está expedida de acuerdo con las prescripciones del artículo 2604 del mismo C. C. Por lo tanto, lejos de aparecer "de manifiesto en el contrato la nulidad absoluta que se alega", en ese instrumento público que lo contiene, APARECE DE MANIFIESTO su validez en toda forma, sin que haya elemento alguno en su contenido que dé asidero para decretar la nulidad absoluta que se decretó. Y como no aparece por parte alguna la violación que se hubiera hecho en relación con los artículos 1740 y 1741 del C. C., es claro, con claridad meridiana que el fallo acusado violó, o quebrantó directamente el artículo 2º invocado, por haberlo aplicado al caso del pleito, sin fundamento legal ninguno".

Además, entre las peticiones de la demanda agrega el recurrente, "no figura la (de nulidad) del instrumento público que contiene el contrato".

Cuarto Cargo.—"Acuso igualmente la sentencia recurrida por violación directa del artículo 333 de la ley 57 de 1887 en relación con el artículo 2595 del Código Civil, violación que consiste en haber prescindido de darle aplicación al mencionado artículo 333, que establece la excepción que allí contempla, en relación con las formalidades exigidas para el otorgamiento de los instrumentos públicos, como formalidades sustanciales. Dice el artículo 333: "No se anularán los instrumentos públicos por la omisión de las formalidades de que habla el artículo 2595 del Código Civil adoptado, cuando sean conocidos el Notario ante quien se otorgaron, las personas que intervinieron como otorgantes, aceptantes y testigos, y sean suyas las firmas aunque no sean enteras". Para cerciorarse de la veracidad de este cargo, basta revisar con todo cuidado la copia del instrumento público que contiene el contrato respectivo, para convencerse de que llena todos los requisitos exigidos por este artículo, para que no sea el caso de declararle nulo". Y como por otra parte no existen en el juicio pruebas de ninguna especie para demostrar la carencia de uno, o de todos esos requisitos síguese de aquí con lógica invulnerable, que el Tribunal sentenciador al no aplicar el artículo 333 invocado, lo violó, o quebrantó de manera ostensible, porque si lo hubiera aplicado, necesariamente llega a la conclusión de que no era el caso de decretar ni la nulidad del instrumento público, ni mucho menos la del contrato que lo contiene" (sic).

Quinto Cargo.—En él manifiesta el recurrente que el sentenciador, "por errónea interpretación de unas pruebas, incurrió en error de hecho, y como consecuencia en error de derecho al declarar la SIMULACION absoluta del contrato, como consecuencia según dice el mismo fallo, de la nulidad ABSOLUTA, del mismo contrato que el fallo decretó".

Como el Tribunal inserta en su providencia algunos párrafos de la sentencia del Juez a-quo, ya transcritos por la Sala de la Corte bajo el subtítulo "La sentencia recurrida", el demandante en casación considera que el Tribunal, aceptó aquellos conceptos suyos y los utilizó para fundamentar sus conclusiones. Sobre tal base expresa el recurrente: "El Tribunal sentenciador ha encontrado en las declaraciones rendidas por los señores doctor Rogelio Russi, Alcibiades Guerra, Juan Sanabria, y José Agustín Romero la prueba de una confesión extra-judicial de los demandados acerca de la simulación del contrato. Es cierto que el Tribunal no lo dice de manera expresa, pero de los términos de la sentencia en su parte motiva se colige, que el Tribunal le dió al conjunto de esas declaraciones el carácter de prueba de confesión extra-judicial de los demandados de acuerdo con lo dispuesto en la última

parte del artículo 604 del Código Judicial, con lo cual, como paso a demostrarlo incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos y como consecuencia de ese error, incurrió igualmente en el de derecho al darle aplicación, al caso del pleito, sin serlo, al mencionado artículo en relación con los artículos 603 y 608 del citado Código Judicial, los cuales son disposiciones sustantivas porque versan sobre la confesión, y su valor probatorio ante la ley. Pero es lo cierto que del contexto de las cuatro declaraciones de dichos testigos no se deduce en forma alguna la confesión EXTRA JUDICIAL que se atribuye a los demandados, porque en ninguno de los pasajes de tales declaraciones se encuentra la afirmación categórica que exige el artículo 604 del Código Judicial en su parte final, cuando define la confesión Extra-Judicial. Suponiendo que esa confesión se hubiera producido en la forma en que la relatan los testigos, ni aún así, puede tomarse como prueba plena, según el artículo 608 del Código Judicial que dice: "La confesión extrajudicial, es prueba deficiente o incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y las circunstancias que la rodeen, y puede hasta tener mérito de plena prueba si, a juicio del Juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma". El Tribunal sentenciador no cita en su fallo las pruebas, distintas del grupo de declaraciones analizado que sirven para reforzar la prueba de la confesión extra-judicial que se atribuye a los demandados. Es un hecho evidente que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al darle a las manifestaciones producidas por los demandados en presencia de testigos el valor de confesión extra-judicial sin tenerlo. Admitido, por vía de discusión, que este grupo de testigos constituyera la prueba que exige la ley para establecer la confesión extra-judicial, queda el cargo de que el Tribunal sentenciador le dió el valor de prueba plena a una confesión que no lo tiene, como lo dice el artículo del Código Judicial invocado".

Estudio de los cargos

Por considerarlos fundados la Sala limita su estudio a los cargos primero y tercero.

Primer cargo.—El recurrente invoca la causal segunda del artículo 520, por considerar que la sentencia incurrió en falta de consonancia con las pretensiones deducidas en la demanda por el actor en el juicio, y que incurrió en ultra petita y extra petita, al declarar por una parte la nulidad absoluta de la escritura haciendo prosperar la petición primera principal de la demanda, y al mismo tiempo dejar vigente la declaración de simulación del contrato hecha por el juez de primera instancia conforme a la petición cuarta subsidiaria de la demanda. Para el recurrente, desatada la litis por el Tribunal en forma de acoger la petición principal, quedaba cumplida la labor judicial, sin que fuera lícito pronunciarse al mismo tiempo sobre la petición subsidiaria, también favorablemente.

Encuentra la Sala que, en efecto si bien el Tribunal hace la declaración de nulidad absoluta de la escritura y en la parte motiva de la sentencia explica los fundamentos de su decisión, acto seguido manifiesta que quedan en firme las demás declaraciones del fallo de primera instancia. Quiere ésto decir que todas las declaraciones de este primer fallo, sobre cuestiones distintas a la nulidad absoluta decretada por el Tribunal, quedaron en pie. Y, como entre éstas existe la contenida en el punto 2° en virtud de la cual el Juez a quo declaró la simulación absoluta del contrato, resulta evidente que con la sentencia del Tribunal quedaron coexistiendo las dos declaraciones, a saber: la de nulidad absoluta, pedida en la demanda como principal según la interpretación que el mismo Tribunal dá a ésta, y la de simulación absoluta presentada como cuarta y subsidiaria petición en la misma demanda.

Cuando en una demanda se formulan peticiones, unas como principales y otras como subsidiarias, la doctrina y la jurisprudencia universales concurren a considerar unánimemente que el Juez solamente puede entrar al estudio de las últimas en el caso de denegar lo pedido en las primeras. Precisamente ese es el sentido gramatical simple del término subsidiario o en subsidio: a falta de lo principal, en el caso de que lo principal no prospere o no sea acogido. Tiene, pues, razón el recurrente cuando dice que al aceptar el Tribunal la petición primera de la demanda, interpretada a su manera, automáticamente quedaba como quien dice insubsistente la litis sobre las peticiones subsidiarias contenidas en el libelo. De ninguna manera puede aceptarse que el pronunciamiento se haga tanto sobre la súplica principal como sobre la subsidiaria, para acogerlas ambas, porque entonces se le dá a la última el carácter de principal, separándose entonces del pedimento y de la litis.

La demanda vincula al fallador en cuanto a los pronunciamientos que contra el demandado está en capacidad de hacer, ya que no puede

otorgarse al demandante más de lo solicitado ni cosa distinta a lo pedido. Cuando la sentencia se ha separado de las peticiones de la demanda o de las excepciones perentorias (sin olvidar que en cuanto a éstas basta la prueba para su pronunciamiento, salvo la de prescripción que debe ser alegada expresamente), se tiene el caso de ultra petita o extra petita, al cual se refiere, precisamente, la causal segunda invocada por el recurrente.

Y para la Sala es incuestionable que cuando el demandante formula alguna solicitud como subsidiaria de una petición principal, está diciendo que no se le debe conceder aquélla sino en el evento de negársele ésta. Si el fallador, contrariando este claro sentido de las peticiones, se pronuncia favorablemente sobre ambas, principal y subsidiaria, se separa de lo pedido e incurre en un claro caso de ultra petitum.

Por otra parte, observa la Sala que no habiendo el demandante apelado de la sentencia de primera instancia que decretó la simulación absoluta del contrato y negó la petición primera de nulidad por falta de requisitos esenciales en el acto o contrato, quedó conforme con tal sentencia; de consiguiente, puesto que el demandado apeló en lo desfavorable y por tanto sólo en cuanto se había pronunciado la simulación absoluta del contrato, el debate sobre la primera petición quedó clausurado. No tenía, pues, el Tribunal facultad para revivir oficiosamente el debate sobre esa primera petición respecto a la cual ninguna de las dos partes había recurrido. Sobre la facultad para proceder de oficio a decretar esa nulidad, se tratará más adelante.

Como también hubo al respecto un pronunciamiento por fuera de la litis sujeta a su decisión, es evidente la falta de consonancia del fallo con la demanda.

Por las razones expuestas la Sala considera que este cargo debe prosperar.

Cargo Tercero.—No obstante que es suficiente para casar la sentencia el estudio del cargo precedente, estima la Sala que debe pasar al estudio de este tercer cargo, con el fin de rectificar los graves errores de interpretación de la ley en que incurrió el Tribunal, en la materia objeto de tal cargo.

Este cargo en resumen ataca la sentencia del Tribunal por violación directa de los artículos 2º de la ley 50 de 1936 y 1740 y 1741 del Código Civil. El recurrente alega su violación directa en virtud de que conforme a ellos únicamente le es posible al juzgador declarar de oficio una nulidad absoluta, cuando aparezca de manera manifiesta en el contrato respectivo, cosa que no sucede en el caso de autos, ya que el instrumento público aducido como título obra en el juicio revestido de todas las formalidades legales y sin que hubiera sido objeto de ataque ninguno por el demandante en cuanto a su forma; de manera que, según el recurrente, al proceder el Tribunal a declarar oficiosamente la nulidad absoluta por razón de deficiencias que no aparecen del contrato y que fueron establecidas mediante auto para mejor proveer, relacionadas con la edad y presencia en el momento de la lectura del contrato de uno de los testigos, aplicó indebidamente el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en relación con los citados del Código Civil.

Se considera:

Del estudio del expediente, y como lo señala el recurrente en casación, resulta que la causa de nulidad absoluta invocada por el Tribunal no aparece de manera manifiesta en el acto o contrato y ni siquiera fue alegada por el actor en su demanda.

En cuanto a lo primero, basta con observar que en la escritura pública objeto del juicio, se dice que los testigos instrumentales son mayores de edad, aserción ésta que por llevar la autorización del Notario está amparada con la presunción de verdad. O mejor dicho, la afirmación no aparece allí hecha por los contratantes sino por el Notario que autorizó el instrumento. Tal presunción admite prueba en contrario, claro está, pero para desvirtuarla la carga probatoria corresponde a la parte interesada, como es de lógica elemental.

Del instrumento mismo o del contrato de compraventa en él contenido no aparece por parte alguna la menor edad de ninguno de los testigos. No era, pues, el caso de hacer uso de la facultad que otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio tal nulidad, en el supuesto de que en realidad constituyera tal defecto causa de nulidad absoluta.

Es indudable que la declaración de nulidad la hizo el Tribunal en forma oficiosa, como en la sentencia se dice, por dos razones visibles: porque se trataba de una causa no invocada en la demanda, y porque ninguna prueba llevaron al juicio las partes para demostrarla.

En la petición primera de la demanda se pide la declaración de nulidad absoluta del **contrato de compraventa** contenido en la escritura en cita, "por falta de los requisitos indispensables para

la validez de todo acto o contrato, según la ley". No se solicita la nulidad del instrumento, sino la del contrato, y no se habla de vicios o defectos de aquél sino de falta de requisitos en éste. Y más claramente aparece lo dicho si se interpreta la demanda científicamente, tomándola en su conjunto; pues al examinar los hechos que la fundamentan no se encuentra ni una simple alusión a defectos del instrumento, ni a deficiencias en las formalidades para otorgarlo, ni a la edad de alguno de los testigos o a su ausencia del lugar en el momento de leerlo y aceptarlo los contratantes. Por el contrario, los fundamentos aducidos se refieren únicamente al carácter ficticio del contrato de compra-venta.

Sabido es que los fundamentos de hecho de la demanda constituyen la causa petendi, configuran la litis y le señalan al juzgador el alcance de la sentencia que debe proferir para desatarla.

Como dice Ugo Rocco (Derecho Procesal Civil pág. 169) para tener exacta noción de la **causa petendi** debe considerarse que: "En las acciones de condena, además del caso en que el incumplimiento derive de la incertidumbre del derecho, la causa petendi debe ligarse al hecho violatorio del derecho. Y, ciertamente, sólo de la existencia de un derecho y de un hecho que lo viole, nace la razón de pedir la prestación de la actividad jurisdiccional".

Por eso, en los hechos de la demanda radica la causa petendi de la pretensión aducida, y de ahí que el artículo 593 del Código Judicial dice que la sentencia debe fundarse "en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa", para resolver conforme a los primeros sobre las pretensiones del demandante y al tenor de los segundos (y también de aquéllos) sobre las excepciones del demandado. Este artículo consagra en Colombia la llamada "teoría de la sustanciación" que exige al actor señalar en su demanda los hechos que han engendrado el derecho que reclama, aunque nuestro Código le dá aplicación amplia y no rigurosa, pues no hace falta que se expresen precisamente todas las circunstancias que configuran el caso sino que es suficiente con determinar aquellos hechos sustanciales de donde pretenda el demandante deducir su derecho, o sea, sus peticiones. Pero las circunstancias accesorias o complementarias, de segundo orden pudiera decirse, desde que se hallen probadas deben estimarse para el efecto de la decisión por el juez, aunque no hayan sido expuestas en la demanda. La primera clase de hechos, es decir los sustanciales o principales, son los que constituyen la causa petendi, y delimitan el objeto del litigio, en tal forma que el fallador no puede separarse de ellos y de su prueba al proferir la sentencia, fundamentándola, por ejemplo, en hechos sustanciales no expuestos en la demanda a pesar de que se encuentren probados en el juicio. Excepcionalmente puede apoyarse el juez en aquellos que el demandado se ha encargado de alegar y exponer en la contestación de la demanda, pues así como los hechos de la demanda pueden servir para fundar una excepción perentoria a favor del demandado, también los expuestos en la contestación sirven para fundar una sentencia favorable al demandante, siempre, claro está, que se encuentren debidamente probados. Por eso el artículo 593 habla de "los hechos conducentes de la demanda y de la defensa".

La Corte en muchas ocasiones ha expuesto que la sentencia no puede separarse de los hechos alegados en la demanda, debidamente probados en el juicio. (Casación, 2 Dic. 1941, G. J. 1981, pág. 808; Negocios Generales, 10 de julio de 1940, G. J. 1966, pág. 860).

Volviendo ahora al caso de autos, se tiene indudablemente que el sentido y alcance de la petición primera, en relación con los hechos o causa petendi relacionados en el libelo, es el de perseguir la declaración de nulidad del contrato por simulación absoluta de acuerdo con la antigua y rectificada jurisprudencia sobre esta materia; pero en ninguna forma se atacó el instrumento por causa de inhabilidad de uno de sus testigos ni otra semejante. En estas condiciones, el Tribunal estaba impedido para pronunciarse sobre la nulidad absoluta del instrumento y en general sobre los efectos de la falta de edad de uno de sus testigos o su no presencia en el momento de darse lectura al mismo y ser firmado por los comparecientes, pues al hacerlo obraba de oficio, y ya se vió que no estaba facultado legalmente para ello.

Pero no solamente la inactividad del demandante acerca de la invalidez del instrumento tuvo lugar en la redacción de la demanda; tampoco en el curso de las instancias solicitó ni hizo practicar la prueba de tal nulidad. Y existe aquí una cuestión de importancia, que la Sala pasa a considerar:

El Tribunal, cuando el debate de la segunda instancia estaba cerrado y las partes habían alegado de conclusión, resolvió dictar un auto para mejor proveer con el fin de llevar al juicio la partida de nacimiento de uno de los testigos y

a falta de ésta la declaración del señor Enrique Millán. Invocó como fundamento el artículo 600 del Código Judicial.

Observa a este respecto la Sala, que mediante tal auto para mejor proveer el Tribunal en realidad quiso producir una prueba que las partes no habían solicitado, y subsanar así una deficiencia en la actividad probatoria del demandante, respecto de hecho que no formaba parte de la litis por ser ajeno a la demanda y su contestación. De esta manera, la providencia comentada se salió de los límites previstos por el Código en relación con esta clase de autos de mejor proveer, que de ninguna manera pueden servir para producir pruebas que a las partes corresponde llevar al juicio, ni para subsanar deficiencias en la actividad de sus apoderados. Nuestro sistema procesal civil se basa en el principio dispositivo que deja de cargo de las partes la formulación de las peticiones y hechos sobre los cuales el Juez ha de pronunciarse, y la demostración de éstos. Solamente cuando el hecho es discutido en el juicio y se han producido pruebas respecto a él, pero dejando el punto dudoso o incierto, pueden el Tribunal o la Corte utilizar la facultad excepcional que le otorga el artículo 600 del Código Judicial.

Pero hay algo más en este caso. El despacho remitido en cumplimiento del auto para mejor proveer, y de acuerdo con lo dispuesto en él, fué dirigido al señor Cura Párroco de Jenesano, en cuya parroquia no se hallaba la partida de nacimiento requerida. Y no fué como consecuencia de la orden dada en tal providencia que vino a allegarse al expediente esa partida, sino a virtud de gestión posterior de la parte demandada, quien la presentó con memorial que obra a folio 25 del C. Nº 4. De manera que tal documento no puede tener valor ninguno probatorio en el juicio, aducido como fué por una de las partes fuera de término, sin haber sido solicitado como prueba, decretada oportunamente con las formalidades legales.

Pueden agregarse también aquí las consideraciones expuestas atrás, pues al no haber apelado el demandante de la sentencia de primer grado y haberlo hecho el demandado sólo en cuanto ésta decretó la simulación del contrato, el punto de la nulidad que relaciona el Tribunal con la primera petición principal quedó por fuera de la litis y de la competencia del fallador de segunda instancia. De modo que al pronunciarse sobre tal nulidad vino el Tribunal a obrar oficiosamente, aún en el caso de que en la demanda sí se hubiera pedido la nulidad por él decretada.

Queda, pues, suficientemente demostrado que tiene razón el recurrente cuando alega la violación por infracción directa de los textos legales en cita, al haber pronunciado el Tribunal una nulidad no pedida en la demanda y no probada por las partes, y sin que se tratara tampoco realmente de causal de nulidad absoluta del instrumento o del contrato, ni apareciera en forma manifiesta para que su declaración fuera posible de manera oficiosa.

Por consiguiente, corresponde casar, como lo hace la Sala, la sentencia recurrida y en su defecto pronunciar la que corresponde a derecho.

Sentencia de instancia
Demanda principal

La demanda se limita a pedir, principalmente, la declaración de nulidad del contrato de compraventa contenido en la escritura pública que allí se cita, y la indemnización de perjuicios consecuente. En forma subsidiaria se pide la resolución del contrato por falta de pago del precio; en segundo grado la declaración de simulación absoluta del mismo contrato; en tercero, la de simulación relativa. Además, en cualquiera de los eventos así planteados, se pide la cancelación de la escritura citada y de su registro, y la condena en costas de los demandados.

El Juez a-quo acogió la petición de simulación y consecuencialmente negó las demás súplicas de la demanda. Como están así, pues, fuera del debate tanto la nulidad como la resolución del contrato, la Sala se limita a considerar lo relativo a la declaración de simulación contra la cual se ha alzado el apelante del fallo de primera instancia.

El contrato simulado no es nulo por causa de su carácter ficticio, y si llega a serlo se deberá a la presencia de una de las causales de nulidad que nuestro Código Civil consagra para cualquiera clase de actos o contratos. Pero en ausencia de éstas, tal contrato es plenamente válido, y la acción de simulación tiende simplemente a que se haga prevalecer su verdadero contenido, o sea la realidad del pacto secreto o privado, sobre la apariencia consignada en el contrato ostensible o público.

Pruebas de la primera instancia

En la primera instancia la demandante allegó al juicio las siguientes pruebas:

1 — Posiciones absueltas extrajudicialmente por la demandada Aurelia Caballero, en las cuales afirma ésta que su esposo codemandado, pagó el precio en presencia del Notario y testigos; y luego dice que el primer contado fué de $ 450.00 correspondiente a la hipoteca, y el resto cubierto en billetes, el día de la firma de la escritura de venta, en presencia del Notario.

2—Posiciones en juicio del demandado Ricardo Rincón, en que éste manifiesta que "con posterioridad a la fecha del otorgamiento de la escritura no le dí a la vendedora ninguna suma de dinero, porque como ya lo dije, desde antes de esa fecha lo tenía cubierto el valor de la venta".

3 — Declaración del testigo Jeremías Pulido Mendoza quien afirma que estaba presente en el momento en que fué otorgada la escritura y que "como yo me encontraba en la Notaría al tiempo del otorgamiento del título, no ví ni me consta que Ricardo Rincón y Aurelia Caballero le hayan entregado ningún dinero por concepto del precio de la venta a la señora Paz", y luego dice que "oí decir a los otorgantes Paz Garzón, Ricardo Rincón y Aurelia Caballero que el contrato que acababan de celebrar era de pura confianza que era mientras se resolvía el pleito que le seguía a Paz García el señor Sanabria y que luego sí Ricardo Rincón y su esposa le devolverían a Paz la escritura dicha".

4—Declaración de Enrique Millán, uno de los testigos del instrumento, quien dice que antes de firmar, un señor de nombre Jeremías Pulido que acompañaba a la vendedora, le dijo que era "una estratagema" porque le seguían un juicio a la señora; y que quince días después le preguntó a Ricardo Rincón que por qué no le había puesto mano al terreno y éste le contestó que "porque eso había sido por gusto".

5—Declaración de Marco Tulio Millán, otro de los testigos instrumentales, quien dice que a solicitud de su papá, entró y firmó la escritura pero que no supo el número ni conoció a la vendedora ni a los compradores, y sólo recuerda que era de venta; y que no presenció la entrega de dinero por éstos a aquélla, y que sólo pocos días antes de rendir su declaración le oyó a su papá que esa escritura era una estratagema.

6—Declaración del señor Rogelio Russi, abogado, quien manifiesta que a su oficina concurrieron la señora Garzón de Parra y Ricardo Rincón en consulta acerca de la forma de desembargar unos bienes que estaban denunciados en un juicio ejecutivo, y que se trataba del mismo terreno objeto de esta litis, el que identifica por la escritura o título. Dice el declarante que había absuelto entonces la consulta manifestándoles que como eran bienes sociales él se comprometía a obtener el desembargo, y que mientras ésto no se lograra no era necesario otorgar escritura de confianza como le habían expresado que pensaba hacerlo la primera a favor del segundo, pues estando embargado el bien nada se conseguía con ello; que se hizo cargo del poder y gestionó con éxito el desembargo, y que luego de cancelado éste, supo que siempre se había llevado a cabo la escritura de confianza, porque los mismos otorgantes se lo contaron; que después Rincón le había dicho que la señora Paz Garzón no le podía pagar cerca de mil quinientos pesos que le debía por gastos relacionados con el pleito que a ella le seguían, que él pensaba devolver solamente la mitad del inmueble, y que el declarante le reprochó tal intención; que más tarde concurrieron los dos, la vendedora y Rincón, nuevamente a su oficina, y la primera le pidió a éste llorando que le devolviera la escritura, respondiéndole Rincón **que plata le debería pero que su contrato era legal,** y que se atenía a lo que rezara la escritura; que allí mismo le hizo Rincón a la señora ofertas transaccionales, rechazadas por ella, como la de que cogiera la mitad, y algunas de darle dinero.

7—Declaraciones de Alcibiades Guerra, Juan Sanabria y José Agustín Romero. El primero de ellos dice haber estado presente en la oficina del doctor Russi el 14 de agosto cuando concurrieron allí la vendedora y Rincón y aquélla le pidió a éste que le devolviera la escritura, y Rincón manifestó que le devolvería solamente la mitad, que no había pagado el precio de que habla la escritura pero le entregaría ese dinero, propuesta que la señora no aceptó. El segundo dice que ese mismo día llegó a la oficina del doctor Russi y encontró a los mencionados Garzón de Parra y Rincón, y a Guerra, quienes estaban conversando sobre la transacción del pleito que le inició Paz Garzón a Rincón sobre nulidad de una escritura, y que Rincón había manifestado que justamente no había dado el dinero que figuraba en la escritura, pero que si quería la señora lo pagaría, propuesta que ésta no aceptó. Y José Agustín Romero dice que unos cuatro meses antes de declarar, en la población de Ramiriquí, se encontró con Ricardo Rincón y éste le habló del juicio que le segía Paz Garzón, manifestándole que la escritura era de con-

fianza, pero que no tenía por qué perder su tiempo y su dinero.

3—Declaraciones de Agripina Amaya, quien dice que Rincón le afirmó que le estaba debiendo a Paz Garzón el valor de unos lotes, y que le devolvería la escritura cuando ésta le diera una ganancia; de Rogelia Rincón de Pulido, quien afirma haber oído decir a los tres contratantes que la escritura era de confianza; y de Rafaela Moreno quien habla de un arreglo que deseaban Rincón y Caballero con Paz Garzón.

Pruebas de los demandados en la primera instancia

Por su parte, los demandados allegaron las siguientes pruebas:

1—Certificación del Recaudador de Rentas Departamentales de Tibaná, acerca de que Ricardo Rincón ha pagado por la finca objeto del juicio, el impuesto predial por dos años o sean los de 1945 y 1946. El certificado se expidió en noviembre de 1946.

2—Recibo simple de José Rito Rincón, de 17 de marzo de 1946, por la suma de $ 11 a cuenta del negocio de $ 200 con el señor Ricardo Rincón para una edificación, sin que se diga cuál. Este recibo no lo reconoció luego el supuesto firmante, en declaración;

3 — Declaración del señor Joaquín López, quien dice que el día que se estaba celebrando el remate por un señor Campo Elías Guerrero, en una ejecución que le seguía a Paz Garzón, ésta había manifestado que no tenía ya nada que ver con el lote, pues el dueño era Ricardo Rincón;

4—Declaración de Telésforo Reyes, quien afirma que la Garzón le pidió declarara que la escritura era de confianza, pero que él se había negado por no constarle nada, y que entonces la señora le había dicho que le consiguiera testigos que ella pagaría bien;

5—Declaraciones de Rafael Reyes y de José del Carmen Buitrago, y Vicente Porras quienes deponen sobre la honorabilidad del señor Rincón;

6 — Declaración de Campo Elías Guerrero, quien afirma que el señor Obdulio Parra y su esposa Garzón de Parra repetidamente habían manifestado que habían vendido la casa a Rincón, y que eso era del dominio público; pero no explica cuándo, dónde ni cómo, se expresaron así, y luego dice constarle que Rincón había rematado la casa en el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí;

7—Copias debidamente allegadas del juicio ejecutivo seguido por Juan Sanabria contra Ricardo Rincón. Tales copias se refieren a la demanda y notificación del mandamiento de pago, de las cuales aparece que Rincón pagó la suma de $ 150.00 por capital y de $ 13.50 de intereses.

8—Declaración del doctor Rogelio Russi, acerca de pagos hechos por Rincón como honorarios de sus gestiones en el juicio ejecutivo contra la Garzón de Parra. El declarante no le consta que el dinero fuera de Rincón.

Pruebas de la segunda instancia

En la segunda instancia únicamente los demandados mejoraron su acervo probatorio, allegando las siguientes:

a) Certificado, mediante despacho comisorio, del Recaudador de Rentas Departamentales de Tibaná, conforme al cual el avalúo catastral del inmueble objeto del juicio es de $ 1.000.00, y el impuesto predial aparece pagado puntualmente por su dueño Ricardo Rincón. El certificado tiene fecha seis de agosto de 1948;

b) Declaración de los señores Telésforo Reyes, Baudilio Caballero y Heliodoro García, quienes deponen en el sentido de que desde unos cuatro años atrás (declaraciones recibidas en agosto de 1948), o sea desde 1944, el señor Rincón tiene en la casa referida piezas con depósito, que en diversas ocasiones estuvieron allí y la señora Paz Garzón les refirió que la casa era de Rincón por habérsela vendido primero y luego haberla rematado éste;

c) Declaración de Campo Elías Guerrero, quien dice que recuerda perfectamente que la señora Paz de Garzón, demandada en algún asunto de policía cuando él era Secretario de la Alcaldía de Tibaná, manifestó que el dueño de la casa en mención era el señor Ricardo Rincón y que por lo mismo era con él con quien debía entenderse la demanda; y que le consta ser del dominio público que éste es el dueño de tal casa por haberla rematado y del solar por haberlo comprado;

d) Declaración del señor Juan Sanabria, quien dice haber sido el ejecutante contra la señora Paz Garzón por concepto del crédito hipotecario de que dan cuenta otras pruebas ya analizadas. Agrega que evidentemente hizo rematar

la edificación que perteneció a dicha señora y que el señor Ricardo Rincón fué el rematante;

e) Copias, mediante despacho comisorio, del juicio ejecutivo seguido por Campo Elías Guerrero, como cesionario de Sara Gutiérrez, contra Obdulio Parra y Paz Garzón, ante el juzgado civil del circuito de Ramiriquí. Conforme a dichas copias, de la diligencia de remate aparece que el señor Ricardo Rincón remató por la suma de $ 750.00, las casas de rafa y teja de zinc que se levantan dentro del lote ubicado en el área urbana de Tibaná y cuya propiedad se disputan demandante y demandados en este proceso; también existe la copia del auto aprobatorio del remate y de la diligencia de entrega. Al verificarse esta última diligencia, la señora Paz Garzón se opuso, alegando ser la dueña del sitio y mejoras, y el rematante Rincón rechazó la oposición exhibiendo la escritura Nº 559, objeto de este juicio, en la cual aparece aquélla vendiéndole todas las anexidades y derechos; el juzgado consideró que las pretensiones de la señora debían ventilarse en juicio separado, y no dentro de tal diligencia, y procedió a verificar la entrega. El acta de remate está registrada en debida forma, y aparece copia de la constancia del pago del señor Rincón al tercerista señor Juan Sanabria, último declarante mencionado, de su crédito por $ 150, más intereses. Las copias anteriores aparecen con nota de la Oficina de Registro correspondiente.

Análisis del acervo probatorio

Aparece del minucioso examen de las pruebas de ambas instancias, que la demandante presenta únicamente prueba testimonial para contradecir lo expuesto en la escritura pública de venta a los demandados, tanto sobre la enajenación en sí como respecto al pago del precio; algunas de estas declaraciones tienden a probar la confesión extrajudicial del demandado señor Rincón sobre el carácter ficticio de ese contrato.

Por su parte, los demandados allegaron también prueba testimonial acerca de la confesión extrajudicial de la demandante sobre la realidad de dicha venta y reconocimiento del dominio de Rincón, y prueba plena de haber realizado el remate de edificaciones de propiedad de la demandante, en esa misma población, en juicio ejecutivo seguido contra ésta por Juan Sanabria y Campo Elías Guerrero. Se observa que los linderos del inmueble que figura como vendido por la Escritura Nº 559, son distintos en gran parte de los que aparecen en las diligencias del remate que se han mencionado, pues por el **pie** en la escritura figura como colindante Margarita Parra de Sanabria y en el remate Juan Sanabria; por la **derecha** en la escritura figura la cuadra de la señora de Sanabria, y en el remate aparece la calle pública; por la **izquierda** en la escritura figura calle pública, y en el remate casa y solar de Rafael Romero; únicamente por cabecera en ambos títulos figura la Plaza Pública. No hay prueba de que se hubiera establecido la identificación de los dos inmuebles. Al respecto no se encuentran sino los indicios consistentes en que la demandante aparece oponiéndose a la entrega de lo rematado y en que en tal diligencia se hizo valer por Rincón, sin que conste que el punto hubiéra sido discutido siquiera, la mentada escritura. La venta tuvo lugar en el año de 1944 y el remate en 1946.

La escritura de venta dice que la enajenación comprende no solamente el solar, sino también sus anexidades, compuestas por casas que construyó "la sociedad conyugal actual", pero nada se sabe acerca de si tal sociedad conyugal es o no anterior al año de 1932; en todo caso el punto no es objeto de la presente litis. Aparece sí, de estas pruebas, que a pesar de haberse adquirido mediante la escritura Nº 559 de 1944 por los demandados, tanto el solar como las casas en él construídas, posteriormente, en el año de 1946, el demandado Rincón adquirió las mismas casas por remate llevado a cabo con todas las formalidades legales dentro de juicio ejecutivo iniciado antes de la fecha de tal escritura, puesto que varios declarantes manifiestan que precisamente la causa de la supuesta escritura de confianza fué la existencia del pleito de Sanabria contra la demandante.

Lo primitivamente embargado fueron el lote y las edificaciones, pero al obtenerse el desembargo del primero, la venta hecha por la Garzón a los Rincón tuvo efectos en cuanto al terreno únicamente. Como el juicio ejecutivo prosiguió, el remate se llevó a cabo sobre aquéllas. De esta manera queda bien clara la confusión que a primera vista surge en este aspecto de la cuestión.

Las posiciones absueltas por los demandados ningún valor en su contra tienen, pues si bien existen algunas contradicciones sin importancia, ambos absolventes fueron terminantes al

negar en forma enfática que no hubieran pagado el precio o que la escritura hubiera sido de simple confianza. Es inaceptable el concepto del juez a quo, de que por razón de esas contradicciones exista un indicio en favor de la simulación, porque ello equivale a desconocer el principio de la indivisibilidad de la confesión.

Se observa también que la declaración del doctor Russi, traída por la demandante, en cuanto relata la entrevista en su oficina de aquélla y el señor Rincón, y la manifestación o consulta que le hicieron respecto a la posibilidad de hacer una venta simulada para obtener el desembargo de los bienes propios de la causante, no constituye prueba alguna respecto a la naturaleza del contrato llevado a cabo con posterioridad, pues precisamente el declarante dice que les explicó que con tal venta nada se conseguía y que a consecuencia de su consejo obtuvo entonces el poder para llevar a cabo con pleno éxito, el desembargo del terreno. En cambio, sí es importante esta declaración respecto a la entrevista que tuvieron los mismos con él en su oficina, y que presenciaron además los testigos Guerra, Sanabria y Romero, ya cuando este juicio se había iniciado, durante la cual todos éstos declaran que Rincón dijo inicialmente no haber pagado precio alguno pero que habían invertido dinero en los pleitos y remates y tenían por tanto derechos que debían reconocérsele, llegando a proponer fórmulas de transacción como la de dividir el bien, no aceptadas por la demandante.

Pero este reconocimiento extrajudicial, y en conversaciones para posible transacción amistosa del pleito en curso, de parte de Rincón, tiene de contrapeso el reconocimiento también extrajudicial que la demandante hizo ante testigos y ante la Alcaldía de Tibaná en diligencias de policía relacionadas con ese inmueble, de que el verdadero dueño de éste era el señor Rincón. Las declaraciones del doctor Russi y de los señores Guerra y Sanabria se encuentran reforzadas por las manifestaciones de Pulido y Mendoza y José Agustín Romero, el primero de los cuales dice que estuvo presente en el momento de la firma de la escritura y oyó decir a los contratantes que era de pura confianza; y que Rincón en una ocasión le dijo que era una escritura de confianza, pero que no tenía por qué perder su tiempo y dinero. El dicho de los otros deponentes traídos por la demandante poco valor probatorio tiene, pues Enrique Millán se limita a decir que no vió, como testigo instrumental; entrega de dinero en el momento de la firma, que el señor Pulido le informó que era una "estratagema", y que posteriormente Rincón le había dicho que "eso había sido por gusto"; Marco Tulio Millán dice no constarle nada; y Agripina Amaya de Rincón, Rogelia Rincón de Pulido y Rafaela Moreno, manifiestan haberle oído decir a Rincón que le debía a Paz Garzón el valor de unos lotes, y que la escritura era de confianza. En tales circunstancias las declaraciones adolecen de insuficiencia y la razón del dicho no es convincente.

Las declaraciones del doctor Russi, y de Guerra y Sanabria, no configuran tampoco una clara y expresa confesión extrajudicial de la simulación del contrato, pues el primero dice que ante los reclamos de la Garzón, el demandado Rincón contestó que "plata le debería pero que su contrato era legal" y que "la señora le replicó que si no era verdad que no le había dado ni un centavo a buena cuenta de ese contrato y Rincón le contestó que él se atenía a lo que rezara la escritura, repitiéndole nuevamente que plata sí le debería". De manera que existe una contradicción entre el dicho del doctor Russi y el de Guerra y Sanabria por otra parte, pues conforme al primero no hubo tal aceptación por Rincón de no haber pagado precio ninguno, sino simplemente el reconocimiento de que "plata le debería pero que su contrato era legal". Es importante observar que el doctor Russi no dice que Guerra y Sanabria estuvieran presentes en esa entrevista.

Tampoco de las solas declaraciones de Pulido y Romero, puede deducirse una confesión extrajudicial indudable. El primero afirma que "oí decir a los otorgantes Paz Garzón, Ricardo Rincón y Aurelia Caballero que el contrato que acababan de celebrar era de pura confianza", sin especificar cuál de los otorgantes hizo esa manifestación ni por qué la oyó, si le fué hecha a él o si alcanzó a escucharla en conversación con otras personas. El segundo afirma en forma más clara y terminante, que en la ocasión que relata, Rincón le manifestó que era una escritura de confianza.

Sin embargo, esta prueba testimonial en conjunto no alcanza a configurar, a juicio de la Sala, de manera plena y terminante la confesión sin que quede duda ninguna acerca de ella, y únicamente puede constituír una prueba incompleta.

Sin perder de vista que, como ya se dijo atrás

también los demandados probaron que en varias ocasiones la demandante confesó que el dueño del inmueble era Rincón; una de estas ocasiones ante la Aalcaldía de Tibaná y en diligencia oficial.

Cabe reproducir aquí lo dicho por la Corte en casación de 31 de octubre de 1928: "Las declaraciones de dos o más testigos consistentes en haberle oído decir al comprador, cada uno en momentos o circunstancias distintas, que él no había pagado el precio de la venta, constituyen una grave presunción de tal confesión extrajudicial, y ella debe tomarse como prueba en el juicio. Pero no constituye plena prueba contra lo declarado en la escritura de venta, si tal confesión no fue hecha en presencia de las partes o de sus apoderados". (T. 36, pág. 26 cita Orozco).

No pudiéndose aceptar la prueba aducida por la demandante como una confesión extrajudicial plena, que por sí sola sirviera para destruír la presunción de verdad contenida en las declaraciones consignadas en la escritura pública de venta, resulta incuestionable que ante la falta de esa prueba de confesión era necesario para la admisibilidad de la prueba testimonial, como muchas veces lo ha dicho la Corte, al menos, por trátarse de juicio entre partes, la presentación al litigio de un principio de prueba por escrito que hiciera plenamente verosímil el hecho alegado. La prueba testimonial no tiene valor, entre partes, contra lo estipulado en la escritura pública, al tenor de los artículos 1765 y 1766 del Código Civil.

Por las razones anteriores, es el caso de negar las peticiones subsidiarias de simulación, únicas que están a la consideración de la Corte.

La demanda de reconvención

En la reconvención los demandados piden se condene a la señora Paz Garzón a pagarles la suma de mil pesos por perjuicios en razón de haberles vendido un solar y unas construcciones que se hallaban embargados; o subsidiariamente la suma que se estime por peritos.

Para rechazar estas peticiones basta con recordar que, de acuerdo con las declaraciones recibidas en el juicio, en forma indudable aparece que los reconvinientes sabían muy bien de la existencia de los embargos cuando se firmó el instrumento, y que fué a sabiendas de esta situación que se otorgó tal escritura. Ilícito, por decir lo menos, resulta que pretendan derecho a indemnización en tales circunstancias. No hubo culpa ninguna de la vendedora, ni dolo, desde el momento en que con pleno conocimiento de causa los compradores se hicieron cargo de tal situación y de los riesgos que implicaba.

Si la afirmación hecha en la escritura de no existir el embargo no era cierta, resulta que se hizo con la aprobación y consentimiento de los compradores. Así, pues, de haber existido dolo éstos serían autores de él en igual forma que la vendedora, y bien sabido es que, como sabiamente lo dice el adagio romano: "nemo potest propiam turpitudinem alegans".

Además, al tenor del artículo 1515 del Código Civil, el dolo no vicia el consentimiento sino cuando aparece que es obra exclusiva de una de las partes y la otra no hubiera contratado sin él; y en el caso de autos aparece en forma muy clara, que los compradores contrataron conociendo perfectamente la existencia del embargo.

Por las consideraciones anteriores, 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 en este Juicio por el Tribunal Superior de Tunja con fecha 22 de febrero de 1949, y reformando la dictada por el señor Juez del Circuito Civil de Ramiriquí el ocho de octubre de 1947, falla este pleito así:

Primero.—Niéganse las peticiones principales y subsidiarias tanto de la demanda principal como de la reconvencional instauradas respectivamente por María de la Paz Garzón Parra, Ricardo Rincón y Aurelia Caballero de Rincón. En consecuencia absuélvese a los demandados de los cargos que recíprocamente se formularon.

Segundo. — Cancélese la inscripción de la demanda en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Ramiriquí.

Tercero.—Sin costas en las instancias.

No hay lugar a costas en Casación.

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

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

NO PUEDE HABLARSE DE INCONSONANCIA ENTRE LO FALLADO Y LO PEDIDO, CUANDO LA SENTENCIA NIEGA LAS PETICIONES DE LA DEMANDA PORQUE DECLARA PROBADA UNA EXCEPCION PERENTORIA — NO PUEDE ACEPTARSE LA POSIBILIDAD DE ACCIONES DECLARATIVAS ORDINARIAS SOBRE EL DERECHO DE PROPONER OTRAS ACCIONES — REQUISITO PARA QUE PUEDA DEDUCIRSE EN JUICIO UNA OBLIGACION INDEMNIZATORIA CONTRACTUAL

1—Como lo ha repetido constantemente la jurisprudencia, la incongruencia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, que es causal de casación, tiene lugar cuando se rompen los principios formales de que trata el artículo 471 del C. J., por el desacuerdo o falta de armonía entre la parte resolutiva del fallo y los extremos que han sido objeto de la controversia, o sea, "porque la resolución del fallo sea deficiente, si ha dejado de fallarse alguna de las cuestiones debatidas, excesiva si ha otorgado más de lo pedido o resuelto pretensiones no deducidas o si ha incurrido en defecto al condenar".

Pero como en el caso presente el fallo declara probadas unas excepciones, y, en consecuencia, se abstiene de estudiar y decidir las súplicas principales de la demanda, lo que en realidad existe, no es una omisión o defecto en los términos resolutorios de la providencia, sino una franca negativa de las pretensiones deducidas, justificada por el reconocimiento de aquellos medios defensivos que, a juicio del sentenciador, eran bastantes por su naturaleza para enervar la acción.

2—La acción, como exactamente lo recuerda el señor abogado recurrente, no es sólo el medio por el cual puede válidamente el individuo obtener el cambio o la simple modificación de un estado jurídico preexistente; la acción es también el derecho que se tiene de perseguir otro derecho: JUS PERSEQUENDI JUDITIO QUOD NOBIS DEBETUR AUT QUOD NOSTRUM EST. En este último concepto, el derecho de accionar constituye pues un verdadero bien patrimonial, acreedor, como cualquier otro, a la protección y garantía de la ley: sólo que por no ser éste un bien independiente, sino subordinado a otro derecho superior, esa seguridad o garantía tiene asímismo que buscarse a través de los procedimientos que en la ley aseguran la eficacia de este último; porque es en la consideración y análisis del fin jurídico, en donde exactamente corresponde calificar la personería sustantiva del actor en que se traduce la legitimidad del medio legal empleado por éste para su conocimiento.

Y es porque la acción como medio de hacer efectivos los derechos, tiene necesariamente que hallarse dirigida a la consecución del cambio o modificación de una determinada situación jurídica. Por ésto, ha dicho la Corte, "...que hay determinadas acciones que no pueden aceptarse por los jueces, cuales son, entre otras, las que los expositores apellidan INTERROGATORIAS, cuyo objeto es obligar al demandado a que explique qué consecuencias se propone sacar de tal o cual facultad que le pertenece, a saber, si tiene o no determinadas pretensiones fundadas en éste o aquel título.

"También se ha aceptado uniformemente que, si la acción se funda en un documento público y solemne, no es necesario intentar juicio para que se declare la validez del acto y como consecuencia el derecho que de él nace, porque como documento público está amparado por la presunción de validez, mientras no se demuestre, en juicio contradictorio, su nulidad u otro vicio que lo invalide, y por tanto, él produce todos los efectos legales, sin que se necesite una declaración judicial al respecto.

"Esta presunción está consignada en el artículo 1759 del Código Civil, que consi-

dera que las declaraciones que hagan los interesados en un instrumento público, hacen plena fe contra los declarantes, y ellas no pueden invalidarse sino por mutuo consentimiento de las partes o por causa legal".

Y por ello mismo, cabe agregar aquí, no puede tampoco aceptarse la posibilidad de acciones declarativas ordinarias sobre el derecho de proponer otras acciones: porque con ellas no se logra el cambio o modificación de situaciones jurídicas preexistentes, a cuyo fin esencial debe dirigirse toda acción; porque subordinado el éxito de cada juicio a la legitimidad del derecho con que se le propone, resulta a todas luces inaceptable la sola posibilidad de calificar fuera de él lo que constituye uno de los presupuestos de la acción; y porque si, como lo pretende el recurrente, al derecho de accionar pudiera corresponder la facultad general de proponer la previa acción general declarativa, quedaría sin efecto ni aplicación práctica alguna el mandato del artículo 734 del Código Judicial, que dice: "El procedimiento de que trata este título es el que sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario".

3. — Las obligaciones indemnizatorias contractuales, no pueden deducirse sino como consecuencia obligada de la inejecución o incumplimiento.

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

(Magistrado ponente: doctor Rodríguez Peña)

Mediante escritura pública Nº 206 de 12 de mayo de 1933 de la Notaría de Girardot, el señor Eufrasio Huertas le vendió a su hermano Zacarías, una casa de bahareque y zinc, junto con el lote en que se halla construída, ubicada en el barrio "Murillo Toro", de aquella misma ciudad, e identificada por los linderos que expresa aquel instrumento. Como precio de esta venta se acordó la suma de $ 180.00 que el vendedor declaró tener recibidos a su entera satisfacción; manifestando asímismo el vendedor "que desde esta fecha pone al comprador en posesión de lo vendido, con sus anexidades, mejoras y servidumbres".

"En la fecha de la venta, según lo asevera el demandante, el comprador tenía satisfactoria situación económica, al paso que el vendedor estaba pobre; por ésto, y por razón de ser el vendedor padre de numerosa familia y hermano del comprador, éste, con filantropía sin límites... resolvió que su hermano vendedor, junto con su familia, siguiera habitando allí, cosa que han verificado hasta el día de hoy". Por lo cual y para poner fin a esta situación, demandó Zacarías en acción reivindicatoria a su hermano Eufrasio, para que previos los trámites del juicio ordinario se le condene en la sentencia definitiva a entregar materialmente al demandante, dentro del término de tres días el citado inmueble, y a pagarle el valor de los frutos civiles y naturales producidos desde la fecha de la escritura hasta el día de la restitución.

Esta acción fué desechada por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de trece de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, por haber considerado como verdaderos dueños del inmueble a la sociedad conyugal formada por Eufrasio con la señora María Francisca Arteaga, y reputada la venta como simulada o ficticia.

En estas circunstancias y ejecutoriado dicho fallo, demandó de nuevo don Zacarías a su hermano Eufrasio y a la esposa de éste, para que previos los trámites del juicio ordinario se declare:

1º—Que el actor "tiene la acción que al comprador le reconoce la ley para exigir del vendedor o de quien derive algunos derechos de dicho vendedor la entrega de lo vendido, la extinción o terminación de la retención material de lo vendido, ya sea la especial de que trata el artículo 887 del C. J. u otra cualquiera, y que por consiguiente debe condenárseles... a respetar la venta del inmueble citado... y a entregar al comprador el citado inmueble".

2º—Que asímismo, y mientras se halle vigente el registro de la escritura por medio de la cual adquirió el inmueble, tiene la acción de comodato precario de que trata el artículo 2220 del C. C., la especial del artículo 1115 del C. J. o cualquiera otra proveniente de esta situación, y que por consiguiente la parte demandada que retiene una cosa ajena sin previo contrato, debe ser condenada a entregarla al demandante.

3º—Que como poseedor inscrito, tiene todas las acciones provenientes de esa condición o calidad, entre las cuales ocupa el primer lugar, la de que se le reconozca esa posesión por medio de la posesión o tenencia material, por cuyo mo-

tivo, los demandados deben ser condenados a la entrega del inmueble sobre el cual recae dicha posesión.

4º—Que en subsidio de las anteriores declaraciones, que a la vez han de entenderse como subsidiarias unas de otras, se condene a los demandados "al pago de los perjuicios ocasionados por rescisión o resolución provenientes de su incumplimiento, junto con la devolución del precio y pago de los respectivos intereses.

5º—En subsidio, que se les condene al pago de los perjuicios materiales y morales, ocasionados por el desconocimiento del contrato de compra-venta pactado por el actor, por retención de la cosa vendida, de su usufructo, y aprovechamiento del precio; y

6º—Que en todo caso, se condene a la parte demandada, al pago de los frutos naturales y civiles, percibidos o que se hubieren podido percibir, junto con los costos y costas procesales.

Tramitada esta demanda en su primera instancia, el Juzgado del conocimiento que lo fué el civil del Circuito de Girardot, la falló en sentencia de veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, declarando probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de la demandada Francisca Arteaga de Huertas, y negando las súplicas de la demanda.

La sentencia de segundo grado

De esta sentencia apeló la parte demandante ante el Tribunal Superior de Bogotá, donde se desató el recurso en fallo de ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, declarándose "probadas las excepciones procesales de inepta demanda y petición de modo indebido. En consecuencia se abstiene de estudiar y decidir las súplicas principales de la demanda. No se hace especial condenación en costas".

Para fundar esta conclusión el Tribunal, luego de hacer abstrusas consideraciones, sobre el modo como se constituye el proceso en orden a la realización mediata de la voluntad de la ley y a la inmediata del interés jurídico que ella protege, se expresa así: "En este sentido la pretensión concreta del actor encaminada en el juicio hacia la declaración de que tiene como accipiensa título de comprador o como comodante las acciones consagradas en los artículos 887 y 1115 del C. J., deriva de la incertidumbre sobreviniente como consecuencia de la sentencia ordinaria pronunciada el 3 de febrero de 1947 que desestimó la reivindicación del mismo bien, de manera que puede pensarse en la existencia de la cosa juzgada, afirmación de corte a que sólo puede obtener de los órganos jurisdiccionales.

"Poderes jurídicos de este linaje se conocen con el nombre de acciones simplemente declarativas cuyo fin es la certidumbre jurídica y no una prestación. Propuestos, sinembargo, a la manera de antecedente o premisa de solicitudes encaminadas a realizar una prestación, la entrega por ejemplo, pierden tanto su autonomía como su naturaleza meramente declarativa y resultan embebidos a la manera de uno de los aspectos del thema decidendum, el de la pertenencia de la acción, equivalente a la faz activa de la legitimatio ad causam. Está legitimada en la causa aquella persona a quien la ley confiere el derecho. Como es sabido, la legitimatio ad causam es una de las condiciones de la sentencia estimatoria, implícita en toda demanda lo es igualmente en la sentencia, y sólo requiere expresa formulación petitoria y declaración judicial en las acciones de mera certeza donde el thema decidendum es la pertenencia de la acción, o cuando lo desfavorable, o desestimatorio del fallo se funda en que el actor no está legitimado en la causa.

"Examinada la presente demanda en sus tres primeras solicitudes en ellas no se invoca la autoridad del Juez en un propósito aislado de simple certidumbre de la voluntad concreta de la ley sobre la pertenencia actual de la acción sino principalmente con el de pensar al inmediato y simultáneo ejercicio de la acción misma, puesto que se pide la efectiva y práctica actuación del precepto que ordena al vendedor entregar al comprador la cosa inmueble que retiene a pesar de la inscripción del contrato escriturario. Esta definitiva declaración de la voluntad del actor asigna a sus pedimentos sobre pertenencia de la acción un cariz preparatorio incompatible con el declarativo de certeza cuya única función es remover la incertidumbre. En el caso del pleito al fin efectivo de la entrega, fundamental como es, se subordina la pretendida declaración de pertenencia que es preliminar y sigue, por lo tanto, la suerte del principal".

"....

"El sometimiento del Tribunal y de las partes se refiere a la estructura del proceso y a la forma de los actos que dentro de él se cumplen. La estructura del proceso, en la función dinámica que generalmente se le atribuye, es el modo como deben ventilarse y resolverse los asuntos

civiles cuyo conocimiento corresponde al poder judicial", el enlace armónico y unitario de los hechos y actos jurídicos necesarios para el desarrollo de la jurisdicción. Los actos del procedimiento se configuran atendiendo principalmente, a las condiciones del tiempo de su realización y a los términos particulares para ejecutarlos, a la determinación del lugar que es generalmente el de la sede del Tribunal salvo que la naturaleza de las cosas indique un sitio diferente, y a los medios de expresión usualmente escritos y excepcionalmente verbales. En el sistema procesal legal, que fija de antemano la estructura del juicio y la forma de los actos esenciales no tienen cabida los equivalentes.

"....

"E importa no sólo a la doctrina sino a las aplicaciones concretas destacar la naturaleza y las consecuencias del empleo de los medios o de las formas inadecuadas de procedimiento. La institución en desarrollo del imperativo constitucional de proteger los bienes de los asociados, ofrecen los medios instrumentales necesarios y adecuados para la actuación judicial del derecho, y nada más que ésto es lo que exige el interés del litigante ante la moderna concepción del Estado. "El hecho de que el derecho sustancial reconozca una obligación exige solamente que la ley procesal conceda un modo de conseguir el bien correspondiente, prescindiendo de la voluntad del obligado, en cuanto ésto sea posible". Cuando las partes acudan o el Juez acoge un medio diferente del consagrado en el respectivo estatuto, subvierten el orden jurídico en ese grado máximo resultante de la sustitución de la voluntad insistituíble (sic) del legislador con la propia del funcionario o del particular, y en consonancia con el grado de la subversión marcha el efecto consiguiente. Los actos integrantes de este ejercicio subversivo forzosamente carecen de aquella conformación prevista por la ley a la manera de sostén y garantía de la recta administración de justicia según las condiciones sociales imperantes en el tiempo y lugar, a diferencia de ciertos actos anulables en el procedimiento que, aquejados por estigmas de diversa intensidad, son sin embargo susceptibles de una declaración convalidatoria, en cuanto arreglados al sistema legal en lo tocante al orden público, lo vicioso de ellos confronta la parte preceptiva tutelar del interés individual de los litigantes. Los actos radicalmente lesivos del ordenamiento procesal quedan fuera de la órbita del derecho como intrascendentes, no vinculatorios, e inapropiados para producir efectos jurídicos, señaladamente ese efecto suigéneris al que se los destina irregularmente, o sea, la realización de un precepto sustancial. Materialmente esta serie de actividades irregulares tiene la figura externa de un proceso, pero destituídas de contenido jurídico, son solamente una apariencia de proceso, concepto que esta providencia toma literal y principalmente como externa configuración de algo que parece ser y no es, aunque también se lo suele emplear en otro sentido como medio de obtener en el proceso el resultado práctico correspondiente bien a un negocio que no se puede constituír válidamente (simulación procesal), o el resultado de un negocio lícito (apariencia simple).

"El Código Judicial cataloga los juicios en ordinarios y especiales:

"Los primeros son los que se someten a una tramitación común, cualquiera que sea la cuestión que se controvierta. Los segundos, los que se rigen por las disposiciones que para determinados casos establece la ley".

"Al juicio que se promueva por la persona a quien se le ha transferido el dominio pleno o cualquier otro derecho real principal sobre un inmueble cuya tradición legal se haya efectuado por medio del registro, para que el tradente no retenga materialmente la cosa en su poder, se le dá la tramitación señalada en el capítulo precedente, dice la ley de procedimientos en su artículo 867. El trámite aludido es el especial de los posesorios por despojo.

"Conforme al precepto del artículo 1115 C. J. los trámites del juicio de lanzamiento del arrendatario se 'aplican en lo pertinente, a la restitución de cosas dadas en tenencia a título distinto del de arrendamiento, que estén en poder de alguno en ejercicio del derecho de retención, llegado que sea el tiempo de exigir que se restituyan'.

"En el caso del pleito el apoderado del actor pretende la condena de restitución del inmueble adquirido por su cliente a título de compraventa debidamente registrada y que el vendedor retiene materialmente, e invoca al efecto la aplicación de los trámites legales propios de la demanda ordinaria con cita del artículo 737 y siguientes C. J. El Juez del Circuito de Girardot admitió y tramitó la demanda por la vía ordinaria según resulta de los autos pronunciados en las siguientes fechas: 24 de junio de 1947, 18 de septiembre y 9 de octubre de 1947, 27 de enero y 30 de marzo de 1948. El trámite adopta-

do por la ley para las causas de entrega de un inmueble cuya tradición se ha efectuado por medio del registro y que el tradente retiene es especial, y otro tanto ocurre con el previsto para los eventos de la restitución de las cosas dadas en tenencia, a título de comodato precario, llegado que sea el tiempo de la restitución: la causa debatida es precisamente esta de la entrega de la cosa inmueble retenida por el tradente no obstante la inscripción, ó de la restitución de una cosa dada en comodato precario; por lo tanto las partes invocaron y el Juez acogió un medio, el ordinario, inapropiado a las exigencias del debate, infringiendo las normas procesales relativas a la estructura del procedimiento.

"....

"Las súplicas de restitución del precio e intereses, y condena al resarcimiento de daños materiales y morales ocasionados por la rescisión o resolución de la compra-venta, o por desconocimiento de los efectos del contrato, por la retención de la cosa, y por el aprovechamiento del precio, se encuentran deslustradas por otra suerte de vicios que se explican a continuación.

"Conviene saber que la obligación de resarcir el daño es diversa de la contractual preexistente de cuya infracción resulta el perjuicio, como lo indica la diversidad de las respectivas fuentes y objetos. Aunque la acción no sea un accesorio del derecho ni uno de sus elementos, entre ella y la obligación, institutos legales concurrentes y coordinados en garantía del mismo bien, existe un nexo manifiesto que inclina a considerar inconfundibles las primeras cuando las segundas no se identifican; es así como las acciones atañaderas a la realización de los efectos del contrato o la extinción del vínculo no se identifican con las que garantizan el resarcimiento del daño causado por la inejecución tardía, ni éstas forman parte de las primeras. La infracción del contrato origina varias suertes de expectativas; el acreedor puede perseverar en él y pretender la ejecución de las obligaciones; a la inversa, desligarse del vínculo y tornar a la situación que le precedió: además, en ambas hipótesis le cabe avanzar en el plano eventual de los equivalentes del provecho que le hubiera parado la exacta y oportuna ejecución, tal como lo consignan las normas promulgadas en desarrollo del principio neminen laedere. A cada una de estas expectativas corresponde una acción de contenido autónomo. La de cumplimiento tiende a realizar la voluntad de la ley tutelar del contrato y de las prestaciones acordadas en él; la resolutoria se encamina a la destrucción retroactiva del vínculo y de su efectos ya que los contratos bilaterales suponen un consentimiento condicionado a la efectiva reciprocidad de las prestaciones; la de reparación garantiza el restablecimiento integral del patrimonio del acreedor menoscabado en concepto de daños y de lucros cesantes o no pruducidos.

"La anterior suscinta discriminación de los derechos principales del acreedor deja entender como posible el ejercicio autónomo de cualquiera de las mencionadas acciones. No obstante la ley considerando a) su común origen es el hecho violatorio del vínculo contractual preexistente; b) la necesidad de despejar y esclarecer las situaciones resultantes de la infracción y de fijar ciertamente las prestaciones del resarcimiento cuyo contenido es indudablemente diverso en las dos posibles hipótesis de resolución y de cumplimiento, y c) la naturaleza subsidiaria y complementaria del resarcimiento, opta en el artículo 1546 C. C. por el extremo de convertir la acción reparatoria, tratándose de violación del contrato, en accesoria o dependiente de las alternativas de cumplimiento o de resolución sin cuya necesaria postulación la reparatoria carece de apoyo.

"....

"Desprecia el apoderado del actor en el juicio la norma en cita (C. C. 1546) y desatiende la doctrina uniforme de la Corte y de los Tribunales cuando pide la reparación de perjuicios causados por la resolución y por el hecho dañoso, y olvida pedir la resolución del contrato; e incurre asímismo en error si piensa que no son dos acciones diferentes que deben acumularse la resolutoria y la de perjuicios, cuando se aspira a un cabal restablecimiento. Al plantear como autónoma una acción dependiente y accesoria en el sentir de la ley, y al omitir la invocación de la principal se ha pedido en una forma indebida. Otro tanto cabe observar con motivo de la súplica de restitución del precio que es consecuencia del decreto de resolución no pedido y por ende impronunciable.

"Tanto esta excepción como la de inepta demanda son remedios de previo pronunciamiento y dispensa la consideración del fondo del problema planteado en la demanda".

La demanda de casación

Contra esta providencia interpuso el señor apoderado de la parte actora recurso de casación, y

con base en las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J., le hizo los siguientes cargos:

Primero.—**Violación directa,** de los artículos 1602, 1605, 1608, 1615, 1849, 1880, 2205, 2341, 669, 673 y 756 del C. C. por negarle al demandante la facultad de obtener la declaración del derecho a ejercitar las acciones que tales preceptos le reconocen, y la consiguiente certidumbre de poderlas luego proponer como consecuencia de aquella declaración.

Segundo.—**Aplicación indebida** de los artículos 330, y 343 del C. J. a virtud de la cual consideró erróneamente el sentenciador como propuestas las acciones de que tratan los artículos 887 y 1115 del C. J., sobre restitución, para deducir la existencia de los hechos exceptivos que el fallo declara, y excusarse así de analizar el fondo mismo de las acciones que en realidad se propusieron, con base en los preceptos sustantivos anteriormente citados.

Tercero.—**Interpretación errónea** de los artículos 15 y 21 de la Constitución Nacional, 5º de la ley 153 de 1887, 653, 664 y 655 del C. C. y 142, 194, 195, 205 y 472 del C. J., cuando al negar que pueda reclamarse como cuestión previa, la declaratoria de existir una o más acciones especiales, porque al hacerlo "se entra de lleno en su ejercicio y se determina como objeto de la demanda, o como objeto del fallo, un poder de invocación que no es susceptible de esa declaración, ni de ese fallo", se desconocen los principios sobre el fin de las autoridades, protección de los derechos y requisitos del juzgamiento, y con ello el derecho que asiste al comprador respecto del bien adquirido por éste, y que garantizan los preceptos sustantivos que se han citado como infringidos directamente por la sentencia.

Cuarto.—**Error manifiesto en la apreciación** de la demanda, del poder con que ésta se promovió y del fallo ejecutoriado que en anterior controversia pronunció el Tribunal Superior de Bogotá, y a virtud del cual se violaron a más de las disposiciones sustantivas de que se viene hablando, los artículos 1606 y 1612 y 1769 del C. C.

Quinto.—**Inconsonancia de la sentencia con las pretensiones de los litigantes** (causal 2ª). En efecto, se solicitó en la demanda "una declaración sobre la existencia de una acción que tuviera por objeto obtener la entrega de la cosa comprada, o entregada en comodato precario"; como consecuencia, que "se reconociera el derecho de entregar (sic) o se ordenara esa entrega..."; y el pago de perjuicios "o de las prestaciones provenientes del hecho de la retención de la cosa comprada o de la cosa entregada en comodato precario, o del hecho de que el demandado hubiera eliminado, debilitado o destruído el derecho del comprador y dueño del demandante". Todo ello dentro del procedimiento indicado por el artículo 734 del C. J. y tenida en cuenta la situación en que se halla colocado el actor por razón del contrato de compra que formalizó, del permiso que para usar el inmueble comprado le otorgó al vendedor, del fallo anterior dictado por el Tribunal, y del tiempo transcurrido desde la fecha de la liquidación. La sentencia sinembargo, rechazó tales pedimentos, porque consideró erróneamente, que no se había propuesto una acción declaratoria sino de condena, que sólo es procedente en juicio especial, y porque subordinó la existencia de los perjuicios a una previa declaratoria de resolución del contrato, que no se había propuesto en el juicio.

Sexto.—Porque por último el cargo de errónea interpretación de los artículos 887 y 1115 del C. J., a través de la cual se violaron las normas sustantivas que protegen los derechos del comprador, cuando sienta la tesis absoluta de la improcedencia del juicio ordinario para controvertir cosa alguna relacionada con la entrega de la cosa comprada, contra lo prevenido por los artículos 108 y 5 de la ley 153 de 1887, 1494, 669 y 1849, entre otros, del Código Civil que asimismo estima infringidos.

La Corte considera:

Primero.—Dentro del orden lógico que corresponde a las causales propuestas por el recurrente, y de que trata el artículo 537 del C. J., corresponde examinar, en primer término, la de "inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes" a que se refiere el cargo 5º.

Esa incongruencia lo ha repetido constantemente la jurisprudencia, tiene lugar, cuando se rompen los principios formales de que trata el artículo 471 del C. J., por el desacuerdo o falta de armonía entre la parte resolutiva del fallo y los extremos que han sido objeto de la controversia, o sea, "porque la resolución del fallo sea deficiente, si ha dejado de fallarse alguna de las cuestiones debatidas, excesiva si ha otorgado más de lo pedido o resuelto pretensiones no deducidas, o si ha incurrido en defecto al condenar". Las acusaciones relacionadas con los fundamentos en la causal primera, que comprende las distintas formas como puede violarse la ley sustantiva.

Pero como en el caso presente el fallo declara probadas unas excepciones, y en consecuencia "se abstiene de estudiar y decidir las súplicas principales de la demanda", lo que en realidad existe, no es una omisión o defecto en los términos resolutorios de la providencia, sino una franca negativa de las pretensiones deducidas, justificada por el reconocimiento de aquellos medios defensivos que, a juicio del sentenciador, eran bastantes por su naturaleza para enervar la acción. Por ello, el cargo debe rechazarse.

Segundo.—Los cargos restantes en que se apoya el recurso enfocan concretamente, auncuando desde puntos de vista distintos, un mismo e idéntico problema cual es el de establecer, si jurídica y legalmente el derecho de accionar en juicio puede ser ejercitado como cualquiera otro derecho a través de la vía declarativa del procedimiento ordinario, en términos de que la negativa conduce a la infracción de las normas sustantivas que lo consagran, según lo sostiene el recurrente; o si por el contrario, y como lo ha dicho el Tribunal, el uso de ese derecho está precisamente condicionado a las formas de procedimiento que para el ejercicio de cada acción tiene establecidas la ley, motivo por el cual ha de tenerse como inepta la demanda que se presenta en ejercicio de acciones que no son las específicamente determinadas para la tutela del respectivo derecho.

La acción, como exactametne lo recuerda el señor abogado recurrente, no es sólo el medio por el cual puede válidamente el individuo obtener el cambio o la simple modificación de un estado jurídico preexistente; la acción es también el derecho que se tiene de perseguir otro derecho: **jus persequendi juditio quod nobis debetur aut quod nostrum est.** En este último concepto, el derecho de accionar constituye pues un verdadero bien patrimonial, acreedor como cualquier otro, a la protección y garantía de la ley: sólo que por no ser éste un bien independiente sino subordinado a otro derecho superior, esa seguridad o garantía tiene asímismo que buscarse a través de los procedimientos que en la ley aseguran la eficacia de este último; porque es en la consideración y análisis del fin jurídico, en donde exactamente corresponde calificar la personería sustantiva del actor en que se traduce la legitimidad del medio legal empleado por éste para su conocimiento.

Y es porque la acción como medio de hacer efectivos los derechos, tiene necesariamente que hallarse dirigida a la consecución del cambio o modificación de una determinada situación jurídica. Por ésto, ha dicho la Corte, "...que hay determinadas acciones que no pueden aceptarse por los jueces, cuales son, entre otras, las que los expositores apellidan INTERROGATORIAS, cuyo objeto es obligar al demandado a que explique qué consecuencias se propone sacar de tal o cual facultad que le pertenece, a saber si tiene o no determinadas pretensiones fundadas en éste o aquel título.

"También se ha aceptado uniformemente, que si la acción se funda en un documento público y solemne, no es necesario intentar juicio para que se declare la validez del acto y como consecuencia el derecho que de él nace, porque como documento público está amparado por la presunción de validez, mientras no se demuestre, en juicio ocontradictorio, su nulidad u otro vicio que lo invalide, y por tanto él produce todos los efectos legales sin que se necesite una declaración judicial al respecto.

"Esta presunción está consignada en el artículo 1759 del Código Civil que considera que las declaraciones que hagan los interesados en un instrumento público hacen plena fe contra los declarantes y ellas no pueden invalidarse sino por mutuo consentimiento de las partes o por causa legal".

Y por ello mismo, cabe agregar aquí, no puede tampoco aceptarse la posibilidad de acciones declarativas ordinarias sobre el derecho de proponer otras acciones: porque con ellas no se logra el cambio o modificación de situaciones jurídicas preexistentes, a cuyo fin esencial debe dirigirse toda acción; porque subordinado el éxito de cada juicio a la legitimidad del derecho con que se le propone, resulta a todas luces inaceptable la sola posibilidad de calificar fuera de él, lo que constituye uno de los presupuestos de la acción; y porque si como lo pretende el recurrente, al derecho de accionar pudiera corresponder la facultad general de proponer la previa acción general declarativa, quedaría sin efecto ni aplicación práctica ninguna al mandato del artículo 734 del Código Judicial que dice:

"El procedimiento de que trata este Título es el que se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario".

De donde resulta, que al deducir el Tribunal la excepción de inepta demanda, y rechazar por este motivo las pretensiones del actor, ni interpretó desacertadamente el libelo, ni pudo por

consiguiente, violar a través de aquel supuesto error, o por medio directo, las disposiciones sustantivas que consagran determinados derechos para el dueño de una cosa de que no está en posesión.

De la misma manera es infundado el cargo, en cuanto sostiene que, por no haber la sentencia condenado al pago de perjuicios, no obstante hallarse comprobada la inejecución de ciertas obligaciones por parte del demandado, la sentencia violó, por falta de apreciación de aquellas pruebas, los artículos 1606, 1612, 1615 y 1769 del C. C.

Pues que, como acertadamente lo sostiene el Tribunal, las obligaciones indemnizatorias contractuales, no pueden deducirse, sino como consecuencia obligada de la inejecución o incumplimiento, que por no haberse demandado, no fueron ni podían ser objeto de ninguna declaración.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha ocho (8) de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

CONTRA LAS SENTENCIAS DE EXCEPCIONES Y DE PREGON Y REMATE PROFERIDAS EN JUICIOS EJECUTIVOS NO PROCEDE EL RECURSO DE CASACION. CUALES JUICIOS ESPECIALES SE INCORPORAN DENTRO DE UN JUICIO ORDINARIO — LA CASACION PUEDE INTERPONERSE CONTRA LA SENTENCIA QUE DECIDE EL ORDINARIO POR EL CUAL SE REVISA UNA DE EXCEPCIONES O UNA DE PREGON Y REMATE DICTADAS EN UN EJECUTIVO

1—Los juicios se dividen en dos categorías principales: ordinarios y especiales. Hay también algunos sumarios (art. 734 del C. J.).

Cada juicio tiene en el Código su reglamentación propia y el proveído con que se remata o decide.

El juicio ordinario cumple un proceso que principia con la demanda y termina en la sentencia, proceso metodizado de que dá razón el Título XVIII del Código Judicial, Y el remate de ese proceso que tiene dos instancias, se llama sentencia en la primera, y se llama también sentencia en la segunda instancia. A esta sentencia se refiere el artículo 519 del C. Judicial en su numeral 1º, al decir que pueden ser acusadas en casación las sentencias pronunciadas por los Tribunales Superiores en juicios ordinarios.

No hay sino un juicio ordinario, mientras que hay muchos especiales; y dentro de éstos hay varios que sin cumplir todos los trámites del juicio ordinario, porque no nacieron dentro del proceso a que se refiere aquel Título XVIII, sí se incorporaron a él, por decirlo así. Tal, por ejemplo: el juicio especial sobre nulidad del matrimonio "se sigue por los trámites del juicio ordinario", según el artículo 782 del C. Judicial; el juicio sobre divorcio "se tramita como ordinario", de acuerdo con el artículo 784; lo mismo ocurre con el juicio sobre interdicción judicial (art. 818), y con el relacionado con la remoción de un tutor o curador (art. 822); el juicio especial sobre bienes vacantes y mostrencos se sigue como tal, mientras no se presente oposición, pues presentada, él se incorpora dentro del juicio ordinario, según el artículo 842; el juicio sobre capellanías sigue su trámite especial, hasta el emplazamiento de los posibles interesados, pues si éstos se presentaren, con ellos se seguiría un juicio ordinario, según el artículo 849; el juicio sobre deslinde y amojonamiento llega un momento en que puede dar salto al juicio ordinario, según el artículo 870; el juicio sobre un pacto accesorio de la compraventa sigue sus reglas propias hasta que se presente oposición, y presentada, se pasa a las reglas del juicio ordinario; y esto mismo ocurre en el juicio sobre rendición de cuentas: se presentan las cuentas, y si el interesado en ellas las objeta, se pasa al juicio ordinario.

Las sentencias con que rematan estos juicios, que siendo especiales se incorporan dentro del juicio ordinario, son las que ASUMEN EL CARACTER DE SENTENCIAS en juicio ordinario, según expresión del numeral 1º del artículo 519 del C. Judicial. Se convierten así en sentencias del mismo valor de las otras dictadas en juicios ordinarios comunes.

Sobre aquellas y estas sentencias versa, pues, este numeral 1º, y ellas pueden ser acusadas por medio del recurso de casación. Dentro de tales sentencias no se encuentran las de excepciones y de pregón y remate, de que trata el artículo 1030 del C. Judicial.

2—La ley dispone que la sentencia de excepciones y la de pregón y remate "no fundan la excepción de cosa juzgada, y, en consecuencia, pueden revisarse por la vía ordinaria" (art. 1030 del C. J.).

Este es, pues, el recurso que corresponde a la sentencia de excepciones; no es el de casación, porque no se trata de sentencia dictada en juicio ordinario, ni se trata de sentencia que tome este carácter.

Cuando ya una sentencia de excepciones, por virtud de la revisión de que trata

el artículo 1030, revisión distinta a la de los artículos 542 y siguientes del C. Judicial, se incorpore dentro del juicio ordinario, y siguiendo las ritualidades de éste sea considerada en él, el fallo que entonces se dicte sí abrirá campo al recurso de casación. De esta suerte, después de haber pasado por las dos etapas del juicio ordinario, se habrá salido del juicio ejecutivo y se podrá entonces sí invocar un recurso de casación que para sentencias en juicio ordinario autoriza la ley, pero que no autoriza para juicios ejecutivos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Dentro de un juicio ejecutivo de José Ulloque Meneses contra Teófilo Kiuhan, el abogado César A. Cepeda, en nombre de éste, planteó un incidente de excepciones.

El Juzgado Segundo del Circuito de Barranquilla decidió el incidente, declarando probada una excepción.

Por apelación conoció del caso el Tribunal Superior de la ciudad citada, y en sentencia de catorce de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno revocó la del Juzgado y resolvió:

1º—Declárase probada la excepción de **plus petitio** solamente hasta la cantidad de $ 100.

2º—Decláranse no probadas las demás excepciones propuestas.

3º — Prosígase la ejecución por la suma de $ 5.900.

Sobre esta sentencia el litigante Kiuhan pidió que se le reconociera el recurso de casación, de acuerdo con el artículo 522 del C. Judicial, y de una vez señala los textos legales que considera violados. Al propio tiempo su abogado Cepeda interpuso el mismo recurso fundándose, entre otras razones, en las de que "se trata de un juicio ejecutivo de mayor cuantía, estimada ella en $ 6.000", y que la sentencia "es violatoria de ley sustantiva por aplicación indebida y errónea en las disposiciones de derecho, tanto de carácter sustantivo como procedimental". E invoca el numeral 1º del artículo 519 porque "el presente juicio ejecutivo asumió desde el Juzgado de origen el carácter de juicio ordinario".

El Tribunal negó el recurso interpuesto por el abogado mencionado y por su cliente, con fundamento en que el contemplado no es el caso a que se refiere el numeral 1º del artículo 519 del C. Judicial invocado por aquéllos, al hablar de juicios que asumen el carácter de ordinarios.

Después de ésto, el abogado Cepeda resolvió presentar ante uno de los Fiscales una acusación contra los Magistrados firmantes de la negativa del recurso, por prevaricato y abuso de autoridad, y al propio tiempo pidió reposición de la negativa, y en subsidio, copia del expediente. Y en el mismo escrito, pidió que los Magistrados se declararan impedidos, porque como resulta del denuncio "son enemigos míos —dice el abogado— y están ejerciendo venganza, y por otra parte, hay pleito pendiente, conforme a la demanda de parte civil acompañada al denuncio por abuso de autoridad y prevaricato". Actitud ésta del abogado, poco recomendable por cierto.

El Tribunal no accedió a la reposición, decretó las copias pedidas, y en cuanto a la recusación, dijo: "La tesis para convertir en causal de recusación el pleito pendiente es errónea o equivocada porque el numeral 13 del artículo 435 del C. J. se refiere a las partes y el doctor Cepeda habla en este caso como apoderado de una de las partes".

Con las copias del expediente se presentó ante la Corte un nuevo abogado de Kiuhan, en memorial de 2 del presente mes, en el cual sostiene que se ha debido conceder el recurso de casación porque "aún tartándose de un juicio ejecutivo y tratándose de una sentencia de excepciones, el juicio asumió el carácter de ordinario". En ese memorial se insiste en que el recurso extraordinario debe ser aceptado, y aún se señalan las causales de casación que se consideran aplicables al caso.

Insisten los señores abogados de Kiuhan en afirmar que se trata de un juicio ejecutivo, e invocan para el caso el recurso de casación; y ante las alegaciones y aspiraciones sin ninguna razón jurídica de los personeros de Kiuhan, se considera:

Los juicios se dividen en dos categorías principales: ordinarios y especiales. Hay también algunos juicios sumarios (art. 734 del C. J.).

Cada juicio tiene en el Código su reglamentación propia y el proveído con que se remata o decide.

El juicio ordinario cumple un proceso que principia con la demanda y termina en la sentencia, proceso metodizado de que dá razón el Título XVIII del Código Judicial. Y el remate de

ese proceso que tiene dos instancias, se llama sentencia en la primera, y se llama también sentencia en la segunda instancia. A esta sentencia se refiere el artículo 519 del C. Judicial en su numeral 1º, al decir que pueden ser acusadas en casación las sentencias pronunciadas por los Tribunales Superiores en juicios ordinarios.

No hay sino un juicio ordinario, mientras que hay muchos especiales; y dentro de éstos hay varios, que sin cumplir todos los trámites del juicio ordinario, porque no nacieron dentro del proceso a que se refiere aquel Título XVIII, sí se incorporaron en él, por decirlo así. Tal por ejemplo: el juicio especial sobre nulidad del matrimonio "se sigue por los trámites del juicio ordinario" según el artículo 782 del C. Judicial: el juicio sobre divorcio "se tramita como ordinario", de acuerdo con el artículo 784; lo mismo ocurre con el juicio sobre interdicción judicial (art. 818), y con el relacionado con la remoción de un tutor o curador (art. 828); el juicio especial sobre bienes vacantes y mostrencos se sigue como tal mientras no se presente oposición, pues presentada, él se incorpora dentro del juicio ordinario, según el artículo 842; el juicio sobre capellanías sigue su trámite especial, hasta el emplazamiento de los posibles interesados, pues si éstos se presentaron, con ellos se seguirá un juicio ordinario según el artículo 849; el juicio sobre deslinde y amojonamiento llega un momento en que puede dar salto al juicio ordinario, según el artículo 870; el juicio sobre un pacto accesorio de la compraventa sigue sus reglas propias hasta que se presenta oposición, y presentada, se pasa a las reglas del juicio ordinario; y esto mismo ocurre en el juicio sobre rendición de cuentas: se presentan las cuentas, y si el interesado en ellas las objeta, se pasa al juicio ordinario.

Las sentencias con que rematan estos juicios, que siendo especiales se incorporaran dentro del juicio ordinario, son las que **asumen el carácter de sentencias** en juicio ordinario, según expresión del numeral 1º del artículo 519 del C. Judicial. Se convierten así en sentencias del mismo valor de las otras dictadas en juicios ordinarios comunes.

Sobre aquellas y estas sentencias versa, pues, este numeral 1º, y ellas pueden ser acusadas por medio del recurso de casación; y de una vez se dice que dentro de tales sentencias no se encuentran las de excepciones y de pregón y remate, de que trata el artículo 1030 del C. Judicial.

De la misma manera, a las citadas sentencias de juicio ordinario, se refiere el artículo 473 del C. Judicial que versa sobre la fuerza de cosa juzgada, artículo que agrega: "entiéndese ésto sin perjuicio del recurso de revisión, y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley". Y la ley dispone precisamente que la sentencia de excepciones y la de pregón y remate "no fundan la excepción de cosa juzgada, y en consecuencia, pueden revisarse por la vía ordinaria" (art. 1030 citado).

Este es, pues, el recurso que corresponde a la sentencia de excepciones de que trata el negocio que se está considerando. No es el de casación, porque no se trata de sentencia dictada en juicio ordinario, ni se trata de setencia que tome este carácter.

Cuando ya una sentencia de excepciones, por virtud de la revisión de que trata el artículo 1030, revisión distinta a la de los artículos 542 y siguientes del C. Judicial, se incorpore dentro del juicio ordinario, y siguiendo las ritualidades de éste sea considerada en él, el fallo que entonces se dicte sí abrirá campo al recurso de casación. De esta suerte, después de haber pasado por las dos etapas del juicio ordinario, se habrá salido del juicio ejecutivo a que aquellos abogados se refieren, y podrán entonces sí invocar un recurso de casación que para sentencias en juicio ordinario autoriza la ley, pero que no autoriza para juicios ejecutivos.

Por lo expuesto, se resuelve:

Es jurídica la decisión del Tribunal por la cual no se concede el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de excepciones de fecha catorce de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno; y como consecuencia, no es viable el recurso de hecho de que trata el memorial de dos de junio de este año, dirigido a la Sala por el abogado **Carlos Julio Latorre.**

Hágase saber al Tribunal Superior de Barranquilla.

Las costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

EN CASACION NO ES POSIBLE VARIAR EL CRITERIO DEL JUEZ ACERCA DE LA NECESIDAD DE COMPROBAR O NO UNA DETERMINADA PARTIDA DE UNA CUENTA — LA CONFESION DEBE RECAER FORZOSAMENTE SOBRE HECHOS

Es cierto, y así lo ha entendido la Corte en otras oportunidades, que para la justificación o comprobación de partidas de cargo y descargo de una cuenta, la ley no ha señalado prueba específica; la justificación o demostración de su efectividad, se puede realizar por los medios generales pertinentes al caso. Que la ley no requiere respecto de cada una de las partidas de una cuenta la plena prueba, porque este extremo no sería dable llenar en la mayor parte de los casos, dado que en las operaciones de poca monta que se ejecutan en el curso ordinario de una administración, por su naturaleza, no son susceptibles de tal exigencia.

Que "así el art. 2181 del C. C., tan sólo impone al mandatario la obligación de presentar documentada su cuenta, y eso únicamente en lo que concierne a las partidas importantes. Cuenta documentada no puede considerarse, pues, como cuenta plenamente comprobada. Una cuenta es documentada cuando a ella se acompañan elementos que la justifiquen, como recibos expedidos por terceros, auncuando no estén legalmente reconocidos y no constituyan, por lo mismo, plena prueba'.

"La justificación de las cuentas debe hacerse, pues, presentando al Juez los respectivos comprobantes, o por cualquier otro medio idóneo de prueba. Tal pudiera ser, por ejemplo, el reconocimiento o aceptación de la respectiva operación por quien tiene derecho a exigir la rendición de la cuenta".

Pero, al lado de aquellas consideraciones generales, operan las especiales de que: "El examen de si una cuenta está comprobada, es materia de fondo que debe apreciar el sentenciador; es el estudio y peso de la prueba que ha de llevarlo a dilucidar si las cuentas han sido justificadas en lo posible; y de que el Juez tiene al respecto, por otra parte, libertad de apreciación, pues, según su criterio y las circunstancias del medio, puede determinar en un momento dado, qué partidas requieren comprobación y cuáles, por las especiales circunstancias, pudieran estar exentas de ello".

En esta forma, no es posible variar en casación el criterio aplicado por aquél.

2.—La confesión, según lo determina el art. 604 del C. J., debe recaer forzosamente sobre hechos y no sobre aplicaciones legales o principios de derecho; la prueba siempre concierne al hecho que es materia del debate, no a su calificación jurídica o a las actuaciones de la ley que el hecho pueda determinar. Es al Juez, a quien corresponde establecer cuáles son las normas positivas que entran en actividad ante la prueba de cada hecho, lo que no es sino aplicación del principio según el cual la gestión de las partes termina con la demostración de los hechos, pues con ella comienza la función jurisdiccional de enfrentarlos con los preceptos, en orden a decidir las situaciones jurídicas concretas" (Casación de 14 de abril de 1947. G. J., n. 2046).

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

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

El doctor Carlos Eduardo Muñoz, fue designado albacea, con tenencia parcial de bienes, en el testamento cerrado otorgado por Edelmira Zamora Gómez, el 28 de mayo de 1938, en la vereda de Tipachoque, Municipio de Guateque, y protocolizado bajo escritura pública Nº 218 el 19 de abril de 1940, de la Notaría 2ª del Circuito del último lugar; el doctor Muñoz aceptó y ejerció el cargo desde el año de 1940 hasta el 26 de

marzo de 1943, fecha en que expiraron sus funciones por resolución judicial.

El doctor Muñoz, por medio de apoderado, haciendo uso de la facultad que confiere el art. 1127 del C. Judicial, presentó demanda ante el Juez Civil del Circuito de Guateque, para que: "con citación personal y audiencia de los herederos abintestato de la fallecida Zamora Gómez, Rafael del Carmen y Francisco Martín Morales, Araminta Morales de Cavallazzi y Temilda Zamora de Gálvez, todos mayores, casadas las dos últimas, los dos primeros desconocido su estado civil, vecinos de Guateque, a quienes designo como demandados en esta acción', para que se le dé aprobación a las cuentas que presentó de la administración de los bienes de la sucesión de la señora Edelmira Zamora Gómez durante el tiempo que la tuvo a su cargo como albacea.

Contiene la demanda, veinte hechos en los cuales se discriminan los distintos actos ejecutados por el albaca en ejercicio de su cargo, y de los cuales se destacan: el cobro de un crédito a favor de la testadora, a cargo del Depto. de Boyacá, por concepto de indemnización y por ocupación de una zona de terreno de propiedad de la primera para trabajos en una carretera que construía esa entidad y no incluído en el testamento; pago de una obligación de la testadora, a favor de Leonardo Cala, según documento privado; enajenación de varios inmuebles en pública subasta, con facultad en el testamento para hacerlo y pago con su valor de algunos legados; el pago de éstos, hubo de hacerse con la rebaja proporcional respectiva, por insuficiencia del valor de los bienes destinados para tal fin; pago de los impuestos que debía la sucesión, tales como el predial, de sucesiones y donaciones o lazareto, etc.

Por otra parte, que las legatarias Tulia Franco Ruíz y Araminta Morales de Cavallazzi, deben a la sucesión el valor de los derechos de lazareto, que les correspondía pagar y que no lo hicieron y que ejecutó el albacea con dinero de la sucesión.

Los hechos marcados con los números 16 a 19 inclusive, contienen la relación de los comprobantes presentados con el fin de justificar la administración de los bienes por parte del albacea.

La cuenta presentada por el albacea obra a los folios 158 a 169 v. del Cuad. Nº 5, y de ella se dió traslado a los demandados, quienes la rechazaron mediante varias objeciones formuladas en los términos que, detalladamente, describen los fallos de instancia, particularmente el de primera.

De tales objeciones se corrió traslado al demandante doctor Muñoz, quien las contestó negando la gran mayoría e insistiendo en sus puntos de vista consignados en las cuentas y aceptando alguna de ellas. Por este motivo ordenó la tramitación del correspondiente juicio ordinario, al cual, agotada la tramitación reglamentaria, le puso fin con la sentencia de fecha 16 de junio de 1948, cuya parte resolutiva dice:

"**Primero.—No hay lugar** a resolver sobre la tacha de testigos formulada por el apoderado de algunos demandados en cuanto se refiere al señor Carlos Gutiérrez Rey, porque su declaración no figura en el proceso y respecto de los deponentes Constantino Martínez Forero y Rafaela Plata viuda de Tavera, **se declara infundada.**

"**Segundo.**—Apruébanse las cuentas de la administración de bienes pertenecientes a la sucesión de la señorita Edelmira Zamora Gómez, rendidas por el albacea de ésta, Presbítero Carlos Eduardo Muñoz, y en la forma que adelante se expresa.

"**Tercero. — Decláranse totalmente fundadas** las objeciones que en el escrito correspondiente se distinguen con los números (3°), cuarto —folio 11— (4º bis), séptimo (7º), octavo (8º) y décimo (10).

"**Cuarto.**—Decláranse **Fundadas parcialmente,** de la manera que se particularizó en la parte motiva de esta providencia, las objeciones marcadas con los números primero (1º), segundo (2°), cuarto (4º) y noveno (9º).

"**Quinto.—Decláranse infundadas** las objeciones marcadas con los números quinto (5°), sexto (6º), undécimo (11º) y décimo tercero (13º).

"**Sexto.—Declárase improcedente** la objeción distinguida con el número duodécimo (12°).

"**Séptimo.—Condénase** al Presbítero Carlos Eduardo Muñoz a pagar a los herederos ab-intestato de la señorita Edelmira Zamora Gómez como saldo de las cuentas a que se refiere el numeral segundo del presente fallo, la suma total de tres mil seiscientos cinco pesos con se-

senta y nueve centavos ($ 3.605.69) M/c., así: a los cuatro demandados, señores Rafael del Carmen Martín Morales, Francisco Moisés Martín Morales, Temilda Zamora de Gálvez y Araminta Morales de Cavallazzi, o a quien represente los derechos de ésta, la cantidad de trescientos ochenta y cinco pesos con sesenta y ocho centavos ($ 385.68) m/c., y a los tres nombrados en primer término, la de tres mil doscientos veinte pesos con un centavo ($ 3.220.01) m/c., de acuerdo con lo dicho en la parte motiva.

"**Octavo.**—El pago en referencia se hará a más tardar quince días después de que esta sentencia quede en firme".

Por apelación concedida al actor y cuentadante doctor Muñoz y a los demandados objetantes, Francisco Martín Morales y Temilda Zamora de Gálvez, subió el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja y agotada la tramitación de la segunda instancia decidió el litigio, confirmando el recurrido, pero modificándolo, "en el único sentido de declarar probada la sexta objeción".

Después de algunas consideraciones generales sobre la naturaleza del albaceazgo, los deberes del albacea; pago de deudas hereditarias por éste, y extensión de aquél en los casos de tenencia de bienes total o parcial, el Tribunal entró a considerar, separadamente, cada una de las objeciones formuladas por los demandados a las cuentas presentadas por el demandante. Pero, sólo se reproducen las que han sido objeto del recurso de casación que se decide.

Primera objeción: Comprende esta objeción el valor de seis viajes de Bogotá a Guateque realizados por el albacea, y el Tribunal estimó, que tres de ellos "eran suficientes para arreglar los negocios de la sucesión, y que los otros tres debían correr a cargo del apoderado del albacea", cuyos servicios pagó también la sucesión; teniendo en tal virtud, como bien resuelta la objeción por el inferior.

Para llegar a esta conclusión, se aduce en la sentencia: a) que no está demostrado sino el flete de un automóvil por la suma de $ 31.00; los cinco viajes restantes no tienen más respaldo que la afirmación del cuentadante, pues, los testimonios traídos para establecerlos, no fijan su número, ni dan cuenta, si las veces que estuvo el albacea en Guateque, lo fué en función de su cargo; b) omisión en presentar los comprobantes de pasajes, servicios de hotel, etc.; y c) los bienes situados en Guateque, fueron ocupados inmediatamente después de la muerte de la testadora por los legatarios, por disposición testamentaria; y d) el albacea nada distinto de la entrega tenía que hacer con aquellos bienes, su tenencia estaba reducida a los situados en Bogotá. Que en tal virtud, sólo se justificaban los tres viajes que el Juzgado así reconoció, los otros tres carecen de esa justificación.

Tercera objeción: "Se enfoca a desconocer la partida de $ 150 ciento cincuenta pesos por valor de tres viajes del albacea de Bogotá a Tunja, ocasionados por gestiones que adelantó ante el Gobierno Departamental para el pago de una indemnización reconocida a favor de la testadora Zamora Gómez. El señor Juez encuentra fundado el reparo por carecer el albacea de facultad para representar a la testadora (sic) en esa actividad y no haber obtenido la autorización de los herederos, pues en el testamento ni siquiera mencionó aquel crédito a su favor, que quedó como un bien del cual no dispuso. El Juzgador de primer grado afirma con todo acierto que tal gestión del señor albacea fué una simple agencia oficiosa. Y que, como la gestión no fué bien realizada, puesto que recibió menos de lo debido, entregó indebidamente parte de lo que recibió y dejó de descontar la suma de sesenta pesos ($ 60.00), avance que le hizo la testadora para gastos de la reclamación, no hay derecho al reembolso de las expensas hechas, conforme al contenido del artículo 2308 del C. C.".

Califica el Tribunal de perjudicial la gestión del albacea, en el sentido de mala administración de que trata el ordinal 3º del citado art. 2308 del C. C. y acoge las consideraciones del inferior para justificar la objeción por estar "amparadas por textos sustantivos y altos principios de justicia y equidad".

Objeción cuarta bis: Acoge en su integridad el Tribunal, las razones del Juzgado para desconocer esta partida, originada en más gastos que hizo el albacea en la gestión de cobro de la indemnización a cargo del departamento de Boyacá, y agrega: "Las razones que se dieron para aceptar la objeción tercera y otras que se infieren de lo expuesto al analizar la cuarta, sirven también para fundamentar la prosperidad de la que ahora se estudia".

"Pero en este punto se objeta así mismo, aunque sin puntualizarlos, los demás gastos relacio-

nados con la indemnización, los cuales deben correr la misma suerte del anterior. Tales con los incluídos en la cuenta a los folios 158 v., 159 y 159 v, con fecha 15 de mayo, 28 de junio y 19 de septiembre de 1940, por los siguientes valores: $ 11,10, $ 18,49, $ 4,70, $ 9,60 y $ 14,25, cuyo total va a cargo".

"Sexta objeción: "Se endereza a desconocer la partida de $ 220, doscientos veinte pesos que el cuentadante dice pagó a Constantino Martínez" por haber conseguido el rematador para la casa carrera 2ª, Nº 17-69 y según comprobante".

Estima el Tribunal, que las observaciones hechas a esta partida tienen fundamento, "y son tanto más atendibles cuanto la misión del albacea como ejecutor del testamento se gobierna con un criterio de estricta economía y delicadeza especial"; que el texto del recibo expedido por Martínez no armoniza con el respectivo asiento de la cuenta. En efecto, en aquél se expresa que la suma de $ 220 fué el pago "de mi comisión que devengué por la consecución de postores para el remate de las casas carrera 2ª Nº 17-69 y carrera 12A Nº 8-36 de esta ciudad, de la sucesión de la señorita Edelmira Zamora". Y el asiento se contrae a una sola de las casas. Pero hay más: el recibo de Martínez prueba el pago del servicio pero no su prestación, extremo indispensable para justificar el gasto", y las declaraciones de los rematantes de las casas y la del propio Martínez modifican sustancialmente el contenido del recibo del folio 105 y no lo respaldan, no allegándose así, la prueba del servicio pagado a Martínez y la consecuencial deducción de que éste no se produjo. "La objeción fué mal resuelta y la suma de doscientos veinte pesos ($ 220.00) queda de cargo del ex-albacea y aumenta el monto de la columna respectiva".

Séptima objeción.—"Tiene por objeto rechazar la partida de quinientos pesos ($ 500.00) que se pagaron por el albacea al médico doctor Luis A. Pinzón por servicios prestados a la causante testadora, en tres años de tratamiento".

Afirma el Tribunal: "se prescindió de demostrar la prestación de los servicios médicos por medios distintos del recibo expedido por el profesional. Campean aquí las razones que se exponen para fundar el rechazo de la partida por valor de los honorarios del comisionista Martínez. Si la deuda gravitaba sobre la sucesión el acreedor ha debido pedir su reconocimiento oportuno dentro del juicio de sucesión, de acuerdo con lo prevenido por el Art. 941 del C. J., por no constar en "instrumento que preste mérito ejecutivo". Y en caso de que así constara, hacerla inventariar en el pasivo sucesoral para que el albacea o los herederos estuviesen obligados a cubrirla. Los razonamientos del fallo de primera instancia en relación a este punto son inmodificables. Así las cosas, no es posible aceptar esta cuenta parcial, negativa que necesariamente justifica el triunfo de la objeción".

Objeción novena: "Se funda en la evidente desigualdad temporal del arrendamiento de las dos casas de Bogotá, porque la cuenta presenta respecto de la una en un lapso de veintisiete meses, y de la otra, en uno de veinte. Aparentemente, la objeción ofrece el fundamento. Pero examinados los documentos que obran en el juicio, se va al otro extremo. En realidad: Marco A. Martínez R., propietario del "Almacén Belgrado", de Bogotá, tenía en arrendamiento la casa de la carrera 12 A. desde antes de morir la causante. Acaecida la muerte, y no habiendo en caja dinero disponible para los gastos que de inmediato había que hacer, le facilitó el arrendatario al albacea, en varias porciones, la cantidad de trescientos veintinueve pesos con setenta centavos ($ 329.70), suma que se pagó con el arrendamiento. De aquí que responda en la declaración que se le pidió en la siguiente forma la pregunta que al respecto se le formuló: "Es cierto que yo presenté (sic) unos dineros para los gastos de mortuoria de la señorita Edelmira Zamora G. y ésto ascendió alrededor de trescientos pesos, recibos que yo expedí y que deben reposar en el Juzgado Civil de Guateque donde cursa la sucesión dicha (sic) señorita Zamora, y estos gastos fueron inmediatamente después de su muerte, dineros que se compensaron por el valor de arrendamientos de la casa Nº 8-36 de la carrera 12a de esta ciudad, hasta quedar cubierto el monto de esos dineros, hecho lo cual comenzó el pago del cánon de arrendamiento al doctor Muñoz, como el albacea que fué de la sucesión de la señorita Zamora, la cual era la propietaria de la citada casa, dineros que comencé a pagar en el mes de octubre de mil novecientos cuarenta, a razón de $ 45.00". Y como la cantidad avanzada no fué objeto de asiento en las cuentas, pero sí justificada su inversión en otras partidas, el arrandamiento de la casa sólo se cuenta desde la fecha en que la deuda quedó cancelada al prestamista Martínez R. La objeción no tiene base que la sustente".

"El examen de la cuenta proveniente del arren-

damiento de las casas de Bogotá, como lo evidencia el razonamiento del funcionario de primera instancia, acusa un error cuantitativo que lo condujo lógicamente a destacarlo para evitar sus consecuencias. Por lo mismo, la Sala encuentra que el descargo no es la suma de $ 32.70, sino la de $ 50.70, como lo decreta el fallo que se revisa".

Décima objeción.—"Se endereza a desconocer las sumas que el albacea pagó por él y por la asignataria Ana Tulia Franco Ruíz como impuesto de sucesiones y donaciones en su calidad de legatarios. Se alega que ese impuesto es carga que gravita exclusivamente sobre el asignatario. Ya se dijo en otro lugar de la presente exposición, de acuerdo con lo establecido por el ordinal 3º del Art. 1016 del C. C., que sólo "los impuestos fiscales que graven toda la masa hereditaria" serán de cargo de la sucesión, y que "los impuestos fiscales sobre ciertas cuotas o legados, se cargarán a los respectivos asignatarios" conforme a lo dispuesto por el Art. 1007. De esta última clase es el de sucesiones y donaciones por expresa ordenación del Art. 1º de la Ley 113 de 1890, que no fué derogado ni modificado por la Ley 63 de 1936".

El Art. 24 de la Ley 63 del 36, con sujeción a las normas sustantivas, dispone que "el impuesto de asignaciones y donaciones recaen sobre el respectivo asignatario o donatario". Y el 75 de la misma Ley impone al albacea con tenencia de bienes la obligación de "velar por la efectividad del impuesto sobre la masa global hereditaria, y de las asignaciones". Y le ordena que "cuando se trate de entregas de dinero, deberá exigir o retener las sumas correspondientes del impuesto, lo mismo que cuando se trate de entrega de bienes muebles".

El recurso

El fallo del Tribunal de Tunja, fué recurrido en casación por el actor y cuentadante. El recurso está legalmente sustanciado y en tal virtud se decide. Viene fundado en las causales primera y segunda del Art. 520 del C. J.

Causal primera.—Con apoyo en esta causal, se acusa el fallo, "por ser violatorio de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea", por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Por estos aspectos se formulan varios cargos, los que se consideran así:

Objeción primera.—Se acusa el fallo, por "error de hecho evidente al no reconocer el que existe manifiesto en los autos, y que es el de los viajes en número de seis efectuados por el albacea al lugar del seguimiento del juicio de sucesión mencionado a llenar sus obligaciones de tál. Ese hecho tiene su certeza en el testimonio del doctor Arturo Suárez (F. 6 C. 13) y el del señor Aristides Gutiérrez (F. 21 del mismo Cuad.), quienes sostienen, dentro de las formalidades legales, que mi mandante, en ejercicio de su cargo de albacea de la Zamora G., hizo seis viajes a Guateque con el fin de atender al juicio de sucesión de ésta".

Al omitir el Tribunal, "la estimación de ese medio testifical quebrantó por error de derecho el art. 697 del C. J., al no aplicarlo, desde luégo que no dió a esas deposiciones testimoniales el valor de probanza plena, toda vez que en éstas concuerdan los testigos en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar".

Errores de hecho y de derecho, que indujeron al sentenciador a la violación del Art. 1367 del C. C., "al omitir su aplicación y con ello desconocer, como desconoció al albacea la deducción en su cuenta del gasto completo de los seis viajes, vale decir, esas expensas legítimas".

Agrega el recurrente, que el sentenciador violó el art. 2184 del C. C., al no darle aplicación, desde luego que siendo el albacea un mandatario legal, debió ordenarse el reembolso de los gastos que hizo en los viajes a Guateque en el desempeño de su cargo, "por llevar el mandante la obligación de proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato. El fallador incurrió igualmente en error de hecho evidente y de derecho al omitir como omitió la apreciación del hecho de admisión que el objetante hizo del número de viajes en cuestión, pues su reparo en su demanda apenas lo limitó a decir que el albacea no tenía por qué hacer tantos viajes a Guateque".

"Este hecho evidente en los autos, porque lo contiene la demanda de objeciones al no haber sido valorado por el sentenciador llevó a éste a quebrantar el art. 607 del C. J., por no haberlo aplicado, precepto que manda tener como confesión judicial los escritos de demanda y sus respuestas en cuanto a los hechos que afirmados por la parte contraria, perjudican a la otra".

"Violación que lo llevó a la del Art. 606 del mismo texto, porque no dió a esa confesión carácter de probanza plena, con lo cual violó a su vez, por falta de aplicación del Art. 1367 del C. C., pues no reconoció y dedujo en su decisión

ese gasto total de los viajes, que es expensa legítima al cual tiene derecho el cuentadante. E infringió a la vez el Art. 2184 del C. C., al no disponer el reembloso de ese gasto en su totalidad, gasto razonable en sí, que debía proveer el mandante".

Se considera:

Una simple comparación entre lo afirmado por el recurrente y lo que se consigna en la sentencia, como fundamentos para aceptar parcialmente la objeción primera, pone de manifiesto lo infundado del cargo. En efecto, el Tribunal no omitió la consideración de los testimonios aludidos, sino que los estimó ineficaces para justificar la partida correspondiente, en cuanto que, las exposiciones "no fijan el número de veces que estuvo el doctor Muñoz en Guateque en función de albacea de la señora Zamora Gómez", y que "tampoco afirman haber sido la suma de treinta pesos ($ 30.00), el justo y preciso precio que el señor albacea pagó por cada viaje"; pero, aceptó y halló justificada la partida correspondiente al valor de tres de ellos, habida consideración a la falta de precisión en estas declaraciones y a la de los comprobantes del pago de la partida total, sin dejar de estimarlas, antes bien, les dió su verdadero alcance probatorio.

Por otra parte, no puede admitirse como confesión, la frase consignada en el libelo de objeciones, relacionada con la partida que se estudia y señalada por el recurrente como tal, pues se trata de un concepto meramente incidental en el conjunto de los que constituyen la objeción; lo sustancial de ésta, es la falta de justificación de los viajes en desempeño del albaceazgo y lo elevado de su costo. Así, acogió el Tribunal, las razones del inferior para dar por demostrados tres de esos seis viajes, como efectuados en misión o cumplimiento del cargo, que a su vez, halló justificados, y de ahí su aprobación parcial a la partida de la cuenta estudiada.

Es cierto, y así lo ha entendido la Corte en otras oportunidades que para la justificación o comprobación de partidas de cargo y descargo de una cuenta, la ley no ha señalado prueba específica; la justificación o demostración de su efectividad, se puede realizar por los medios generales pertinentes al caso. Que la ley no requiere respecto de cada una de las partidas de una cuenta la plena prueba, porque este extremo no sería dable llenar en la mayor parte de los casos, dado que en las operaciones de poca monta que se ejecutan en el curso ordinario de una administración, por su naturaleza, no son susceptibles de tal exigencia.

Que, "así el Art. 2181 del C. C., tan sólo impone al mandatario la obligación de presentar documentada su cuenta, y eso únicamene en lo que concierne a las partidas importantes. Cuenta documenada no puede considerarse, pues, como cuenta plenamente comprobada. Una cuenta es documentada cuando a ella se acompañan elementos que la justifiquen, como recibos expedidos por terceros, aun cuando no estén legalmente reconocidos y no constituyan por lo mismo plena prueba".

"La justificación de las cuentas debe hacerse, pues, presentando al Juez los respectivos comprobantes, o por cualquier otro medio idóneo de prueba. Tal pudiera ser, por ejemplo, el reconocimiento o aceptación de la respectiva operación por quien tiene derecho a exigir la rendición de la cuenta".

Pero al lado de aquellas consideraciones generales, operan las especiales de que: "El examen de si una cuenta está comprobada, es materia de fondo que debe apreciar el sentenciador; es el estudio y peso de la prueba que ha de llevarlo a dilucidar si las cuentas han sido justificadas en lo posible; y de que el juez tiene al respecto, por otra parte, libertad de apreciación, pues, según su crierio y las circunstancias del medio, puede determinar en un momento dado, qué partidas requieren comprobación y cuáles por las especiales circunstancias, pudieran estar exentas de ello".

Tal fué el criterio aplicado por el sentenciador, en el análisis y estimación de las pruebas presentadas para justificar la partida motivo de la objeción primera. En tales circunstancias, mal pudo incurrir en el error de hecho manifiesto y de derecho porque se acusa su fallo, por cuanto no existe la omisión anotada, como tampoco le dió mayor ni menor valor probatorio a las estimadas del que tienen asignado en la ley. En consecuencia, se rechaza el cargo.

Objeciones tercera y cuarta bis.—Se impugna la parte del fallo que se refiere a estas objeciones: primero, porque, "infringió el art. 2308 del C. C., al no aplicarlo en el sentido de reconocer las expensas útiles y necesarias hechas por el gestor doctor Muñoz, en la percepción de la indemnización aludida, como son los gastos de los viajes cuestionados, y por no haber ordenado esa sentencia el reembolso del valor de esas expensas útiles y necesarias, que equivale a la

admisión de la partida objetivo del reparo cuestionado"; segundo, por "la indebida aplicación que de él hizo al cargar a mi mandante la sanción de aquel precepto, considerándolo como mal administrador del negocio, cargo gratuito y en expresa pugna con los conceptos del mismo fallador, antes vistos, según los cuales el gerente había administrado bien el negocio. Esta infracción lo condujo a desconocer, como desconoció al albacea como gestor o gerente, el derecho a ser reembolsado del valor de las expensas útiles y necesarias que éste hizo en esa agencia oficiosa, como fueron los gastos en los viajes anotados".

Se considera:

Con el criterio de libertad de apreciación, que se dejó anotado en el estudio del cargo anterior, que el sentenciador de instancia tiene para dilucidar, si una partida de una cuenta, está o no justificada, y de acuerdo con las especiales circunstancias en que ésta haya sido rendida, los de este pleito, estiman probadas las objeciones tercera y cuarta bis planteadas, que corresponden a las partidas de ciento cincuenta pesos, sesenta pesos, y otros gastos por concepto de viajes del albacea, de esta ciudad a la de Tunja, y en gestión del pago ante el gobierno departamental de Boyacá de la indemnización reconocida a favor de la testadora Zamora Gómez, pero no incorporada en el testamento, ni señalada como patrimonio administrable por el albacea.

En realidad, el Tribunal calificó de perjudicial la gestión del albacea, en el sentido de mala administración de que trata el ordinal 3º del art. 2308 del C. C., pero limitó ese concepto sólo a una dependencia de esa administración: a la suma recibida por concepto de la indemnización aludida, por haber aceptado y percibido una menor de la reconocida por el Tribunal Administrativo; y pagado una acreencia a cargo de la testadora, con parte de ella, sin autorización de los herederos y sin descontar los anticipos que había hecho la última, para gastos de esa reclamación, hechos reconocidos por el cuentadante, ejecutados sin dolo de su parte, pero, que incidieron en la calificación de gastos "inútiles o innecesarios" de los reclamados por el gestor, y como tales, sin justificación.

En esta forma, y dada la facultad amplia de que goza el sentenciador, para apreciar en cada caso particular, la justificación de una partida, sin comprobantes de ninguna naturaleza que respalden la sola afirmación del cuentadante, no es posible variar en casación el criterio aplicado por aquél, pues, en definitiva es él, quien puede en un momento dado determinar, qué partidas requieren comprobación, y cuáles, por las circunstancias especiales, pudieran estar excentas de ello. Así, no es viable el cargo.

Objeción sexta. — Comprende la partida de $ 220.00, que aparece como pagada al señor Constantino Martínez, por concepto de comisión por la consecución de rematador para la casa de la carrera 2ª Nº 17-69 situada en esta ciudad, según comprobante extendido por el comisionista a favor del albacea.

Por la solución del Tribunal, a esta objeción, se impugna su fallo, por "error de hecho evidente porque dió por no probados los hechos de la prestación del servicio y de su pago. Error que indujo al sentenciador a caer en error de derecho consistente en no reconocer a la declaración del objetante hecha en la demanda de objeciones su valor de probanza plena, quebrantando así, por omitir su aplicación, el art. 607 del C. J., que manda apreciar como confesión "los escritos de demanda y excepciones y respuestas correlativas, que haga un apoderado judicial".

"Y este doble error de hecho y de derecho llevó al fallador a cometer igual de derecho al omitir la aplicación del art. 606 del C. J., que dispone dar a la confesión el precio (sic) de plena prueba, quebrantando a la vez, como quebrantó, por error de la misma naturaleza, al no aplicarlo, el Art. 1367 del C. C., que reconoce a mi poderdante el derecho de deducir en su cuenta como albacea las expensas legítimas, como fué la comisión pagada a Martínez".

Se considera:

Es equivocado el concepto del recurrente, al considerar la manifestación del apoderado del objetante, hecha en el escrito de objeciones, como confesión judicial, que dice: "No convengo tampoco en la partida que figura como pagada al señor Constantino Martínez, por $ 220.00, por haber conseguido rematador para una casa, porque ella es completamente ilegal", en cuanto ella implica un reconocimiento de la prestación del servicio y su pago".

"La confesión, según lo determina el art. 604 del C. J., debe recaer forzosamente sobre hechos y no sobre aplicaciones legales o principios de derecho; la prueba siempre concierne al hecho que es materia del debate, no a su calificación jurídica o a las actuaciones de la Ley que el hecho pueda determinar. Es al Juez a quien corres-

ponde establecer cuáles son las normas positivas que entran en actividad ante la prueba de cada hecho, lo que no es sino aplicación del principio según el cual la gestión de las partes termina con la demostración de los hechos, pues con ella comienza la función jurisdiccional de enfrentarlos con los preceptos en orden a decidir las situaciones jurídicas concretas. (GACETA JUDICIAL Nº 2046. Casación: 14 de abril de 1947).

No confesó el apoderado del objetante, al alegar lo que creía ser el derecho de su representado al calificar de ilegal el acto ejecutado por el albacea doctor Muñoz, pues consignó un concepto jurídico sobre el acto ejecutado por éste, y no por su poderdante, con repercusión en el patrimonio sucesoral administrado sobre una situación legal que no dá margen a configurar la de confesión.

Esta sola consideración, descarta lo manifiesto del error de hecho y el consecuencial de derecho, invocados para fundamentar la impugnación del fallo recurrido por este aspecto y como violatorio del art. 1367 del C. C. En tal virtud, se rechaza el cargo.

Objeciones séptima, novena y décima. Se contraen estas objeciones a las partidas de $ 500.00, $ 264.30 y $ 980.72, referentes al pago efectuado por el albacea al médico doctor Luis A. Pinzón, por servicios profesionales, prestados a la testadora; a la suma recibida por el mismo, por concepto de arrendamientos de las casas situadas en Bogotá, y al pago de los derechos de lazareto correspondientes a los legados de Ana Tulia Franco, respectivamente.

Los cargos que se formulan a la sentencia, a través de estas objeciones, pueden sintetizarse así:

a) Error de hecho evidente al desconocerse, como se desconoció, la existencia del crédito, siendo así que él figuró en el pasivo de la diligencia de inventarios y avalúos, con aceptación por parte de los interesados; hecho que indujo al sentenciador al error de derecho consistente en desconocer el valor de plena prueba a la copia del inventario donde figura la partida objetada, y "violar así el art. 632 del C. J., por no haberlo aplicado, precepto que expresamente señala ese valor demostrativo pleno. E infringió por falta de aplicación, los arts. 1376 y 2184 del C. C. por no haber hecho la deducción de esa expensa legítima a favor del ex-albacea, así como no disponer el reembolso de ese gasto razonable ejecutado por razón de sus funciones".

b) El Tribunal reconoce que: "La objeción no tiene base que la sustente"; sin embargo, en la parte resolutiva de la sentencia, confirma la de primer grado, en la cual se declara fundada parcialmente esa objeción, cargando al albacea la obligación de cubrir esos supuestos arrendamientos por un valor de $ 264.30. Por ese error de hecho evidente, la sentencia materia de la acusación incurrió en el de derecho al no dar aplicación, como no la dió al art. 1367 del C. C., al no admitir la deducción de esa espensa legítima. Y por error de derecho violó también el art. 2184 del mismo Código, al negarle el reembolso de ese gasto razonable hecho en la ejecución de los deberes de albacea, pues no imputó en el fallo esa norma legal.

c) El Tribunal, "infringió el art. 1367 del C. C. al no darle aplicación y negar como negó al cuentadante el derecho a reconocerle el gasto de los $ 980.72 que cubrió por impuesto de lazareto, desde luego que no ordenó su descargo de la cuenta, siendo como es esa erogación una de las expensas legítimas que el mandamiento legal violado permite deducir. E incidió a la vez en quebrantar, como quebrantó, el art. 2184 del C. C., al no aplicarlo, pues, omitió el fallo la orden de reembolsar ese gasto al ejecutor testamentario, gasto razonable cumplido por prescripción legal y causado en ejercicio de ese mandato especial de albacea".

Se considera:

En primer término se estudia el cargo marcado con la letra b), por la circunstancia de la falta de su viabilidad, como se verá adelante.

1º—Este cargo relacionado con la objeción novena, no es viable. La contradicción en que él se apoya, no es real, sino aparente, tal como lo observa el Tribunal en su sentencia.

Si se compara la relación de ingresos con la de egresos, correspondiente a esta partida, obsérvase que el cuentadante no imputó en los primeros, la suma total percibida como valor de los arrendamientos, pues, sólo lo hizo de la que había recibido en efectivo, si así puede decirse, sin relacionar la descontada por el arrendatario Martínez, por anticipos o préstamos a cuenta de esos arrendamientos. Pero, en la relación de los egresos, asentó la partida descontada, produciéndose así una doble imputación de descargo, que justifica la objeción acogida por el sentenciador en ese sentido. En consecuencia, se rechaza este cargo.

2º Es manifiesto el error en que se incurrió en la

sentencia, al desconocerse el crédito o la partida de $ 500.00, pagada por el albacea al doctor Pinzón, por la prestación de servicios médicos a la testadora. En efecto, esta partida fué presentada por el cuentadante en la relación general de los egresos, con el respaldo del comprobante firmado por el acreedor, y además, fué incorporada con la anuencia de los interesados en el pasivo de la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes sucesorales, suscrita por los apoderados de los herederos y debidamente aprobada por el Juzgado del conocimiento, sin observaciones de ninguna naturaleza y traída en copia a los autos, legalmente, dentro del término probatorio de la segunda instancia.

Pero, el Tribunal, no la tuvo en cuenta en el momento de estudiar la partida, pues, erradamente, en la sentencia anota su ausencia, incurriéndose así, en los errores invocados por el recurrente, como motivos de casación parcial del fallo por este aspecto. Es, pues, infundada la objeción y así se reconoce para los efectos de la modificación de la sentencia recurrida.

3º—Objetada la partida relacionada como egreso en la cuenta general presentada por el demandante en este juicio, correspondía a éste, aportar la prueba referente a las sumas determinadas o determinables que hubiera pagado por concepto de impuestos de sucesiones y donaciones. Aportada esa prueba, ya se tiene una partida justificada de descargo para la administración del albacea, por ser gastos que están comprendidos dentro del giro ordinario del albaceazgo, que no fueron objetados por este concepto, caso en el cual, sí había oportunidad de examinar el problema de derecho que contempla la sentencia, pero la cuestión planteada en esta objeción décima, se limita a la afirmación de que "también debe el albacea a los legatarios los derechos del Lazareto que pagó por la señorita Ana Tulia Franco, y los derechos del Lazareto de la finca que le fué legada por la testadora".

Así las cosas, exhibidos los comprobantes del pago del impuesto, la Sala acepta dicha partida en razón de que tratándose de un tributo legal, "él es obligatorio en favor del Estado y de esta manera tuvo que causarse y pagarse", y el objetante nada observó sobre su cuantía, ni sobre la autenticidad de los elementos comprobatorios. Se acepta, pues, la partida expresada, como descargo.

Las razones expuestas sirven también de fundamento, a la sentencia de instancia de la Corte, que dicta en razón de la infirmación parcial del fallo recurrido, a las que se agregan las siguientes consideraciones, que resumen las objeciones que se aceptan y las que se declaran infundadas.

La Sala acoge las razones de los sentenciadores de instancia en relación con la objeción cuarta, partida de $ 99.60, que corresponde al diferendo entre la condena al departamento de Boyacá por el Tribunal Administrativo y lo percibido por el albacea como agente oficioso, que fué motivo de impugnación por la causal segunda de casación, y por tanto, reconoce el fundamento de aquella objeción.

En resumen: son fundadas las objeciones Primera, Tercera, Cuarta, Cuarta bis y Novena; infundadas la Séptima y la Décima, las cuales fueron objeto del recurso de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA parcialmente la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha 8 de septiembre de 1949, y reformándola decide este litigio así:

1º—Decláranse infundadas las objeciones Séptima y Décima, que corresponden a las partidas de ($ 500.00) quinientos pesos, que pagó el albacea doctor Carlos Eduardo Muñoz al médico doctor Luis A. Pinzón, por servicios profesionales prestados a la causante testadora en tres años de tratamiento; y la de novecientos ochenta pesos, setenta y dos centavos ($ 980.72), que el mismo albacea pagó por concepto de impuesto de sucesiones y donaciones correspondientes a los legados de la señorita Ana Tulia Franco Ruíz, respectivamente.

2°—En todo lo demás, el fallo recurrido en casación queda vigente.

Sin costas en el recurso.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA — REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION CUANDO SE ACUSA POR VIOLACION DE LA LEY A CONSECUENCIA DE ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS

La doctrina reiterada de la Corte exige al recurrente no sólo determinar concretamente las pruebas que estime mal apreciadas, sino explicar también, concretamente y respecto de cada una de ellas, en qué consistió esa indebida apreciación, exponiendo si constituye un error de derecho o uno de hecho manifiesto y demostrando por qué existió ese error y cuál ha debido ser la manera legal de aplicar los textos legales y el sentido, alcance e incidencia de tal infracción en lo resolutivo del fallo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Por escritura pública número 749 otorgada ante la Notaría de Tuluá el 18 de de octubre de 1937, Leonor Lozano Potes, Mercedes Potes de Gómez, Telésforo y Salomón Lozano —estos dos últimos como hijos legítimos de Francisco Lozano L.— vendieron a Emiliano Bocanegra un lote de terreno situado en ese Municipio, constante de tres fanegadas y 1700 varas cuadradas, "marcado en el plano de partición con la letra "G" y dentro de los siguientes linderos: "Al norte, el río Morales; desde el mojón Nº 34 hasta el mojón Nº 35; al Sur, la adjudicación de María Loreto Jiménez; desde el mojón Nº 36, hasta el Nº 37; al oriente, el lote D. adjudicado a Juan José Sánchez; del mojón Nº 34 al mojón Nº 37, y al occidente, terrenos del doctor José Ignacio Ospina, desde el mojón N° 35 hasta el mojón Nº 36".

El 15 de febrero de 1938 comparecieron ante el mismo Notario todos los otorgantes del anterior instrumento, y por escritura pública Nº 96 declararon: "que en la escritura Nº 749 de 18 de octubre de 1937 otorgada en esta Notaría los cuatro primeros le vendieron al último un lote de terreno y se omitió narrar la procedencia y siendo requisito indispensable para el registro y matrícula de la copia, por la presente escritura adicionan la anterior en la siguiente forma: en la división del terreno llamado "Romualdo González" juicio que está protocolizado en la Notaría de este Circuito, le correspondió a la señora Ana Joaquina Torres, el lote de terreno materia de esta venta, el cual está marcado en el plano de división con la letra "G" y en la exposición del señor partidor aparece también marcado con la misma letra "G". Los vendedores en su carácter de herederos de dicha señora hicieron las gestiones conducentes para que se le reconociera el derecho a ellos y en el Juzgado Municipal de este Distrito aparecen las diligencias. Queda en esta forma adicionada la escritura a que nos referimos y la declaramos válida, en lo demás".

El 1º de julio de 1946 por medio de apoderado Emiliano Bocanegra presentó demanda ante el Juzgado Civil del Circuito de Tuluá contra Manuel Loreto Jiménez. Dicen las peticiones del libelo :"**Primera.**—Que previos los trámites de un juicio ordinario que declare por sentencia definitiva, que Emiliano Bocanegra es el único y exclusivo dueño del lote a que se refieren los hechos de esta demanda, el mismo que está ocupado de mala fe por el señor Manuel Loreto Jiménez Cárdenas; **Segunda.**—Que en la misma sentencia se condene a Manuel Loreto Jiménez a restituír, tres días después de ejecutoriada la sentencia, a Emiliano Bocanegra, el lote descrito en el hecho primero de esta demanda. **Tercera.** Que en la misma sentencia se condene a Manuel Loreto Jiménez a pagar los frutos naturales y civiles del mencionado lote y no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir teniendo la cosa en su poder. **Cuarta.**— Que se declare que Emiliano Bocanegra no está obligado a pagar las mejoras que existan en el lote por la circunstancia de ser el demandado poseedor de mala fe. **Quinta.**—Que se condene en costas a Jiménez".

El apoderado del demandante cita en el primer hecho la compra ya referida, dice que los linderos establecidos en el instrumento correspondiente "son los de la cartilla de adjudicación que se

leen en la copia auténtica de la escritura 354 de 29 de agosto de 1930", y agrega: "**Segundo.**—El lote lo tenía Bocanegra encerrado por cercas de alambre desde el día en que se le hizo entrega de él por el Juzgado Civil del Circuito, hecho verificado el día 9 de julio de 1938. **Tercero.**—No obstante tal circunstancia y de constarle el hecho a Manuel Loreto Jiménez Cárdenas, este sujeto de mala fe, desde luego, lo ha tomado violentamente y después de ararlo, le ha sembrado arroz; lo está así explotando económicamente, ello desde el mes de agosto último. Jiménez arrancó las cercas de alambre y se llevó los hilos de la misma. **Cuarto.**—Ante la Alcaldía de este lugar se estableció querella que venía al caso con el fin de que se dictara el Statu Quo que restableciera las cosas a su estado anterior, pero tanto dicha oficina como la Gobernación del Departamento entendieron que no cabía la acción establecida, por cuanto dizque no estaba probada la posesión material que correspondía al hecho deducido en juicio de conformidad con la ley 200 de 1936. Mas lo cierto del caso es que allí se probó la usurpación del lote por parte de Jiménez al través de la inspección ocular y de las pruebas que obraron en la querella".

El demandado se opuso a las pretensiones del actor y propuso las excepciones de carencia de acción y petición de modo indebido.

Respecto a los hechos dijo: "1º—Por la escritura 96 de 15 de febrero de 1938 otorgada en la Notaría de Tuluá los comparecientes dicen que dizque hubieron el inmueble a que se refiere la escritura 749 de 18 de octubre de 1937 de la misma Notaría en su carácter de herederos de la señora Ana Joaquina Torres, pero en realidad dicha señora no es dueña de ese inmueble, ni lo ha sido y por lo tanto el demandante no tiene derecho de propiedad alguna sobre el lote de que trata el hecho de la demanda. Al hecho 2º: No es cierto porque Bocanegra no ha tenido ningún lote encerrado por cercas de alambre. Al hecho 3º: No es cierto. Al hecho 4º. Es cierto con la aclaración de que Bocanegra perdió la acción porque no tiene derecho alguno".

El Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia con el siguiente fallo: "1º—**Reconócese** al señor Emiliano Bocanegra el derecho de dominio sobre el lote de terreno materia de la reivindicación. 2º—**Condénase** al señor Manuel Loreto Jiménez a restituír tres días después de ejecutoriada esta sentencia, al señor Emiliano Bocanegra el lote de terreno mencionado. 3º—**Condénase** al señor Manuel Loreto Jiménez a pagar al señor Emiliano Bocanegra los frutos naturales y civiles del mencionado lote, no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir teniendo la cosa en su poder".

Sentencia recurrida

Al Tribunal Superior de Buga correspondió conocer de la apelación promovida por el demandado contra la sentencia de primera instancia. La Resolución del Tribunal revocó la de primer grado, y en su lugar dispuso: "1º—No es el caso de hacer las declaraciones pedidas por el apoderado del señor Emiliano Bocanegra en el libelo 1º de julio de 1946, y 2º—**Se absuelve** al demandado de los cargos formulados en aquella demanda. Sin costas".

El recurso

Debidamente tramitada la demanda de casación interpuesta ante la Corte por el actor en el juicio, va la Sala a decidir:

En el único cargo que el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal, invoca la primera causal del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, pues considera que dicha providencia es violatoria de la ley sustantiva "por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea" de los artículos 740, 745, 756, 1857, 1871, 946 y 1950 del Código Civil como consecuencia de omisiones en la apreciación de determinadas pruebas y de apreciación errónea de otras.

Los fundamentos del fallo atacado son los siguientes: "A) Que está demostrado que Manuel Loreto Jiménez "se encuentra ocupando materialmente el lote que es materia de la controversia y, además, este demandado, para justificar esa ocupación... ha presentado... títulos de transferencia que arrancan del año de 1829 hasta el año de 1925, operada de abuelos a hijos y de hijos a nietos"; B) Que en cambio, "el demandante señor Bocanegra no ha aducido un título de dominio a su favor anterior a la posesión material del demandado, como tampoco el título por el cual la señora Ana Joaquina Torres hubiese tenido derecho en el lote que los señores Lozanos y Potes transfirieran al señor Bocanegra; C) Que Bocanegra no ha demostrado tampoco que hubiese poseído materialmente alguna vez el terreno que trata de reivindicar, como lo indica el fracaso de "la acción policiva contra el demandado para privarlo de ejercer actos de do-

minio sobre el lote" de terreno de que se trata; B) Que aunque el Juez le hizo entrega a Bocanegra y éste recobró el lote en cuestión, a pesar de haberse opuesto a ello el señor Jiménez y sus hermanos, aquél "no pudo ejercer acto de dominio sobre él, por encontrarse poseyéndolo su demandado, resultando así una entrega simbólica". "Es decir, (expresa el demandante en casación), el Tribunal estimó que en el proceso no aparecen demostrados los elementos consagrados por la ley para que prosperara la reivindicación o acción de dominio".

El recurrente sustenta la acusación así: "En efecto, el sentenciador menosprecia como pruebas del derecho de Bocanegra las escrituras números 749 de 18 de octubre de 1937 (fs. 17 a 18 C. 1) y 96 de 15 de febrero de 1938 (fs. 10 a 11 del mismo C), debidamente regitradas, por las cuales Leonor Lozano Potes, Mercedes Potes de Gómez, Telésforo y Salomón Lozano vendieron al nombrado Bocanegra el terreno adquirido por ellos como herederos de la señora Ana Joaquina Torres, quien lo adquirió por adjudicación en el juicio de división del indiviso denominado "Romualdo González". Y afirma el Tribunal "que la venta del lote hecha a Emiliano Bocanegra aparece con fecha anterior a la adjudicación hecha a la señora Ana Joaquina Torres, y que no aparece que los vendedores del señor Bocanegra sean herederos... de la señora Ana Joaquina Torres". En cambio, el sentenciador aprecia como pruebas del dominio de Loreto Jiménez, las siguientes escrituras: la Nº 79 de 15 de agosto de 1877, otorgada por José Ma. Buenaventura a Loreto Jiménez —antecesor del demandado— sobre venta de derechos en el indiviso de "Morales" (f. 6 C. 4); la Nº 117 de 18 de abril de 1905, otorgada por Loreto Jiménez a varios de sus hijos, entre ellos María Loreto Jiménez, este último dizque menor de edad en esa época, sobre venta de varios bienes, entre los cuales figura una acción o derecho en dicho indiviso (fs. 7 a 10 del mismo C); la Nº 23 de 16 de marzo de 1876, otorgada por Primitiva Ramírez a Loreto Jiménez —padre— sobre venta de un derecho en el mismo indiviso (f. 14 v. del mismo C); la Nº 11 de 11 de enero de 1919, otorgada por Peregrino Jiménez a su hermano María Loreto Jiménez sobre venta de unas fanegadas en el propio terreno de "Morales" (fs. 15 a 17 del citado C); la Nº 230 de 19 de mayo de 1925, otorgada por Peregrino Jiménez a favor del mismo Loreto Jiménez, sobre venta de 2 fanegadas en el mismo terreno que, aunque el vendedor denomina "Ramírez", es el indiviso de "Morales" (F. 17 v. a 18 v. del citado C); la Nº 237 de 20 de mayo de 1925, otorgada por Raquel Guzmán v. de Jiménez a Loreto Jiménez sobre venta de un derecho en el propio terreno ya indicado (19 a 20 v. del C. dicho). Como se vé, todos esos títulos se refieren a ventas de derechos en el indiviso de **"Morales", "La Quinta", "Romualdo González" o "Ramírez".** Pero el Tribunal no advirtió que este terreno fue objeto de la división material decretada el 25 de junio del mismo año (fs. 14 a 16 v. del C. 1). En tal partición se adjudicó el lote mercado en el plano con la letra G a la señora Ana Joaquina Torres, colindante dicho lote con el marcado con la letra K, adjudicado al señor María Loreto Jiménez. Esto demuestra, en primer lugar, que el demandante sí presentó el título que acreditaba el dominio de la señora Torres, a pesar de negarlo el Tribunal; título constituído por la hijuela de adjudicación en la división del terreno "Morales", para lo cual debieron tenerse al estudio los documentos requeridos para formar tal hijuela. Además, el demandante presentó también la escritura por la cual compró el terreno que reclama y el acta de posesión de éste. Quien no acompañó título alguno que acredite dominio sobre el inmueble, es el demandado; pues si algún derecho tiene éste en esos terrenos, no es sobre el G, sino sobre el lote K, que le fué adjudicado, como se ha dicho, al señor María Loreto Jiménez y que aparece como colindante del lote G. según la exposición del partidor del indiviso de "Morales"; adjudicación ésta que debió basarse en los títulos llevados al juicio divisorio, por Jiménez, y que no pudieron ser sino los citados antes; pues si existieran más, habrían sido traídos al presente debate, en el cual no figuran otros distintos a los enumerados ya y presentados por el demandado, quien debió intervenir en la división, o intervino su causante. Y tan cierta es esta intervención en el juicio divisorio, que cuando se hacía la entrega del terreno a Bocanegra, trataron de oponerse a ella los Jiménez, entre ellos M. Loreto Jiménez; pero el Juez expresó que "Teniendo en cuenta: que el citado señor Loreto Jiménez fué parte en el juicio de división del terreno "Romualdo González", que de este señor derivan sus derechos los opositores y que por sentencia de dos de junio de 1930, proferida por el Juzgado 3º del circuito, se ordenó entregar a cada partícipe lo que le correspondió en la partición material, declaró inadmisible la oposición de los citados señores Ji-

ménez... En este estado, el señor Juez hizo entrega material al señor Bocanegra del lote descrito, distinguido en el plano de la división con la letra "G". Así, pues, la tradición anterior aparece clara al leer con atención la hijuela formada a la señora Torres y la parte del croquis de las tierras de "Morales" o "Romualdo González" (F. 9 C 1), presentada en copia con la demanda y no redargüida de falsa. Luego ningún título que acredite el dominio de Jiménez sobre el lote de terreno reclamado por Bocanegra existe en los autos; pues los estimados por el sentenciador como favorables a aquél, sólo probarían —no sobra repetirlo— que ellos fueron la base de la adjudicación que en la aludida división se le hizo a Jiménez del lote K, colindante del G, que fué de la señora Torres y que es hoy de Bocanegra. Y como aquí no se discute la propiedad del lote K, sino la del lote G, no pueden prevalecer, como lo creyó el Tribunal, los títulos de Jiménez, por ser impertinentes al caso debatido, sobre los de Bocanegra, que son inobjetables en relación con el derecho sobre el terreno, objeto de la reivindicación. También es un error del Tribunal —inexplicable, por cierto— afirmar que la venta a Bocanegra fué anterior a la adjudicación hecha a doña Ana Joaquina Torres; pues basta leer las fechas correspondientes a tales actos para persuadirse de que lo afirmado por el sentenciador revela un lamentable descuido en el estudio de los títulos; porque la adjudicación se verificó el 28 de abril de 1930 y quedó aprobada el dos de junio del mismo año y aparece registrada el 3 de octubre de 1930 también (f. 16 v. C 1), y la venta, propiamente dicha, ocurrió el 18 de octubre de 1937 y la aclaración sobre la procedencia de lo vendido, se hizo el 15 de febrero de 1938. Es decir, muchos años **después** de la adjudicación aquélla. En cuanto a la posesión material del terreno, ocurre lo siguiente: El Tribunal sostiene que Jiménez lo ocupa actualmente como lo ha ocupado siempre; en cambio, Bocanegra dizque no ha poseído jamás el referido lote; porque, si bien aparece que éste fué puesto en posesión del predio, ésta no fue real, sino simbólica. Pues que Jiménez lo ocupaba cuando se practicó la diligencia de entrega y continuó ocupándolo, a pesar de todo. Tal afirmación está desprovista de pruebas. En efecto, en el acta de **posesión** no consta que Jiménez ocupara el terreno, sino que —aunque de nuevo copie lo pertinente de la diligencia de posesión—: "A tiempo de hacerse la entrega del lote en referencia se presentaron los señores Abelardo, Carlos Rómulo, Manuel Loreto y Manuel Antonio Jiménez y manifestaron que se oponían a ella, como herederos del señor Loreto Jiménez..."; oposición que fue rechazada, como queda dicho antes, por haber sido parte el señor Jiménez en el juicio de sucesión cuya sentencia cumplía el Juez —insisto en copiar—, "hizo entrega material al señor Bocanegra del lote descrito, distinguido en el plano de la división con la letra 'G". Por consiguiente, aún suponiendo que Jiménez ocupara el terreno en el momento de la diligencia de que se trata, dejó de poseerlo por la entrega material que de él se le hizo a Bocanegra, quien fué poseedor legítimo, no importa por cuánto tiempo, desde la aludida entrega. Y precisamente, por no conservar actualmente Bocanegra la posesión que le fue dada, es procedente la reivindicación. La equivocada apreciación de las pruebas aducidas por el demandado indujo al sentenciador a no apreciar las presentadas por la parte demandante, incurriendo así en errores de hecho y de derecho que aparecen manifiestos en los autos, con violación de los siguientes preceptos del Código Civil: el 740 que estatuye que la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas; el 745, según el cual la venta es un título de dominio; el 756, que estatuye que la tradición del dominio de inmuebles se efectúa por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; el 1857, de cuyo contexto se deduce que la venta de bienes raíces se perfecciona por escritura pública. Y tales mandatos han sido violados al desconocer, como prueba del dominio de Bocanegra, la escritura otorgada a su favor por Mercedes Potes de Gómez, Leonor, Telésforo y Salomón Lozano. Y se ha violado también el artículo 1871 del mismo Código, al insinuar que, por no estar probado que éstos sean herederos de Ana Joaquina Torres, la venta efectuada por ellos del terreno de que fue adjudicataria la señora Torres en la división del indiviso de "Morales" o "Romualdo González", carece de valor, porque aún suponiendo que los vendedores no fueren dueños de lo vendido, el citado artículo enseña que "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida"; pues quien, con este carácter, invoca en este juicio, mejor derecho a lo adquirido por Bocanegra, no pudo probarlo. Así, pues, de conformidad con los artículos 946 y 950 del Código Civil, corresponde al aludido Bocanegra la acción de dominio para recuperar la posesión que, judicial y legalmente adquirió sobre el inmueble que reclama. Y por habérsele negado las peticiones de

la demanda, el Tribunal violó también los preceptos civiles últimamente citados".

Se considera:

Como se ve, el recurrente fundamenta la causal invocada atribuyendo al Tribunal error en la apreciación de las pruebas, cometido tanto por omisión como por calificación errónea de ellas. El recurrente hace la relación de las pruebas que estima fueron mal apreciadas por el Tribunal, dividiéndolas en tres grupos: a) los títulos traídos por ambas partes; b) la comparación de fechas respecto a la venta a Bocanegra por un lado y la adjudicación a Ana Joaquina Torres por otro; y c) la posesión material de Bocanegra y del demandado. Se estudiarán separadamente.

A) En cuanto a los títulos de dominio alegados y presentados por ambas partes, estima el recurrente que al apreciarlos el Tribunal incurrió en varios errores y omisiones. Enumera tales títulos y dice que el sentenciador omitió reconocerles valor probatorio a los de Bocanegra, reconociéndoselo en cambio a los de Loreto Jiménez. Respecto a los primeros, nada dice el recurrente para fundamentar su afirmación de que el Tribunal ha debido tenerlos como plena prueba de la adquisición del dominio por el demandante, pues no explica por qué era necesario reconocerles esa fuerza probatoria ni expresa si el error es de hecho manifiesto o de simple derecho. En la parte final del cargo dice el recurrente que la equivocada apreciación de las pruebas del demandado llevó al Tribunal a no apreciar las traídas por el demandante, "incurriendo así en errores de hecho y derecho que aparecen manifiestos en los autos" y que lo indujeron a violar los textos legales citados. Pero la doctrina reiterada de la Corte exige al recurrente no sólo determinar concretamente las pruebas que estime mal apreciadas, sino explicar también concretamente y respecto a cada una de ellas, en qué consistió esa indebida apreciación, exponiendo si constituye un error de derecho o de hecho manifiesto y demostrando por qué existió ese error y cuál ha debido ser la manera legal de aplicar los textos legales y el sentido, alcance e incidencia de tal infracción en lo resolutivo del fallo. El cargo en este aspecto es insuficiente, como puede apreciarse a primera vista.

Después de hacer la relación de los títulos del demandado dice el recurrente que "todos esos títulos se refieren a ventas de derechos en el indiviso de **Morales, La Quinta, Romualdo González** o Ramírez. Pero el Tribunal no advirtió que este terreno fué objeto de la división material decretada el 25 de abril de 1894 y practicada en abril de 1930 y aprobada el 2 de junio del mismo año". Mas se abstuvo de explicar y demostrar cuál fué el error en que incurrió el Tribunal al apreciar esas escrituras determinando su naturaleza (si de hecho o de derecho), su sentido y alcance. Prosigue luego el recurrente sosteniendo que en la partición material se adjudicó a Ana Joaquina Torres el lote marcado con la letra "G", y al señor Mario Loreto Jiménez el marcado con la letra K, colindantes ambos; pero no demuestra que por razón de tal división material incurriera el Tribunal en error de hecho o de derecho al estimar que de los títulos presentados por el demandado se deducía la prueba de su derecho a la posesión del lote discutido, y tampoco demuestra que el lote adjudicado a la señora Torres sea precisamente el mismo que es objeto del juicio. Se observa, además, que la hijuela de adjudicación al señor Jiménez del lote "K" no fué traída al juicio siquiera, de modo que no aparece que el Tribunal haya debido tener como probado el dominio de éste solamente en tal lote, como lo pretende el recurrente, sin demostrarlo.

Por otra parte, tampoco demuestra el recurrente que el Tribunal haya errado en la apreciación de los títulos del demandado, ya que tal demostración es cosa distinta de la simple relación y escueta enunciación del contenido de cada título que se hace en el cargo. Y menos aún comprueba (ni siquiera alega), en qué consistió ese error y cuál fué su naturaleza, pues ya se dijo que la manifestación general que se hace de haber incurrido el Tribunal en errores de derecho y de hecho manifiesto respecto a todas las pruebas relacionadas, no puede admitirse como el cumplimiento de los requisitos que la técnica de casación exige, en cuanto a esta causal.

Igualmente, no aparece demostrada la afirmación del recurrente de que la hijuela de adjudicación a la señora Ana Joaquina Torres del lote marcado con la letra "G" es prueba del dominio del demandante. Tampoco está demostrado que el Tribunal incurriera en error manifiesto de hecho o de derecho (no se precisa la clase de error siquiera) en la apreciación de tal prueba, cuando el sentenciador sostuvo que por no haberse establecido que los vendedores del demandante tuvieran el carácter de herederos de dicha señora, ni presentado el título de adquisición del predecesor de ella en el dominio del lote, tal hijuela no prueba la tradición del dominio del inmueble al actor Bocanegra. El recurrente pretende darle el carácter de verdad plenamente establecida a

las simples suposiciones que hace acerca de que en ese juicio divisorio debieron tenerse en cuenta los documentos requeridos para formar la hijuela, que debieron las hijuelas basarse en títulos y que el demandado debió haber sido parte en esa división material por el hecho de aparecer citado como colindante del lote adjudicado a la señora Torres; pero es elemental que tales hipótesis no pueden configurar ni un eror de hecho manifiesto ni uno de derecho en la apreciación en contrario del Tribunal. Además, no demostró el recurrente que hubiera existido error alguno en este particular.

El Tribunal dijo que se requería la prueba de que los tradentes del señor Bocanegra son herederos de la adjudicataria señora Torres para establecer la tradición del dominio de ésta a favor de Bocanegra, a través de los primeros; y exigió la prueba del dominio del antecesor de la misma señora para comprobar que en la partición adquirió ésta el dominio del lote, materia del presente juicio. No obstante que estas apreciaciones constituyen los fundamentos más importantes y decisivos del fallo recurrido, el demandante en casación no formula ningún cargo concreto contra ellas.

B) Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal por haber incurrido en error inexplicable al afirmar que la venta a Bocanegra fué anterior a la adjudicación hecha a doña Ana Joaquina Torres. Al efecto trae a cuento que la adjudicación fué hecha el 18 de octubre de 1930, habiendo quedado aprobada el dos de junio de ese año y registrada el 3 de octubre siguiente, mientras que la venta ocurrió el 18 de octubre de 1937 y la aclaración subsiguiente tuvo lugar el 15 de febrero de 1938.

Sin embargo, el recurrente no dice si el error en que incurrió el Tribunal fué de hecho manifiesto o de derecho en la interpretación de esas escrituras, y menos aún pretende siquiera demostrar qué consecuencias tuvo ese error en la resolución del juicio, ya que se trata no de punto objeto de pronunciamiento sino de una consideración contenida en la motivación del fallo, y cuya incidencia en éste no aparece realmente.

C) En la parte final del cargo acusa el recurrente la sentencia del Tribunal de haber incurrido en error en la prueba relativa a la posesión material del terreno por parte de ambos litigantes, y afirma que el Tribunal estimó que Jiménez lo ocupa actualmente y lo ha ocupado siempre, y que en cambio Bocanegra no lo ha poseído jamás. Tales apreciaciones carecen de prueba, —a juicio del recurrente— porque en el acta de posesión (quiso decir de entrega) a Bocanegra no consta que Jiménez ocupara el terreno y sí se dice que la oposición formulada por éste fué rechazada, pues se hizo la entrega material a Bocanegra, sin que importe por cuánto tiempo estuvo éste en posesión desde tal entrega.

Salta a la vista la misma deficiencia observada en los puntos anteriores, respecto a la manera de formular el cargo. No explica el demandante en casación en qué consistió el error del Tribunal, por qué apreció mal esa prueba y por qué no existen otras pruebas de tal posesión, y nada dice acerca de si el error fue de hecho o de derecho y qué consecuencias tuvo en la resolución de la litis. Correspondía al recurrente alegar y demostrar que por existir la prueba de la entrega material del terreno a Bocanegra, su acción reivindictoria debía prosperar; y como complemento necesario estaba obligado a dar razones en favor de tal tesis y a hacer la cita de los textos legales en que la apoyara, afirmando su violación por la sentencia, con expresión del sentido y alcance de tal violación. Y nada de esto se encuentra en el cargo.

Por último, y como observación general acerca del cargo de error en la apreciación de los títulos de ambas partes, cabe ésta: el recurrente alega que a consecuencia de tales errores (que no demuestra con los requisitos legales), el Tribunal violó los artículos 740, 745 y 756, del Código Civil, cuyo texto enuncia; afirma que la violación ocurrió al desconocerse como prueba del dominio de Bocanegra la escritura que le otorgaron Mercedes Potes de Gómez y otras, pero no explica el motivo de la infracción ni las razones mediante las cuales de los textos legales citados se deduce la necesidad de aceptar esa prueba con el valor que le atribuye, y ni siquiera indica el sentido en que fue quebrantada la ley (si por infracción directa, o indirecta, aplicación indebida, o interpretación errónea). Con fundamento en que el artículo 1871 del mismo Código le dá valor a la venta de cosa ajena, el recurrente señala como violado dicho artículo por haber insinuado el Tribunal la necesidad de probar la calidad de heredero de la Torres para que esa venta a Bocanegra fuera prueba de dominio sobre el lote; pero no demuestra, como no podía hacerlo, que en virtud de tal texto la venta de cosa ajena transfiere el dominio de la cosa al comprador, ni que por otro motivo cualquiera del citado precepto legal se deba concluir que, aún siendo venta de cosa ajena, el título constituya

prueba de dominio a favor de Bocanegra y en contra del demandado. El sentido de la pretendida violación no lo determina tampoco el recurrente. Finalmente, acusa como violados los artículos 946 y 950 ibidem, por haberse negado las peticiones de la demanda y en atención a que de conformidad con ellos "corresponde al aludido Bocanegra la acción de dominio para recuperar la posesión"; pero no explica por qué de esos textos casualmente debe deducirse esa afirmación, no dice qué razones hay para concluir que esos artículos le daban a Bocanegra la acción reivindicatoria, no indica cuáles son el sentido y el alcance de esas disposiciones, ni precisa si la violación fue directa o indirecta, ocasionada por aplicación indebida o falta de aplicación o interpretación errónea.

Los conceptos del Tribunal relativos a la mayor antigüedad de los títulos presentados por el demandado y a la posesión que él mismo ha tenido en forma ininterrumpida del lote materia del juicio ha debido impugnarlos el recurrente con argumentos idóneos demostrando que el sentenciador incurrió en error al formular tales declaraciones a favor del demandado. Ello era imprescindible porque una posesión inscrita anterior a la del demandante, conjuntamente con la material ejercida durante el lapso que las leyes en cada caso consideran suficiente para la prescripción adquisitiva, determina el fracaso de la acción reivindictoria en beneficio del demandado.

De manera que ni aún en el supuesto de que la demostración del error en la apreciación de las pruebas estuviese hecha con los debidos requisitos, el cargo no habría podido prosperar por insuficiencia en la alegación y demostración del sentido, alcance y efectos de la violación de la ley sustantiva como consecuencia de tales errores.

Se rechaza el cargo.

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 de Buga, con fecha 15 de septiembre de 1948.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PAGO DE MEJORAS A QUIEN EDIFICO, SEMBRO O PLANTO EN SUELO AJENO

Es en obedecimiento del principio jurídico de que nadie puede enriquecerse sin causa y a expensa ajena, como se establece en favor de quien edificó, plantó y sembró con asentimiento del dueño, tanto el derecho de obtener el pago de la edificación, plantación o sementera, como el de asegurarse el pago, reteniéndola.

Por plantar o edificar en suelo ajeno, quien tal cosa hizo, no se hace dueño de la tierra, por este solo hecho, pero tampoco pierde su esfuerzo, su trabajo y su dinero. El trabajo incorporado a la tierra constituye hoy principalmente un gran factor para fijar el monto de las prestaciones cuando se presenta el fenómeno de indemnizar a quien, con consentimiento del dueño, ha efectuado mejoras en suelo que no le pertenece.

Si existe una convención entre las partes, respecto al reconocimiento de las mejoras, para el caso de que voluntariamente se termine el contrato por el solo querer del arrendador, este mismo acuerdo o convención ha de ser observado para el caso en que, como en el presente, se ha operado también la terminación del contrato, por sentencia del Juez y por causa originada en el propietario de la tierra, porque si bien el contrato no contempló tal evento, la ley lo obliga a ello.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juzgado del Circuito Civil de Santa Marta, Pedro A. Montalvo instauró demanda por medio de apoderado, contra la Magdalena Fruit Company, para que previo el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía, se declare que está legalmente terminado, a partir del veintitrés de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, el contrato de arrendamiento vigente en esa fecha entre la expresada Compañía y el demandante, sobre una finca destinada para cultivos de banano, denominada "Helena Mercedes", ubicada en la región de Tucurinca, jurisdicción del Municipio de Ciénaga, por los linderos que allí se determinan, y que la sociedad referida debe pagar al actor el valor de las mejoras, consistentes en plantaciones de banano, y los intereses de las sumas valor de las mismas y las costas del juicio.

Subsidiariamente, pide se hagan las mismas declaraciones a partir del seis de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

Los hechos en que se apoya, pueden sintetizarse así: que por cesión de un contacto de arrendamiento celebrado entre la Magdalena Fruit Company y el señor Joaquín Solano, el demandante Montalvo adquirió los derechos de arrendatario, con asentimiento de la Compañía, del predio ya mencionado y la propiedad de todos los cultivos de bananos, pastos, etc. que existían en el referido globo de tierra, plantados por su vendedor, así como los compromisos que se originen en el convenio de arrendamiento de que se trata.

Que de acuerdo con las estipulaciones contractuales de que se hizo cesionario, el arrendamiento del inmueble habría de terminar el seis de junio del año de mil novecientos cuarenta y tres, época en la cual, la Magdalena Fruit Company reconocería al colono el valor de los cultivos existentes en la fecha. Que la empresa dueña de la tierra se había reservado el derecho de dar por fenecido también el arrendamiento en cualquier tiempo, obligándose al reconocimiento de las mejoras.

Que anexo al contrato en estudio, se celebró otro relativo a la obligación del cultivador de vender a la Compañía toda la fruta de sus plantíos, siendo convenido que ésta no podía traspasarse a otra persona o entidad. Esto último se entendía vigente por todo el tiempo del contrato principal.

Que lo estipulado sobre venta de fruta duró hasta el veintitres de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, fecha en que la Compañía notificó a Montalvo, que por razones especiales

no compraría más banano, motivo por el cual, el arrendamiento quedó sin objeto, pues todos los cultivos se encaminaban a producir fruta para la empresa, la que según los pactadores, debía venderse exclusivamente a la entidad arrendadora, como ya se dijo.

Que por tales razones, Montalvo se dirigió a la Empresa, por considerar prácticamente terminado el arrendamiento, a fin de que se procediera al reconocimiento y pago de sus mejoras, lo cual aquélla se negó a realizar. Que cuando el actor notificó a los propietarios de la tierra la terminación del contrato de arrendamiento por las consideraciones expresadas, en la finca de "Helena Mercedes" existían más de cuarenta y una hectáreas cultivadas de banano, en plena producción.

Sentencia de primera instancia

Por providencia de veintiocho de abril de mil novecientos cuarenta y seis, el Juez del conocimiento pronunció fallo en que expresa que no hay lugar a declarar terminado el contrato de arrendamiento a partir de la fecha demandada, ni tampoco a acceder a las demás súplicas del libelo de demanda. Sin costas.

La sentencia recurrida

En desacuerdo con la sentencia de primer grado, el demandante apeló para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta. Sustanciado el recurso, se decidió con fecha veintitres de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, en la cual se revoca la apelada, y en su lugar se dispone que está legalmente terminado a partir del veintitres de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, el contrato en referencia, y se confirma el resto de la providencia recurrida, en cuanto se niega el pago de las mejoras existentes en la finca para la fecha del vencimiento del contrato, el reconocimiento de intereses de la suma que resulte a deberse y las costas del juicio.

Considera el juzgador, que el arrendatario por hechos de la Compañía, se encontraba para la fecha señalada, en imposibilidad jurídica de gozar de la cosa arrendada, por lo cual decidió declarar terminado el contrato en referencia.

En cuanto al pago de las mejoras, dice que la disolución del contrato de arrendamiento, a la luz de las disposiciones legales, sólo produce el efecto de que el arrendador no pueda exigir del arrendatario la satisfacción de los canones de arrendamiento o renta; que hay que atenerse a las estipulaciones contractuales y que según rezan las establecidas entre los litigantes, era únicamente opcional para la Compañía, la compra o no de las mejoras.

Que las únicas estipulaciones referentes a su reconocimiento por la empresa, "son las contenidas en la escritura número 460 de 29 de agosto de 1931, que dice: "2ª—El término de la duración del arrendamiento es de tres años, contados desde la fecha de esta escritura, pero podrá la United Fruit Company dar por terminado el contrato de arrendamiento, transcurrido el segundo año desde esta fecha. Mas, si la United Fruit Company omitiere ejercer este derecho, el arriendo continuará por los tres años estipulados, al fin de los cuales como en el caso anterior, queda a opción de la empresa frutera comprar o no a Solano y Compañía los cultivos de banano que tuviera fomentados en el globo arrendado. Si al fin del plazo la Compañía optare por no comprar, el contrato de arrendamiento quedará de hecho prorrogado por tres años más y así sucesivamente, subsistiendo al fin de cada plazo de prórroga, la opción por parte de la Compañía de comprar o no los cultivos. En caso de que la Compañía quiera dar por terminado el arrendamiento al fin del período estipulado, o al fin de alguna de las prórrogas sucesivas de tres años, o al fin de dos años, se procederá de la manera siguiente: 1º—Se establecerá el precio de los cultivos por los peritos nombrados uno por cada una de las partes y si hubiere discordia decidirá el punto un tercero designado de común acuerdo por los principales. Cuando la Compañía quiera que se fije el precio, notificará al arrendatario por los menos siete meses antes de la terminación del arrendamiento, o de cualquier prórroga, y cada parte tiene luego la obligación de nombrar el perito dentro de un mes, en el caso de que una sola de las partes nombrare perito, éste actuará en representación de las dos partes. Los peritos deben rendir su informe dentro de los tres meses siguientes a su nombramiento y la Compañía tendrá un plazo de tres meses después del dictamen pericial, para avisar al arrendatario si quiere o no comprar los cultivos y dar por terminado el contrato de arrendamiento, siendo entendido que si por cualquier motivo los peritos no presentaren el informe durante el término previsto, la Compañía tendrá el mismo derecho a dar por ter-

minado el arrendamiento, sin esperar dicho informe".

"En ninguna de las estipulaciones que se han visto —dice la sentencia— se obligó a la Magdalena Fruit Company a comprar las mejoras existentes en la finca "Helena Mercedes", pues aquéllas se contraen a establecer una opción, que según la definición técnica, es la facultad de elegir, que compete en este caso a la empresa. Optar y obligar son vocablos de acepción distinta, pues mientras que éste establece un deber imperativo, aquél consagra una facultad que por lo mismo, puede hacerse o no uso de ella. Y si obliga, es únicamente al que concede la opción, según lo declara el artículo 23 de la ley 51 de 1918, a saber: "La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso". El beneficiario de la opción es el titular del derecho para hacer uso de ella. La opción para comprar no impone la obligación de comprar. Equivale tanto a decir: "Si quiere, si es su voluntad comprar".

Sostiene el Tribunal, que el pago de las plantaciones de banano, no es corolario obligado de la terminación del arrendamiento, así se realice por voluntad de las partes, o por sentencia judicial. "Sin que quiera decir que son del dueño de la tierra, si otro las ha puesto allí. Que cosa muy distinta sería si en el contrato que se estudia, se hubiesen incluído disposiciones como ésta u otra semejante: "La Compañía se obliga a comprar las mejoras existentes en el predio a la terminación del arrendamiento".

Considera que por el hecho de haberse declarado terminado el contrato de arrendamiento no puede decirse que la Compañía esté comprometida a reconocer las mejoras, porque la ley no le impone esa obligación y como se vió, tampoco el contrato que liga a las partes.

Repite que la terminación del arriendo no trae como complemento la obligación de pagar las mejoras, así se realice por voluntad de las partes, o por sentencia judicial.

No existe una manifestación expresa de que la Compañía se obligara a pagar aquellos cultivos; que, por el contrario, las frases empleadas indican que es del arbitrio del propietario de la tierra, adquirir o no las plantaciones puestas por el arrendatario. En la escritura se lee: "En caso de que la Compañía **quiera dar** por terminado el arrendamiento". "Cuando la Compañía **quiera**". Y "La Compañía dará un plazo de tres meses después del dictamen pericial para avisar al arrendatario si **quiere o no comprar** los cultivos y dar por terminado el arriendo...". "Queda a opción de la Compañía **comprar o no**", etc.

Agrega que no se vé cómo pueda surgir el compromiso de reconocer el valor de las mejoras, porque judicialmente se haya declarado disuelto el arrendamiento; que la ley no le impone tal obligación y la convención menos.

Que en tratándose de un contrato de arrendamiento, no se produce como consecuencia el reconocimiento de los cultivos; que el caso es distinto del que a virtud de la reivindicación declarada, obligadamente se ha de pronunciar por el Juez, con respecto a las mejoras existentes en el fundo.

Apoyado en los razonamientos que se dejan resumidos, el Tribunal revoca la providencia apelada y en su lugar declara legalmente fenecido, a partir del veintitres de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, el contrato de arrendamiento vigente en esa fecha entre la Magdalena Fruit Company y Montalvo y confirma en lo demás la decisión apelada; es decir, en cuanto se abstuvo de ordenar el pago del valor de las mejoras plantadas en el inmueble por el arrendatario. Sin costas, ni intereses.

En desacuerdo con lo así resuelto, ambas partes recurrieron para ante la Corte, y ya en esta Corporación, sólo fundó su recurso el demandante, quedando, pues en firme lo dispuesto sobre terminación del contrato de arrendamiento.

Los cargos propuestos

Expresa el actor, que según los términos de la sentencia proferida por el Tribunal, la parte primera, que no es objeto del recurso, declara fenecido el contrato de arrendamiento, con fundamento en que "la cosa arrendada no satisface los fines del contrato, plenamente establecidos por las partes". Dice que procedió rectamente el juzgador, porque conforme a la doctrina tradicional invariable, consagrada en textos expresos de nuestro Código, "el arrendamiento cesa cuando el arrendador no puede procurar al arrendatario el goce de la cosa arrendada".

Que el sentenciador negó la declaración sobre reconocimiento de las mejoras y pago de ellas, con apoyo en la cláusula segunda, consignada en la escritura número 460, que a su juicio, no consagra o impone tal compromiso para la Compañía, "pues aquélla (la cláusula) se contrae a establecer una opción que según definición técnica es la facultad de elegir que compete en este caso a la empresa". "Optar y obligar —agrega

el Tribunal— son vocablos de acepción distinta, pues mientras que éste establece un deber imperativo, aquél consagra una facultad que por lo mismo, puede hacerse o no uso de ella. Y si obliga es únicamente al que concede la opción, según lo declara el artículo 23 de la Ley 51 de 1918, a saber: "La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso". El beneficiario de ella, o a cuyo favor se estipuló, es el titular del derecho para hacer uso de la misma. La opción para comprar no impone la obligación de comprar".

Sostiene, por su parte, el recurrente, que la estipulación que la cláusula encierra, no es propiamente una opción, sino que lo consignado allí, es una **obligación alternativa** que resulta contra la empresa demandada; de manera que ésta tiene el deber, a su elección, o de prorrogar los contratos de arrendamiento de la finca y consiguiente compraventa de bananos, o de comprar las mejoras. En el presente caso terminó el contrato, luego surge la obligación de pagar los cultivos, pues sería absurdo que se pudiera dar por terminado el convenio y no adquirir las plantaciones realizadas, y sobre todo, sería una flagrante violación de la cláusula segunda de la escritura citada.

La cláusula en referencia dice: "El término de la duración del arriendo es de tres años, contados desde la fecha de esta escritura, pero popodrá la United Fruit Company dar por terminado el contrato de arrendamiento, transcurrido el segundo año desde esa fecha. Mas si la United omitiere ejercer este derecho, el arriendo continuará por los tres años estipulados, al fin de los cuales, como en el caso anterior, queda a opción de la Compañía comprar o no a Solano y Co., los cultivos de banano que tuviere fomentados en el globo de terreno arrendado. Si al fin del plazo la Compañía optare por no comprar, el contrato de arrendamiento quedará de hecho prorrogado por tres años más, y así sucesivamente".

"En caso de que la Compañía quiera dar por terminado el arriendo al fin del período estipulado, o al fin de alguna de las prórrogas sucesivas de tres años o al fin de dos años, se procederá de la manera siguiente:" (a continuación se inserta una forma o medio para el avalúo de las mejoras que debe pagar forzosamente la Compañía).

Analiza detenidamente el recurrente lo allí expresado y deduce que es facultativo de la empresa dar por terminado el contrato al cabo de dos años, o al final de uno de los plazos sucesivos de tres; que la Compañía puede elegir al vencerse cada uno de tales períodos, entre pagar o no los cultivos. Si lo primero, se extingue el arriendo, y si lo segundo, si no los paga, se prorroga automáticamente, lo mismo que la compra del banano.

Sostiene que la empresa dió por fenecido el arrendamiento, conforme lo declara el Tribunal. Que es cierto que no hubo el aviso previo, pero lo evidente es que lo dió por terminado y lógicamente se desprende para ella el deber ineludible de pagar las mejoras, avaluadas conforme al procedimiento ordinario, ya que la empresa hizo imposible el excepcional señalado en el contrato.

No se puede arguír, dice, que se trata de una simple suspensión de lo acordado, pues ello no desvirtúa el quebrantamiento total de los fines contractuales, ni cabe alegarse la fuerza mayor, pues ésta exoneraría a la empresa de pagar perjuicios, pero no de sufrir las consecuencias de esa fuerza, como sería la obligación de cubrir el valor de los cultivos por la falta de exportación.

Que no es posible alegar que los frutos de las bananeras podían venderse a terceros durante el término de la suspensión de compras por la Compañía; porque según los términos del contrato, el arrendatario no puede venderlos a otras personas. Los frutos son de la Compañía y el cultivador es un mero depositario de ellos, al tenor de lo pactado.

Agrega, que está acreditado en el proceso, que los productos de la hacienda "Helena Mercedes", objeto de la litis, sólo podían transportarse por el ramal férreo de Tucurinca, el cual fué levantado por la Compañía, según confesión del representante de la misma. Concluye afirmando con el sentenciador, que "había, pues, impedimento físico, legal y moral para vender los frutos a personas distintas de la empresa demandada".

Dice, por último, que el Tribunal se dejó influír por el término **opción**, empleado en el contrato, fallando contra la equidad, tomando tal término en su sentido específico y jurídico, con violación de los artículos 24 de la ley 51 de 1918 y 89 de la ley 153 de 1887. Considera igualmente violados los artículos 1618, 1494, 1602, 1620, 1922 y 1625 del C. C., que consagran el respecto a la voluntad de los contratantes, el cumplimiento de lo estipulado.

Que al terminarse el contrato de arrendamiento del predio, cesó la tenencia del bien, el cual

tenía mejoras que fueron puestas o pagadas por el arrendatario, con la condición de reembolsarle su valor en caso de terminarse el arrendamiento.

Sostiene como violado igualmente, el artículo 30 de la actual Codificación de la Constitución Nacional.

La Corte considera:

Partiendo de la declaración hecha por el Tribunal, de haberse vencido, por culpa del arrendador, el contrato de arrendamiento celebrado entre la Magdalena Fruit Company y Pedro A. Montalvo, de una zona de terreno destinada para el cultivo de bananos, denominada "Helena Mercedes", lo cual se declaró así por considerar el juzgador que existió culpa en el arrendador, que hizo nugatorio el goce de la cosa arrendada; es el caso de estudiar, de acuerdo con los cargos aducidos por el demandante, si ha debido también necesariamente ordenarse el reconocimiento de las mejoras autorizadas en el contrato y plantadas en la finca por Montalvo, en desarrollo de expresas estipulaciones.

Niega el Tribunal la solicitud accesoria a la petición principal de extinción del arrendamiento, consistente en que se condene al arrendador, como consecuencia de la disolución del contrato, al pago de las mejoras puestas en el inmueble arrendado y que justamente entraña uno de los objetivos del convenio celebrado entre la Compañía y el señor Montalvo, por considerar que era opcional, o simplemente facultativo para el propietario de la tierra, el adquirir o no tal mejora; se dejó a opción de la Compañía comprar la mejora o prorrogar el contrato.

Expresa el sentenciador, que en ninguno de los aspectos que confronta el contrato, se impone a la empresa frutera la obligación de comprarle al cultivador las mejoras hechas o cultivadas en la finca, pues su compromiso al respecto es meramente opcional. Que según la definición técnica, **opción** es la facultad de elegir, que compete en este caso únicamente al dueño del predio.

Pero sucede que no se está, o no se contempla el caso de que la Compañía pudiera optar o serle facultativo dar por terminado el arrendamiento y pagar las mejoras, o prorrogar el plazo por el término señalado. No se declaró fenecido o disuelto el contrato, porque transcurridos los dos años de plazo estipulados, hubiera optado la Empresa por dar por vencido el contrato, caso en el cual el arrendador debía sujetarse al pago, sino porque el juzgador encontró que la cosa dada en arrendamiento había dejado de ser apta para el fin que se propusieron las partes, o sea, que el arrendador dejó de mantener al arrendatario en el goce de la cosa arrendada para el fin propuesto y a petición de éste declaró: "que el contrato está legalmente terminado a partir del 23 de diciembre de 1941, vigente en esa fecha, (el contrato de arrendamiento), entre la Magdalena Fruit Company y Pedro A. Montalvo, sobre la finca de bananos denominada "Helena Mercedes", etc. Providencia que en esta parte, aunque recurrida, está ejecutoriada, por haberse declarado desierto el interpuesto.

No puede comprenderse esta terminación del contrato por incumplimiento del arrendador, en la facultad opcional estatuída exclusivamente en favor del propietario, porque ya éste no puede elegir entre desistir del contrato y cubrir el valor de las mejoras, ni en aceptar que continúe para que no llegue el caso del reconocimiento y pago de los cultivos puestos en la finca, como uno de los objetivos del convenio y una de las cargas impuestas al arrendatario: plantar banano para vender sus frutos a la empresa exportadora de fruta.

Existe una imposibilidad jurídica, para la armonía contractual: el arrendatario debía plantar los frutales de banano y la compañía comprarle sus productos. Tal situación se hizo inoperante por voluntad de la empresa, quien notificó a su colono su resolución de no adquirir, de no comprarle el banano producido. El contrato quedó sin objetivo, y en tales condiciones, la sentencia ha debido prever las consecuencias obligadas de la terminación del contrato, por actos del arrendador, en presencia de la estipulación contractual de comprar la mejora, si no había prórroga del mismo. Era inaplicable el artículo 24 de la ley 51 de 1918.

Consta que la Compañía dió o suministó cierta cantidad de tierra de su propiedad, precisamente para plantar frutales, en determinadas condiciones, que entendió cumplidas el Tribunal por parte del arrendatario, no así por el arrendador, por lo cual consideró terminado el arriendo.

Al extinguirse éste, las cosas han de volver al estado anterior, es decir, el arrendatario está obligado a entregar la tierra, pero como ésta fué cultivada con consentimiento y por orden del dueño, necesario es concluír que éste debe pagar su valor, porque si bien, voluntariamente no dió

por fenecido el contrato, por ministerio de la justicia se declaró extinguido, debiéndose, en consecuencia, producir todos los efectos jurídicos que la nueva situación comporta.

En puridad de verdad, dados los términos del contrato de arrendamiento que se celebró por medio de la escritura número 460 de agosto de 1931, no se trata de una simple facultad opcional de la Compañía para adquirir o no las mejoras puestas en su predio, a que se contrae el contrato. En él se estableció una obligación alternativa que es aquella cuyo objeto consiste en dos o más prestaciones debidas, en forma tal, que el deudor se libera completamente cumpliendo una de ellas.

La Compañía, según los términos de la referida cláusula, tenía compromiso, a su escogencia, o de prorrogar los contratos de arrendamiento de la finca y compraventa de bananos, o de comprar las mejoras. En el presente caso, por su incumplimiento, la justicia declaró terminado el contrato; luego tiene la obligación de pagar las mejoras, pues sería absurdo pensar que pudiera dar por terminado el contrato y dejar pendiente lo referente a los cultivos puestos por su orden en el predio arrendado.

Es en obedecimiento del principio jurídico, de que nadie puede enriquecerse sin causa y a expensa ajena, como se establece en favor de quien edificó, plantó y sembró con asentimiento del dueño, tanto el derecho de obtener el pago de la edificación, plantación o sementera, como el de asegurarse el pago, reteniéndola.

Por plantar o edificar en suelo ajeno, quien tal cosa hizo, no se hace dueño de la tierra, por este solo hecho, pero tampoco pierde su esfuerzo, su trabajo y su dinero. El trabajo incorporado a la tierra constituye hoy principalmente un gran factor para fijar el monto de las prestaciones cuando se presenta el fenómeno de indemnizar a quien con consentimiento del dueño, ha efectuado mejoras en suelo que no le pertenece.

Si existe una convención entre las partes, respecto al reconocimiento de las mejoras, para el caso de que voluntariamente se termine el contrato por el solo querer del arrendador, este mismo acuerdo o convención ha de ser observado para el caso en que, como en el presente, se ha operado también la terminación del contrato, por sentencia del Juez y por causa originada en el propietario de la tierra, porque si bien el contrato no contempló tal evento, la ley lo obliga a ello.

Lo dicho es suficiente para casar la sentencia y en su defecto, dictar la que ha de reemplazarla.

Se trata, como se dijo, de disponer lo pertinente al pago de las mejoras.

Consta que por la escritura pública 460 del 27 de agosto de 1931, la United Fruit Company arrendó a Solano & Co. un globo de terreno de cuarenta y siete (47) hectáreas, aproximadamente, que después se extendió hasta H² 77,87, con el fin de fomentar una finca de bananos, y que por diversos traspasos, vino tal contrato a radicarse, por una parte en la Magdalena Fruit Company, como propietaria de las tierras, y por otra en la cabeza de Pedro A. Montalvo, como arrendatario. Que el antiguo concesionario, señor Solano, vendió todos los cultivos efectuados a sus propias expensas al mismo Montalvo, consistentes en bananos, pastos y que éste aumentó las plantaciones, etc. Que ambas partes cumplieron sus obligaciones hasta el día veintitres de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, en que la empresa notificó al cultivador, que por especiales razones, no compraría sus frutos.

Para la estimación de las mejoras de que se trata, se tendrá en cuenta el dictamen pericial solicitado antes del juicio, por Montalvo, el cual se practicó con intervención de la Compañía demandada.

En esta inspección ocular, reconocimiento de la mejora y dictamen pericial subsiguiente, se hicieron avalúos en la forma que se detalla a continuación, con respecto a la hectárea plantada de banano.

Por el perito señor Cardozo	$ 300.00
Por el perito Jimeno	$ 800.00
Por el perito Ebratt	$ 700.00
Suma	$ 1.800.00

El medio aritmético de esta suma dá $ 600.00. Y como el número de hectáreas cultivadas de bananos era para la fecha de la terminación del contrato, de H² 41,06, el valor de las mejoras asciende, pues, a la suma de veinticuatro mil seiscientos treinta y seis pesos ($ 24.636.00).

No cabe el reconocimiento de intereses por esta suma, pues la obligación nace del reconocimiento judicial que por la presente sentencia se efectúa.

No hay lugar a condenar en costas en las instancias, ni en el recurso.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de fecha veintitres de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, y revocando la de primera instancia, falla el pleito así:

Primero.—Queda vigente en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en lo que respecta a la decisión recaída al numeral primero de la demanda, o sea en cuanto dispone que "está legalmente terminado a partir del 23 de diciembre de 1941 el contrato de arrendamiento vigente en esa fecha entre la Magdalena Fruit Company y Pedro A. Montalvo, sobre la finca de bananos denominada "Helena Mercedes", situada en la región de Tucurinca, jurisdicción del Municipio de Ciénaga, con una cabida de H^2 77,87, dentro de los linderos especificados en la demanda.

Segundo.—Declárase que la Magdalena Fruit Company está obligada a pagar a Pedro A. Montalvo el valor de las mejoras de bananos, existentes el veintitres de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno en la finca citada, o sea, la suma de veinticuatro mil seiscientos treinta y seis pesos ($ 24.636.00), en que se justipreciaron por peritos los cultivos de bananos existentes en la finca, para la fecha expresada.

Tercero.—Confírmanse los apartes c) y d) de la sentencia de primera instancia.

Sin costas en el recurso, ni en las instancias.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

CONTRATO CONMUTATIVO Y CONTRATO ALEATORIO — EL PACTO DE RETROVENTA NO CONVIERTE EN ALEATORIO EL CONTRATO — EL ERROR DE HECHO EN CASACION

1—El contrato oneroso, que es aquel que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro, (art. 1497), se subdivide en conmutativo y aleatorio. Es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, y se llama aleatorio, cuando el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (art. 1498).

Lo que caracteriza al contrato conmutativo es que las prestaciones a que dá nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta.

En el aleatorio, ocurre precisamente lo contrario, pues los contratantes no pueden prever en el momento de su celebración el alcance de sus prestaciones o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que ellas están subordinadas o dependen de una contingencia incierta.

2.—El pacto accesorio de retroventa no es más que una condición resolutoria expresa, que cuando falla determina que la venta se convierta en pura y simple, y que cuando ocurre o se realiza, invalida la compraventa, extingue los derechos del comprador y restituye las cosas al estado que antes tenían. Ese pacto accesorio, no le comunica incertidumbre alguna, de más o de menos, al contenido de las prestaciones estipuladas inicialmente por las partes o los gravámenes que cada una se impuso en beneficio de la otra.

3.—El error de hecho que dá lugar a la casación de un fallo cuando a consecuencia de él se ha incurrido en violación de ley sustantiva es aquel que aparece "de modo manifiesto en los autos", tal como lo requiere el numeral 1º del art. 520 del C. J. Y la jurisprudencia de la Corte ha sostenido de manera uniforme y reiterada que para que pueda hablarse de un error de esa naturaleza, en la apreciación de una determinada prueba, es necesario que la equivocación en que haya incurrido el Tribunal sea de tal magnitud que a primera vista y sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas, se vea que la apreciación hecha por él pugna evidentemente o de manera manifiesta con la realidad que surge de la prueba.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Josías H. Acosta y María Prosidia Aldana de Acosta demandaron ante el Juez Civil del Circuito de Zipaquirá a Gonzalo Chaves y Hermelinda Torres de Chaves para que en sentencia definitiva se declare que es simulado el contrato de compraventa con pacto de retroventa recogido en la Escritura Nº 768 de 2 de octubre de 1945, otorgada en la Notaría de dicha ciudad, por medio de la cual los actores aparecen vendiendo a los demandados por la suma de $ 1.500.00 el inmueble que allí se determina. Subsidiariamente pidieron que se decrete la rescisión de dicho contrato por lesión enorme sufrida por los vendedores, por cuanto afirmaron que el precio pactado es inferior a la mitad del justo precio que el inmueble tenía el día de la venta.

Surtido el juicio con oposición de los demandados, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de tres (3) de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), por medio de la cual no accedió a la petición principal pero sí a la subsidiaria y a sus consecuenciales. De ese fallo

apelaron ambas partes, y el Tribunal de Bogotá, en sentencia de veinte y uno (21) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), lo reformó y falló así la controversia:

"**Primero.**—Declárase que los demandantes Josías H. Acosta R. y María Prosidia Aldana de Acosta, como vendedores, sufrieron lesión enorme en el contrato de compraventa que celebraron con los esposos demandados Gonzalo Chaves y Hermelinda Torres de Chaves, como compradores, contrato de que dá cuenta la escritura pública número 768 de fecha 2 de octubre de 1945 de la Notaría de Zipaquirá, y en el cual fué materia una casa de adobe y teja de barro, situada en el centro de la ciudad de Zipaquirá en la calle cuarta (4ª) marcada en su puerta de entrada con el número 4-59 junto con sus dos locales números 4-49 y 4-53 y uno sin número que también entró en la venta y cuyos linderos generales son: por el norte, con propiedad de los herederos de Jesús Nivia, predios de Antonio Corchuelo, Vicente García y el Municipio de Zipaquirá; por el oriente, con propiedades del Municipio de Zipaquirá; por el sur, con la calle cuarta (4ª) de la ciudad; y por el occidente, con propiedades de Pastora v. de Hernández y Rosa María Briceño de Daza, por cuanto el precio de mil quinientos pesos moneda legal recibido por los vendedores fué inferior a la mitad del justo precio del inmueble.

"**Segundo.**—En consecuencia, declárase la rescisión de dicho contrato y por lo tanto se condena a los demandados Gonzalo Chaves y Hermelinda Torres de Chaves a devolver a los demandantes Josías H. Acosta R. y María Prosidia Aldana de Acosta, el inmueble antes determinado, purgado de toda hipoteca o derecho real que hubieran constituído aquéllos sobre él. Esta restitución la harán seis días después al en que quede ejecutoriado el auto que mande obedecer y cumplir el presente fallo, siempre que los demandados no opten por el completo del precio en la forma indicada en esta sentencia;

"**Tercero.**—Condénase a los demandantes Josías H. Acosta R. y María Prosidia Aldana de Acosta a devolver a los demandados Gonzalo Chaves y Hermelinda Torres de Chaves, dentro del mismo plazo señalado en el numeral anterior, si no se opta por el completo del precio como antes se dijo, el precio estipulado de mil quinientos pesos;

"**Cuarto.**—Los compradores demandados deben los frutos naturales y civiles que haya producido la finca desde la fecha de la demanda; y los vendedores demandantes deben los intereses legales de la suma determinada en el numeral anterior, desde las fechas de las respectivas entregas. Estas prestaciones tendrán lugar siempre y cuando que no se opte por el completo del precio;

"**Quinto.**—Queda a opción de los compradores Gonzalo Chaves y Hermelinda Torres de Chaves consentir en la rescisión decretada o completar el justo precio del inmueble, con deducción de una décima parte. Los mencionados compradores tendrán el plazo de sesenta días contado desde la ejecutoria del auto que mande obedecer y cumplir este fallo, para completar dicho justo precio;

"**Sexto.**—Si los demandados consintieren en la rescisión del contrato, ofíciese por el Juez a-quo a la Notaría y Oficina de Registro de Zipaquirá para la cancelación de la citada escritura número 768 de 2 de octubre de 1945, y su inscripción, respectivamente, una vez que los demandantes hayan hecho las restituciones del caso a los demandados;

"**Séptimo.**—Condénase a los demandados en las costas del juicio en ambas instancias. Tásense.

"**Octavo.**—No se hacen las demás declaraciones solicitadas en la demanda, de cuyos cargos se absuelve a los demandados".

En lo referente a la acción subsidiaria, que es a lo que se contrae el recurso de casación que contra ese fallo se ha interpuesto, el Tribunal acoge las consideraciones del Juzgado sobre el dictamen pericial de la primera instancia y al estudiar el practicado en la segunda con intervención de tres peritos lo encuentra debidamente fundamentado y deduce que, conforme al medio aritmético, el valor de la finca el día del contrato es el de $ 11.490.78, por lo cual afirmó que estaban configurados los elementos de la lesión enorme que se alega.

Replicando alguna tesis del demandado, sostiene que el contrato de compraventa con pacto de retroventa no es un contrato aleatorio y que para los efectos de la lesión enorme, la condición resolutoria por aquél constituída no juega papel alguno, porque lo que debe tenerse en cuenta es el precio del contrato y nada más que el precio.

El demandado interpuso contra ese fallo, recurso de casación, el que concedido, tramitado y sustentado en tiempo oportuno, se procede hoy a decidir.

El recurrente acusa la sentencia con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., y propone contra ella los cargos que a continuación se compendian y estudian.

a) Sostiene que la compraventa con pacto de retroventa, es un contrato aleatorio, en que no es posible establecer la equivalencia de las prestaciones, pues sometido como está a una condición resolutoria, ni comprador ni vendedor saben si van a ganar o perder; que ese caso no es el regulado por el artículo 1946 del C. C., por lo cual el Tribunal aplicó indebidamente esa norma o la interpretó erróneamente creyendo que él se refiere a toda compraventa y no a la compraventa pura y simple; y que el Tribunal como consecuencia de la violación de aquella disposición violó los artículos 1947 y 1948 ibidem.

Considera la Sala:

El contrato oneroso, que es aquel que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro, (art. 1497), se subdivide en conmutativo y aleatorio. Es conmuntativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, y se llama aleatorio, cuando el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (art. 1498 ibidem).

Lo que caracteriza al contrato conmuntativo es que las prestaciones a que dá nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta.

En el aletatorio, ocurre precisamente lo contrario, pues los contratantes no pueden prever en el momento de su celebración el alcance de sus prestaciones o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que ellas están subordinadas o dependen de una contingencia incierta.

Aplicando esos principios al caso de autos, se ve que en el contrato de compraventa que recoge la escritura número 768, los contratantes conocían desde el momento de celebrarlo el alcance preciso de sus respectivas prestaciones, pues la extensión de éstas no quedó sometida a contingencia incierta de ganancia o pérdida. El vendedor sabía precisamente la cosa que daba y el precio que por ella recibía; y a su turno el comprador conocía la cosa que recibía y el precio exacto que pagaba por ella. Luego es evidente que ese contrato es oneroso y conmutativo y no aleatorio.

Y el pacto accesorio de retroventa, que allí se estipuló, no desnaturaliza esa conclusión, pues él no es más que una condición resolutoria expresa, que cuando falla determina que la venta se convierta en pura y simple, y que cuando ocurre o se realiza, invalida la compraventa, extingue los derechos del comprador y restituye las cosas al estado que antes tenían. Ese pacto accesorio, no le comunica incertidumbre alguna, de más o de menos, al contenido de las prestaciones estipuladas inicialmente por las partes o los gravámenes que cada una se impusieron en beneficio de la otra.

No pudiéndose, pues, calificar como aleatorio el contrato de autos y siendo él por el contrario un contrato de compraventa, oneroso y típicamente conmutativo, era rescindible por lesión enorme, tal como lo consideró el sentenciador, el que en consecuencia no ha quebrantado, sino por el contrario entendido y aplicado debidamente, las disposiciones que cita el recurrente.

No se admite el cargo.

b) El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de los dictámenes periciales rendidos en primera y segunda instancia (fol. 20, C. número 2 y fols. 15 a 20, C. número 4), respectivamente, y al fundamentar el cargo expresa el recurrente que todos los peritos dieron sus avalúos sobre el lote de terreno y la casa edificada en él, sin tener en cuenta que lo vendido por medio de la escritura pública número 768 de 2 de octubre de 1945, de la Notaría de Zipaquirá, es la casa únicamente y no el terreno sobre el cual está edificada; que además no tuvieron en cuenta para la fijación del precio ni la defectuosa titulación del inmueble que determina para éste un menor valor comercial ni el pacto de retroventa que le daba al vendedor la posibilidad de recobrarlo; que el Tribunal incurrió en error de hecho al considerar como explicados y fundamentados esos dictámenes "en abierta pugna con la realidad" y en error de derecho al darle el valor de plena prueba; que esos errores condujeron a la violación de los artícu-

los 728, 593, y 721 del C. J., y 1946 y 1947 del Código Civil.

c) El Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar el dictamen pericial de segunda instancia sin que se hubiera llenado la formalidad del artículo 719 del C. J., pues el auto en que se ordenó ponerlo en conocimiento de las partes fue apenas notificado por la Secretaría sin cumplir la orden allí contenida. Al aceptar el peritazgo sin llenarse esa formalidad el sentenciador violó los artículos 719, 721 del Código Judicial, 1946 y 1947 del Código Civil.

d) El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar la prueba que emana de la escritura número 768 ya mencionada, puesto que la venta en ella contenida se contrae a la casa y no al lote en que está edificada, y el sentenciador estimó, con olvido de lo estatuído en el artículo 1867 del C. C., que el contrato los abarca o comprende a ambos; que además, la misma escritura, en su cláusula 5ª, contiene la estipulación de un pacto de retroventa, y el Tribunal consideró que "la compraventa había sido pura y simple, esto es, susceptible de rescisión por lesión enorme", siendo así que no lo era por razón del pacto referido; que esos errores llevaron al Tribunal a quebrantar los artículos 630, 632, 593 del C. J.; 1867, 1946 y 1947 del C. C.

Se estudian los cargos antes compendiados siguiendo un orden inverso al en que los propone el recurrente, por considerar que razones de lógica así lo imponen.

d) El error de hecho que dá lugar a la casación de un fallo cuando a consecuencia de él se ha incurrido en violación de ley sustantiva, es aquel que aparece "de modo manifiesto en los autos", tal como lo requiere el numeral 1º del artículo 520 del C. J. Y la jurisprudencia de la Corte ha sostenido de manera uniforme y reiterada que para que pueda hablarse de un error de esa naturaleza en la apreciación de una determinada prueba, es necesario que la equivocación en que haya incurrido el Tribunal sea de tal magnitud que a primera vista y sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas, se vea que la apreciación hecha por él pugna evidentemente o de manera manifiesta con la realidad que surge de la prueba.

En el caso de autos el sentenciador entendió que lo vendido por medio de la escritura pública número 768 es tanto el solar como la casa en él edificada, y en esa apreciación no descubre la Sala que aquél haya incurrido en error, y, mucho menos, en uno que pueda calificarse como manifiesto. En efecto, por medio de la cláusula 1ª de ese instrumento los vendedores manifiestan que dan en venta a los esposos Chaves-Torres "una casa de adobe y tejas de barro", "junto con sus dos locales —casatiendas—", marcados con los números que allí se indican "y una sin número que también entra en la venta cuyos linderos generales son: por el norte, con propiedades de herederos de Jesús Nivia, predios de Antonio Corchuelo, Vicente García y el Municipio de Zipaquirá; por el sur, con la calle 4ª y por el occidente, con propiedades de Pastora v. de Hernández y Rosa María Briceño de Daza".

Y resulta plenamente demostrado en autos con la inspección ocular de primera instancia y los dictámenes periciales de primera y segunda instancia que "los linderos generales", que en el contrato se señalan para la cosa materia de la compraventa son exacta y precisamente los del solar en que está edificada la casa.

Ahora, cuando se vende un predio con señalamiento de linderos el vendedor está obligado a entregar todo lo comprendido en ellos, conforme lo estatuye el inciso 2º del artículo 1889 del C. C., y como los señalados en la escritura para la casa corresponden precisamente al solar en que ella está edificada, quiere ello decir que la venta comprendió la integridad de la finca raíz compuesta por la casa y el lote de terreno correspondiente.

De lo expuesto se deduce inequívocamente que el sentenciador no incurrió en el error que le imputa el recurrente, ni en el quebranto de las disposiciones que en el cargo se citan.

c) En virtud de petición escrita del propio recurrente, (f. 32 C. Nº 4), el Tribunal dispuso en auto de 15 de septiembre de 1949, poner en conocimiento de las partes, por el término de tres días, el dictamen pericial practicado en la segunda instancia, y esa providencia fué debidamente notificada a las partes por estado.

Con la expresada notificación quedó debidamente surtida la exigencia del artículo 719 del Código Judicial, pues la ley no requiere expresamente para ese efecto ninguna otra formalidad adicional. Al vencerse, como se venció el referido término sin que por las partes, y, concretamente, por el recurrente, se hubiere hecho uso del derecho que confiere la citada norma, el dictamen pericial quedó perfeccionado como prueba por su aspecto formal, y de allí que por el solo aspecto que se considera el juzgador no ha incurrido en el error de derecho que se le atribuye al con-

ferirle pleno valor probatorio ni en la consecuencial violación de los textos que el cargo cita.

d) Quedó ya definido al estudiar el cargo de la letra d) que la venta comprendió tanto el lote de terreno como las edificaciones en él construídas; luego el error de hecho y de derecho que por este aspecto se imputa al Tribunal en la acusación que ahora se considera, cae por su base.

De otro lado, estima la Sala que la circunstancia de que un inmueble se adquiera con pacto de retroventa ninguna incidencia puede tener para determinar el valor o precio que realmente le corresponde; éste no sufre alteración en más o en menos por razón de ese pacto accesorio.

Y lo relativo a la deficiente titulación de la finca, es una cuestión que no se puede aceptar de plano en casación, sin haber controvertido y definido el punto en las instancias, pues bien puede ocurrir que al vendedor le asista un derecho de dominio perfecto por haberlo adquirido por prescripción. Además, aquí no es posible, por falta de datos o elementos al respecto, esclarecer si el valor fijado por los peritos al inmueble sería diferente y en qué cuantía de más o de menos, al tomarse en cuenta una posible defectuosa titulación del mismo.

Finalmente, el Tribunal al referirse a la fundamentación del dictamen expresó:

"Basta leer las exposiciones periciales para de plano aceptar los fundamentos que las sustentan: examinaron los expertos detenidamente el inmueble, se informaron de su cabida exacta, precisaron con plena exactitud las bases comerciales que tuvieron en cuenta para fijar el precio del lote donde está ubicada la casa, examinaron también la construcción que existe, estudiaron los señalamientos del catastro y comercialmente se informaron del precio de las propiedades aledañas, etc. etc., y como por excepcionales circunstancias los peritos conocen el precio de la propiedad del bien raíz del área urbana de Zipaquirá, el dictamen rendido por ellos para el fin indicado, justificar el extremo de una posible lesión enorme, resulta inobjetable, porque, se repite, los peritos conceptuaron acordemente que para el día del contrato el precio del inmueble fué inferior a la mitad del equitativo y justo".

Fuera de que la Sala encuentra acertadas esas consideraciones, al recurrente en casación para que el cargo fuera siquiera formalmente viable no le basta expresar que ellas están "en abierta pugna con la realidad", pues ha debido acusar la apreciación que en concreto se hizo de la prueba pericial, no simplemente alegando sino demostrando a la vez que en ella se incurrió en error de hecho manifiesto o de derecho, tal como lo enseña y prescribe el numeral primero del art. 520 del C. J. Y este deber no lo ha cumplido el recurrente.

Y si el juzgador, ejercitando una facultad que la ley le confiere, encontró que los experticios de autos son explicados y están debidamente fundamentados, al otorgarles el valor de plena prueba, no incurrió tampoco en error de derecho, pues ése es el valor probatorio que en tales circunstancias le corresponde a dicha prueba, conforme a lo estatuído en el artículo 721 del C. J.

Por lo expuesto, se rechazan los cargos que quedan estudiados.

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 uno (21) de noviembre 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 oportunamente al Tribunal de origen.

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

RECURSO DE HECHO—PERITAZGO PARA LA FIJACION DE LA CUANTIA DEL JUICIO

El experticio a que se acude para el simple efecto de la regulación de la cuantía del juicio constituye un caso especial, por dos aspectos: 1º) porque el dictamen lo dá un perito único; y 2º), porque una vez corrido en traslado a las partes sin ser objetado, la prueba se perfecciona en su forma, y ya no es posible discutirla por los interesados. De consiguiente, al impartirle su aprobación el juez, queda regulada definitivamente la cuantía de la demanda, sin que en realidad importe que el funcionario lo diga así expresamente en su proveído.

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

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez)

En el juicio ordinario de oposición a un deslinde, seguido en el juzgado civil del circuito de Zipaquirá por Angel y Tonino del Vecchio contra Rafael Sánchez Navas y otros, la demanda de apeo fijó la cuantía de la acción en más de $ 300" y la de oposición en "la cantidad de $ 4.000 pesos". El demandado objetó la estimación de la contraparte por considerarla excesiva; sometida a avalúo pericial según lo dispuesto en el artículo 206 del Código Judicial, el dictamen correspondiente determinó que su valor era de $ 2.000. Como el experticio no fué objetado por las partes, el Juez del conocimiento lo aprobó.

Vencido el demandado en la segunda instancia, interpuso contra la sentencia recurso de casación. Este le fué denegado en auto de fecha 25 de febrero de 1950 por considerar el Tribunal Superior de Bogotá que la cuantía de la acción de deslinde promovida en el juicio quedó legalmente determinada en la suma de $ 2.000 y que contra negocios de ese valor no procede el recurso extraordinario de casación.

El recurso

De hecho ha acudido ante la Corte el apoderado de la parte demandada solicitando que se revoque el auto en referencia, y en su lugar se disponga la concesión del recurso impetrado, previo el avalúo de la acción.

El recurrente funda su solicitud en las siguientes razones: "En este juicio ordinario no se encuentra legalmente determinada la cuantía de la acción, porque, aún yo objeto la estimación que de la cuantía hizo la parte demandante, y entonces se produjo un dictamen pericial que avaluó la zona discutida en dos mil pesos, sinembargo, por un error procedimental, el incidente de regulación de la cuantía se quedó sin fallar, conforme puede constatarse en las copias adjuntas, que comprenden toda la actuación surtida en ese incidente. Hizo falta, pues, que el Juzgado hubiera hecho la determinación de la cuantía de la acción, como lo manda el artículo 206 del Código Judicial, fallando el respectivo incidente. El Tribunal argumenta que basta para el caso el auto aprobatorio del dictamen pericial, y que dicho dictamen no se objetó, y por lo mismo obliga a las partes. Pero, señores Magistrados, ésto no es rigurosamente exacto, puesto que el dictamen pericial es una prueba, cuya **apreciación** sólo se hace al fallar el juicio o el incidente donde se produjo; es allí donde se estudia y se vé si tiene el mérito suficiente para considerarlo como prueba, por estar explicado y debidamente fundamentado, o, si por el contrario, el fallador lo desestima, por no reunir los requisitos que la prueba pericial exige. Mientras el fallo no se produzca no se sabe cómo va a ser apreciado el dictamen, y, por lo mismo, considerarlo así aisladamente como **sustituto** del fallo que ha debido dictarse, es ilegal. Por lo mismo, no estando legalmente determinada la cuantía de la acción, hay duda sobre su valor y es necesario su avalúo para poderse saber si es o no procedente el recurso de casación que interpuse".

Se observa:

Las anteriores consideraciones del recurrente

sobre el valor probatorio de los dictámenes periciales serían pertinentes si se tratara de una prueba del juicio respecto a la cual el fallador debiera pronunciarse para apreciar su eficacia y alcance. Pero no es ésa la situación que revelan los autos.

El experticio a que se acude para el simple efecto de la regulación de la cuantía del juicio constituye un caso especial por dos aspectos: 1º, porque el dictamen lo dá un perito único y 2º, porque una vez corrido en traslado a las partes sin ser objetado, la prueba se perfecciona en su forma y ya no es posible discutirla por los interesados. De consiguiente, al impartirle su aprobación el juez, queda regulada definitivamente la cuantía de la demanda, sin que en realidad importe que el funcionario lo diga así expresamente en su proveído. Al proceder como lo hizo en la presente ocasión, implícita pero indudablemente está manifestando el Juez que considera definido el punto o determinada la cuantía.

Cabe aquí reproducir el siguiente párrafo del auto del Tribunal Superior de Bogotá, dictado en el negocio en cuestión con fecha 17 de mayo de 1951, y que la Sala acoge en su integridad.

"Considera el Tribunal, que con la aprobación impartida por el Juzgado al experticio ordenado para avaluar la acción ejercitada, en virtud de no haberse objetado el trabajo correspondiente durante el traslado que de él se confirió a las partes, y con la ejecutoria de la correspondiente providencia, quedó debidamente precluído el procedimiento que establece la ley para fijar la cuantía de la acción, porque sólo en el caso de que el justiprecio establecido por el perito resultara distinto al que señala la competencia del Juez por razón de la cuantia, procedería resolver sobre "el envío del negocio al funcionario judicial competente. En el caso contrario, o sea cuando el dictamen confirma la competencia del Juez que admitió la demanda, y éste sigue conociendo, con efecto, del proceso, como en el caso de autos, no se descubre la necesidad de proveído especial y distinto de la calificación del experticio por el Juez. Por tal motivo el Tribunal estima que la cuantía de la acción que se ejercita en el presente juicio se encuentra legalmente determinada, y que en virtud de ella, no hay lugar a conceder el recurso de casación incoado contra la sentencia de segunda instancia".

Por lo expuesto, la Sala de Casación Civil A. de la Corte Suprema de Justicia estima inobjetable el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 25 de febrero de 1951, y en consecuencia declara inadmisible el recurso de hecho interpuesto contra la sentencia del mismo Tribunal, proferida en el juicio ordinario de oposición a un deslinde de Angel y Tonino del Vecchio contra Rafael Sánchez Navas y otros.

Envíese copia de este proveído al respectivo Tribunal Superior para su conocimiento.

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

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

PRESCRIPCION DE LA COSA COMUN EN PROVECHO EXCLUSIVO DE UN COMUNERO

Cuando los comuneros o varios de ellos ejercitan en común la posesión, ninguno puede alegarla como modo de adquisición del dominio con exclusión de los demás, pues se aplica entonces la norma general según la cual los actos del comunero benefician a toda la comunidad y lo que saque de ella debe restituírlo, incluso los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios particulares (art. 2326 y 2525 del Código Civil). En la hipótesis prevista en el artículo 2330 del Código Civil, "cada uno de los que poseen en común una tierra labrantía, tiene opción a que se le señale para su uso particular una porción proporcional a la cuota de su derecho, y ninguno de los comuneros podrá inquietar a los otros en las porciones que se les señalen"; o cuando sin acuerdo expreso cada comunero ocupa en forma exclusiva determinada porción con cultivos, ganados o cualesquiera otros medios de explotación económica de la tierra, sea que la porción así ocupada exceda o no la cuota de los derechos del comunero sobre la totalidad, podrá presentarse la prescripción a su favor y en contra de los otros condueños, siempre que esa posesión material revista las características de tal, es decir: ánimo de señor y dueño, sin reconocer ni permitir posesión de los demás en tal parte; ausencia de vicios de clandestinidad y violencia, y lapso de tiempo necesario. Cuando falta cualquiera de estos requisitos, la prescripción del comunero es imposible.

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

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez)

El 23 de abril de 1946 Eduardo Arzayús instauró demanda ante el Juzgado Civil del Circuito de Buga contra Rodolfo Arzayús para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones: **"Primera.**—Que pertenece en dominio pleno y absoluto a Eduardo Arzayús, el globo de terreno que corresponde a la mitad del comprado a Aicardo Tenorio por escritura pública Nº 156 de 7 de noviembre de 1905 otorgada en Guacarí, y la cual mitad se delimita por los siguientes linderos particulares: oriente, la Carretera Central; por el norte, el callejón de La Palma; por el sur, la parte que tomó para sí Rosaura v. de Arzayús y la cual fué adjudicada en virtud del juicio de sucesión a sus hijos Rodolfo y Eduardo Arzayús; y al occidente, terreno que fué de Rosaura Arzayús y que ella vendió a Carlos Domínguez. Los linderos generales del lote comprado a Ricardo son los mismos mencionados en el hecho séptimo. Que esta declaración corresponde al hecho de haberla explotado económicamente por un espacio de tiempo superior a treinta años, en que por lo mismo se ha verificado en su favor el fenómeno de la prescripción adquisitiva del dominio definida por el artículo primero de la Ley 51 de 1943. **Segunda.**—Que el globo de terreno a que se refiere la parte anterior junto con el que Eduardo Arzayús compró a Roberto Jaramillo en 1905, por escritura otorgada en Guacarí, y junto con la parte que al mismo Eduardo Arzayús le correspondió en la adjudicación en la sucesión de su madre Rosaura Arzayús de Arzayús forma un todo, encerrado por cercas de alambre en una extensión de ochenta y dos plazas, y por lo tanto no puede ser materia de división, porque él está amparado por títulos legítimos que definen el derecho de dominio en favor de Eduardo Arzayús, ya por la prescripción de que se habló antes, ya por la compra y adjudicación de que también se habló. **Tercera.**—Que en consecuencia de las declaraciones anteriores, a Rodolfo Arzayús no puede serle entregada la parte de adjudicación que se le hizo y de la cual habla el hecho octavo de esta demanda, en cuanto comprometa el área encerrada, poseída materialmente y explotada económicamente por Eduardo Arzayús desde hace más de treinta años, como cuerpo cierto, singu-

lar y propio y de que hablan tanto la parte motiva de este libelo, como esta parte petitoria. **Cuarta.**—Que en consecuencia de las anteriores declaraciones se declare inválida la división material que se hizo del globo de terreno denominado Acequia de Durán o Guacas, por cuya razón debe ordenarse la cancelación del registro de esa partición, si ya se sentó en los libros de la Oficina de Registro. **Quinta.**—Que se registre en debida forma y como lo dispone el artículo 8º de la Ley 51 de 1943, la sentencia que decrete la adquisición del dominio por virtud y en fuerza de la prescripción consagrada por el artículo 1º de la mencionada ley. **Sexta.**—Que se condene en costas a Rodolfo Arzayús si afronta la litis. **Séptima.**—Que en virtud de las declaraciones anteriores ha quedado extinguido todo concepto que llegó a formarse en razón del contrato de compra-venta, solemnizado por medio de la escritura pública Nº 156 de 7 de noviembre de 1905, de la Notaría de Guacarí, y la cual comunidad desapareció virtualmente cuando se dividió el terreno en dos partes iguales, una para la socia Rosaura Arzayús de Arzayús, que ella explotó singularmente y así fué adjudicada en el juicio de sucesión de sus bienes, y otra, para el socio Eduardo Arzayús que también encerró y explotó singularmente, no habiendo ocasión de que fuera comunero Rodolfo Arzayús por cuanto ni pagó lo que le correspondía ni entró a poseer materialmente parte alguna de lo comprado".

Los hechos pueden sintetizarse como sigue:

Primero.—"Es dueño el señor Eduardo Arzayús de una finca rural ubicada en jurisdicción del Municipio de Guacarí, conocida con el nombre de Las Guacas, inmueble alinderado así: oriente, la carretera central que conduce de Cali a Cartago, en medio con propiedades de Hernando Cuadros y Pedro Pablo Becerra; occidente, fincas de Carlos Domínguez, Manuel José Torres y María Santos Hernández; Norte, con callejón de La Palma, que conduce también al caserío de Las Guacas; y Sur, fincas de Rodolfo Arzayús y de Jesús Barona, hoy Antonio Salcedo". 2º—El demandante ha venido poseyendo quieta y pacíficamente esa finca desde hace 30 años con ánimo de señor y dueño; 3º—El inmueble en cuestión es el mismo que el demandante adquirió en su mayor parte por compra que hizo al señor Aicardo Tenorio y por herencia de Rosaura Arzayús v. de Arzayús; 4º—El señor Rodolfo Arzayús ha venido considerándose dueño y poseedor inscrito de un lotecito de 7 plazas incluídas en el cuerpo de la finca en cuestión; 5º—"Fundándose en la consideración antes expresada, Rodolfo Arzayús estableció juicio de división material en lotes, del terreno denominado **"Acequia de Durán"** o "Guacas", y la estableció contra don Eduardo Arzayús, a título de comunero, diciendo estar el globo de tierra ubicado en el Municipio de Guacarí, jurisdicción de este Circuito, y comprendido por los siguientes linderos: Norte, camino en medio, terreno de Francisco y Joaquín Cifuentes, herederos de Enrique Altamirando y Vicente e Ismael Hernández; oriente, callejón en medio, terreno de Bernardo Bermúdez y Roberto, Rogerio y Pedro Pablo Becerra Delgado, en parte, y terreno de Francisco Antonio Torres y **El Chirivital;** Sur, terreno de los compradores". 6º—"Motivó la demanda de división Rodolfo Arzayús, diciendo: a) Que por medio de la escritura pública número 156 de 7 de noviembre de 1905, otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Buga, y debidamente registrada, el señor Aicardo Tenorio, transfirió a la señora Rosa Aura Arzayús v. de Arzayús, al señor Eduardo Arzayús y a él, en común y a título de compraventa, por la cantidad de $ 351 pesos, papel moneda, el dominio y posesión de un potrero de cabida de 86 y media plazas, inclusive un lote de seis plazas y dos tercios, en jurisdicción del Municipio de Guacarí; b) Que por sentencia de 15 de junio de 1916 y 21 de noviembre de 1917, dictadas por el Juzgado Segundo del Circuito de Buga, se decretó la expropiación y pago de una zona de extensión de 780 metros 40 centímetros de longitud, por 28 metros de ancho, o sea una hectárea 9.500 metros cuadrados; c) Que por medio de las mismas sentencias se expropió a Eduardo Arzayús una faja de 409 metros 60 centímetros de longitud y veinticinco metros de anchura, o sea una área de una hectárea 240 metros cuadrados; d) Que en las sucesiones acumuladas de Rosalía, Rosaura y Joaquina Arzayús, le fue adjudicado a Eduardo Arzayús, en la cantidad de quinientos veintisiete pesos, un lote de terreno de 26 plazas 3.000 varas cuadradas tomadas de la zona de 27 plazas que fueron de la sucesión". 7º—"El juicio de división se adelantó no obstante la oposición formal que al respecto hiciera don Eduardo Arzayús, oposición que él basó en el hecho de no ser Rodolfo Arzayús comunero en la tierra a que se refiere la división. La razón expuesta por éste (sic) para afirmarlo la hace depender de las siguientes circunstancias: por medio de la escritura pública Nº 156 de 7 de noviembre de 1905

de la Notaría de Guacarí, Aicardo Tenorio traspasó el dominio de 86 y media plazas 2/3 cultivadas en su mayor parte, ubicadas en Guacarí en el sitio denominado Acequia de Durán o Guacas bajo los linderos siguientes: por el norte, camino de por medio con terreno de Francisco y Joaquín Cifuentes, herederos de Enrique Altamirán, Vicente e Ismael Hernández; por el occidente, terreno de Rosaura Arzayús de Arzayús y posesión de María Santos Hernández; por el Oriente, camino que viene de Buga a Guacarí en medio, y terreno de Bernardo Bermúdez y Roberto, Rogerio y Pedro Becerra, en parte, y parte, con terreno de Francisca Antonia Torres y El Chirivital. En la escritura se hizo constar que el terreno se vendía para Rosaura Arzayús y Eduardo y Rodolfo Arzayús por pago efectivo que hicieron los compradores. Pero es el caso que solamente pagaron el precio Rosaura y Eduardo Arzayús, no así Rodolfo, quien no solamente no aportó la cuota que le correspondía, sino que no entró en posesión de la finca, que sólo era tenida por los otros dos compradores, y más tarde, por solo don Eduardo quien desde un principio la ha venido explotando económicamente, poseyéndola materialmente y haciendo actos de señor y dueño con exclusión absoluta de Rodolfo Arzayús por las razones apuntadas. Es así, como desde un principio, Eduardo Arzayús encerró bajo cercas de guadua, primero, de alambre después, la mitad del terreno comprado a Aicardo Tenorio, o sea, cuarenta y tres plazas. A ellas agregó luego la compra que hizo a Roberto Jaramillo, que estaban comprendidas por los anteriores linderos en una cantidad de trece plazas y un tercio de plaza. Con motivo a esta especificación del derecho adquirido por Rosaura y Eduardo Arzayús sobre lote indicado, en la sucesión de Rosaura Arzayús se inventarió y adjudicó un derecho por cuatro y tres plazas y pico, o sea, la mitad del terreno comprado a Aicardo Tenorio, correspondiendo la otra mitad a Eduardo Arzayús, quien, como ya se dijo, vino explotándola materialmente junto con las que compró a Roberto Jaramillo. Sea dicho que de la mitad que correspondió a Rosaura Arzayús, se adjudicó una parte a Rodolfo Arzayús, quien la agregó a su finca denominada El Porvenir. Eduardo Arzayús agregó la suya a la parte que él tomó de la compra hecha por la escritura arriba citada. 8.-En la partición demandada por Rodolfo Arzayús y adelantada contra la oposición de Eduardo Arzayús, se adjudicó al primero un globo de terreno en extensión de 28 plazas 9.475 varas lote especificado así: "Con el lote marcado en el plano con la letra A de una superficie de 27 plazas 7.758 varas cuadradas, en terreno avaluado a $ 100.00. Con el lote marcado en el plano con la letra B de una superficie de una plaza 1.717 varas. Los linderos de estos dos lotes son: los del lote A: por el Norte, con el lote adjudicado a Eduardo Arzayús en una línea comprendida entre los mojones 7 y 8; por el Sur, con el Porvenir perteneciente al mismo adjudicatario; por la línea de los mojones 5 y 6 y con la Acequia de Durán, por la línea de los mojones 1, 2, 3 y 4; por el oriente, con la zona del Ferrocarril del Pacífico por la línea de los mojones 1 y 8; y por el Occidente, en parte con el Porvenir en una línea comprendida por los mojones 4 y 5 y con predio de Manuel José Torres, en una línea comprendida entre los mojones 6 y 7. Los del lote B, por el Norte el lote adjudicado a Eduardo Arzayús, línea comprendida entre los mojones 11, 12, 13 y 14; por el Sur, con predio de Antonio Salcedo, línea de los mojones 10 y 11; y por el Occidente, con la zona del Ferrocarril del Pacífico, por la línea de los mojones 9 y 14. El terreno así adcado (sic) nunca ha sido poseído por Rodolfo Arzayús y en cambio, él ha sido explotado como propio por haberlo pagado e incorporado a su patrimonio personal, por Eduardo Arzayús, desde hace más de treinta años. 9º—"En consecuencia de esa división, se restan a la posesión material y jurídica de Eduardo Arzayús, la cantidad de nueve plazas de terreno, precisamente de las que éste ha tenido como suyas por un tiempo superior a treinta años, junto con las más que ha explotado económicamente".

El representante judicial del demandado se opuso a que se hagan las declaraciones solicitadas, y negó los tres primeros hechos; a los demás respondió así: "Al cuarto. Mi mandante se considera dueño del lote a que se hace referencia en este punto, porque tiene títulos legítimos para ello. El señor Eduardo Arzayús ha venido explotando en su exclusivo provecho ese lote, desde hace pocos años, de manera arbitraria, a pesar de la división material verificada, y de la adjudicación hecha a mi mandante por todo lo cual deberá pagar los frutos correspondientes a esa usurpación violenta. Al quinto. Mi mandante hubo de presentar demanda de división material en vista de ser comunero dentro del predio a que se refiere este punto, conforme con la escritura de compraventa Nº 156, del 7 de noviembre de 1905, otorgada en la Notaría del Cir-

cuito de Buga, instrumento que se encuentra vigente y válido. Al sexto. Los fundamentos de la demanda de división material presentada por mi mandante, a la cual se refiere este punto, están en el correspondiente libelo, al cual me atengo, y cuya copia se allegará al presente juicio, si fuere necesario. Al séptimo. La oposición del señor Eduardo Arzayús a la demanda de división material propuesta por mi mandante ha sido arbitraria, como puede verse de las mismas razones dadas por su apoderado al plantear este punto. Decir que Rodolfo Arzayús no pagó el precio de la compraventa a que se contrae la referida escritura número 156, contra lo que se afirma en este mismo instrumento público, es aseverar un hecho falso, sin respaldo probatorio. Afirmar que por ese hecho, falta de pago del precio, el comprador no es dueño, sin obtener previamente la resolución del contrato por esa causa y la invalidez de la escritura que lo contiene, es un error jurídico lamentable. Todo el mundo sabe que la falta de pago del precio en la compraventa puede ser causal para la resolución del contrato, siempre que se demuestre esa circunstancia, en juicio controvertido. Y es curioso que el apoderado del demandante no hubiere propuesto esa acción resolutoria dentro de la demanda a que me refiero, ya que ella debería ser la base de toda reclamación sobre ese particular. Tiempo tiene, sí, de corregir la demanda en ese sentido... Al octavo. Respecto a las adjudicaciones hechas en el juicio de división material a que se refiere este punto, me atengo a las hijuelas que se formaron en ese juicio. Respecto a que el señor Rodolfo Arzayús nunca hubiera poseído materialmente ni siquiera parte del terreno común, adquirido mediante la escritura Nº 156, es un hecho falso, ya que él mantuvo allí durante mucho tiempo ganados, lo cual será materia de prueba en su debida oportunidad".

Demanda de reconvención

Acto seguido, por medio de su apoderado Rodolfo Arzayús propuso demanda de reconvención contra el actor para que se hagan las siguientes declaraciones: "a) Que es válido el trabajo de partición material del terreno denominado **"Acequia de Durán"** o **"Guacas"**, verificado con fecha 17 de mayo de 1944, dentro del juicio de división seguido por mi mandante con audiencia del actor Eduardo Arzayús, trabajo que en copia auténtica acompaño al presente escrito, para que sirva de recaudo, junto con las sentencias aprobatorias del mismo. b) Que, en consecuencia, mi mandante, el señor Rodolfo Arzayús, es dueño del lote que se le adjudicó en la expresada partición. c) Que el señor Eduardo Arzayús deberá entregar materialmente una vez ejecutoriado el fallo que así lo declare, el expresado lote o la parte de él que esté poseyendo u oaupando arbitrariamente ese mismo señor, entrega que hará a mi mandante o a quien sus derechos represente. d) Que el señor Eduardo Arzayús deberá pagar a mi mandante o a quien sus derechos represente el valor de los frutos correspondientes al lote que retiene sin título alguno, conforme con avalúo que se practique dentro del presente juicio o en la ejecución de la sentencia, desde cuando se verificó el trabajo de partición que se acompaña a la presente demanda hasta la fecha en que se opere la entrega material del lote en referencia".

Los fundamentos de hecho los expuso el contrademandante así: "Mediante ecritura pública N° 156 del 7 de noviembre de 1905, otorgada en la Notaría de esta ciudad de Buga, la cual se encuentra debidamente registrada, Rosa Aura Arzayús v. de Arzayús, Eduardo y Rodolfo Arzayús, compraron al señor Aicardo Tenorio, por iguales partes, un potrero con cabida de 86 plazas y media, por linderos especiales determinados en dicho instrumento, los cuales doy reproducidos. **Segundo.**—Por virtud de la compra a que se refiere el punto anterior se formó una comunidad, por terceras partes, entre los tres compradores allá citados, sobre el inmueble en referencia. Aunque durante la existencia de la comunidad ninguno de los comuneros hizo uso del derecho que consagra la ley sobre la fijación de cuota proporcional, para el usufructo o administración del bien común, tanto unos como otros ejercitaron posesión material sobre él; mi mandante, durante mucho tiempo, alojando ganados de su exclusiva pertenencia como lo demostraré en el curso del presente juicio, si fuere necesario. **Tercero.**—Pero como el señor Eduardo Arzayús, desde hace algún tiempo construyere cercas caprichosas que cercenaban el derecho de mi mandante, éste resolvió demandar la división material del inmueble común, la cual se llevó a cabo con citación y audiencia de aquel ciudadano, en la forma en que se demuestra con las hijuelas, cuya copia auténtica acompaño a esta contrademanda. **Cuarto.**—Pero el señor Eduardo Arzayús, con el fin de impedir o prolongar indefinidamente el registro de la partición verificada, y obstaculizar a mi mandante en el reclamo de sus

legítimos derechos estableció hace meses un juicio semejante al presente, cuya demanda fué registrada con la tortuosa finalidad que se deja expresada. Ese juicio se ha extraviado misteriosamente, y mi mandante ha tenido que soportar las consiguientes dilaciones en el registro de la sentencia aprobatoria de la división verificada con el lleno de todos los requisitos legales. Ahora, el presente es otro juicio del mismo juez, con los mismos propósitos. **Quinto.**—De acuerdo con la partición verificada, cuya invalidez ha solicitado el demandante Arzayús (Eduardo), éste retiene en su poder indebidamente un lote de unas siete plazas, que resulta pertenecer a mi mandante, y que aquél explota actualmente en su exclusivo provecho con plantaciones de arroz, obteniendo frutos que legalmente deben pertenecer a mi mandante, conforme al aforismo jurídico de que las cosas producen para sus dueños".

Sentencia de primer grado

El Juez del conocimiento falló el litigio a favor del demandante con la siguiente resolución: "1º-El señor Eduardo Arzayús, mayor de edad y de este vecindario es único propietario de la mitad del globo de terreno comprado al señor Aicardo Tenorio por escritura pública Nº 156 de 7 de noviembre de 1905 de la Notaría de Guacarí y cuyos linderos especiales de dicha mitad son los siguientes: Oriente, la carretera central que conduce de Cali a Cartago, al medio con las propiedades de Hernando Cuadros y Pedro Pablo Becerra; Occidente, fincas de Carlos Domínguez, Manuel José Torres y María Santos Hernández; Norte, el callejón de La Palma que conduce al caserío de Las Guacas; y Sur, fincas de Rodolfo Arzayús y Jesús Barona, hoy de Antonio Salcedo. Dicha propiedad ha sido adquirida por el nombrado Eduardo Arzayús, en virtud de la prescripción adquisitiva por haberla poseído con explotación económica por un lapso mayor de treinta (30) años. 2º—No es válido el trabajo de partición material verificado con fecha diez y siete de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) y aprobado por sentencias de fechas seis de septiembre del mismo año de este Juzgado y veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial, partición que viola el derecho de dominio del señor Eduardo Arzayús a que se refiere la declaración anterior. 3º—En virtud de la declaraciones anteriores ha quedado extinguido el concepto de comunidad derivado de la escritura pública Nº 156 de 7 de noviembre de 1905 de la Notaría de Guacarí. 4º—Una vez ejecutoriada esta sentencia, regístrese en la forma legal, como lo previene el artículo 8º de la Ley 51 de 1943; 5º—Consecuencialmente, no se accede a hacer las declaraciones solicitadas por el demandado, Rodolfo Arzayús, en su libelo de contrademanda; 6º—Cancélese la inscripción de la demanda a que esta providencia se refiere, la cual fué ordenada por este Depacho por auto de doce de julio de 1946 y comunicada al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Documentos Privados por medio del oficio Nº 161 de fecha 1º de agosto del mismo año. Ofíciese, en consecuencia, al nombrado funcionario. Sin costas".

Sentencia recurrida

En virtud de apelación interpuesta por el demandado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga revocó el fallo de primera instancia y en su lugar dispuso: "1°—**Absuélvese** al demandado Rodolfo Arzayús de los cargos formulados en la demanda; y, en cambio: 2º **Declárase** como válido el trabajo de partición material del terreno denominado "Acequia de Durán o Guacas", verificado con fecha 17 de mayo de 1944, cuya copia auténtica se acompaña de autos; y, en consecuencia 3º—**Declárase** al señor Rodolfo Arzayús dueño del lote que se le adjudicó en la expresada partición; 4º—**Condénase,** en cambio, al demandante Eduardo Arzayús a entregar materialmente al demandado Rodolfo Arzayús el expresado lote con sus frutos, desde la contestación de la demanda; **declarándose,** al mismo tiempo, como poseedor de buena fe, para el efecto de las mejoras plantadas antes de la contestación de la demanda, a cuyo pago o aseguramiento tiene derecho; 5º—**Regúlense,** para el efecto anterior, tanto los frutos como las mejoras del referido lote, de conformidad al artículo 553 del Código Judicial".

El recurso

Concedido al demandante el recurso de casación, ha acusado la sentencia del Tribunal invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial. A juicio del recurrente, el Tribunal "al fallar como falló menospreció las pruebas que obran en los autos y a las cuales se ha hecho alusión en este libelo; pruebas que demuestran plenamente que la posesión ejercida por Eduardo Arzayús sobre el pequeño lote de terre-

no que reclama por prescripción, pasa de treinta años y "consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados", según la definición consignada en el art. 1º de la Ley 200 de 1936, que considera tales hechos como esencialmente costitutivos de propiedad privada; así como califica de complementarios de dicha explotación económica, "el cerramiento y la construcción de edificios". Todo lo cual ha sido cumplido por mi mandante en la parcela cuyo dominio le disputa a Rodolfo Arzayús. Y el Tribunal ha debido aplicar los artículos 673, 762, 780, 2531 y 2518 del Código Civil, concebido este último así: "Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales'. Y principalmente, no ha debido olvidar el artículo 1º de la Ley 51 de 1943 en la parte declarada exequible por la Corte, y que estatuye esto: "El comunero, que posea materialmente, en las condiciones legales, el predio común proindiviso o alguna parte de él, podrá hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, según el caso, contra los demás comuneros, lo mismo que contra terceros extraños a la comunidad, sobre lo que tenga poseído y explotado económicamente. La prescripción que se establece podrá invocarse judicialmente como acción o como excepción". Precepto éste complementado, en su aplicación y alcance, por el artículo 2º de la misma Ley 51. Como se vé, la falta de apreciación de todas las pruebas aducidas o la equivocada apreciación de ellas, indujo al Tribunal al error manifiesto de desconocer los hechos fundamentales del derecho invocado y, como consecuencia, violó directamente las disposiciones civiles sustantivas que quedan ya citadas, con menoscabo de la justicia".

El Tribunal dijo en la parte motiva del fallo que "Eduardo Arzayús entró a poseer la mitad de dicho potrero desde 1905 que lo compró, de conformidad a la escritura 156; y que, en cambio, el demandado Rodolfo Arzayús, a pesar de figurar entre los compradores de dicho potrero no entró a poseerlo en ninguna de sus partes". El recurrente hace a ésta y a otras apreciaciones del Tribunal, los siguientes comentarios: "Y es que el sentenciador no podía menos de aceptar estos postulados; porque están plenamente demostrados con los testimonios de Manuel José Torres, Cristóbal y Justiniano Ganizales, Luciano Hernández y Miguel Salcedo, ya citados; con la inspección ocular practicada sobre el terreno y, también, con lo expuesto por los peritos que intervinieron en ella, ante quienes confesó Rodolfo Arzayús no haber poseído parte alguna del terreno del cual forma parte el pequeño lote cuyo dominio, por prescripción, reclama Eduardo Arzayús. Lo extraño es que el Tribunal, después de aceptar que Eduardo Arzayús ha poseído, como dueño exclusivo, cuarenta y tres fanegadas del terreno vendido por Aicardo Tenorio, resulte, a la postre, con que "hay que convenir, por lo probado en el juicio, que esa posesión hay que dividirla en dos épocas; "la **primera** que sería a partir de 1905 en que él (el demandante), el demandado y la madre de ambos, señora Rosaura Arzayús v. de Arzayús, compraron el potrero de las 86 plazas, por medio de la escritura Nº 156 de 7 de noviembre de aquel año. Epoca ésta en la que se comprende no fué exclusiva la posesión del demandante, sino en común con los otros dos compradores. La **segunda época** habría que principiarla a contar desde la muerte de la nombrada señora, en cuya sucesión le fué adjudicado, tanto al demandante como al demandado sus respectivas porciones. De esta segunda época en adelante, es decir, desde que se partió el lote a virtud de la expresada sucesión de la susodicha señora, entre sus tres condueños, sería cuando podría principiarse a contar la posesión del demandante sobre el lote de terreno que le fué adjudicado". Conclusión ésta que contradice lo aceptado inmediatamente antes por el propio Tribunal como demostrado en los autos. Pues si Eduardo Arzayús posee desde 1905 hasta hoy las aludidas cuarenta y tres fanegadas, es inexplicable pretender dividir la posesión en dos períodos, como lo conceptúa el Tribunal. El error proviene, en primer lugar, de estimar que las ochenta y seis fanegadas compradas a Tenorio fueron poseídas en común no sólo por Rosaura v. de Arzayús y por Eduardo Arzayús, sino también por Rodolfo Arzayús, a tiempo que lo cierto es que éste no ha poseído personalmente, ni representado por otra persona, parte alguna de tal terreno. Luego no es el caso de "comprender" como lo afirma el Tribunal que no fué exclusiva la posesión del demandante sino en común con los otros dos compradores"; afirmación absolutamente gratuita. Pues en el proceso no existe el más leve indicio o conjetura que induzca a pensar que Eduardo Arzayús poseyera en su propio nombre y en el de Rodolfo. Pero ni siquiera que doña Rosaura hubiese poseído para sí y en nom-

bre de Rodolfo. Y tan cierto es ésto, que en la sucesión de ella se distribuyeron, por iguales partes, entre sus dos herederos las cuarenta y cuatro fanegadas que ella había poseído. Lo que revela el remate que el propio don Rodolfo, como heredero, admitió que la causante sí había poseído para ella y no para él ni para otra persona, las aludidas cuarenta y cuatro fanegadas. Por otra parte y en cuanto a la segunda época de posesión exclusiva del demandante, es un lamentable error del sentenciador —si no entiendo mal su confuso pensamiento— afirmar que tal época principió cuando en la sucesión de doña Rosaura de Arzayús, protocolizada en agosto de 1934, se partió el lote —debe referirse al comprado a Tenorio— entre sus tres condueños y se posesionó el demandante del "lote de terreno que le fué adjudicado". Y es un error, por varias razones: pues es inexacto que en la sucesión de doña Rosaura se hubiere dividido el terreno entre "sus tres condueños", ya que, por una parte, lo distribuído no fué sino la porción que había poseído la causante y, además, los adjudicatarios no fueron tres, sino sus dos herederos. Y sobre todo, para poner de relieve el absurdo de separar en dos períodos discontinuos, como lo predica el Tribunal, el lapso de la posesión en que se funda la prescripción invocada, basta advertir que ésta no tiene por fin la adquisición de dominio sobre porción alguna del terreno que fué objeto de la distribución en la sucesión de doña Rosaura de Arzayús. Tal posesión se refiere exclusivamente a una parte del terreno que vendió Aicardo Tenorio, la cual ocupó don Eduardo Arzayús desde el 7 de noviembre de 1905, día en que fué otorgada la escritura Nº 156 en Guacarí y entregados el predio a los adquirentes; posesión que perdura hasta el presente y que cumplió 41 años tres meses y veintiseis días el 4 de marzo de 1947, fecha en que fué notificada la demanda de reconvención incoada por Rodolfo Arzayús (F. 23 v. del C. Nº 1º), sobre partición material del globo de tierra, dentro del cual se incluyó una porción de lo poseído por Eduardo Arzayús. Lo que quiere decir que la prescripción invocada por éste no sufrió interrupción alguna antes de haberse cumplido; fenómeno éste acaecido en 1935, y contra el cual nada se ha alegado. Pero ni siquiera se intentó demostrar hecho alguno que sirviera de base para concluír que la prescripción fué suspendida, civil o materialmente".

Se considera:

El recurrente acusa la sentencia por error "manifiesto", es decir de hecho manifiesto, en la apreciación de las pruebas que demuestran, según él, la posesión de Eduardo Arzayús sobre la parcela objeto de la disputa, por explotación económica al tenor del artículo 1º de la Ley 200 de 1936; de lo cual deduce que el sentenciador ha debido aplicar los artículos 673, 762, 780, 2531 y 2518 del Código Civil y el artículo 1º de la Ley 51 de 1943 que consagra la prescripción entre comuneros, como acción o excepción, complementado por el 2º de la misma ley. Las pruebas que considera mal apreciadas son: los testimonios de Manuel José Torres, Cristóbal y Justiniano Canizales, Lucindo Hernández y Miguel Salcedo, la inspección ocular y el dictamen de los peritos que intervinieron en ella.

El Tribunal consideró que la posesión a partir de 1905, cuando el demandante, el demandado y la madre de ambos, por medio de la escritura Nº 156 de 7 de noviembre de aquel año compraron el potrero de 86 plazas, hasta la muerte de la citada señora, no fué exclusiva del demandante sino en común con su madre, y que por tal razón no le sirve para prescribir contra el demandado la mitad del terreno adquirido por la compra común de 1905; y que únicamente a partir de la muerte de dicha señora y la liquidación de la herencia y adjudicación a demandante y demandado de sus respectivas porciones, puede admitirse que hubo posesión exclusiva del primero que le pueda servir de título de prescripción. Esta fué la razón fundamental para que el Tribunal negara la declaración de prescripción adquisitiva treintenaria a favor del demandante.

Por su parte el recurrente sostiene que tal consideración del Tribunal implica error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas mencionadas.

Pasan a examinarse las relacionadas en el recurso:

Manuel José Torres, Lucindo Hernández y Miguel Salcedo, en conformidad con la pregunta redactada por el apoderado del demandante, dicen constarles personalmente y por percepción directa (no explican las circuntancias de tiempo, modo y lugar) que el demandante "en asocio de su madre, señora Rosaura Arzayús de Arzayús" desde el 7 de noviembre de 1905 viene poseyendo el lote de terreno comprendido dentro de los linderos que allí exponen; y que desde la muerte de dicha señora, ocurrida en 1931, ha seguido poseyendo "como único y exclusivo dueño, el lote de terreno" mencionado, "ejecutando al efecto actos de señor y propietario

como son las sementeras, ocupación con ganados" y otros similares. (C. 2 fls. 9 vto., 10 11 y 13).

Cristóbal y Justiniano Canizales declaran constarles que solamente Rosaura Arzayús y Eduardo Arzayús pagaron, la primera la tercera parte, y el segundo el resto del precio de la compra que en 1905 hicieron a Aicardo Tenorio de un globo de tierra en el sitio de Las Guacas, en Guacarí. Agregan los deponentes que Rodolfo Arzayús carecía de recursos para adquirir por compra cualquier inmueble y que por no haber contribuído con su cuota al pago del precio, "nunca entró a poseer en compañía de su madre y de su hermano ya nombrados lo comprado por éstos al citado señor Aicardo Tenorio". Pero los testigos no dan razón de su dicho distinta a la de haber sido por ese entonces empleados de Eduardo Arzayús; y no citan hechos constitutivos de posesión; nada refieren de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron conocimientos de lo que afirman, y ni siquiera identifican la finca a que aluden en su declaración (idem, fols. 10 vto. y 11).

El Tribunal estimó que con las declaraciones anteriores no se probaba plenamente la posesión del demandante sobre el lote reclamado durante el período que media entre el año de 1905 y el de la muerte de la señora Arzayús, en 1931. Tal apreciación del Tribunal basada en el dicho de los mismos testigos sobre la posesión de Eduardo Arzayús en común con su madre, de la cual es heredero también el demandado, no aparece errada y menos en forma manifiesta. Por el contrario, el Tribunal se atuvo a lo expuesto por los declarantes. De otra parte, la insuficiencia de tales declaraciones para demostrar los hechos constitutivos de la posesión durante 30 años, serían suficientes para estimar como justa la apreciación del Tribunal no darles valor de plena prueba de las pretensiones del demandante.

En cuanto a la inspección ocular (fls. 15 vta. y 16 C 2), la diligencia se limitó a la identificación del terreno objeto de la prueba, dejándose constancia de que se recorrió la propiedad del demandante y de que el lote de 7½ fanegadas materia de la litis, está situado dentro de aquella finca. A los peritos se dejó la labor restante. Estos primero procedieron a identificar por sus linderos el predio citado en el hecho 1º de la demanda, y luego el lote objeto de la litis o sea el que el demandante considera suyo por usucapión. En su informe manifiestan que el demandante sí posee de modo real y material la propiedad ya descrita, comprendiendo el lote que dice haber adquirido por prescripción adquisitiva de dominio y que también reclama para sí, según demanda de reconvención, el señor Rodolfo Arzayús", pero dicen que no están en capacidad de determinar si la posesión de Eduardo Arzayús data de treinta años o más. Por último, agregan los peritos en constancia sin ningún valor probatorio, que el demandado Rodolfo Arzayús si bien no firmó el acta, les había manifestado que "desde asía (sic) muchos años "su demandante Eduardo Arzayús venía poseyendo el lote en disputa". (Fls. 17 a 18 Cdno. 2). Anota la Sala al respecto que solamente el Juez podía consignar en el acta una tal manifestación en forma de podérsele reconocer algún mérito; y observa también que según los peritos el demandado no reconoció la posesión del demandante por un determinado tiempo, sino "desde hacía muchos años", fórma de expresión que por su vaguedad carece de valor para el juicio.

Salta a la vista, de este examen atento de la prueba de inspección ocular y dictamen de peritos, que el Tribunal no estuvo errado al no reconocerle valor para demostrar la pretendida posesión del demandante durante treinta o más años, y que, por el contrario, del acta y dictamen no aparece por parte alguna tal prueba.

No existiendo, como para la Sala es cuestión indudable, el pretendido error manifiesto en la apreciación de las pruebas citadas por el recurrente (que además son las únicas practicadas en el juicio por el demandante), no pudo el Tribunal haber violado los textos sustantivos que se citan, y por tanto el cargo no debe prosperar.

Por último, alega el recurrente que aún habiendo sido la posesión durante los años de 1905 a 1931 en común con su madre, se habría producido la prescripción en vista de que la ley 51 de 1943 establece la prescripción entre comuneros. Evidentemente, esta ley permite al comunero que ocupa materialmente y en forma exclusiva una parte de la comunidad, sin violencia ni clandestinidad, y sin que los otros comuneros ejerciten también sobre esa parte posesión alguna, obtener la declaración de pertenencia alegando prescripción, y lo faculta para hacerla valer como excepción en caso necesario.

Pero la situación del demandante en este juicio, al tenor de las declaraciones comentadas, es muy otra. No se trata de que él hubiera venido poseyendo durante esos años y hasta la muerte de la señora de Arzayús una parte determinada del terreno adquirido en 1905 indivisamente con dicha señora y el demandado; sino que, por el

contrario, tanto el primero, como la segunda, ejercitaron la posesión en común sobre todo ese terreno hasta el año de 1931. En estas circunstancias, el evento de la prescripción entre comuneros no pudo haberse presentado, porque mal podía prescribir el demandante contra los demás condueños, siendo así que uno de ellos estuvo ejercitando durante el mismo tiempo y en idéntica forma posesión igual sobre todo el inmueble. Falta el elemento de exclusividad de la posesión en el comunero prescribiente, para que la adquisición a ese título del dominio para sí se hubiera podido consumar.

Cuando los comuneros o varios de ellos ejercitan en común la posesión, ninguno puede alegarla como modo de adquisición del dominio con exclusión de los demás, pues se aplica entonces la norma general según la cual los actos del comunero benefician a toda la comunidad y lo que saque de ella debe restituírlo, incluso los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios particulares (art. 2326 y 2525 del Código Civil). En la hipótesis prevista en el artículo 2330 del Código Civil, "cada uno de los que poseen en común una tierra labrantía, tiene opción a que se le señale para su uso particular una porción proporcional a la cuota de su derecho, y ninguno de los comuneros podrá inquietar a los otros en las porciones que se les señalen"; o cuando sin acuerdo expreso cada comunero ocupa en forma exclusiva determinada porción con cultivos, ganados o cualesquiera otros medios de explotación económica de la tierra, sea que la porción así ocupada exceda o no la cuota de los derechos del comunero sobre la totalidad, podrá presentarse la prescripción a su favor y en contra de los otros condueños, siempre que esa posesión material revista las características de tal, es decir: ánimo de señor y dueño, sin reconocer ni permitir posesión de los demás en tal parte; ausencia de vicios de clandestinidad y violencia, y lapso de tiempo necesario. Cuando falta cualquiera de estos requisitos, la prescripción del comunero es imposible, como precisamente sucede en el caso de autos. Por tal motivo la Sala encuentra correcto y legal el criterio del Tribunal al negar la pretensión del demandante.

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,

FALLA:

NO SE CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, con fecha 8 de noviembre de 1949, en este juicio de Eduardo Arzayús contra Rodolfo Arzayús.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

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

BIBLIOTECA

ACCION DE FILIACION NATURAL — PRUEBA DE LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO

Conforme al artículo 6º de la Ley 45 de 1936: "La posesión notoria de 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 en que sus deudos y amigos y el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento".

Y el artículo 398 del C. C., de aplicación rigurosa en este caso, por lo prevenido en el 7º de la misma ley 45, agrega: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos".

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

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Ante el Juzgado Sexto Civil de este Circuito, promovió la señora Ana Rita Morantes, en su condición de madre natural del menor José Gustavo Morantes, demanda civil ordinaria contra doña María Luisa Barroso v. de Cote Bautista y don Gonzalo Cote Barroso, "como representante de la sucesión del doctor Guillermo Cote Bautista, fallecido en esta ciudad el día once de febrero del año en curso, la primera en su doble condición de cónyuge sobreviviente y de representante legal de los menores Armando y Miguel Cote Barroso, ambos hijos legítimos del doctor Cote Bautista y de la citada señora, y el segundo en su carácter de hijo legítimo del citado causante", para que se declare:

"1º—Que el menor José Gustavo..., tiene la calidad de hijo natural con relación al doctor Guillermo Cote Bautista, por ser hijo de éste, en la señora Ana Rita Morantes Cote;

"2º — Que como tal hijo natural, el menor José Gustavo es legitimario en la sucesión de su difunto padre, doctor Guillermo Cote Bautista;

"3º—Que el menor José Gustavo es hermano natural, por parte de padre de Gonzalo, de Miguel y de Armando Cote Barroso, todos hijos del extinto doctor Guillermo Cote Bautista.

"4º—Que proferida dicha sentencia declarativa de filiación natural del menor José Gustavo, en relación con Guillermo Cote Bautista, se ordene su protocolización y registro civil.

"5º—Que si los demandados se oponen a que sean hechas las declaraciones solicitadas, se les condene a pagar al demandante las costas del presente juicio...".

Como fundamentos específicos de esta acción, se invocaron: el de que la señora Morantes, como sobrina legítima del doctor Cote Bautista, vivió por espacio de varios años bajo su dependencia, por lo cual y "prevaliéndose del ascendiente natural que como tío y jefe inmediato de Ana Rita ejercía sobre ella, la requirió en amores y logró seducirla entrando en relaciones sexuales estables con ella", a consecuencia de las cuales Ana Rita fué embarazada y tuvo luego al niño Gustavo; y el de que tanto en la época de la prenatalidad, como al tiempo del nacimiento y posteriormente, el doctor Cote Bautista, se reconoció como el padre del menor ante sus familiares y amigos atendiendo a las necesidades del menor y a las de su madre.

A esta demanda le puso fin el Juzgado del conocimiento, mediante fallo de cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, en el cual negó las declaraciones solicitadas y absolvió a los demandados de los cargos que se les formularon.

La sentencia del Tribunal

De la anterior providencia apeló la parte actora para ante el Tribunal Superior de Bogotá, el que por sentencia de veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve revocó la de primer grado, y, en su lugar dispuso:

"Primero.—Declárase que el demandante José Gustavo Morantes Cote es hijo natural del doctor Guillermo Cote Bautista, ya fallecido y cuyo

juicio de sucesión cursa en el Juzgado 5º Civil de este Circuito.

"Segundo.—Declárase en consecuencia que José Gustavo Morantes Cote es hermano natural, por parte del padre doctor Guillermo Cote Bautista, de Gonzalo Miguel y Armando Cote Barroso.

"Tercero.—Declárase que como tal hijo natural, el señor José Gustavo Morantes Cote es heredero del causante Guillermo Cote Bautista y concurre con los demás legitimarios en la proporción prevista en la ley 45 de 1936.

"Cuarto.—En firme este fallo, inscríbase en la Oficina de Registro que corresponde.

"Quinto.—Sin costas en ninguna de las dos instancias".

En apoyo de estas conclusiones dijo el Tribunal lo siguiente:

"La demandante Ana Rita Morantes se presenta como la madre natural del menor José Gustavo Morantes, nacido el 4 de marzo de 1939, y en su carácter de representante legal de dicho menor acciona y pide que se declare la paternidad natural del mismo, frente a la sucesión del presunto padre ya fallecido, señor don Guillermo Cote Bautista. Como se verá adelante, el mencionado hijo concebido por Ana Rita siendo soltera, después de la vigencia de la ley 45 de 1936, por lo que tiene respecto de ella la calidad de hijo natural por el sólo hecho del nacimiento (art. 1º ley 45 de 1936) y puede ser declarado tal con arreglo a esa ley.

"Y con base en el precepto del artículo 28 de la misma ley, el hijo natural concebido con posterioridad a la vigencia de la ley 45 precitada puede concurrir con hijos legítimos de matrimonios anteriores a esa vigencia, en cuanto se refiere a derechos herenciales del causante común, lo que pone de presente el interés jurídico que exhibe la parte actora al solicitar de la justicia ordinaria el reconocimiento judicial de su calidad de hijo natural del señor Guillermo Cote B. y con respecto a la sucesión de éste.

"Por lo que hace a la parte demandada, constituída por la sucesión del precitado señor Cote Bautista, fallecido antes de la iniciación del presente juicio y que era el legítimo contradictor (art. 402, 2º del C. C.), la respectiva sucesión se halla debidamente representada por la cónyuge y los hijos legítimos del matrimonio Cote-Barroso, según las siguientes pruebas que obran en los cuadernos de pruebas de la parte actora: partida eclesiástica de matrimonio que contrajo el doctor Guillermo Cote Bautista con María Luisa Barroso, en Salazar (Depto. de S.), el 22 de mayo de 1923; partidas de nacimiento y bautismos de Gonzalo, nacido el 17 de febrero de 1926; de Armando, nacido el 18 de mayo de 1928; de Miguel, nacido el 16 de abril de 1931, todos tres hijos legítimos del matrimonio del doctor Guillermo Cote Bautista con la señorita María Luisa Barroso. Partida de defunción del doctor Guillermo Cote Bautista ocurrida el once (11) de febrero de 1947. Y copia del auto de fecha treinta y uno (31) de julio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), dictado por el Juzgado 5º Civil de este Circuito, en que se declaró reconstruído el juicio de sucesión de Guillermo Cote Bautista en el cual se había reconocido la calidad de cónyuge sobreviviente a la señora María Luisa Barroso de Cote Bautista, así como la calidad de herederos del causante a Gonzalo, mayor, y a los menores Armando y Miguel Cote Barroso, hijos legítimos, quienes aceptaron la herencia con beneficio de inventario.

"Sabido es que la sucesión demandada de una persona la deben representar en juicio todos los herederos que antes de trabarse la litis hayan aceptado la herencia, lo que ocurre desde el momento en que se les ha reconocido aquel carácter en la causa mortuoria".

"....

"En los hechos 1º, 2º y 3º de la demanda se alega la causal del numeral 2º artículos 4º de la ley 45 de 1936, o sea, la seducción de Ana Rita Morantes por su tío Guillermo Cote Bautista, prevaliéndose éste del ascendiente que le confería sobre ella su condición de tal y además la circunstancia de ser su protector y jefe de oficina".

Analiza a continuación la prueba aducida en apoyo de esta causal para concluír que "falta sinembargo en los autos un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil la seducción, para configurar legalmente la causal preindicada del ordinal 2º, artículo 4º de la ley 45 de 1936" y agrega a continuación:

"La otra causal invocada en la demanda consiste en la posesión notoria de hijo natural, al tenor del artículo 6º de la ley 45 de 1936 que dice: "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 en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento".

"De acuerdo con los artículos 398 y 399 del Código Civil, aplicables al caso, la posesión notoria deberá haber durado diez años continuos por lo menos y se debe probar por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable; porque, como lo ha dicho la H. Corte, "si la exigencia probatoria del artículo 399, se predica de la posesión de estados menos propios a la incertidumbre, el requerimiento sube de punto en relación con la posesión de estado de hijo natural, en donde el campo es más accesible a la falsa apreciación de las gentes y a situaciones equívocas entre los supuestos padre e hijo, que fácilmente pueden conducir a los jueces a cometer graves errores judiciales dejándose inducir por simples apariencias, muchas veces creadas por testigos ligeros de criterio, o lo que sería ya escandaloso, por testigos inescrupulosos" (G. J. Tomo 59, pág. 697).

"En el mismo fallo precitado explica la Corte que el artículo 6º de la ley 45 de 1936 condiciona la posesión notoria de hijo natural a la reunión de las siguientes circunstancias:

"1º—Que el padre o la madre hayan atendido a la subsistencia y educación del hijo;

"2º—Que a esas necesidades hayan provisto el padre o madre con el carácter de tales;

"3º—Que a virtud del tratamiento de que se habla en los dos numerales anteriores, los deudos y amigos de los padres y el hijo, o el vecindario del domicilio en general los hayan considerado ligados entre sí por el vínculo de filiación natural".

"Los testimonios de Ortega Rangel, Serrano Villamizar y Carmen Rosa Rico son conducentes a establecer las dos primeras circunstancias preindicadas, o sea, que el doctor Guillermo Cote Bautista proveyó desde la época del embarazo de Ana Rita Morantes y luego después del nacimiento y bautismo del infante Gustavo a las necesidades de crianza y subsistencia de éste, en su calidad de presunto padre natural del mismo.

"Además, la testigo Rosa María Ibáñez de Jaimes declara al respecto que conoce desde hace más o menos diez años a Ana Rita Morantes y a su hijo menor Gustavo Morantes, a éste desde cuando tenía unos dos años de edad; vivió con Ana Rita y su hijo en la calle 24 con carrera 4ª de esta ciudad y allí conoció también de vista y comunicación al doctor Guillermo Cote Bautista que iba con frecuencia a visitar a la Morantes y a su hijo, dándole a ella el tratamiento de señora y haciendo con ella vida marital o común; le consta a la declarante que el doctor Cote Bautista le daba el tratamiento de hijo al menor José Gustavo, le obsequiaba dinero y regalos y sufragaba los gastos necesarios de Ana Rita y de su hijo. A la declarante le manifestó también el doctor Guillermo Cote Bautista que el menor José Gustavo era su hijo.

"La testigo María Luisa Calderón de Cardozo conoció y trató durante más de veinte años al Dr. Guillermo Cote Bautista y a la señorita Morantes Cote, como también conoce al menor José Gustavo desde que tenía pocos meses de nacido; afirma que Ana Rita Morantes y su hijo vivieron en casa de la declarante, a donde concurría frecuentemente el doctor Guillermo Cote Bautista que daba al menor el tratamiento de hijo suyo, aún en presencia de amigos diferentes de la declarante, le hacía regalos y lo sacaba a pasear.

"El doctor Jorge Lamus Girón, actual Magistrado del Consejo de Estado, certifica bajo juramento; "2º—Que lo que sabe con respecto a las relaciones del doctor Guillermo Cote Bautista, quien falleció ya, y la señora Ana Rita Morantes, es que ésta última tuvo un hijo cuyo padre es el mencionado doctor Guillermo Cote Bautista, y que corresponde al nombre de José Gustavo; que de lo anterior tiene conocimiento desde hace varios años y que es una cosa pública y notoria para la colonia santandereana residente en esta ciudad capital, pues los mencionados Cote Bautista y Morantes son oriundos del Departamento Norte de Santander.

"Fuera de este conjunto de testimonios fidedignos cuyo contenido obra en el proceso, de la lectura de la demanda, del memorial de pruebas de la parte actora en primera instancia (fl. 14), del alegato de conclusión en primera instancia, del libelo de reconstrucción y del auto que la decretó con fecha treinta de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, aparece sin lugar a duda que en el proceso destruído obraban ya como pruebas legales que debieran estimarse en este fallo, las declaraciones de Lucrecia Solano de Guisa, Beatriz de Jiménez, Carlos Guillermo Jiménez Medina, Ana Salazar de Foschi, Carmen Ana de Langlade y otros cuyos contenido analiza el precitado alegato de conclusión expresando:

"Pruebas producidas en demostración de los hechos de la demanda. Con la demanda presenté sendas declaraciones extrajuicio dadas por Lucrecia Solano de Guisa, etc. etc... las que por haber sido ratificadas en el término probatorio y provenir de personas de insospechable moralidad, ofrecen credibilidad absoluta, y conforme a las cuales aparece ampliamente demostrada la

paternidad natural que sobre el menor José Gustavo le corresponde al difunto Guillermo Cote Bautista, así como la posesión notoria de que invistió éste durante su vida, de hijo natural suyo al citado menor...".

"En otro aparte del mismo alegato se lee:

"Obran también en autos algunas fotografías en las que aparece el doctor Guillermo Cote Bautista acompañado de mi mandante y por su hijo natural José Gustavo, fotografías que fueron reconocidas por todos y cada uno de los declarantes 'en forma precisa e inequívoca', para emplear las propias palabras usadas por el señor Juez a quien me dirijo.

"Todos estos datos probados en el incidente de reconstrucción conducen en sana lógica jurídica a presumir judicialmente que dentro del juicio destruído la parte actora tenía suficientemente acreditada la posesión notoria de hijo natural del menor José Gustavo Morantes Cote con respecto al doctor Guillermo Cote Bautista, ya fallecido, y que sería injusto desconocerle en este nuevo proceso esa situación favorable y legítimamente adquirida dentro del juicio, por simple efecto de un hecho o suceso completamente ajeno a la actividad y voluntariedad de dicha parte".

La demanda de casación

Contra este fallo recurrió en casación el señor apoderado de la parte demandada, y con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. le formuló dos series de cargos, dirigidos los de la primera, contra la personería sustantiva de las partes en el juicio, y los de la segunda por ser la sentencia violatoria de determinadas disposiciones sustantivas, a virtud de manifiestos errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba con que el Tribunal declaró probada la notoria posesión del estado de hijo natural del menor José Gustavo Morantes, respecto de su presunto padre el doctor Guillermo Cote Bautista. Procede la Corte a considerar estos últimos, porque encontrándolos fundados, según lo que en seguida se dirá, sobra toda consideración que pudiera hacerse respecto de los primeros. Dice el recurrente:

"El Tribunal infringió los artículos 346 del C. C. y 1º y 5º de la ley 45 de 1936 como consecuencia del error de derecho en que incurrió al apreciar la posesión notoria del estado de hijo natural que atribuyó al menor José Gustavo en relación con el doctor Guillermo Cote Bautista, considerada esa "posesión notoria" como prueba, elemento o circunstancia reveladora de la presunta filiación natural.

"Son tres, como es sabido, los elementos integrantes del fenómeno denominado posesión notoria de hijo natural: el trato (tractatus), la fama (publicidad) y la prescripción, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 397 y 398 del C. C. 6º y 7º de la ley 45. El primero consiste en que el respectivo padre o madre hayan tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia y educación; el segundo en que los deudos y amigos y el vecindario del domicilio hayan considerado o reputado como descendiente natural del padre o la madre a ese hijo, y el tercero en que dicho trato y tal fama hayan tenido de duración por lo menos diez años.

"En los juicios sobre filiación natural, el sentenciador tiene obligación de no aceptar como "posesión notoria", cuando de ese caso se trata, sino la que reúne los requisitos mencionados, pues el estatuto establecido por la ley 45 es de caracteres estrictos, e impone al Juez, como lo ha ratificado la jurisprudencia, el deber de proceder con cautela en la apreciación de los hechos, circunstancias o pruebas con que se pretende establecer la filiación.

"En estas condiciones, prescindiendo por ahora de averiguar si el sentenciador formuló conclusiones acertadas en cuanto se refiere a la prueba de los dos primeros elementos enunciados, hay necesidad de advertir y destacar, por ser un hecho importante, que dejó de inquirir por el tercero. Pero lo más importante es que el proceso carece de dato alguno sobre el particular. Ninguno de los testigos se refiere a esa circunstancia. La prueba literal o documental tampoco la establece; muy por el contrario, de acuerdo con las afirmaciones hechas en el libelo de demanda, el menor José Gustavo nació el primero de marzo de mil novecientos treinta y nueve, al paso que la partida que obra al folio 38 del cuaderno número primero demuestra que el doctor Cote Bautista falleció el once de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, con lo que se evidencia que el pretendido trato entre padre e hijo y la notoriedad o trascendencia en el público no duraron diez años. Falta, pues, el elemento de la prescripción.

"De consiguiente al aceptar el Honorable Tribunal como posesión notoria del estado de hijo natural una que no reúne los requisitos legales, que es deficiente en significación jurídica, incurrió en error de derecho en la estimación de dicho elemento, que por sí solo es prueba de la fi-

liación, lo que, por vía de consecuencia, le condujo a infringir las disposiciones sustantivas anteriormente mencionadas".

La Sala considera:

Conforme al artículo 6º de la ley 45 de 1936: "La posesión notoria de 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 en que sus deudos y amigos y el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento".

Y el artículo 398 del C. C., de aplicación rigurosa en este caso por lo prevenido en el 7º de la misma ley 45, agrega: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos".

Ahora bien: en el caso que es materia de este juicio, el menor José Gustavo Morantes, nació el día primero de mayo de 1939, según lo acredita la partida visible a folio 34 del cuaderno principal; y el doctor Cote Bautista, su presunto padre, falleció el día once de febrero de 1947 (fl. 38 ibidem). De donde resulta que entre las dos fechas, apenas transcurrieron menos de ocho años, por lo que este supuesto trato del padre para el hijo y a virtud del cual los deudos y amigos del doctor Cote Bautista o el vecindario de su domicilio en general pudieron reputarlo como padre natural de José Gustavo, no alcanzó ni pudo alcanzar al término de los diez años "por lo menos" que exige la ley para que la posesión notoria se reciba como prueba del estado civil. Luego al declarar la sentencia aquel estado con base en la referida posesión erró manifiestamente en la apreciación de la prueba y como consecuencia, infringió por indebida aplicación los artículos 1º, 6º y 7º de la ley 45 de 1936 y 398 del C. C.

Tampoco es procedente mantener el sentido de la decisión del Tribunal con base en ninguna de las otras dos causales que pueden considerarse invocadas en la demanda: porque respecto de la seducción, falta en los autos, como lo expresa la sentencia, "un principio de prueba por escrito que emana del presunto padre y que haga verosímil la seducción, para configurar legalmente la causal preindicada del ordinal 2º, artículo 4º de la ley 45 de 1936"; y porque para la de "relaciones sexuales estables", a que muy de paso alude la demanda, no llegó a acreditarse que dichas relaciones hubieran existido "de manera notoria", ni menos aún, que "el hijo hubiera nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron", como perentoriamente lo previene el ordinal 4º del mismo artículo.

En consecuencia, el fallo que se acusa debe ser casado, para negar en cambio las peticiones de la demanda como —por motivos distintos— lo hizo el Juez de primera instancia.

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, CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este negocio y **confirma** en su lugar la de primer grado, proferida por el Juzgado Sexto Civil de este mismo Circuito.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

EL VALOR PROBATORIO DEL CERTIFICADO A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 4º DE LA LEY 28 DE 1931, NO SE LIMITA A LA EXISTENCIA DE LA PERSONA JURIDICA CUANDO LAS OTRAS ESPECIFICACIONES QUE ALLI SE RELACIONAN TIENEN EL MISMO ORIGEN SOLEMNE DE LA PRIMERA

Desde luego la finalidad primordial del certificado a que se refiere el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, se halla dirigida a facilitar, por el medio de la publicidad que constituye el registro en la Cámara de Comercio, la prueba sobre el advenimiento de la sociedad a la vida jurídica y su actual existencia, que de otra suerte estaría circunscrita al medio directo de la escritura de organización. Pero como a más de las especificaciones que se refieren a la personalidad social, el certificado debe precisamente contener no sólo las estipulaciones de que trata el inciso 2º del art. 469 del C. de Co., sino todas aquellas que de alguna manera tengan que ver con el interés de los terceros en cuyo beneficio obra el registro (domicilio de la sociedad, facultades del administrador, supervivencia de la sociedad después de muerto uno de los socios, nombramiento de liquidador, etc.), y nada se opone a que pueda relacionar otras ajenas a dicho interés, resulta inaceptable limitar el valor probatorio del certificado a la existencia de la persona jurídica cuando las otras especificaciones que allí se relacionan tienen el mismo origen solemne de la primera, y están por consiguiente rodeadas de las mismas garantías de autenticidad; y cuando, en definitiva, la prueba de la existencia de la persona moral que él suministra, viene precisamente a descansar sobre el sello de verdad que el propio certificado le imprime a aquellas especificaciones extractadas de la escritura.

Claro está, como lo observa el Dr. Rocha en su tratado sobre "La prueba en Derecho", puede "suceder que se necesite mejor la escritura misma en copia registrada, además del certificado de registro mercantil y de la personería del gerente, cuando se discuta o se desee conocer el alcance de unas cláusulas, que en su integridad sólo las trae la escritura y no el extracto; entonces la escritura se llevará registrada por razón de la necesidad de conocer su contenido completo y no porque sea indispensable para acreditar la constitución y existencia social". En consecuencia, y siguiendo el pensamiento del distinguido comentarista, si no se discute o desea conocer el alcance de la estipulación a que el extracto alude, o si éste la relaciona en su integridad, resulta innecesaria la escritura; y el certificado que en su origen sólo estaba destinado a comprobar la organización y existencia social, virtualmente es también apto para acreditar esas otras especificaciones que su texto relaciona.

2—La acción ha sido establecida por la ley para alterar o cambiar una situación jurídica, creada, o por voluntad de las partes o por el querer del legislador, lo que indefectiblemente conduce a la conclusión de que la acción que no persigue esa finalidad, no puede prosperar.

De estos principios han concluído la doctrina y la jurisprudencia, que hay determinadas acciones que no pueden aceptarse por los jueces, cuales son, entre otras, las que los expositores apellidan INTERROGATORIAS, cuyo objeto es obligar al demandado a que explique qué consecuencias se propone sacar de tal o cual facultad que le pertenece, a saber si tiene o no determinadas pretensiones fundadas en este o aquel título.

También se ha aceptado uniformemente, que si la acción se funda en un documento público y solemne, no es necesario intentar juicio para que se declare la validez del acto y como consecuencia el derecho que de él nace, porque como documento público está amparado por la presunción de validez, mientras no se demuestre, en juicio contradictorio, su nulidad u otro vicio que lo invalide, y por tano él produce to-

dos los efectos legales sin que se necesite una declaración judicial al respecto.

Esta presunción está consignada en el artículo 1759 del Código Civil que considera que las declaraciones que hagan los interesados en un instrumento público hacen plena fe contra los declarantes y ellas no pueden invalidarse sino por mutuo consentimiento de las partes o por causa legal.

Existiendo a favor de los actos celebrados aparentemente, con las formalidades legales, la presunción de validez, sería insensato e injustificable que se ocurriera a la justicia ordinaria demandando la validez de un acto que ni los otorgantes ni los terceros han tachado de nulo o de inválido. Y ésto es de rigor, porque si las partes o los terceros tuvieran que ocurrir a los jueces pidiendo la declaración de validez del acto solemne que ellos voluntariamente han celebrado, sería acabar con la fe pública que éstos merecen por sí mismos y con la de los funcionarios públicos encargados de darla, fe que es necesaria para la estabilización de las relaciones humanas, ya sean de familia, ya sociales y comerciales".

Esto ha dicho también en otras ocasiones la Sala de Casación Civil (v. Casación de 25 de abril de 1941, G. J. n. 1971, pág. 225).

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

(Magistrado ponente: doctor Rodríguez Peña)

Por escritura pública número 144 de diez y nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, otorgada en la Notaría Segunda de Santa Marta, fué organizada la sociedad de responsabilidad limitada "Compañía Comercial del Magdalena Limitada", con domicilio en Santa Marta, y de la cual entró a formar parte más tarde el señor César Riascos, con un aporte de $ 30.-000.00, o sean 60 acciones, según lo estipulado en escritura número 38 de fecha 30 de enero de 1946 de la misma Notaría. El objeto de la sociedad, según el contrato de organización es "la exportación de frutos del país y de otros productos agrícolas y transportes marítimos en general".

El día 8 de agosto de 1947, previa convocatoria hecha por la Gerencia, se reunió la Asamblea General de Accionistas, con el fin de considerar la reforma de los estatutos, y entre las modificaciones adoptadas, aprobó como artículo nuevo el siguiente: "Artículo 59. Los bananeros están obligados a venderle toda su fruta a la Compañía. En el caso de que un productor tenga razones suficientes para preferir a otros compradores se dirigirá por escrito a la Junta Directiva solicitando el respectivo permiso y exponiendo sus razones. En caso que la Junta Directiva negare la solicitud, el productor podrá apelar de esta decisión ante la Asamblea General. El socio productor que vendiere su fruta a comprador distinto de la Compañía Comercial del Magdalena sin permiso ya sea de la Junta Directiva o de la Asamblea General, perderá el derecho a su participación en las utilidades y ésta ingresará al acervo común. Parágrafo. La Gerencia está en la obligación de convocar la Junta Directiva o la Asamblea General en un plazo no mayor de cinco (5) días, en estos casos...".

No conforme el socio señor Riascos con esta modificación estatutaria, procedió por medio de apoderado a demandar a la sociedad, representada por su Gerente don Francisco Luis Olarte, para que previos los trámites del juicio ordinario se declare:

a) Que es nulo el artículo 59 nuevo de la reforma estatutaria, antes transcrito.

b) Que invalidada o no, dicha reforma no obliga a los socios que estuvieron ausentes de la sesión en que se decretó, o que no la han aceptado; y

c) Que la sociedad está obligada a pagarle los dividendos que le corresponden, de acuerdo con sus acciones.

El Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta, a quien correspondió conocer del juicio, lo decidió en sentencia de cinco de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, en sentido adverso a las pretensiones del actor.

Apelada por él esta providencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta la confirmó en fallo de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, fundado en las siguientes consideraciones:

Como pruebas de la existencia del artículo 59 de los estatutos sociales, objeto de la declaración de nulidad solicitada, se trajo a los autos: un certificado expedido por la Cámara de Comercio de Santa Marta, y en el cual se inserta dicha disposición, como tomada del Acta de la Asamblea General de Accionistas celebrada el 8 de agosto de 1947, y que se protocolizó por medio de la es-

escritura Nº 401 de los mismos mes y año, y cuyo extracto fué registrado en ella, de acuerdo con la ley; y copia de dicha escritura expedida por el Notario del otorgamiento y remitida al juicio por conducto de la respectiva Cámara de Comercio.

La primera de estas pruebas fué desestimada, porque ("según lo dispuesto por el artículo 465 del Código del Comercio, la sociedad se forma y prueba por escritura pública registrada conforme al Código Civil; y en general se preceptúa que toda reforma, ampliación o modificación del contrato social, sean reducidas a escritura pública con las formalidades legales". Y auncuando el extracto contiene en forma auténtica el texto de la disposición reformatoria cuya invalidez se demanda, es lo cierto que el artículo 39 de la ley 28 de 1931 solamente lo admite para acreditar la constitución y existencia de la sociedad, mas no para probar reformas estatutarias, respecto de las cuales sigue rigiendo el principio general de la prueba por medio de la escritura.

Y en cuanto al valor de la que se trajo a los autos para subsanar esta irregularidad anotada ya por el Juez del conocimiento, dice lo siguiente: dicha escritura vino al juicio, a virtud de solicitud formulada por la parte demandante dentro del término probatorio de la segunda instancia, para que mediante, despacho al señor Notario Segundo de Santa Marta, "expida y envíe... por conducto de la Cámara de Comercio, copia debidamente autenticada" de ese instrumento; no se pidió que éste viniera por conducto del respectivo Registrador, sinembargo de lo cual la copia llegó a los autos con la correspondiente nota de inscripción en el Registro. En tales circunstancias, dice el Tribunal, no cabe conceder mérito probatorio a la escritura, por no haberse ésta producido dentro del juicio, en los términos prevenidos por el artículo 636 del C. J. ni puede por lo tanto, reconocerse como verdad jurídica la de la reforma estatutaria, cuya nulidad se demanda.

La negativa a la petición tercera del libelo la funda, en que no habiéndose propuesto en la demanda, ni probándose luego en el curso del juicio el hecho concreto de que la sociedad haya tenido utilidades, no es posible sostener la calidad de acreedor del socio respecto de la sociedad, para así concluír la existencia de una obligación de deber específicamente determinada. La manifestación espontánea hecha por el señor apoderado de la Compañía, de que ("los dividendos que correspondían al señor César Riascos no le han sido pagados, no por lo consagrado en el artículo 59, sino porque tanto éstos como los de todos los demás socios pasaron a una nueva cuenta llamada **utilidades por repartir,** no tiene el carácter de confesión judicial susceptible de obligar a la compañía, porque no es contestación a un hecho de la demanda, ni el apoderado tenía facultad legal para hacerlo, ni se adujo a los autos el balance deducido de los libros de contabilidad, único medio probatorio adecuado para establecer aquellas utilidades.

Y porque si el fin de la demanda es el de obtener una declaración en abstracto sobre el derecho del señor Riascos, a participar como socio en las utilidades de la compañía, tampoco sería ello procedente por innocua, ya que ese derecho se halla establecido en la ley como requisito esencial a la existencia misma de la sociedad, por lo cual la declaración que en tales términos se hiciera, sería insusceptible de producir efectos jurídicos concretos de ninguna clase.

Contra esta providencia recurrió en casación la parte actora, y con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. le opuso cuatro cargos, dirigidos los dos primeros contra la negativa del Tribunal a hacer las dos primeras declaraciones solicitadas en la demanda, y encaminadas las dos restantes a invalidar el rechazo de la última. Se procede a examinar los que, a juicio de la Sala, son bastantes a fundar las pretensiones del recurrente:

Primero.—Como fundamento del primero de los cargos propuestos se sostiene, que al negar la sentencia valor probatorio al certificado expedido por la Cámara de Comercio, respecto de la existencia de la reforma estatutaria que fué objeto de la acción de nulidad, "...el Tribunal incurrió en error de derecho al negar eficacia probatoria a dicho certificado, desconociéndole el valor que le atribuyen los artículos 1759 C. C. y 40 de la ley 28 de 1931; y por cuanto sobre esta injurídica base tuvo por no demostrada la existencia del acto tachado de nulo y absolvió a la Compañía demandada (súplicas 1ª y 2ª) quebrantó como consecuencia del expresado yerro las siguientes disposiciones, que dejó de aplicar siendo el caso de haberlas aplicado: artículos 6º, 1502, 1523, 1741 C. C. en los cuales se consagra la nulidad de los actos jurídicos por falta de consentimiento en ellos; 2080 ibidem, que exige la unanimidad para toda modificación sustancial del pacto de sociedad; y el 2113 de la misma obra, que prohibe exigir a los socios un mayor aporte de aquel a que se hubieren obligado por el contrato; el 500 C. de C., por el mismo motivo; el

515 de la misma obra, que señala los actos obligatorios para la minoría de los socios; el 591 ibidem, último inciso, que sanciona con la nulidad los actos de la Asamblea General de Accionistas, aunque sean adoptados por unanimidad cuando versan sobre objetos ajenos a la ejecución del contrato, o que excedan los límites señalados por los estatutos; y el 89 de la ley 153 de 1887 porque tampoco puede subsistir la cláusula nueva (59) como promesa de compraventa, por falta de los elementos que configuran este tipo de contractación".

La Sala considera:

El artículo 465 del C. de Co. estableció originalmente que "La sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada conforme al Código Civil". "La disolución de la sociedad antes de vencido el término estipulado, la prórroga de éste, el cambio, retiro o muerte de un socio, la alteración de la razón social, y en general toda reforma ampliación, o modificación del contrato, serán reducidas a escritura pública, con las solemnidades legales". Posteriormente sobrevino la reforma contenida en el artículo 40 de la ley 28 de 1931, y entonces quedó determinado que "para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, bastará un certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, sellado con el sello de ésta, en que consten el número, fecha y Notaría de la escritura de constitución y de las que en alguna manera la hubieren reformado, con las indicaciones generales que se exigen para los extractos de que tratan los artículos 469 del Código de Comercio y 2° de la ley 42 de 1898, según el caso; y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara".

De esta suerte y mientras la primera de estas disposiciones rigió por modo exclusivo, la prueba sobre organización y existencia de las sociedades comerciales, lo mismo que sobre las reformas que al contrato social se introdujeran, la demostración de tales hechos en el juicio tenía formalmente que someterse a la escritura en "copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida", como por principio lo establece el artículo 630 del C. J. con la modificación de que trata la segunda, no fué ya necesaria esa forma general de comprobación mediante la copia de la escritura, sino que bastó su extracto certificado por la respectiva Cámara de Comercio, en los términos prevenidos por esta disposición.

Así las cosas, la cuestión por dilucidar conforme al planteamiento propuesto por los distinguidos personeros de las partes en este juicio se reduce a establecer, cuál es en el sentido de la ley la materia a que exactamente puede extenderse el mérito probatorio de dicha certificación, o sea: si ella se limita a las especificaciones de que tratan los ordinales 1º a 4º y 7º del artículo 467 del C. de Co., sobre organización y subsistencia de la sociedad, personas que la componen, firma o razón social, nombre de sus representantes, capital de que se halla dotada y tiempo de funcionamiento y liquidación, por ser éstas las que respecto de los extractos prescribe el artículo 469 del mismo Código; o si por el contrario, el valor probatorio de tales certificaciones se extiende a cualesquiera otras cláusulas del contrato o de actos reformatorios posteriores que figuren en ellas.

Desde luego la finalidad primordial del certificado a que se refiere el artículo 40 de la ley 28 antes transcrito, se halla dirigida a facilitar, por el medio de la publicidad que constituye el registro en la Cámara de Comercio, la prueba sobre el advenimiento de la sociedad a la vida jurídica y su actual existencia, que de otra suerte estaría circunscrita al medio directo de la escritura de organización. Pero como a más de las especificaciones que se refieren a la personalidad social, el certificado debe precisamente contener no sólo las estipulaciones de que trata el inciso segundo del artículo 469 del C. de Co., sino todas aquellas que de alguna manera tengan que ver con el interés de los terceros en cuyo beneficio obra el registro (domicilio de la sociedad, facultades del administrador, supervivencia de la sociedad después de muerto uno de los socios, nombramientos de liquidador etc.) y nada se opone a que pueda relacionar otras ajenas al dicho interés, resulta inaceptable limitar el valor probatorio del certificado a la existencia de la persona jurídica cuando las otras especificaciones que allí se relacionan tienen el mismo origen solemne de la primera, y están por consiguiente rodeadas de las mismas garantías de autenticidad; y cuando, en definitiva, la prueba de la existencia de la persona moral que él suministra, viene precisamente a descansar sobre el sello de verdad que el propio certificado le imprime a aquellas especificaciones extractadas de la escritura.

Claro está que, como lo observa el doctor Rocha en su tratado sobre "La Prueba en Derecho", puede "suceder que se necesite mejor la escri-

tura misma en copia registrada, además del certificado de registro mercantil y de la personería del gerente, cuando se discuta o se desee conocer el alcance de unas cláusulas, que en su integridad sólo las trae la escritura y no el extracto; entonces la escritura se llevará registrada por razón de la necesidad de conocer su contenido completo y no porque sea indispensable para acreditar la constitución y existencia social". En consecuencia, y siguiendo el pensamiento del distinguido comentarista, si no se discute o desea conocer el alcance de la estipulación a que el extracto alude, o si éste la relaciona en su integridad, resulta innecesaria la escritura; y el certificado que en su origen sólo estaba destinado a comprobar la organización y existencia social, virtualmente es también apto para acreditar esas otras especificaciones que su texto relaciona.

Y como en el caso de que trata este pleito, el extracto escriturario certificado por la Cámara de Comercio, transcribe en su integridad no sólo la disposición social que se demanda, sino todas las demás que se tomaron en el mismo acto, en términos de que la escritura por medio de la cual se les protocolizó, nada puede agregar a su contenido, el Tribunal erró de derecho al desestimar dicha prueba, contra lo dispuesto por los artículos 1759 del C. C. y 40 de la ley 28 de 1931.

Esto supuesto, corresponde ahora examinar si el error de derecho que se deja establecido condujo realmente a la violación de la ley sustantiva en las disposiciones que cita la demanda, en términos de hacer inválida la decisión del Tribunal, como lo sostiene el recurrente, o si por el contrario, median consideraciones distintas suficientes para sustentar aquella decisión.

El artículo 11 de la ley 124 de 1937, "sobre compañías de responsabilidad limitada" establece que "En lo no previsto en esta ley y en lo que guarden silencio los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las reglas establecidas para las sociedades colectivas de comercio". Y el artículo 529 del C. de Co., perteneciente al Capítulo "De la Sociedad Colectiva", tiene prohibido a los socios, entre otras cosas, "Explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad, y hacer sin consentimiento de todos los socios operaciones particulares de cualquiera especie, cuando la sociedad no tuviere un género determinado de negocio. "Los socios que contravengan a estas prohibiciones, agrega, serán obligados a llevar al acervo común las ganancias, y a soportar individualmente las pérdidas que les resultaren". Pero como según el artículo 2º de los estatutos sociales, "El objeto de la sociedad es la exportación de frutos del país, y de otros productos naturales o manufacturados, importación de toda clase de mercancías, compra venta y cultivo de productos agrícolas y transportes marítimos en general", síguese entonces que, por virtud de este precepto que ha de entenderse incorporado en el contrato de organización social, tanto el señor Riascos como sus compañeros quedaron en imposibilidad legal de negociar en la compra y venta de productos agrícolas, so pena de que pudiera ser obligado el infractor "a llevar al acervo común las ganancias, y a soportar individualmente las pérdidas que le resultaren". De donde se sigue que al consignar la mayoría de los socios la prohibición de que ninguno de ellos pudiera vender su producción de banano a personas o entidades distintas de la propia sociedad, nada distinto hizo a declarar una obligación que ya estaba implícitamente contenida en el contratò, y que como tal obliga válidamente a todos los socios.

Otra cosa es, que en los términos como en aquel acto se sanciona la infracción, los socios se hubieran excedido de la previsión legal; pues que mientras ésta se limitó a crear para la sociedad el derecho de las ganancias derivadas de la operación, la modificación estatutaria llega hasta el extremo de imponerle al infractor la pérdida del derecho a su participación en las utilidades sociales.

Quiere ésto decir, que en la adopción del acto que se acusa, se introdujo al contrato mismo antes que á los estatutos, una modificación sustancial, que válidamente no podía tomarse sino por acuerdo unánime de los socios, conforme a lo establecido por el artículo 2080 del C. C. Pero como a juzgar por la nota de desaprobación del señor Riascos para el Gerente de la sociedad, y de la respuesta que éste le dió, a la Junta del 8 de agosto de 1947 en que por el voto unánime de los asistentes se aprobó la modificación, no asistió aquél, es claro entonces que por este motivo, la sanción especificada no puede producir como acto de la sociedad efecto alguno.

En consecuencia, y por resultar en esta parte el fallo del Tribunal violatorio de las disposiciones sustantivas que invoca el recurrente, debe ser casado, a efecto de conformar en instancia la decisión, con las consideraciones que se han hecho.

Segundo.—Los cargos que se han propuesto

contra la negativa del fallo a hacer la tercera de las declaraciones solicitadas en la demanda pueden concretarse en el concepto de ser la sentencia violatoria de los artículos 1527, 1602, 1603, 1625, 2079, 2081, 2094, del C. C. 507 del C. de Co. y 11 de la ley 124 de 1937 por estimación errónea de la demanda, al negarle los fundamentos de hecho de donde se deduce la acción y por evidente error de derecho en la apreciación del mérito probatorio de la confesión por medio de la cual se reconoce, en la contestación de la demanda, la existencia de utilidades o ganancias en el movimiento de negocios de la sociedad. Pues auncuando la sentencia analiza en primer término la hipótesis de una condena en concreto, por la que igualmente absuelve, la inconformidad que sobre el particular muestra el recurrente se funda exactamente en no ser sino la de una simple declaración en abstracto, la finalidad perseguida en la demanda, con lo cual el cargo queda de hecho limitado a la negativa que dentro de este último concepto le dió el Tribunal al expresado pedimento.

"Es elemental —dice el recurrente— que para obtener la declaración que se suplicó bastaba al proponente de la acción afirmar y probar —como en efecto se afirmó en la demanda y se probó en el juicio— que tiene la calidad de socio, ya que este título le dá derecho a pedir que se reconozca en su favor y en contra de la firma demandada la obligación en que ésta está de pagar los dividendos exigidos, como una consecuencia de aquella calidad, y de la nulidad del acto ilegalmente expedido por la Asamblea General de Accionistas.

"La objeción de que faltó en la demanda la enunciación del hecho de que se obtuvieron utilidades, implica, pues, un evidente error de hecho en la interpretación de la demanda.

"Existe error de derecho en la valoración de la prueba de confesión resultante de la respuesta a la demanda que el Tribunal rechazó porque considera —contrariando abiertamente el texto del artículo 1757 C. C. y sus concordantes— que el único medio eficaz de acreditar las utilidades en los negocios de una empresa comercial es el del examen de los libros, con lo cual exige, a espaldas de la ley una formalidad **ad probationem** que ésta no ha establecido, sacrificándose la libertad probatoria que nuestro sistema jurídico otorga a las partes en el juicio.

"Igualmente errónea es la apreciación del Tribunal acerca de la dicha confesión, desde luego que de acuerdo con ella plenamente demostrado está que el demandante es socio de la Compañía Comercial del Magdalena Limitada, que en su carácter de tal, tiene derecho a que se le cubran los dividendos respectivos, y que éstos se le han retenido por los motivos que expresa en sus respuestas el apoderado de la Compañía".

Se considera:

Como en otras ocasiones lo ha dicho esta Sala, "La acción ha sido establecida por la ley para alterar o cambiar una situación jurídica, creada, o por voluntad de las partes o por el querer del legislador, lo que indefectiblemente conduce a la conclusión de que la acción que no persigue esa finalidad, no puede prosperar.

"De estos principios han concluído la doctrina y la jurisprudencia, que hay determinadas acciones que no pueden aceptarse por los jueces, cuales son, entre otras, las que los expositores apellidan **interrogatorias,** cuyo objeto es obligar al demandado a que explique qué consecuencias se propone sacar de tal o cual facultad que le pertenece, a saber si tiene o no determinadas pretensiones fundadas en este o aquel título.

"También se ha aceptado uniformemente, que si la acción se funda en un documento público y solemne, no es necesario intentar juicio para que se declare la validez del acto y como consecuencia el derecho que de él nace, porque como documento público está amparado por la presunción de validez, mientras no se demuestre, en juicio contradictorio, su nulidad u otro vicio que lo invalide, y por tanto él produce todos los efectos legales sin que se necesite una declaración judicial al respecto.

"Esta presunción está consignada en el artículo 1759 del Código Civil que considera que las declaraciones que hagan los interesados en un instrumento público hacen plena fe contra los declarantes y ellas no pueden invalidarse sino por mutuo consentimiento de las partes o por causa legal.

"Existiendo a favor de los actos celebrados aparentemente, con las formalidades legales, la presunción de validez, sería insensato e injustificable que se ocurriera a la justicia ordinaria demandando la validez de un acto, que ni los otorgantes ni los terceros han tachado de nulo o de inválido. Y ésto es de rigor, porque si las partes o los terceros tuvieran que ocurrir a los jueces pidiendo la declaración de validez del acto solemne que ellos voluntariamente han celebrado, sería acabar con la fe pública que éstos merecen por sí mismos, y con la de los funcionarios públicos encargados de dar la fe que es

necesaria para la estabilización de las relaciones humanas, ya sean de familia, ya sociales y comerciales". (Casac. de 25 de abril de 1941, G. J. Número 1971, pág. 225).

En consecuencia, y aplicando estas mismas ideas al caso de que se trata, la acción encaminada a que se declare "que la compañía demandada está obligada a pagar a mi poderdante, señor César Riascos, lo dividendos que le corresponden como socio, de acuerdo con el número de sus acciones", no podía proceder como simple declaración abstracta dirigida sólo a reafirmar la eficacia de la ley frente a estipulaciones inobjetadas por las partes, según lo entendido por el Tribunal. Pero era procedente y debía por tanto reconocerse, en cuanto dados los términos de la demanda, esa declaración constituía el medio adecuado para modificar la situación jurídica en que al actor vino a colocarle una sanción irregularmente adoptada por la sociedad.

Por no haber dado a la demanda este último significado que es el que exactamente corresponde a los términos y hechos en que se apoya, el Tribunal erró de hecho en su apreciación, y como consecuencia, violó las disposiciones de carácter sustantivo a que refiere el recurrente su acusación.

Debe, pues, asímismo, casarse en esta parte el fallo del Tribunal, y en consecuencia con lo expuesto, reconocer el derecho que asiste al demandante señor Riascos para percibir de la sociedad los dividendos que haya lugar a liquidarle de acuerdo con su aporte, independientemente del modo como dicho señor haya cumplido con la obligación de venderle a la sociedad los frutos producidos por él y de que trata el artículo 59 (nuevo) de los estatutos sociales.

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 parcialmente la sentencia de ocho (8) de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en este juicio, revoca la de primer grado y en su lugar falla:

Primero.—Declárase sin valor ni efecto la parte de la reforma estatutaria de la Compañía Comercial del Magdalena Limitada contenida en el nuevo artículo 59, por medio de la cual se estableció que "el socio productor que vendiere sus frutos a comprador distinto de la Compañía Comercial del Magdalena sin permiso ya sea de la Junta Directiva o de la Asamblea General, perderá el derecho a su participación en las utilidades y ésta ingresará al acervo común".

Segundo.—Como consecuencia de la anterior declaración, el demandante señor Riascos, en su calidad de socio de la Compañía, tiene derecho a que se le paguen los dividendos o utilidades que le correspondan de acuerdo con la cuantía de su aporte, independientemente de los términos como haya cumplido con la obligación de venderle a la sociedad los frutos producidos por él.

Tercero.—No es el caso de hacer la declaración de nulidad, respecto de la parte restante del nuevo artículo 59 de la reforma estatutaria, a que se ha hecho referencia.

Cuarto.—No hay costas en el juicio.

Publíquse, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.



PODER DEL MARIDO PARA DISPONER POR SI SOLO DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ADQUIRIDOS CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA LEY 28 DE 1932 — INTERPRETACION DE LAS DEMANDAS — ESTA INTERPRETACION ES UNA CUESTION DE HECHO Y, POR TANTO, EN CASACION SE PUEDE ACUSAR POR ERROR DE ESTA ESPECIE — CUANDO EL DEMANDANTE CARECE DE ACCION, NO ES PROCEDENTE PROPONER EXCEPCIONES

1—Antes de la expedición de la Ley 68 de 1946, que por vía de interpretación señala la manera como debe entenderse y aplicarse la Ley 28 de 1932, la Corte había situado dentro de la calificación de inoponibilidad de fondo, los contratos celebrados por uno solo de los cónyuges, respecto de bienes sociales adquiridos antes del primero de enero de mil novecientos treinta y tres (1933), reputándolos inoponibles por falta de concurrencia del cónyuge que no había prestado su asentimiento; en esta interpretación creyó no sólo ajustarse a los términos de la Ley 28 de 1932, sino especialmente a la finalidad social de sus preceptos. Para llegar a esta estructura jurisprudencial, la Sala abandonó sus primitivas tesis sobre nulidad de los mencionados contratos.

2.—Corresponde al Juez interpretar el libelo de demanda, desentrañando el móvil que le ha servido de guía, hasta donde lo permitan la razón jurídica y la ley.

En repetidos fallos ha dicho la Corte que la interpretación de la demanda es una cuestión de hecho de la privativa competencia del juzgador, la cual no puede desconocerse en casación, a menos que resulte demostrado un error evidente en ello. (v. G. J., n. 1883, pág. 484).

3—La absolución de los demandados por carencia de acción, lo cual considera el Tribunal como una excepción, no incide en la resolución final del negocio, por lo mismo que se absolvió a la parte demandada. Si no existe la acción en el demandante, mal puede proponerse una excepción. (G. J., Tomo 47, pág. 457).

4—Desde que una demanda es susceptible de interpretarse y tal facultad existe en el juzgador, el hecho de que en la sentencia no se resuelva sobre uno de los aspectos que el demandante juzga ha debido decidirse, no quiere decir que por este motivo la sentencia no esté en conformidad con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; cabría en tal caso, la acusación por error de hecho en la interpretación de la demanda. (v. G. J., Tomo 45, pág. 488).

5—Como lo dijo la Sala de Casación Civil en sentencia de 15 de febrero de 1948: "En cuanto a la capacidad legal concedida a la mujer por la Ley 28 de 1932 y lo declarado en la Ley 68 de 1946, es necesario contemplar dos situaciones distintas:

"a) Con respecto a los bienes sociales existentes el 1º de enero de 1933 como de la sociedad conyugal, se entiende que dicha sociedad no se ha liquidado y que el bien que está en cabeza de la mujer no puede ser enajenado por ésta sin la concurrencia del marido. Pero éste sí podría enajenarlo como si fueran bienes propios. Tal es el alcance de la Ley 68 de 1946.

"b) Con respecto a los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, a partir del primero de enero de 1933, cada uno de ellos tiene la libre disposición de los que por cualquier causa adquiriera" (G. J. ns. 2057 y 2058. pág. 735).

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

(Magistrado ponente Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto por el doctor José Castro Borrero, en el juicio ordinario que éste ha venido adelantando contra Numa Pompilio Casasfranco y otra, primero co-

mo apoderado de María Belisa Hoyos de Casasfranco, y luego, en su carácter de cesionario de parte de los derechos de ésta, en el ordinario en referencia.

Antecedentes:

Los señores Marco Tulio Casasfranco y María Belisa Hoyos contrajeron matrimonio en el año de mil novecientos veinticinco; un año después, el marido celebró un contrato de sociedad con su hermano Numa Pompilio, a la cual aportaron los socios por iguales partes, el derecho de dominio que tenían sobre las fincas rurales denominadas "El Tiple", "Buchitolo" y "Zaino", que formaban la hacienda denominada "Califa", de un valor de diez y seis mil pesos ($ 16.000.00), situada en el Municipio de Candelaria.

El día treinta de enero de mil novecientos treinta y seis expiró el plazo social, entrando la compañía al estado de liquidación, pero a pesar de ello, los asociados continuaron ejerciendo el objeto social, hasta que el catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, tres días antes de la muerte de don Marco Tulio, los dos socios otorgaron la escritura 1668 de la Notaría Segunda de Cali, relativa a la liquidación del contrato social antes mencionado. En este acto no intervino la señora Belisa, esposa de don Marco Tulio.

Declaración muy significativa, advierte la demandante, es la contenida allí, en que se hizo constar que "los socios se hallaban mutuamente y con la sociedad a paz y salvo".

Con todo, ese mismo día, los hermanos Casasfranco firmaron la escritura 1669, de la misma Notaría, por la cual el designado Marco Tulio traspasa a su hermano, "so pretexto de una dación en pago por dinero prestado en diversas ocasiones y del apoyo que le ha otorgado en el transcurso de veinte años que ha vivido con él, especialmente en alimentación, vivienda y cuidados constantes, que valora en la suma de veintiún mil pesos ($ 21.000.00)", el dominio de los bienes que le correspondieron en la liquidación social de que se hizo referencia.

"No afectando —dice la demanda— las citadas escrituras de liquidación y de dación en pago, los derechos de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Marco Tulio Casas Franco o Casasfranco y la señora Belisa, dichos actos no tienen valor y así tendrá que concluírse de este juicio, determinando que las cosas vuelvan a su estado anterior".

La demanda se propuso contra la sociedad conyugal formada por los esposos Numa Pompilio Casasfranco y Rosa Amalia Hoyos, quienes se dice contrajeron matrimonio mucho antes de la vigencia de la ley 28 de 1932.

Se hace notar entre los hechos fundamento de la acción instaurada, que en el instrumento de liquidación de la sociedad, se hizo presente que no tenía pasivo.

Advierte la demandante, que la liquidación de una sociedad, se lleva a cabo teniendo presente, no sólo las obligaciones y derechos de los socios para con la compañía, sino "también teniendo en cuenta las mutuas obligaciones entre los mismos socios". "Luego — agrega — los claros términos de la liquidación, son una prueba de que entre los socios no existían obligaciones. Es una confesión que consta en escritura pública y contra ella no cabe prueba en contrario a menos que se alegue la misma falsedad de la escritura".

La demanda

Con base en los hechos enunciados, se solicitó del Juez se declarara que "no tienen ningún valor y por consiguiente no afectan los derechos de terceros interesados, las escrituras públicas números 1668 y 1669 de fecha catorce (14) de octubre de mil novecientos cuarenta (1940)" y que, por lo tanto, se ordene su cancelación en el registro; que como consecuencia, la sociedad colectiva que habían formado los hermanos Casasfranco, se encuentra en estado de "disolución", para ser liquidada por vencimiento del plazo y que en tal liquidación tiene ella derecho a intervenir como cónyuge supérstite del matrimonio celebrado con Marco Tulio Casasfranco. Que son de la referida entidad, los bienes inmuebles que se mencionaron en el referido instrumento de liquidación que se ataca; que a la misma pertenecen el lote de ganado que se incluyó en la liquidación, las utilidades de todos los bienes partibles y lo que se demuestre en el juicio como perteneciente a la mentada compañía de los hermanos Casasfranco.

Durante el pleito, la señora Hoyos de Casasfranco cedió a su abogado, el doctor José Castro Borrero, "el treinta por ciento (30%) de la suma líquida que tiene por concepto de su interés en la sucesión y en la liquidación de la sociedad conyugal", y en tal carácter se le reconoció en el juicio.

La demandante y los demandados desistieron

sin condición alguna del litigio; pero, a virtud de la cesión que se deja enunciada, el juicio se prosiguió por el doctor Castro Borrero, como cesionario del treinta por ciento (30%) expresado.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento falló con fecha cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, declarando probada la excepción de carencia de acción en el demandante doctor Castro Borrero y, en consecuencia, se absolvió a los demandados.

La sentencia recurrida

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, a donde fueron remitidos los autos, por apelación interpuesta por el doctor Castro Borrero, declaró que no era legal la sentencia de primer grado, la cual se fundamenta en la carencia de derecho en el mencionado profesional, para proseguir por su cuenta el litigio después del desistimiento presentado por la señora Hoyos de Casasfranco y sus demandados; sin embargo, confirma la absolución decretada, por considerar que el problema planteado, la ineficacia de los actos celebrados por el marido, relativos a la disposición de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, habidos con anterioridad a la vigencia de la ley 28 de 1932, los cuales enajenó sin autorización de su esposa después de tal fecha, había desaparecido, por cuanto a virtud de la interpretación dada a la ley 28 de 1932 por la ley 68 de 1946, el señor Marco Tulio Casasfranco, en su condición de esposo, "continuaba siendo, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio".

El recurso de casación

Por recurso interpuesto por el cesionario doctor Castro Borrero, los autos de este proceso fueron enviados a la Corte. Contra la sentencia en estudio, se han hecho los reparos que a continuación se sintetizan:

a) "Violación de los artículos 1490, 1491, 1493, 1458, 1626, 1781, 1830, 1829, 1826, 1825, 1823 del C. C.; 329 y 343 del C. J. como resultado de errores evidentes de hecho en la interpretación de la demanda.

El error consiste —según el recurrente— en creer que la **causa petendi** de la litis, se hizo radicar exclusivamente en la ausencia de facultad legal en el marido de la demandante, para disponer por sí solo y sin la anuencia de su cónyuge, de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal.

Expresa que son dos los motivos primordiales de la demanda: uno el considerado por el Tribunal, otro "que el sentenciador erróneamente identificó con el anterior, que tiene por base la supuesta **dación en pago** de que trata la escritura Nº 1669".

Que la sociedad de los hermanos Casasfranco se liquidó por medio de la escritura número 1668 y es contra tal acto, contra el cual se endereza únicamente el cargo basado en la ley 28 de 1932.

Pero, como los referidos hermanos otorgaron ese mismo día otro instrumento, el 1669, donde aparece que don Marco Tulio dá en pago a su hermano, por "los servicios allí especificados", los bienes determinados en la escritura referida, a tal acto se le ha formulado un doble reparo: el no hallarse conforme con las facultades dispositivas que tenía Marco Tulio, en relación con los bienes de la sociedad conyugal formada con su esposa, y el de que, tal **dación en pago** es una pura **donación.** Este último fundamento de la demanda fué erróneamente confundido o involucrado por el Tribunal, con el anterior, por haberse equivocado en la interpretación de la demanda.

Señala como hechos que justifican su aserto, los marcados en el respectivo libelo con las letras i), j), k), l), y ll), que se refieren de modo expreso al ningún fundamento de la dación en pago, por ser supuestos los servicios que se dicen satisfechos y "supuesta" la deuda en cuyo pago se transfirieron los bienes, de que dá cuenta la escritura 1669 en cita, y que con base en estos hechos, se impetra "la declaración de nulidad de la escritura últimamente mencionada, amén —agrega— del motivo fundado en la interpretación que se le dió a la ley 28 de 1932".

De suerte, concluye, que es una impropiedad jurídica sostener, como lo hace el sentenciador, que la **causa petendi** o medio jurídico de la acción incoada, está únicamente estructurada sobre la nulidad proveniente de faltar al marido de la actora las facultades dispositivas necesarias para enajenar, sin el concurso de su cónyuge, bienes pertenecientes a la sociedad conyugal y constituye, igualmente, un notorio error de hecho, sostener que los hechos de la demanda y sus peticiones se encaminan exclusivamente a deducir la predicha nulidad, porque unos y otras tienen además, el fundamento que se deri-

va del cargo de ser supuestos los servicios a que alude la escritura Nº 1669 de 1941 y constituír una verdadera donación la pretendida dación en pago".

Que "la dación en pago que configura el mencionado instrumento, entraña simplemente una "donación remunerativa"; que faltándole el requisito de la insinuación, es nula.

Todo lo cual —termina— es suficiente para casar el fallo, por violación de los preceptos indicados.

Observa también, que es un error del Tribunal hablar de la "excepción perentoria de carencia de acción", la cual no existe, como lo dice la Corte en fallo de siete de diciembre de mil novecientos treinta y ocho (1938). (G. J., T. XLVII, pág. 457).

Se considera:

Antes de la expedición de la ley 68 de 1946, que por vía de interpretación, señala la manera como debe entenderse y aplicarse la ley 28 de 1932, la Corte había situado dentro de la calificación de inoponibilidad de fondo, los contratos celebrados por uno solo de los cónyuges, respecto de bienes sociales adquiridos antes del primero de enero de mil novecientos treinta y tres (1933), reputándolos inoponibles por falta de concurrencia del cónyuge, que no había prestado su asentimiento; en esta interpretación creyó, no sólo ajustarse a los términos de la ley 28 de 1932, sino especialmente a la finalidad social de sus preceptos. Para llegar a esta estructura jurisprudencial, la Sala abandonó sus primitivas tesis sobre nulidad de los mencionados contratos.

Estas tesis, ampliamente divulgadas por la jurisprudencia, fueron las tenidas en cuenta por la viuda del señor Casasfranco, para pedir que los contratos celebrados por su marido con posterioridad a la vigencia de la ley 28 de 1932, "no tenían ningún valor y por consiguiente no afectan los derechos de terceros interesados", entre los cuales se cuenta la demandante.

Para la cónyuge sobreviviente, según lo ya expresado, los referidos actos del marido, ejecutados sin su intervención, le eran inoponibles; de ahí que considerara que la venta debía reputarse de cosa ajena, por pertenecer al haber de la sociedad conyugal, del cual el marido no podía, a virtud de la interpretación dada a la ley 28, disponer, sin la anuencia de su consorte.

Esta tesis está corroborada en la demanda por diversos hechos que le sirven de fundamento, tal como el señalado en la letra e), en donde la demandante expresa que es parte interesada en la liquidación de la sociedad formada por su marido y que por vencimiento del plazo debía liquidarse, la cual no podía llevarse a cabo sin su anuencia. Refiriéndose a tal acto, dice que es de todo punto de vista ineficaz, baldío y sin valor y que en forma alguna "puede afectar los derechos y acciones de la señora cónyuge aludida".

En el hecho marcado con la letra ñ), expresa la demandante, que ella contrajo matrimonio con don Marco Tulio, mucho antes de la vigencia de la ley 28 de 1932; que tal sociedad no se ha liquidado provisionalmente, "de manera que subsiste la sociedad conyugal con administración dual y sin que cada cónyuge administre separadamente lo que le pertenece". Estos antecedentes del litigio se corroboran con la cita de las disposiciones legales señaladas como fundamento de las acciones propuestas, o sea, de preceptos, además de la ley 28 de 1932, relativos todos a la sociedad conyugal. En ninguna parte se habló de la nulidad del contrato de "dación en pago".

Estas, pues, las razones o el fundamento de la interpretación dada a la demandada por el Tribunal, donde no se observa la presencia de un error evidente de hecho en tal apreciación. Corresponde al Juez interpretar el libelo de demanda, desentrañando el móvil que le ha servido de guía, hasta donde lo permitan la razón jurídica y la ley.

En repetidos fallos, ha dicho esta Sala, que la interpretación de la demanda es cuestión de hecho de la privativa competencia del juzgador, la cual no puede desconocerse en casación, a menos que resulte demostrado un error evidente en ello. Cosa que no aparece establecida en el presente proceso. (Véase GACETA JUDICIAL Nº 1883, pág. 484).

Pero hay algo más: las alegaciones del doctor Castro Borrero, hoy único interesado en el juicio, se circunscribieron durante todo el debate de instancias, al solo aspecto de la inoponibilidad de los actos del marido, realizados sin la intervención de la señora demandante.

La absolución de los demandados por carencia de derecho, lo cual considera el Tribunal como una excepción, no incide en la resolución final del negocio, por lo mismo que se absolvió a la parte demandada. Si no existe la acción en el demandante, mal puede proponerse una excepción. (G. J., Tomo 47, pág. 457).

Por lo expuesto, se declara sin fundamento el cargo.

b) Se origina en que "el sentenciador dejó de resolver el extremo de la demanda, que se basa en que la **dación en pago** de que trata la escritura Nº 1669 de 1941", fué en verdad una **donación;** de donde deduce, que el fallo no está en consonancia con las súplicas de la demanda, por lo cual la causal alegada debe prosperar.

Se considera:

Desde que una demanda es susceptible de interpretarse y tal facultad existe en el juzgador, el hecho de que en la sentencia no se resuelva sobre uno de los aspectos que el demandante juzga ha debido decidirse, no quiere decir que por este motivo, la sentencia no esté en conformidad con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; cabría, en tal caso, la acusación por error de hecho en la interpretación de la demanda, reparo que fué materia del cargo anterior. (Véase G. J., Tomo 45, pág. 488).

c) Acusa el recurrente en este aparte de su querella, por errada interpretación del artículo 1º de la ley 68 de 1946, porque, en su sentir, el alcance que tal ley le dió a los preceptos de la ley 28 de 1932, se contrae a los bienes habidos por la sociedad conyugal con anterioridad al primero de enero de mil novecientos treinta y tres (1933), y que, como la liquidación de la sociedad colectiva de los hermanos Casasfranco, se realizó con posterioridad de esta fecha, por consiguiente, de los bienes que por tal motivo pasaron al haber de la sociedad conyugal, no podía disponer el marido, sin la anunencia o autorización de la esposa. Señala como violados, el artículo 1º de la ley 68 de 1946 y la ley 28 de 1932.

Se considera:

Para desechar el cargo, el cual carece de todo fundamento, basta reproducir lo dicho por esta Sala en sentencia del quince de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), inserta en el Tomo número 158 a 161 de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, donde se determinan claramente los efectos de la memorada ley 68. En tal providencia se expresa:

"En cuanto a la capacidad legal concedida a la mujer por la ley 28 de 1932 y lo declarado en la ley 68 de 1946, es necesario contemplar dos situaciones distintas:

"a) Con respecto a los bienes sociales existentes el 1º de enero de 1933 como de la sociedad conyugal, se entiende que dicha sociedad no se ha liquidado y que el bien que está en cabeza de la mujer no puede ser enajenado por ésta sin la concurrencia del marido. Pero éste sí podría enajenarlo como si fueran bienes propios. Tal es el alcance de la ley 68 de 1946.

"b) Con respecto a los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, a partir del primero de enero de 1933, cada uno de ellos tiene la libre disposición de los que por cualquier causa adquiriera". (G. J. Nos. 2057 y 2058, Tomo LXIII, pág. 735).

Tratándose, pues, de la adquisición de ciertos bienes, hecha por el marido en el año de mil novecientos cuarenta (1940), sobre ellos, a virtud de lo expuesto, tiene la libre disposición por efectos del nuevo régimen patrimonial creado en el matrimonio, al tenor de las disposiciones de la ley 28 de 1932.

No existe, pues, errónea interpretación del precepto acusado.

d) En este nuevo reparo dice el recurrente, que si la acusación por "interpretación errónea" del artículo primero de la ley 68 de 1946, no fuere acogida, la propone ahora por quebrantamiento directo del precepto, pues tratándose de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, tantas veces referida, y habiendo sido adquiridos con posterioridad al primero de enero de mil novecientos treinta y tres (1933) no podía el marido enajenarlos a ningún título, sin la anuencia de la mujer, lo cual —dice— dió lugar a la violación por falta de aplicación del artículo 1º de la ley 68; 1º, 5º y 7º de la ley 28, ya citados, y de los artículos 1740, 1741 del C. C., 2º de la ley 50 de 1936.

Se considera:

Los reparos hechos en este nuevo capítulo de la demanda de casación, quedan decididos con lo expresado en el numeral anterior, donde se dice que, "con respecto a los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, a partir del primero de enero de 1933, cada uno de ellos tiene la libre disposición de los que por cualquier causa adquiera".

Se declara, pues, sin fundamento el cargo.

Cargos e), f), g) y h).

En estos apartes del libelo de casación, plantea el actor nuevamente cuestiones relativas a la aplicación de la ley 28 de 1932 y a los alcan-

ces de sus disposiciones, en presencia de la ley 68 de 1946, que se sintetizan y resuelven en conjunto, así:

I.—Dice que, si el Tribunal considera que los bienes que correspondieron al marido de la demandante, no entraron a la sociedad conyugal, acusa por error de hecho en la apreciación de las escrituras 1668 y 1669 de 1941, y señala como infringidos los mismos preceptos atrás indicados.

II.—Agrega que los derechos que el marido Casasfranco tenía en la sociedad comercial formada con su hermano, pertenecían a la sociedad conyugal constituída por la demandante y don Marco Tulio. Que en tales circunstancias, al liquidarse en mil novecientos cuarenta y uno (1941), el aporte del mårido ingresó al haber común de los dos cónyuges, del cual no podía aquél disponer sin la firma de la mujer. Señala como violados los mismos preceptos.

III.—Dice que la sociedad comercial Casasfranco expiró en mil novecientos treinta y seis (1936), que a partir de ese día, ya no hubo más sociedad y sí "una masa partible", en la cual eran interesados la señora Belisa y su marido. De suerte —agrega— que el ejercicio o actualización de un derecho nacido posteriormente al primero de enero de 1933, que venía a reemplazar "el primitivo de socio que adquirió Marco T. Casasfranco el 30 de enero de 1926", (al formar la sociedad con su hermano), no podía ser obra de uno solo de los cónyuges, sino de ambos.

Observa que el Tribunal entendió el artículo 1º de la ley 68 de 1946, en el sentido de que en relación con las sociedades conyugales ya existentes el primero de enero de 1933, auncuando se trate de bienes adquiridos con posterioridad a esta fecha, se produce la confusión de patrimonios, del marido con el de la sociedad conyugal y puede aquél enajenar libremente el haber de ésta. Interpretación errónea del artículo 1º de la ley 68 de 1946.

IV.—Por último, manifiesta que, "si acaso se creyese que no por equivocado concepto de la ley, sino por no aplicarse a un caso que la requería, se produjo la violación", también acusa por haberse infringido los textos que se han venido señalando.

Se considera:

Como es de notar, estos cargos se concretan a presentar bajo diversos aspectos, ya por violación directa, ya por indirecta, por indebida apreciación de pruebas, los mismos reparos que fueron estudiados en el cargo d) y que sobra repetir.

Si se considera que los bienes aportados por el marido a la sociedad comercial con su hermano, en el año de mil novecientos veintiseis (1926), pertenecían al haber de la sociedad conyugal, al liquidarse la comercial referida, los bienes aportados por el esposo regresaron al haber social con su mujer y, por lo tanto, se trata de bienes de la sociedad conyugal, habidos con anterioridad al 1º de enero de 1933, en que entró en vigencia la ley 28 tantas veces nombrada; teniendo en consecuencia, aplicación, lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 68 de 1946, que dice:

"Art. 1º Ley 68 de 1946.—La ley 28 de 1932 no disolvió las sociedades conyugales preexistentes y, por consiguiente, las que no se hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a ella, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del 1º de enero de 1933. En estos términos queda interpretada la citada ley".

Mas, si se hubiera de entender que se trata de bienes que adquirió el marido durante la sociedad conyugal, con posterioridad al referido primero de enero de 1933, entonces es aplicable lo expresado atrás por la Sala en el aparte d), o sea que, "con respecto a los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges a partir del primero de enero de 1933, cada uno de ellos tiene la libre disposición de los que por cualquier causa adquiera".

Es decir, por uno u otro de los aspectos que se tome la cuestión, el señor Casasfranco podía sin la autorización de la mujer, enajenar los bienes a que se refiere la escritura número 1669, tantas veces nombrada.

No hay, pues, error en la interpretación de las pruebas, ni directa, ni indirectamente se han violado las disposiciones citadas.

Por lo expuesto, se declaran sin fundamento los cargos apuntados.

i) Dice finalmente, que si se creyese que a tales conclusiones llegó el Tribunal por errores de hecho en la apreciación de las escrituras 130 de 1926, 1668 y 1669 de 1941, porque a virtud de ostensible equivocación hubiera creído que tales bienes (los enajenados en la escritura 1669 y los que comprende la liquidación de la escritura 1668), no ingresaron al haber social conyugal de los esposos Casasfranco, o lo fueron antes del primero de enero de mil novecientos treinta y tres

(1933), o que la sociedad comercial de Marco Tulio Casasfranco y compañía, no entró en disolución para ser liquidada con posterioridad al primero de enero de mil novecientos treinta y tres (1933) (el 30 de enero de 1936), entonces "acuso el fallo —expresa— por error contrario a la evidencia que se desprende de esos documentos, y consecuencialmente por quebranto de los textos legales sustantivos enumerados en el cargo anterior".

Se considera:

El Tribunal entendió, como era legal, que se trataba de bienes pertenecientes, unos a la sociedad conyugal no liquidada provisionalmente cuando se verificaron los actos acusados, por lo cual concluye que el problema jurídico había desaparecido, a virtud de la interpretación dada a la ley 28 por la 68 de 1946, ya que, según el nuevo precepto interpretativo del estatuto de la mujer casada, "el marido continúa siendo, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio". (Art. 1806 del C. C.).

Con respecto a los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, a partir del primero de enero de mil novecientos treinta y tres (1933), cada uno de ellos tiene la libre disposición de los que por cualquier causa adquiera. (Art. 1º, Ley 28 de 1932. G. J. Tomo 63, pág. 735).

Así pues, en relación a los bienes que en comunidad adquirió el marido durante los años de 1937, 1938 y 1939, en que había terminado el plazo social, como habidos por él durante el nuevo régimen patrimonial en el matrimonio bien pudo enajenarlos.

En estas condiciones, el Tribunal, en la interpretación de los contratos a que se refiere el recurrente, se atuvo a las prescripciones de las mencionadas leyes, las cuales interpretó y aplicó en forma debida.

En fallo de catorce de julio de mil novecientos cuarenta y siete (1947) (GACETA JUDICIAL Nos. 2050 y 2051, pág. 611), al aplicar por primera vez la ley 68 de 1946, dijo esta Sala:

"Los preceptos de la ley 68 de 1946 son disposiciones interpretativas de las normas consignadas en la ley 28 de 1932 a las cuales le dió la Corte determinado entendimiento en cuanto se refiere a las sociedades conyugales que la ley en referencia encontró constituídas al entrar en vigencia. El Legislador de 1946 ha cambiado esa doctrina, con facultades suficientes para hacerlo, en razón de que "la interpretación legislativa de las leyes es la que fija con autoridad definitiva su alcance verdadero". (Artículo 25 del Código Civil).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

SENTENCIA:

Por 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 le la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha veintidos de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

EL HEREDERO, CON FUNDAMENTO EN LA SIMPLE DELACION DE LA HERENCIA, NO TIENE DERECHO DE REIVINDICAR PARA SI LOS BIENES QUE FORMAN EL ACERVO HEREDITARIO

En garantía de los derechos que asisten al heredero, éste puede ejercitar cualquiera de estas acciones: la reivindicatoria o de dominio, en favor de la herencia que representa, para que el tercero que desconoce los derechos del causante sobre determinados bienes de que aquél se halla en posesión, sea condenado a restituírlos. La de petición de herencia de que trata el artículo 1321 del C. C., la cual ejercita personalmente el heredero contra quien pretende esta misma calidad, para que, previo reconocimiento de aquella condición, se declare su derecho a la totalidad de la herencia o parte de ella, y se le restituyan las cosas hereditarias de que el demandado se halla en posesión. Y la reivindicatoria de que trata el artículo 1325, que en interés personal ejercita asimismo el heredero adjudicatario contra el tercero que adquirió la cosa del heredero aparente, o que la posee por otro título distinto e inferior al de su causante.

A diferencia del sentido que los expositores chilenos le asignan a estos principios de contenido idéntico en las dos legislaciones, nuestra Jurisprudencia no le reconoce al heredero el derecho de reivindicar para sí los bienes que forman el acervo hereditario, con fundamento en la simple delación de la herencia, sino subordinado a la previa adjudicación, o sea, al modo de la tradición del dominio por el registro; por lo cual y mientras esto no se haya efectuado o no se haya declarado el derecho preferente del heredero a los bienes ocupados por otro, no puede ejercitar en su provecho la mencionada acción. "La acción del artículo 1321 del C. C., ha dicho la Corte, no puede dirigirse sino contra la persona que esté ocupando la herencia en calidad de heredero, de tal modo que es improcedente dirigirla contra quien posee, aunque sea indebidamente, un bien determinado por haberlo adquirido por un título distinto del de heredero, por compraventa, donación, etc. El poseedor vencido en el juicio de petición de herencia debe restituír todas las cosas hereditarias que conserva en su poder, no sólo las que al tiempo de la muerte pertenecían al de cujus, sino los aumentos que haya tenido la herencia. En relación con las cosas que no ocupa o que no están en su poder por haberlas enajenado, destruído o deteriorado, la orden de restitución no es procedente y la obligación del demandado sufre la transformación señalada en el artículo 1324 del C. C. Cuando el que arrogándose la calidad de heredero ha ocupado indebidamente la herencia y ha enajenado a otras personas las cosas hereditarias, puede el heredero hacer uso de la acción reivindicatoria en razón de estas cosas, si son reivindicables y contra los terceros que no las hayan adquirido por prescripción, como lo dispone el artículo 1325 del Código citado, pero no es posible obtener la restitución de estas cosas con la simple acción de petición de herencia. En estos juicios si el demandado, ocupante de la herencia en su condición de heredero declarado, ha enajenado los bienes de ella a un tercero y éste no ha comparecido como parte en el juicio de petición de herencia, aun cuando el demandante pruebe su acción, o sea su carácter de heredero preferente, no por ello es el caso de acceder a las peticiones de la demanda consistente en que se condene al demandado a la restitución de los bienes que le fueron adjudicados como heredero.

"Respecto de cosas hereditarias que el heredero demandado y vencido en el juicio no conserva en su poder por haberlas enajenado o las que han sufrido deterioro, es preciso distinguir si eran poseídas de buena o mala fe, porque en el primer caso solamente será responsable de las enajenaciones o deterioros en cuanto lo hayan hecho más rico, y en el segundo, de todo su im-

porte, aunque no se haya enriquecido con ellos" (Casación de 6 de octubre de 1940, G. J. n. 1964, pág. 328).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b).—Bogotá julio veintitres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Rodríguez Peña)

Dentro del juicio de sucesión de la señora Rudesinda Flórez de Méndez que cursó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, se hicieron reconocer como herederos suyos, el cónyuge sobreviviente señor Rufino Méndez, y sus hijos legítimos Luis y Francisco Méndez Flórez, todos los cuales le enajenaron al señor Aristides Forero sus derechos y acciones, según escrituras 275 de 25 de mayo de 1937 y 486 de 19 de septiembre de 1938, otorgadas ambas en la Notaría de Facatativá. En esta condición se adjudicó a Forero, como cesionario de todos los interesados, el único bien inventariado o sea, "un globo de tierra llamado "Ráquira", en la vereda de Puebloviejo de la jurisdicción municipal de San Francisco de Sales... que adquirió la sociedad conyugal formada entre la causante Rudesinda Flórez y Rufino Méndez de Comba, en mayor extensión", e identificado como aparece en la respectiva hijuela de adjudicación, inmueble que luego enajenó a Efrén Acero por escritura Nº 27 de 24 de enero de 1944 de la misma Notaría.

Sucedió sinembargo, que fuera de los interesados reconocidos en el juicio, la señora Flórez de Méndez había dejado otros hijos legítimos, llamados Hermínia, Florentino, Ana Celina y Rosa María Méndez Flórez quienes no se hicieron parte en la mortuoria. La última de los nombrados, casada con el señor José Adán Pinzón, fallecida posteriormente, dejando como herederos a sus menores hijos legítimos, Ana Inés, Carlos Julio y María Ana Elvia Pinzón Méndez.

Por escritura Nº 355 de 13 de junio de 1944, Florentino, Ana Celina y Herminia Méndez Flórez, vendieron a los señores Manuel González y José Sarmiento "todos los derechos y acciones que les corresponden o puedan corresponderles en las sucesiones intestadas de sus legítimos padres Rufino Méndez Comba y Rudesinda Flórez de Méndez Comba".

En estas circunstancias los señores González y Sarmiento, directamente, y José Adán Pinzón, en representación de sus menores hijos, promovieron ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, acción ordinaria contra Aristides Forero y Efrén Acero para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"A) Que los señores Florentino Alfonso, Ana Celina, Herminia y Elvinia y Rosa María Méndez Flórez, son herederos de Rudesinda Flórez de Méndez, casada con Rufino Méndez o Comba, en su condición de hijos legítimos.

"B) Que mis poderdantes Manuel González y José Sarmiento son cesionarios de los citados derechos herenciales de Florentino Alfonso, Ana Celina y Elvinia o Herminia Méndez Flórez, al tenor del instrumento público que se acompañó a la demanda primitiva número 355 de la Notaría de Facatativá, pasada el 13 de junio de 1944.

"C) Que los menores Inés, Carlos Julio y María Ana Elvia Pinzón Méndez suceden por derecho de transmisión a su madre Rosa María Méndez Flórez en los bienes que a esta heredera corresponden.

"D) Que los bienes de la sucesión de Rudesinda Flórez de Méndez, o sea el inmueble denominado Ráquira, en jurisdicción de San Francisco, determinado en el hecho sexto, deben volver al patrimonio de la misma sucesión, para que sean adjudicados en las proporciones a que haya lugar y en común y proindiviso a los herederos de la causante señores Luis y Francisco Méndez Flórez representados por Aristides Forero o el sucesor de éste; al cónyuge sobreviviente Rufino Méndez o Comba, o a su cesionario Aristides Forero o a quien lo represente; a los herederos Florentino Alfonso, Ana Celina y Herminia o Elvinia Méndez Flórez, representados por sus cesionarios Manuel González y José Sarmiento; y a la heredera Rosa María Méndez Flórez, representada por sus herederos Ana Inés, Carlos Julio y María Ana Elvia Pinzón Méndez, quienes la suceden por derecho de transmisión; adjudicaciones que deben hacerse por los frutos naturales y civiles desde el fallecimiento de la causante Rudesinda Flórez de Méndez, pues como consecuencia de esta petición debe ordenarse que se rehaga la partición aprobada por el señor Juez 1º Civil del Circuito de Facatativá en el juicio de sucesión de la citada Flórez de Méndez, por sentencia de tres de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, según consta en la escritura número 547 de 6 de septiembre de 1943 de la Notaría del Circuito de Facatativá, que se acompañó a la primitiva demanda.

"E) Que se ordene al Registrador del Circui-

to de Facatativá que cancele la inscripción o registro de aquella sentencia y de la hijuela formada a favor de Aristides Forero en el citado juicio de sucesión de Rudesinda Flórez de Méndez.

"F) Que se cancele la incripción de la escritura número 27 de 25 de enero de 1944 de la Notaría de Facatativá, hecha en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito en la misma fecha, en el Libro número Primero, tomo Segundo, partida número 243, puesto que los bienes vendidos por esta escritura deben volver al patrimonio de la sucesión de Rudesinda Flórez de Méndez, para que sean materia de nueva partición en la forma demandada.

"G) Que se condene a Aristides Forero y Efrén Acero a restituír los bienes adjudicados al primero en el juicio de sucesión de Rudesinda Flórez de Méndez, con sus frutos naturales y civiles, para que sean materia de la nueva partición que se demanda, por ser poseedores de mala fe.

"H) Que se condene a los demandados al pago de las costas del juicio en caso de oposición, por ser temeraria ésta".

El pleito fué decidido en la primera instancia mediante fallo de veintitres de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, declarándose "que en el presente juicio se halla probada la excepción **perentoria de inepta demanda,** consistente en haber sido dirigida la demanda contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda. "En consecuencia, se **niegan** las peticiones de la demanda, y se **absuelve** a los demandados de los cargos en ella formulados".

Apelada esta decisión por recurso interpuesto por la parte actora, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de once de febrero de mil novecientos cincuenta, la revocó, y en su lugar dispuso:

"1º—Los señores Florentino Alfonso, Ana Celina, Herminia o Elvinia y Rosa María Méndez Flórez son herederos de Rudesinda Flórez de Méndez en su condición de hijos legítimos.

"2º—Manuel González y José Sarmiento son cesionarios de los derechos hereditarios de Florentino Alfonso, Ana Celina y Herminia o Elvinia Méndez Flórez en la sucesión de su madre Rudesinda Flórez de Méndez.

"3º—Inés, Carlos Julio y María Ana Elvia Pinzón Méndez representan a Rosa María Méndez de Pinzón en la porción que a ésta cupiere en la herencia de Rudesinda Flórez de Méndez.

"4º—Vuelvan a la sucesión de Rudesinda Flórez de Méndez los derechos que ésta ha tenido en el predio denominado Ráquira ubicado en jurisdicción del Municipo de San Francisco, comprendido dentro de las lindes expresadas en la demanda y transcritas en la sentencia apelada, para que se rehaga la partición aprobada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá en el referido juicio mortuorio por sentencia de tres de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, según consta en la escritura número 547 otorgada el seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, entre todos los herederos de la mencionada Rudesinda, en la medida de su respectiva vocación, y respetando los derechos que tuviere el cónyuge sobreviviente Rufino Méndez.

"Cancélese el registro de la prenombrada sentencia. Por el Juzgado líbrese el despacho respectivo.

"5º—Condénase a los demandados a restituír a la sucesión de Rudesinda Flórez de Méndez el precitado inmueble y a restituírle los frutos que hubiere podido producir con mediana inteligencia y actividad desde el día en que el Juez Municipal de San Francisco verificó el lanzamiento en virtud de la entrega pedida por Efrén Acero contra Aristides Forero hasta el día de la restitución, menos los gastos ordinarios invertidos en producirlos.

"6º—Condénase a los demandados en las costas del juicio en ambas instancias. Tásense.

"7º—Niéganse las demás peticiones demandadas".

Consideró el Tril . l, que es equivocado el parecer del Juez de primera instancia en cuanto estimó inepta la primera acción por no haberse dirigido contra los herederos cedentes del adjudicatario Forero, sino contra éste y su comprador Efrén Acero, e improcedente la reivindicación, por cuanto esta acción y la de petición de herencia no pueden acumularse dentro de un mismo juicio, ni tampoco en forma subsidiaria, y luego agrega:

"En sentir de la Sala, el Juzgado se equivocó al interpretar el libelo. No lo tomó como un solo cuerpo sino que dividió sus peticiones: las tres primeras las tomó sin relacionarlas con las restantes, y eso lo condujo a error, porque la acción promovida es la reivindicatoria consagrada en el artículo 1325 del Código Civil, según la cual "el heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terce-

ros y no hayan sido prescritas por ellos". Las súplicas previas tienden a establecer la calidad de heredero o de cesionario de un heredero por parte del actor, calidad o presupuesto esencial en la acción promovida.

"El verdadero heredero tiene dos acciones distintas para obtener la tutela de su derecho: la de petición de herencia y la reivindicatoria. La primera no puede entablarla sino contra el que posea en calidad de heredero; la segunda, contra quien posea aduciendo un título distinto de aquél. El fundamento de una y otra acción es el mismo: la adquisición de los bienes reclamados por el modo denominado sucesión por causa de muerte (Arts. 1321-1325, C. C.).

"Como consecuencia de la transmisión hereditaria el heredero sustituye al causante desde la apertura de la sucesión. Adquiere todos sus derechos. Los derechos y acciones del difunto transmitidos al heredero como consecuencia de su vocación hereditaria presuponen la realidad de su aptitud para heredarlo. El heredero presunto o putativo tendrá, pues, que probar la validez de su título si le surge un contradictor cualificado. Como tal carácter le es personal no puede demostrarlo por medio de las acciones del de cujus porque una vocación hereditaria no puede servir de prueba de su misma causa, de sí misma. La prueba del título de heredero es, por consiguiente, presupuesto común de las dos memoradas acciones. La diferencia entre una y otra radica en el título del demandado: en la primera es ocupante a título de heredero; en la reivindicatoria, a título de adquirente particular. En aquélla el heredero aparente o putativo conserva la posesión de los bienes en que entró a título de heredero; en la segunda los bienes han pasado a terceros. En el último supuesto es obvio que el verdadero heredero dirija la acción contra el tercero para que restituya las cosas hereditarias de que esté en posesión. Esta acción es la de dominio que define el artículo 946 del Código Civil; esto es, la que tiene el dueño de una cosa singular, o de cuota determinada proindiviso de cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

"Así lo dá a entender el texto 1325 de la obra citada que se refiere a ella empleando el artículo definido LA, y que habla de 'cosas reivindicables', las cuales no pueden ser otras que las indicadas en el Capítulo 1° Título XII, Libro 2º de la referida codificación.

"Que Herminia, Florentino, Alfonso, Ana Celina y Rosa María Méndez Flórez son herederos de Rudesinda Flórez de Méndez es punto acreditado en los autos con las partidas de estado civil citadas en los dos primeros antecedentes de este fallo.

"Los hijos de Rosa María Méndez de Pinzón tienen los mismos derechos hereditarios que su madre, a virtud de la representación consagrada en el artículo 1041. Manuel González y José Sarmiento, en su calidad de cesionarios de Florentino, Ana Celina y Herminia adquirieron respecto del acervo hereditario de Rudesinda los dos derechos y cargas de los herederos vendedores, esto es, les sustituyen en todos sus derechos y obligaciones transmitidos.

"La venta o cesión de herencia, es la convención por la cual un heredero cede a cambio de dinero la universalidad de los derechos pecuniarios que resulten para él de la apertura de la sucesión. No es su calidad de heredero la que el vendedor transmite por este contrato; esta calidad es personal e instransmisible: porque no puede depender del que es heredero, dar a otro su lugar en la familia y su grado de parentesco. Lo que constituye el objeto de la deuda es la masa de bienes y de los derechos dejados por el difunto, la universalidad de su patrimonio activo y pasivo, universus jus difunti. El heredero que ha vendido la herencia sigue, pues, siendo heredero, pero ha dejado de ser propietario del patrimonio hereditario; el título de heredero permanece indestructible sobre su cabeza; pero el emolumento o provento que de ese título dependía, pasa al comprador.

"El cesionario, debe, por lo demás, pagar todas las deudas de la sucesión, cumplir todas las obligaciones contraídas por el difunto con cargo a su patrimonio. Debe tomar el lugar pecuniario del cedente, y soportar, como éste lo hubiera hecho, si no hubiera cedido sus derechos, todas las cargas que pesan sobre la herencia. Esta ha sido la doctrina de la Corte, quien cita a Baudry Lacantinerie (G. J. Tomo 40 página 196).

"Luego si el cesionario ocupa jurídicamente, y desde el punto de vista patrimonial, el mismo lugar del heredero cedente, tiene los mismos derechos y obligaciones de aquél con relación al acervo sucesoral. De ahí que el cesionario tenga la acción de petición de herencia o la reivindicatoria consagrada en el artículo 1325, por activa; o por pasiva es procedente discutir en frente de él la declaración de heredero de mejor o igual derecho solicitada por el verdadero heredero.

"De lo anterior fluye el reconocimiento de la personería de los demandantes y de las tres primeras súplicas demandadas.

"Los elementos indipensables para el despacho favorable o la restitución del único bien sucesoral se encuentran reunidos en el proceso, a saber: la identidad del predio la demuestra el cotejo de la alindación que obra en la adjudicación con la transcrita en el libelo; la posesión está aceptada por Efrén Acero en su respuesta a la quinta posición que absolvió (C. 2, fl. 14); y el derecho de los demandantes surge en su vocación hereditaria amparada por el artículo 85 de la ley 153 de 1887.

"Y como se les desconoció tales derechos en la partición, se impone rehacer este acto entre todos los herederos en la medida de su respectiva vocación, y respetando los derechos del cónyuge sobreviviente que éste acredite. Por consiguiente debe recibir despacho favorable la demanda e) y la primera parte de la distinguida con la letra g).

"En cuanto a la restitución de los frutos deben considerarse como poseedores de mala fe, porque así lo comprueban las declaraciones de Jesús Vega, Daniel Acero, Efraín Ballén, Gregorio Acero, Manuel Cárdenas y Marco A. Nivia en armonía con las confesiones contenidas en las respuestas a las posiciones 7ª, 8ª, 11ª y 12ª, elementos de convicción que acreditan un arreglo o reparto amigable entre Aristides Forero y los herederos demandantes del predio en cuestión, a virtud del cual el terreno se dividió entre ellos y los herederos ocuparon una parte hasta cuando fueron desalojados a virtud del juicio promovido entre Forero y su comprador Acero. En el arreglo estuvo presente este último.

"El contrato contenido en la escritura número 27 otorgada el 24 de enero de 1944 de la Notaría de Facatativá es válida pero no produce efectos contra el verdadero dueño conforme a la doctrina del artículo 1871 del C. C. De ahí que se deba negar la petición F) de la demanda.

"La condena en costas se justifica pues hay temeridad en la defensa, tanto más cuanto que los demandados son poseedores de mala fe".

Contra este fallo recurrió en casación la parte demandada, y al efecto le formuló estos dos cargos fundados ambos en la causal 1ª del artículo 520 del C. J.:

a) La sentencia es violatoria, por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1321, 1322, 1325, 946, 950 y 952 del C. C. y del 333 del C. J.

"La acción de petición de herencia, dice, es completamente diferente de la acción reivindicatoria. La primera se dirige por el heredero contra otro heredero que esté ocupando la herencia en calidad de tal. La segunda se dirige por el dueño contra el poseedor de la cosa.

"La personería sustantiva en la petición de herencia no puede radicar sino en el heredero y la personería sustantiva del demandado en ese caso no radica sino en el que ocupe la herencia en su carácter de heredero. De ahí que siempre que se instaure la acción de petición de herencia debe demandarse al heredero que la ocupa".

En el caso de que aquí se trata, Aristides Forero no es heredero de Rudesindo Flórez, ni Efrén Acero, posee el inmueble de Ráquira en dicha calidad, sino a virtud de un título singular, contra el cual apenas exhiben los actores el de cesión de derechos herenciales que otras personas les hicieran, insusceptibles por su naturaleza para comprobar dominio. Luego al aceptar el Tribunal dichas acciones violó, por indebida aplicación, las disposiciones mencionadas.

b) Asímismo, el Tribunal apreció erróneamente la escritura Nº 335 del 13 de junio de 1944, por medio de la cual Florentino, Ana Celina y Herminia Méndez vendieron a Forero y a Sarmiento sus derechos y acciones en la sucesión de Rufino Méndez Comba y Rudesinda Flórez, al dar a dicho instrumento el valor que no tiene de prueba del dominio sobre una cosa singular; y dejó de apreciar la escritura Nº 27 de 24 de enero de 1944 por la cual Efrén Acero adquirió de Aristides Forero el predio de Ráquira. Como consecuencia de ese doble error, la sentencia violó las mismas disposiciones de orden sustantivo a que se concreta el cargo anterior.

La Sala considera:

En garantía de los derechos que asisten al heredero, éste puede ejercitar cualquiera de estas acciones: la reivindicatoria o de dominio en favor de la herencia que él representa, para que el tercero que desconoce los derechos del causante sobre determinados bienes de que aquél se halla en posesión, sea condenado a restituírlos. La de petición de herencia de que trata el artículo 1321 del C. C., la cual ejercita personalmente el heredero contra quien pretende esta misma calidad, para que, previo reconocimiento de aquella condición, se declare su derecho a la totalidad de la herencia o parte de ella, y se le restituyan las cosas hereditarias de que el demandado se halla en posesión. Y la reivindicatoria de que trata el artículo 1325, que en inte-

rés personal ejercita asímismo el heredero adjudicatario contra el tercero que adquirió la cosa del heredero aparente, o que la posee por otro título distinto e inferior al de su causante.

A diferencia del sentido que los expositores chilenos le asignan a estos principios de contenido idéntico en las dos legislaciones, nuestra Jurisprudencia no le reconoce al heredero el derecho de reivindicar para sí los bienes que forman el activo hereditario con fundamento en la simple delación de la herencia, sino subordinado a la previa adjudicación o sea, al modo de la tradición del dominio por el registro; por lo cual y mientras ésto no se haya efectuado o no se haya declarado el derecho preferente del heredero a los bienes ocupados por otro, no puede ejercitar en su provecho la mencionada acción. "La acción del artículo 1321 del C. C. ha dicho esta Sala, no puede dirigirse sino contra la persona que esté ocupando la herencia en calidad de heredero, de tal modo que es improcedente dirigirla contra quien posee, aunque sea indebidamente, un bien determinado por haberlo adquirido por un título distinto del de heredero, por compra, venta, donación etc. El poseedor vencido en el juicio de petición de herencia debe restituír todas las cosas hereditarias que conserva en su poder, no sólo las que al tiempo de la muerte pertenecían al de cujus, sino los aumentos que haya tenido la herencia. En relación con las cosas que no ocupa o que no están en su poder por haberlas enajenado, destruído o deteriorado, la orden de restitución no es procedente y la obligación del demandado sufre la transformación señalada en el artículo 1324 del C. C. Cuando el que arrogándose la calidad de heredero ha ocupado indebidamente la herencia y enajenado a otras personas las cosas hereditarias, puede el heredero hacer uso de la acción reivindicatoria en razón de estas cosas, si son reivindicables y contra los terceros que no las hayan adquirido por prescripción, como lo dispone el artículo 1325 del Código citado, pero no es posible obtener la restitución de estas cosas con la simple acción de petición de herencia. "En estos juicios si el demandado, ocupante de la herencia en su condición de heredero declarado, ha enajenado los bienes de ella a un tercero y éste no ha comparecido como parte en el juicio de petición de herencia, aun cuando el demandante pruebe su acción o sea su carácter de heredero preferente, no por ello es el caso de acceder a las peticiones de la demanda consistente en que se condene al demandado a la restitución de los bienes que le fueron adjudicados como heredero...".

"Respecto de cosas hereditarias que el heredero demandado y vencido en el juicio no conserva en su poder por haberlas enajenado o las que han sufrido deterioro, es preciso distinguir si eran poseídas de buena o mala fe, porque en el primer caso solamente será responsable de las enajenaciones o deterioros en cuanto lo hayan hecho más rico, y en el segundo, de todo su importe, aunque no se haya enriquecido con ellos". (Sent. octubre 16 de 1940. G. J. 1964, pág. 328 P-Q).

En el caso de que trata este juicio, los demandantes propusieron conjuntamente las dos acciones: la de petición de herencia contra don Aristides Forero Muñoz quien, como causahabiente de Luis y Francisco Méndez Flórez, hijos legítimos de Rudesinda Flórez, recibió en adjudicación no solamente la herencia que a éstos correspondía, sino la parte a que, con el mismo título, tenían derecho Herminia, Florentino, Ana Celina y los hijos legítimos de Rosa María Méndez Flórez, y la reivindicatoria o de dominio contra Efrén Acero, quien a título singular adquirió de Forero Muñoz el inmueble a que se hallan vinculados los derechos hereditarios, para que, mediante una nueva distribución, se les restituya la cuota parte de sus causantes en el expresado inmueble.

De esta suerte, al decidir el Tribunal de conformidad con tales pretensiones, no puede sostenerse que el fallo sea violatorio de las disposiciones que rigen la legitimación en causa de cada una de estas dos acciones. Porque al adquirir el demandado Forero los derechos que a sus causantes correspondían en la sucesión de la señora Flórez de Méndez, dicho señor entró a ocupar, respecto de los bienes de la sucesión, la calidad jurídica de heredero que a éstos corresponde: por tanto, con audiencia suya correspondía discutir la calidad de herederos en virtud de la cual los demandantes, como causahabientes de aquéllos, podían válidamente ejercitar la acción de petición de herencia. Y porque, siendo el otro demandado un tercero que recibió del heredero o causahabiente del heredero la parte de bienes a que tienen mejor derecho los demandantes, está en la obligación de responder por dichos bienes, tal como lo previene el artículo 1325 del C. C. arriba citado, sobre la base no ya de la prevalencia de un título de dominio sobre otro, sino de la mejor calidad de heredero sobre la del causante de quien dicho tercero adquirió.

Por esta sencillísima consideración, tampoco es aceptable el reparo que en segundo término formula el recurrente por errónea apreciación de la escritura Nº 355 de 13 de junio de 1944 por medio de la cual adquirieron los demandantes los derechos y acciones en cuya virtud promovieron este pleito; y por falta de apreciación de la número 27 de 24 de enero del mismo año, por la que Aristides Forero le vendió a Efrén Acero el predio de Ráquira que a aquél se le adjudicara dentro del sucesorio de Rudesinda Flórez de Méndez. Pues, se repite, en la acción reivindicatoria de que trata el artículo 1325 del C. C. no sólo es procedente la confrontación del título del poseedor con el de la sucesión o su heredero, sino la del derecho que a uno y otro correspondan como causahabientes de la misma sucesión, que corresponde exactamente a lo sucedido en el caso de que se viene hablando en este juicio.

En consecuencia, los cargos de que se trata son infundados, 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 fecha once (11) de febrero de mil novecientos cincuenta (1950), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio.

Las costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo.

Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.



CUANDO LOS HEREDEROS DEL EJECUTADO YA ESTAN INTERVINIENDO EN EL JUICIO, NO ES NECESARIA LA NOTIFICACION PERSONAL DE QUE TRATA EL ART. 1434 DEL CODIGO CIVIL— CESION DE CREDITOS — LA ACCION REIVINDICATORIA SOLO PUEDE DIRIGIRSE CONTRA EL POSEEDOR MATERIAL — CUANDO EL DEMANDADO NO NIEGA AL CONTESTAR LA DEMANDA, LA CONDICION DE POSEEDOR, SE HACE RESPONSABLE DE LA COSA

1.—Es cierto que la notificación a los herederos, cuando muere el ejecutado en el curso del juicio, debe ser personal para que surta sus efectos, pues una notificación por estado a quienes son extraños al juicio es práctica y legalmente inexistente. Pero si los herederos ya son partes, el solo hecho de su actuación en tal juicio los hace conocedores del título o títulos ejecutivos que allí obran, y la notificación personal carece de objeto, como lo ha dicho la Corte. Con mayor razón no puede aceptarse que en juicio separado se alegue después como causal de nulidad la falta de tal notificación personal.

El artículo 1434 del Código Civil pretende simplemente evitar que los herederos sean sorprendidos con un mandamiento de pago. Luego, si éstos son parte en el juicio ejecutivo, la finalidad de impedir que sean condenados sin defensa ha quedado satisfecha.

2—Una cosa son los requisitos para la notificación de la cesión de un crédito en forma extrajudicial y las relaciones sustantivas entre cedente, cesionario y deudor, cuestiones tratadas en el Código Civil, y otra muy distinta es la notificación judicial, dentro de un proceso, que se haga de un auto que acepta la cesión del derecho en litigio.

La falta de formalidades en la notificación al deudor de la cesión de un crédito, puede dar lugar a que éste desconozca tal cesión y pague válidamente al cedente; pero nada tiene que ver con la nulidad o validez del trámite del juicio ejecutivo que se siga para la efectividad del crédito que no ha sido pagado por el deudor. Ni siquiera la nulidad de la cesión podría ser causa de nulidad del juicio ejecutivo para el pago del crédito, pues aquélla constituiría una cuestión de fondo que se resolvería en la sentencia de excepciones si así lo alegare oportunamente el ejecutado, exactamente cómo podría hacerlo respecto al pago, la compensación, la rescisión del contrato, etc. Pero ni aún en el supuesto de que la cesión de un crédito adolezca de defectos o vicios y que, por consiguiente, no vincule al deudor, el pago que éste haga al cesionario dejaría de ser válido, ya que ésta es una de las maneras de aceptación de la cesión por aquél; y por tanto, puede decirse que si ese pago llegare a verificarse mediante el procedimiento coercitivo de la ejecución, sin que se hubiera propuesto la excepción correspondiende o habiendo ésta fracasado, sería también válido y de ninguna manera resultaría procedente alegar la nulidad del juicio con tal pretexto. Esto es así, porque no se trata de uno de los vicios en la forma del procedimiento, únicos que configuran nulidades del juicio, sino de cuestión substancial que se refiere a la titularidad del derecho en el actor y a la existencia de la obligación de pagar por el ejecutado.

3.—La muerte del padre ausente cuyo paradero se ignora no pone fin a la curaduría ad litem del menor, sino que, como ocurre con el mandato de apoderados continúa vigente mientras el representante legal del menor no concurra al juicio y asuma la representación.

Sobre el particular ha dicho la Corte: "Los curadores para pleito o ad litem, aunque no derivan la representación de la voluntad del representado, son mandatarios que el juez les dá a ciertas personas que no pueden o no quieren comparecer al juicio, en circunstancias que la ley determina, y como a mandatarios judiciales les es aplicable el artículo 264 del C. J." (G. J.,

Tomo 45, pág. 114, Casación de 11 de agosto de 1936).

4.—Al tenor del artículo 450 del C. J., ordinal 1º, no puede alegarse la nulidad por indebida representación "cuando se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante", y en juicio posterior sólo es pertinente la acción de la parte que no estuvo legalmente notificada o representada en el juicio. Habiéndose, pues, declarado en éste su legal representación y notificación con audiencia de quien en el otro pide la declaración de nulidad, no cabe plantear después la misma cuestión con base en idéntica causa ya discutida y fallada. Esto se deduce lógicamente del artículo 457 del C. J., si se tiene en cuenta que por ser una norma exceptiva debe interpretarse dándole alcance restringido, para hacer del recurso en juicio posterior una medida de limitada ocasión, pues se ha establecido en favor de quien no tuvo oportunidad legal de defenderse dentro del juicio cuya nulidad se pide.

El ordinal 1º del art. 450 del C. J. debe entenderse en el sentido de que no cabe alegar de nuevo la nulidad, no solamente en el mismo juicio sino también en otro posterior, y con mayor razón en el último, pues de lo que ciertamente se trata es de impedir que quien ya intentó la nulidad por ilegitimidad de personería quede en posibilidad de desconocer la validez de ésta, declarada por providencia en firme, y con su audiencia.

5.—La acción reivindicatoria es la que corresponde al dueño de una cosa singular, de que no esté en posesión, para que le sea restituída. Y el artículo 946 del Código Civil dice, expresamente, que su objeto es obtener que "el poseedor de ella sea condenado a restituírla" (restituir la posesión).

Por consiguiente, son presupuestos de esta acción: a) la calidad de dueño del demandante; b) la naturaleza singular de la cosa; c) la ausencia de posesión del titular del dominio; y, d) la calidad de poseedor de esa cosa singular, del demandado.

Al demandante corresponde la prueba de esos presupuestos esenciales de la acción. En esta clase de juicios no es suficiente la prueba de que el demandado tiene la cosa en su poder, pues se requiere que la tenga en calidad de poseedor, precisamente, y no a título precario. Cabe aquí aplicar la norma de que al actor le incumbe probar los hechos de su demanda, y uno de éstos es, cuando se ejercita la acción reivindicatoria, el de la posesión del demandado.

Además, sabido es que la posesión inscrita es cosa enteramente distinta de la posesión material, y que la acción reivindicatoria se ejercita necesariamente contra el poseedor material y no contra el simple poseedor inscrito. Si una de las partes tiene la posesión inscrita solamente, ésta debe ser el demandante; y si ambas la tienen, el demandado ha de ser, también indispensablemente, el poseedor material del inmueble. No existe reivindicación contra quien tenga la simple calidad de poseedor inscrito, porque lo que se persigue es la restitución, la material y no la simbólica representada en la cancelación del registro. Mal podría el juez condenar al demandado a restituír materialmente la cosa demandada, sin existir la plena prueba de que ella se encuentra en su poder y en calidad de poseedor.

6.—El artículo 214 del C. J. impone al demandado a quien se atribuye la posesión de la cosa mueble o inmueble, la obligación de negar categóricamente que sea el poseedor, si la afirmación de la demanda no es cierta. Se trata de exigir lealtad a las partes en la determinación de la litis, a efecto de que ese fundamental presupuesto de la acción quede desde un principio enteramente establecido, con el doble objeto de evitar un proceso innecesario y de darle al demandante la oportunidad de enderezar su acción contra el verdadero poseedor.

En el caso presente, el demandado a quien en forma clara se imputa el carácter de poseedor, se limitó a decir sobre tal hecho que "Se arrimarán al juicio los elementos de convicción". Es decir, no negó la calidad de poseedor. Se limitó, simplemente, a eludir la respuesta clara y categórica que en caso de no tener la posesión exige el citado artículo 214 del Código Judicial. Y al proceder así, es indudable que el demandado se hizo responsable del inmueble o de su valor, pues no hay la plena prueba de que el demandante hubiera procedido de mala

fe, a sabiendas de que aquél no era el poseedor.

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

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez)

El 8 de septiembre de 1947 por medio de apoderado Elisabeth Osorio de G., Clara Rosa Osorio y Hernán Fabio Bravo promovieron ante el Juez Segundo Civil del circuito de Andes un juicio ordinario de mayor cuantía contra el señor Eliseo Arredondo y la señora Bernarda Rivera, para que con citación y audiencia de los demandados se hagan las siguientes declaraciones: "**Primera.**-Que es nula la actuación procesal operada dentro del juicio ejecutivo promovido ante el Juez 1º Civil de este circuito, en demanda de fecha mayo 2 de 1936, por el señor Eliseo Arredondo contra Nicanor Redondo, al cual fué acumulado otro iniciado ante el señor Juez del circuito de Titiribí, incoado por los herederos del señor Pedro A. Mejía; nulidad que data de lo actuado a partir del día dos de abril de 1938, fecha del fallecimiento del demandado; o desde cuano la misma proceda según las constancias y resoluciones de que se habla en el cuerpo de la demanda en adelante. **Segunda.**—Que en consecuencia son nulos los remates verificados por el señor Eliseo Arredondo sobre los bienes indicados en el numeral o numerales 30 y 31º, en las letras a), b) y c) de este último numeral, ello de la parte motiva; y el llevado a efecto por el señor José Nassar, como agente oficioso de la señora Bernarda Rivera, sobre las acciones y derechos indicados en la letra d), numeral 31º, de la parte motiva; según consta en las diligencias de remate de fecha 22 de octubre de 1940, la una; y 18 de julio de 1941, la otra; todos realizados en el presente juicio ejecutivo que se ha relacionado, de Eliseo Arredondo contra Nicanor Redondo. **Tercera.**—Que como consecuencia directa de las declaraciones anteriores, se ordene cancelar las inscripciones de las diligencias puntualizadas en la petición **segunda,** dentro de las cuales constan los remates de los bienes; librando para el efecto los oficios pertinentes al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Andes y Bolívar. **Cuarto.**—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores deben volver las cosas dentro del juicio ejecutivo de Eliseo Arredondo contra Nicanor Redondo, al estado en que se encontraban al momento desde cuando se decrete la nulidad procesal y que por ello el señor Eliseo Arredondo, como la señora Bernarda Rivera deben devolver los bienes por ellos rematados, bien al depositario de bienes o a los herederos del ejecutado; tres días después de ejecutoriada la sentencia con que finalice el presente juicio. **Quinta.**—Que el señor Eliseo Arredondo debe los frutos percibidos y que hubiera podido percibir en los bienes que recibió, siempre que los mismos hubieren sido administrados con mediana inteligencia y cuidado; desde la fecha que consta los recibió. **Sexta**—Que los demandados deben las costas del presente juicio si se opusieren a sus declaraciones. **Séptima.**—Que se ordene la cancelación de la inscripción de la demanda, mediante oficio para los registradores a quienes corresponda".

De los 43 hechos de la demanda se deduce que son cinco los fundamentos de la nulidad impetrada, a saber: 1º—Falta de la formalidad de la notificación de la existencia del título ejecutivo a los herederos del ejecutado, de acuerdo con el artículo 1434 del Código Civil; 2º—Incompetencia de jurisdicción; 3º—Omisión del aviso que debía darse al Recaudador de Hacienda Nacional de Andes, según el artículo 79 de la Ley 63 de 1936, sobre la existencia del juicio, tan pronto como falleció el ejecutado; 4º—Ilegitimidad de personería de Hernán Fabio Bravo, y 5º—Incumplimiento de las formalidades prescritas en los artículos 1037, 1038 y 1039 del Código Judicial, para hacer el remate de bienes.

La señora Bernarda Rivera no compareció al juicio. Pero el Personero Judicial del codemandado Arredondo se opuso a que se hagan las declaraciones solicitadas y propuso las excepciones de cosa juzgada y petición de modo indebido y antes de tiempo. En el alegato de conclusión ante el juez del conocimiento dijo estar prescrita la acción de nulidad incoada, al tenor del artículo 1750 del Código Civil.

Sentencia de primera instancia

El Juez a quo reconoció que en las diligencias de remate verificadas en el juicio ejecutivo a que se refiere la demanda, "se incurrió en vicios o irregularidades erigidos por la ley como causales de nulidad". Y como base para reconocer probada la excepción de prescripción de la acción, alegada por uno de los demandados, extractó un fallo de la Corte que en su parte pertinente

dice: "El precepto que impone el deber de fijar de antemano los avisos de remate, se ha dictado en garantía de los intereses del ejecutado y como un beneficio a su favor, con la facultad de renunciar a él, de suerte que la nulidad proveniente de la omisión de tal requisito reúne las notas propias de la nulidad relativa, tal como la define el artículo 1743 del Código Civil". Considerando, finalmente, que en el caso propuesto es aplicable el artículo 1750 del Código Civil, según el cual la acción de nulidad relativa prescribe en cuatro años, el fallador de primer grado resolvió declarar probada la excepción de prescripción; en consecuencia, absolvió a los demandados de los cargos formulados en la demanda.

Sentencia recurrida

El Tribunal Superior de Medellín conoció del negocio a virtud de apelación interpuesta por la parte demandante. El fallador de segunda instancia conceptuó que el remate verificado el 22 de octubre de 1940 no está afectado por ninguna causal de nulidad que lo invalide. En cambio, estimó que en el remate llevado a cabo el 18 de julio de 1941 no se cumplieron las formalidades exigidas por los artículos 1037 y 1038 del Código Judicial y que como tales omisiones generan nulidad relativa del acto, para su declaración judicial sólo es procedente la acción rescisoria, según lo establecido por el artículo 1741 del Código Civil. "Todo lo anterior significa que —agregó— a pesar de estar probada la causal de nulidad alegada contra el remate de 18 de julio de 1941, sólo puede declararse tal nulidad en relación con el demandante Hernán Fabio Bravo Osorio, (menor de edad en la época de los remates y apenas llegado a los 21 años cuando se notificó la demanda en el presente juicio). Con respecto a los otros debe declararse probada la excepción de prescripción alegada por la parte opositora".

También consideró el Tribunal que la acción reivindicatoria no podía prosperar porque no consta en los autos que Eliseo Arredondo sea dueño o siquiera poseedor material del inmueble, objeto del remate verificado el 18 de julio de 1941.

Con fundamento en lo expuesto, por medio de resolución fechada el 24 de febrero de 1949 el Tribunal Superior de Medellín reformó la sentencia de primera instancia y falló el pleito así: "1º—Está probada la excepción de prescripción de la acción de rescisión referente al remate verificado el 18 de julio de 1941 ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Andes en el ejecutivo de Eliseo Arredondo contra Nicanor Redondo, de que habla esta sentencia, pero sólo con respecto a las demandantes Clara Rosa y Elisabeth Osorio. 2º—No están probadas las demás excepciones propuestas. 3º—Declárase que el aludido remate es nulo de nulidad relativa, pero sólo con relación al derecho de Hernán Fabio Bravo Osorio, derecho que éste adquirió en la sucesión de Nicanor Redondo. En tal remate se le adjudicó a Eliseo Arredondo, en la cantidad de mil setecientos cincuenta pesos ($ 1.750.00) m. l. el siguiente inmueble: "Una finca territorial con todas sus mejoras y anexidades situada en el paraje "Santa Ana" del Municipio de Betania denominada "La Margarita" y alinderada en general así: Por un costado con propiedad de Eliseo Arredondo y Antonio J. Castañeda; y por otro costado con propiedad de Felipe Arboleda, hoy de Víctor Alvarez e hijo; por el pie con Eliseo Arredondo y Antonio J. Castañeda; y por cabecera o parte alta, con propiedad de Jerónimo Zapata y Bonifacio Uribe, hoy de Juan de Dios Uribe. Se excluye de este inmueble el lote de terreno que comprende la escritura Nº 106 de 19 de enero de 1923, y que fué desembargado por auto de 23 de agosto del año de 1940, auto que obra en el cuaderno de articulación sobre desembargo de bienes propuesto por el señor Juan Alvarez en este juicio". "Por tanto, este fallo en nada afecta el remate de los derechos correspondientes a los otros herederos del citado Nicanor Redondo. 4º—En consecuencia, tómese nota de esta resolución en el ejecutivo en que se practicó el remate y cancélese el registro de dicho acto, pero sólo en lo tocante a los derechos del citado Hernán Fabio Bravo Osorio. 5º—En el juicio ejecutivo a que se ha hecho mención se procederá como se deja expuesto al final de la parte considerativa de esta misma providencia, y por consiguiente la cuota del citado heredero Bravo Osorio se entregará al secuestre, en los términos indicados. 6º—No se hacen las demás declaratorias. Queda en los términos anteriores reemplazado el fallo de primera instancia. Sin costas".

El recurso.—Ambas partes interpusieron el recurso de casación, pero sólo el apoderado de los actores en el juicio formuló ante la Corte la demanda correspondiente, invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva.

En cada uno de los cuatro cargos que contie-

ne la demanda de casación expresa el recurrente los diversos conceptos en que estima infringida la ley.

Primer cargo.—"Incurrió el Tribunal en manifiesta violación de la ley sustantiva por cuanto el título del crédito en que se fundó el ejecutivo de Mejía, acumulado en el juzgado de Andes al juicio ejecutivo de Eliseo Arredondo, no fué notificado personalmente a los herederos de Nicanor Redondo. El Tribunal sostiene que fué suficiente la notificación por estado del auto en que se dispuso la notificación, o sea el auto de 7 de junio de 1939 (f. 34 del C. Nº 3). Pero ello es un error como quiera que tal notificación, dados su alcance y naturaleza, de enterar en forma expresa y clara a los herederos del deudor de los créditos exigibles contra su causante entraña el cumplimiento de esencial y primaria garantía judicial, que exige notificación personal. Así se ha practicado siempre, y ello obedece a que el respectivo documento debe ser exhibido a los herederos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 325 del Código Judicial. Los ocho días de obligada tregua de la ejecución según el artículo 1434 del Código Civil, que tampoco se observaron por el ejecutante Eliseo Arredondo, son como un término de gracia que se concede a los herederos para que se enteren bien de la sucesión y examinen si tienen medios de pago, o excepciones que interponer. Por estas razones la notificación que ordena el precepto civil mencionado debe ser personal, porque es la primera providencia que se dicta en el juicio contra los herederos quienes hasta entonces son terceros en el juicio. Véase el artículo 312 del Código Judicial, numeral tercero. Por otra parte, tampoco está demostrado que los herederos de Nicanor Redondo con posterioridad a su muerte y antes de la realización de los remates se hubieran apersonado en el juicio por sí o por medio de apoderados, para deducir de ahí que se operó una aceptación tácita del crédito, en los términos del último aparte del artículo 450 del mismo Código. Sin embargo de lo cual el Tribunal afirma que la posible nulidad de que pudiera estar afectado el juicio se saneó por mandato del ordinal 1º del artículo 449 del Código Judicial como si las notificaciones por estado que se hicieron pudieran obligar a quienes no estuvieron debidamente emplazados a comparecer en un proceso. **Disposiciones violadas y concepto de violación.** Todo el error del Tribunal radica en haber valorado como una notificación adecuadamente eficaz contra los herederos mayores de edad de Nicanor Redondo la que se les formuló por estado del auto de 7 de junio de 1939. En consecuencia el Tribunal incidió en evidente error de derecho en la apreciación de la fuerza obligatoria de tal notificación, considerándola virtualmente capaz de vincular definitivamente a los herederos al juicio. Tan equivocada apreciación lo condujo a quebrantar las siguientes disposiciones procesales, algunas de las cuales son de carácter sustantivo: el artículo 325 del Código Judicial, que enseña la forma como debe hacerse una notificación como la que debió practicarse a los herederos del ejecutado, por falta de aplicación; el artículo 312 numeral 3º del mismo estatuto, por falta de aplicación; el artículo 448 numeral 3º ibidem, también por falta de aplicación; y todas estas violaciones confluyeron por último en la violación del artículo 1434 del Código Civil, que fué de las citadas, la principal disposición sustantiva que el sentenciador llevóse de calle. Si se estimare que el error es de hecho evidente, así lo invoco". ...Yo personalmente estimo que el error es de derecho".

Se considera:

Fundamenta este cargo el recurrente diciendo que el Tribunal violó la ley sustantiva al aceptar como suficiente la notificación por estado del título ejecutivo a los herederos del ejecutado muerto en el curso del juicio, y al dejar sin observancia los ocho días de obligada tregua ordenados por el artículo 1434 del Código Civil, cuando la dicha notificación debe ser personal a los herederos que hasta entonces son terceros en el juicio al tenor del artículo 312 del Código Judicial, numeral 3º. Por otra parte, agrega que no puede alegarse la aceptación tácita del crédito, en los términos del último aparte del artículo 450 C. J., porque no está probado que los herederos se hubieran apersonado en el juicio, y que no obstante ésto, el Tribunal afirma que la posible nulidad de que pudiera estar afectado el juicio se saneó por mandato del ordinal 1º del artículo 449 del Código Judicial.

Examinada la sentencia del Tribunal se ve que contiene en la parte destinada al estudio de este punto, el siguiente párrafo: "Y sabedores se hicieron del crédito primitivamente a favor de Mejía los herederos de Redondo, porque a ellos se les notificó por estados la existencia de tal deuda" (c. Nº 4 fol. 31). De aquí parece deducir el recurrente el fundamento de su cargo. Pero, como es obvio, para juzgar de una sentencia, como de un contrato o de cualquier acto jurídico, no es posible hacerlo sobre el análisis de una fra-

se o párrafo aislado. Bien sabido es que para conocer el verdadero sentido y el exacto alcance del fallo resulta indispensable tomarlo en su conjunto.

Y sucede que en el mismo aparte de la sentencia el Tribunal advierte, antes de consignar el párrafo transcrito, que "cuando se decretó la acumulación de este juicio al que adelantaba en Andes Eliseo Arredondo, ya los herederos del ejecutado habían sido citados personalmente a este proceso, al cual comparecieron y en él prosiguieron actuando. Sobre esto ha dicho la Corte: "Cuando los herederos en un juicio ejecutivo se han hecho sabedores del título ejecutivo contra el causante, no es necesaria la notificación que ordena el artículo 1434 del Código Civil". (Auto Sala de Negocios Generales, 19 de octubre 1937, XLV, 87)".

Es decir, el recurrente presenta en forma incompleta el concepto del Tribunal, pues éste no dijo que fuera suficiente la notificación por estado a los herederos del ejecutado para que se cumpliera el requisito exigido por el artículo 1434 del Código Civil, auncuando tales herederos fueran terceros en el juicio. El sentenciador expresó que por haber sido ya esos herederos citados **personalmente** al juicio desde antes de la acumulación, y haber actuado y comparecido y continuado su actuación en él, el requisito de la notificación ordenada en el artículo 1434 del Código Civil no era necesario cumplirlo por medio de nueva notificación personal. O dicho de otra manera: que si bien la existencia del título ejecutivo de José D. Mejía en el juicio ante el juzgado del circuito de Titiribí se notificó a los herederos por estado, ello se debió a que al producirse la acumulación de este juicio al ejecutivo que adelantaba contra el mismo ejecutado Andrés Eliseo Arredondo, como en este último se había citado desde antes de la acumulación a los mismos herederos personalmente, y ellos continuaron actuando en el juicio acumulado, la actuación correspondiente constituye conocimiento del título ejecutivo que allí se encontraba, y, por tanto, conforme a la doctrina de la Corte que trae en cita, era innecesaria tal notificación personal.

Por eso el Tribunal reproduce la providencia que la misma entidad había proferido en el incidente de nulidad que con los mismos argumentos presentados en este proceso promovieron los herederos, dentro del juicio ejecutivo, acogiendo íntegramente las razones entonces expuestas por el sentenciador, y entre ellas ésta: "Así lo dispuso el Juez, pero su providencia se notificó por estados, en atención a que los herederos nombrados **venían interviniendo en el proceso...**". "Si, pues los herederos venían interviniendo en el juicio, la notificación por estados era suficiente para notificarles de la existencia de los títulos".

El recurrente dice que no está demostrado que los herederos de Nicanor Redondo con posterioridad a su muerte y antes del remate hubieran actuado en el juicio.

Es evidente que los herederos Alfredo Rivera, Clara Rosa y Elisabeth Osorio fueron notificados personalmente dentro del juicio principal y antes de la acumulación del otro, y al serlo adquirieron la condición de partes en el juicio; y es igualmente cierto, según aparece de los autos, que al menor heredero Hernán Fabio Bravo le fué hecha tal notificación primero por medio de su madre y luego de un curador ad litem designado en vista de que el padre y representante legal se encontraba ausente desde tiempo atrás, sin conocerse su paradero ni su pronto regreso, o el hecho de su muerte. Por tanto, al producirse la acumulación, el juicio continuó como un único proceso y los herederos que ya eran partes de aquel ejecutivo siguieron siéndolo del juicio acumulado. Siendo así, la actuación en lo sucesivo del juicio acumulado debe entenderse con carácter de tercería. Sobraba, pues, toda nueva notificación personal, porque no se trataba de herederos-terceros sino de herederos-partes en el juicio. También consta en el proceso que sí hubo actuación de éstos posterior a tal acumulación, pues las causas de nulidad invocadas en este juicio lo fueron en incidente posterior al remate dentro del juicio ejecutivo, a solicitud de los mismos herederos. Tales causas de nulidad fueron desestimadas entonces por el Juez a-quo y por el Tribunal en apelación, como se ve del auto transcrito en la sentencia recurrida.

Es cierto que la notificación a los herederos, cuando muere el ejecutado en el curso del juicio, debe ser personal para que surta sus efectos, pues una notificación por estado a quienes son extraños al juicio es práctica y legalmente inexistente. Pero si los herederos ya son partes, el solo hecho de su actuación en tal juicio los hace conocedores del título o títulos ejecutivos que allí obran, y la notificación personal carece de objeto, como lo ha dicho la Corte (cita supra). Con mayor razón no puede aceptarse que en juicio separado se alegue después como causal de nulidad la falta de tal notificación personal.

El artículo 1434 del Código Civil pretende simplemente evitar que los herederos sean sorprendidos con un mandamiento de pago. Luego, si éstos son parte en el juicio ejecutivo, la finalidad de impedir que sean condenados sin defensa ha quedado satisfecha, y éste es, en síntesis, el concepto expuesto por el Tribunal.

Resumiendo se tiene que la acusación no es admisible: 1º—Porque el Tribunal no fundamentó su concepto en la simple circunstancia de haberse notificado por estado el auto que se comenta, sino en vista de que cuando se hizo tal notificación los herederos eran ya partes en el juicio por entonces acumulado; 2º—Porque siendo partes en el juicio acumulado, la notificación por estado cumplió suficientemente el fin que persigue el artículo 1434, cual es el de impedir que los herederos sean sorprendidos con un mandamiento de pago y remate de bienes, por título o causa que desconozcan, dándoles la oportunidad de controvertirlos; 3º-Porque existe la prueba de que los herederos no solamente intervinieron después de la aludida notificación en el proceso —del cual con anterioridad eran partes—, sino que inclusive propusieron el incidente de nulidad alegando las mismas razones y motivos que se debaten en este proceso, los cuales fueron desestimados tanto por el juzgado a quo como por el Tribunal en alzada; 4º—Porque distinta aparece la situación del heredero que no es parte y la del heredero que lo es, pues mientras al primero se le debe notificar personalmente el título, al segundo puede notificársele por estado. En este segundo caso, puesto que la carga procesal obliga al heredero a vigilar el juicio, la notificación por estado cumple a cabalidad el propósito perseguido por el legislador.

Por último, tampoco tiene razón el recurrente al acusar la sentencia del Tribunal por negarse a decretar la nulidad del juicio ejecutivo y del remate, con base en el incumplimiento de la tregua de ocho días que ordena el artículo 1434 del Código Civil, pues en el expediente aparece: 1º—Que en el ejecutivo de Eliseo Arredondo contra Nicanor Redondo, se ordenó por auto de 21 de septiembre de 1938 notificar los títulos a los herederos del ejecutado y continuar la ejecución una vez pasados ocho días después de la notificación; 2º—Que la notificación al curador del menor, último heredero notificado, tuvo lugar el 12 de diciembre de 1938 (C. 3 fol. 16 infra); 3º—Que el expediente no se pasó al Despacho por la Secretaría sino el 3 de febrero de 1939, es decir, mucho después de transcurridos los ocho días hábiles subsiguientes a aquella notificación; 4º—Que cuando ya estaba acumulado a este juicio el ejecutivo de José D. Mejía y otros, se dispuso por auto de 7 de junio de 1939 notificar a los mismos herederos los títulos ejecutivos de este último juicio, lo mismo que la cesión hecha por los ejecutantes a favor del señor Eliseo Arredondo; 5º—Que este auto fué notificado por estado el 13 del mismo mes (C. 3 fol. 16 y vto.); 6º—Que la acumulación tuvo lugar el 9 de mayo de 1939 (C. 2 fol. 34); 7º—Que en las copias del juicio traídas como pruebas no aparece actuación ninguna posterior a la notificación por estado del auto de 7 de junio, acaecida el 13 del mismo mes, distinta de la simple constancia de expedición de un exhorto al Registrador de Instrumentos Públicos y privados de Andes. Por consiguiente, no se trajo la prueba de que el expediente no hubiera permanecido en la Secretaría sin nueva actuación por lo menos los ocho días de la tregua legal, o de que durante este término hubiera tenido algún trámite. Al contrario, de las copias que existen aparece que la primera providencia dictada por el Juzgado de la ejecución, con posterioridad al 7 de junio, tiene fecha 14 de agosto de 1939 (C. fol. 16 vta). Por medio de ella se ordena verificar el avalúo y depósito de los bienes trabados en la ejecución, medida ésta que conforme al texto del auto de 7 de junio era la que correspondía decretar una vez verificada la notificación del título ejecutivo a los herederos.

De lo expuesto se deduce que si bien es cierto que en el auto que ordenó notificar a los herederos tanto la existencia de los títulos ejecutivos en el juicio de José D. Mejía y otros, ya acumulado, como la cesión del crédito a favor del señor Arredondo, no se dispuso mantener en la Secretaría el expediente por los ocho días hábiles de tregua que ordena la ley, también lo es en forma indudable que en la práctica el juicio se mantuvo sin actuación posterior desde la fecha de la notificación (13 de junio) hasta el 14 de agosto de este mismo año; es decir, durante un lapso mucho mayor que el exigido por el artículo 1434 del Código Civil.

En estas condiciones no existe causal ninguna de nulidad por tal motivo. Lo importante es que se respete la tregua de ley y no que se ordene expresamente hacerlo en la providencia del Juez. De lo contrario se estaría sacrificando la realidad del proceso a un formulismo innecesario.

Como no existen, pues, los errores de derecho ni los de hecho evidentes que se alegan, ni los

violaron las normas procesales y sustantivas señaladas en el cargo, éste no prospera.

Segundo cargo.—"En el mismo auto de 7 de junio de 1939 en que se ordenó notificar a los herederos de Nicanor los títulos ejecutivos de Mejía, igualmente se ordenó hacerles saber la cesión del crédito hecha por los ejecutantes a favor de Eliseo Arredondo. Este auto, conforme está dicho se notificó por estados. El sentenciador ha considerado suficiente esta notificación. Pero es obvio que esa diligencia es un acto especial, cuya realización debe ser personal, en la forma como lo dispone el ya mencionado artículo 325 del Código Judicial. No habiéndose cumplido personalmente, ni habiendo aceptado tácitamente los herederos el crédito, se considera en manos del cedente, según el artículo 1936 del Código Civil. La notificación de la cesión, dice el artículo 1961 ibidem debe hacerse "con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho, con la designación del cesionario". ¿Y cómo es dable cumplir ese mandato sustantivo, sino haciéndolo personalmente el Juzgado? No se diga que medió de parte de los herederos la aceptación tácita de la cesión. En el juicio, antes del pago por el remate, los herederos no estuvieron presentes; estuvieron ausentes, por cuanto ni habían designado apoderado, ni las notificaciones por estado, pudieron vincularlos al proceso. Se les privó así de una garantía sustancial. **Disposiciones violadas y concepto de la violación.** El Tribunal sentenciador defendiendo la validez procesal de una actuación tan fundadamente viciada, basado en la equivocada valoración que le dió a la notificación por estado del mencionado auto de 7 de junio, y a las notificaciones posteriores de las subsiguientes providencias, en la misma forma, incurrió en notorio error de derecho, que lo llevó a quebrantar, por otro aspecto, las mismas disposiciones procesales invocadas en el capítulo anterior; lo cual le abrió fácil camino para violar las siguientes disposiciones del Código pertinentes al caso: los artículos 33 de la Ley 57 de 1887; 1960, 1961 y 1963, por falta de aplicación y 1962 por aplicación indebida al caso del pleito. "Si la Sala estima que la acusación debe ser por error de hecho, así lo invoco con el carácter de evidente".

Se considera:

En síntesis, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal por no haber encontrado causa de nulidad en la circunstancia de que en el mismo auto que ordenó la notificación del título ejecutivo a los herederos, y que fué notificado por estado, se dispuso también la notificación de la cesión hecha por los ejecutantes a favor del señor Eliseo Arredondo. El demandante en casación sostiene que también esa notificación ha debido ser personal, y que, por tanto, no habiendo los herederos aceptado el crédito tácitamente, se considera en manos del cedente según el artículo 1936 (sic) (1963) del Código Civil, pues tal notificación debe hacerse con exhibición del título que lleve anotado el traspaso y la designación del cesionario, como lo ordena el artículo 1961 ibidem.

Para responder este cargo basta hacer alusión a lo que se expuso con ocasión del cargo anterior. Porque si la notificación del auto de que se trata no era necesario hacerla en forma personal a los herederos, por ser éstos ya partes en el juicio, ningún reparo cabe respecto a la cesión del título, ya que se trata de la misma providencia.

Además, una cosa son los requisitos para la notificación de la cesión de un crédito en forma extrajudicial y las relaciones sustantivas entre cedente, cesionario y deudor, cuestiones tratadas en los artículos del Código Civil que cita el recurrente, y otra muy distinta es la notificación judicial, dentro de un proceso, que se haga de un auto que acepta la cesión del derecho en litigio. También aquí cabe decir que no es necesario en las circunstancias anotadas hacerles tal notificación personalmente a quienes son partes en el juicio, puesto que la notificación por estado cumple a cabalidad el fin legal de darles a conocer la providencia.

Por otra parte, la falta de las formalidades en la notificación al deudor de la cesión de un crédito, puede dar lugar a que éste desconozca tal cesión y pague válidamente al cedente; pero nada tiene que ver con la nulidad o validez del trámite del juicio ejecutivo que se siga para la efectividad del crédito que no ha sido pagado por el deudor. Ni siquiera la nulidad de la cesión, si la hubiera (que no la hay por ese motivo), podría ser causa de nulidad del juicio ejecutivo para el pago del crédito, pues aquélla constituiría una cuestión de fondo que se resolvería en la sentencia de excepciones si así lo alegare oportunamente el ejecutado, exactamente como podría hacerlo respecto al pago, la compensación, la rescisión del contrato, etc. Pero ni aún en el supuesto de que la cesión de un crédito adolezca de defectos o vicios y que por consiguiente no vincule al deudor, el pago que éste haga al cesionario dejaría de ser válido, ya que ésta es una de las maneras de aceptación de la

cesión por aquél; y por tanto puede decirse que si ese pago llegare a verificarse mediante el procedimiento coercitivo de la ejecución, sin que se hubiera propuesto la excepción correspondiente o habiendo ésta fracasado, sería también válido y de ninguna manera resultaría procedente alegar la nulidad del juicio con tal pretexto. Esto es así porque no se trata de uno de los vicios en la forma del procedimiento, únicos que configuran nulidades del juicio, sino de cuestión substancial que se refiere a la titularidad del derecho en el actor y a la existencia de la obligación de pagar por el ejecutado.

No prospera el cargo.

Tercer Cargo.—Está expuesto en los hechos de esta demanda, que la notificación del crédito de Eliseo contra Nicanor Redondo, a la muerte de éste hízose al heredero Hernán Fabio Bravo, que a la sazón era menor de edad, en la persona del curador **ad litem,** Luis A. Zapata, no obstante que el menor estaba bajo patria potestad sin solución de continuidad, primero del padre, y luego de la madre, a quien por fallecimiento de aquél acaecido el 2 de diciembre de 1939, (error en la cita; es 1938), pasó la representación del menor. La madre Elisabeth Osorio representaba pues a éste desde la fecha indicada, (fl. 4 c. Nº 5). Luego Zapata no pudo recibir ninguna notificación a nombre del menor. Esto significa que el menor estuvo totalmente ausente del juicio. El Tribunal sentenciador acepta los hechos, pero negóse a deducirles todas sus consecuencias legales con la alegación inverosímil si no estuviese escrita, de que la muerte de Pascual Bravo, padre del menor fué ignorada por los parientes, relacionados y vecinos de Andes. "De suerte que la creencia de que con posterioridad al 12 aún vivía, era un error común que necesariamente tiene que proteger la buena fe con que procedió el ejecutante". Y le aplica al caso en forma equivocada la máxima **Error communis facit jus,** otorgándole el efecto jurídico de **crear,** contra textos expresos de la ley, la representación judicial de un menor, por medio de un sistema típico y singular en que con la sola y escueta afirmación del demandante, sin respaldo alguno probatorio como lo ordena el artículo 242 del Código Judicial, es posible prescindir del genuino representante del incapaz. Mas éste es un expediente inválido por varias razones: 1º—Porque la referida máxima podrá tener aplicación en los contratos, mas es un adefesio gobernar con ella los actos del procedimiento judicial regidos por el formalismo; 2º—Porque, por lo mismo, el principio, encaminado a proteger la buena fe de los particulares, que en su actividad jurídica pueden verse inducidos a contratar merced a apariencias engañosas, difíciles de desvanecer, es completamente extraño a la actividad del juez en el proceso y a las garantías tutelares que en éste salvaguardian a las partes. 3º—Por la parte ejecutante, que obtuvo el nombramiento de curador ad-litem para el menor alegando la ausencia del padre, y el juez que decretó el nombramiento, obraron con absoluto desprecio del artículo 242, en cuanto esta disposición condiciona el nombramiento de curador a la comprobación satisfactoria del hecho de la ausencia del representante legal, es decir, que se ignore su paradero. El Juez hizo el nombramiento sin base en ninguna comprobación. Lo cual está acreditando que el ejecutante no se preocupó por averiguar el paradero del padre. Hubo así una conducta más que culpable, dolosa por lo intencionada del demandante, autorizada por el juez. No es posible que situación tan irregular genere el nacimiento de ningún derecho de poder tan suficiente que eclipse el legítimo del menor a ser tutelado por medio de su representante legal. 4º—Porque el apoyo probatorio aportado en este juicio y que le sirvió al Tribunal para edificar su peregrina teoría, fué equivocadamente por él apreciado. El que algún testigo como Antonio J. Mejía (fl. 58 v. cd. Nº 2), dijese que él nunca tuvo noticias de Pascual Bravo, después de que se ausentó de Andes, no indica que existiera ignorancia general en el vecindario de su paradero. Además el propio testigo revela que tuvo noticia de la muerte trágica de Pascual. Y los demás testigos que declararon a instancia del demandado Arredondo sabían que residió en el Cauca y otro, Moisés Villa, afirma que conversó con él en Medellín, y que durante su ausencia vino varias veces a Andes, yéndose luego para el Cauca. A estas declaraciones se agrega la de Pedro Arboleda, nieto de Eliseo Arredondo, quien afirma que a Pascual Bravo lo mataron en la población de Santuario donde el testigo sabía que vivía. Es así gratuita la afirmación del Tribunal de que el vecindario de Andes ignoró el paradero de Pascual en el año de 1938. De las propias declaraciones se infiere que el ejecutante evitó deliberadamente adquirir noticias del paradero de Pascual, con el fin de aprovechar su ausencia para que el juez nombrara el curador. Pués de haber procedido con buena fe, no habría podido conseguir del juez el nombramiento ya que muchas personas del vecindario sabían en qué región

residía, primero en el Cauca y últimamente en el Santuario donde murió en forma violenta. ¿Sobre tal conducta maliciosa de Arredondo en el juicio ejecutivo, será lícito edificar algún derecho serio que le proteja su reprobable proceder, patrocinado por el Juez? **Disposiciones violadas y concepto de la violación.** Por distintos aspectos el Tribunal violó las disposiciones relativas a la representación del hijo de familia, bajo patria potestad así: 1º-Directamente el sentenciador violó los artículos 13 de la Ley 45 de 1936, 62 y 307 del Código Civil, que radican en el padre, o por muerte de éste, en la madre, la representación legal del hijo menor de edad, dejándolas de aplicar, por darle preferencia a la teoría del error común, como creador de derechos idea que tampoco dejó ver el Tribunal que una vez que el ejecutante conoció la muerte del padre, estaba obligado a notificar a la madre, y a no seguir el juicio ejecutivo indefinidamente con el curador **ad litem,** designado. 2º—Mas si la Sala estimare que la violación de las disposiciones mencionadas fué indirecta, a través de la apreciación probatoria, planteo entonces esa violación por error de hecho evidente y manifiesto, porque el Tribunal creyó ver en el dicho de los testigos que arriba dejé citados demostrado el hecho de que fué opinión generalizada en el circuito de Andes que el 12 de diciembre de 1938 aún vivía Pascual Bravo. Ni remotamente se deduce ello de tales declaraciones.

Tercer Cargo.—Lo apoya el recurrente en dos afirmaciones: 1ª) Que el Tribunal aceptó como válida la notificación hecha al menor Hernán Fabio Bravo, —en su condición de heredero del ejecutado Redondo y a la muerte de éste en el curso del juicio—, por intermedio de un curador ad litem designado para esos efectos por el juez del conocimiento, cuando su representación le correspondía al padre, y a la muerte de éste ocurrida el 2 de diciembre de 1938, (sic 1939) a la madre; y, 2ª) Que la designación del curador no es válida porque la hizo el juez con violación del artículo 242 del Código Civil.

Se considera:

Evidentemente, al morir el ejecutado Redondo, el ejecutante solicitó se procediera a hacerle la notificación del crédito a los herederos, cosa que ordenó el juez. Pero, como entre ellos existía un menor, primeramente se le hizo notificar por intermedio de su madre y luego, para mayor seguridad, de un curador ad litem designado por el juez a solicitud del mismo ejecutante. La notificación a la madre del menor y a este mismo por ante aquélla, se hizo el dos de noviembre de 1938 (Pruebas demandante, fol. 15). La designación de curador tuvo lugar el 24 de noviembre siguiente (en vida del padre ausente), se le dió posesión el primero de diciembre y el dos del mismo mes le fué discernido el cargo. El 12 del mismo mes fué notificado el curador. La muerte del padre del menor ocurrió el 2 de diciembre de 1938. No se sabe en qué fecha se llevó al juicio ejecutivo la prueba de la defunción del padre del menor, pero se deduce de las providencias del juzgado y del Tribunal que resolvieron sobre el incidente de nulidad propuesto por esta causa después de verificado el remate de bienes, que hasta entonces no se alegó el hecho de tal muerte ni se adujo su prueba; es decir, años después de la notificación del título ejecutivo al curador (1946).

Como se ve, la notificación hecha a la madre del menor Hernán Fabio Bravo se hizo cuando aún vivía su padre y representante legal; y la notificación al curador ad litem ocurrió después de la muerte de éste. Pero la designación del curador tuvo lugar cuando aún vivía el padre y se hallaba ausente, y el discernimiento de la curatela lleva la misma fecha de la muerte de éste.

Dejando entonces de lado la cuestión relacionada con la nulidad de tal curaduría, se tiene que la muerte del padre ausente cuyo paradero se ignora no pone fin a la curaduría ad litem del menor sino que, como ocurre con el mandato de apoderados, continúa vigente mientras el representante legal del menor no concurra al juicio y asuma la representación. Por consiguiente, el curador ad litem designado para el menor Hernán Fabio Bravo continuó en el desempeño de sus funciones por no haberse apersonado de la representación de éste su madre, y estaba ejerciéndolas legalmente el día 12 de diciembre cuando se hizo la notificación del título ejecutivo y del auto de fecha 21 de septiembre anterior. Sobre el particular ha dicho la Corte: "Los curadores para pleito o ad litem, aunque no deriven la representación de la voluntad del representado, son mandatarios que el juez les dá a ciertas personas que no pueden o no quieren comparecer al juicio, en circunstancias que la ley determina, y como a mandatarios judiciales les es aplicable el artículo 264 del C. J.". (Casación, 11 de agosto de 1936 XLIV, 114)

Pero hay algo más: según aparece de la inserción hecha por el Tribunal de Medellín en la sentencia objeto de este recurso, (C. 4 fol. 2 y

sgts.), Hernán Fabio Bravo siendo ya mayor, se presentó por medio de apoderado al juicio ejecutivo acumulado y pidió en memorial de 23 de agosto de 1946 la nulidad del proceso por las mismas causas que en este juicio ordinario se impetran particularmente por la relativa ilegitimidad de la personería. El incidente fué fallado por el juzgado en providencia de 26 de octubre del mismo año, en sentido adverso al peticionario, y luego en alzada el Tribunal la confirmó declarando que no había lugar a decretar tales nulidades. En el referido incidente se debatió la cuestión de la indebida representación del menor, y el Tribunal rechazó la tesis de la nulidad fundado en la causal aducida. Como entonces fué discutida dentro del juicio ejecutivo (éste termina con el pago total al ejecutante, art. 981 C. J.), a solicitud del apoderado de Hernán Fabio, ya no era posible alegar esta causal en juicio posterior, por dos razones: porque al tenor del ordinal 1º del artículo 450 C. J. no puede alegarse esta nulidad "cuando se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante", y porque en juicio posterior sólo es pertinente la acción de la parte que no estuvo legalmente notificada o representada en el juicio. Habiéndose, pues, declarado en éste su legal representación y notificación con audiencia del señor Hernán Fabio Bravo, ya mayor por entonces, no cabe plantear después la misma cuestión con base en idéntica causa ya discutida y fallada. Esto se deduce lógicamente del artículo 457 del Código Judicial, si se tiene en cuenta que por ser una norma exceptiva debe interpretarse dándole alcance restringido, para hacer del recurso en juicio posterior una medida de limitada ocasión, pues se ha establecido en favor de quien no tuvo oportunidad legal de defenderse dentro del juicio cuya nulidad se pide.

El ordinal 1º del artículo 450 del C. J. debe entenderse en el sentido de que no cabe alegar de nuevo la nulidad, no solamente en el mismo juicio sino en otro posterior, y con mayor razón en el último, pues de lo que ciertamente se trata es de impedir que quien ya intentó la nulidad por ilegitimidad de personería quede en posibilidad de desconocer la validez de ésta, declarada por providencia en firme, y con su audiencia. Además ninguna importancia tendría la existencia de tal error y la aplicación indebida del principio de "error común hace derecho", porque es éste fundamento accesorio del fallo que aún eliminándose no variaría la conclusión adoptada con base en las otras razones principales expuestas por el Tribunal. En el fallo recurrido, el Tribunal reproduce lo dicho por él mismo sobre este punto con ocasión del incidente de nulidad dentro del ejecutivo. En parte se copia: "Glosa el señor Cuesta el nombramiento del doctor Zapata, porque no se exigieron pruebas especiales sobre la ausencia del padre de Bravo, ni al respecto de la proximidad de su venida al lugar en donde el juicio se adelantaba, mas esa falta no anula el nombramiento ni compromete la validez de las actuaciones subsiguientes, ni de las intervenciones del curador. Es evidente que cuando la ley dispone que determinado hecho debe ser demostrado, deben allegarse elementos de convicción que lo establezcan, pero si el funcionario lo dá por establecido, o interpreta equivocadamente las pruebas que le suministren, no por eso es nula de hecho su resolución, pues las partes que disientan pueden proponer oportunamente los recursos del caso, o suscitar los remedios o sanciones que la misma ley determine, para establecer su imperio, si acáso se incurrió en un error. Mas ejecutoriada la providencia, es eminentemente válida. ...De pruebas producidas en el incidente se deduce que la ausencia del padre de Bravo, del lugar del juicio, era manifiesta cuando se instituyó al doctor Zapata como curador de Héctor Fabio. Así lo dicen los testigos Justo P. Botero, Antonio Mejía, Jesús M. Calle, Mateo Uribe y Moisés Villa. Cerciorado indudablemente el Juez por informes de Secretaría, de aquella circunstancia, afirmada por la parte actora en memorial expreso, que no fué objeto de contradicción, dió por demostrado el hecho y aplicó el precepto del citado artículo 242 del Código Judicial, que no fué reclamado, y que, a lo sumo podría discutirse en cuanto al criterio del autor, pero no en lo que dice a su validez legal".

Por las anteriores razones carece de importancia examinar si se cumplieron o no los requisitos del artículo 242 del Código Judicial en la designación del curador ad-litem del menor.

Se rechaza el cargo.

Cuarto Cargo.—"El Tribunal en la sentencia recurrida decretó la nulidad del remate verificado el 18 de julio de 1941 en lo que atañe únicamente a Hernán Fabio Bravo. Pero negóse a decretar la acción reivindicatoria de la respectiva cuota, contra el demandado, porque "no hay constancia de que Eliseo Arredondo sea dueño o siquiera poseedor material del referido inmueble ubicado en Betania. Sobre ésto no trajo prueba alguna la parte actora. La opositora en cam-

bio sí aportó varias declaraciones de testigos que afirman que Eliseo Arredondo no posee actualmente la referida finca "La Margarita" y que el hecho de no haber podido entrar en posesión material de ella se debe a que lo han impedido los hijos del señor Juan Alvarez". Cita en su apoyo las declaraciones de Antonio Castañeda, Rafael Gómez, Víctor Alvarez y Luis F. Alvarez. Pero el Tribunal olvidó varias cosas que ha debido tener en cuenta, a saber: 1º—Que si el demandado no tenía el carácter de poseedor con que fué llamado al juicio, ha debido proceder como se lo ordenaba el artículo 214 del Código Judicial al contestar la demanda. Pero en lugar de hacerlo así, contesta la afirmación del actor acerca de su posesión que se "arrimarán al juicio los elementos de convicción", (contestación al hecho 42). Debe por tanto responder de la cosa o de su precio, como imperativamente ordénalo la disposición citada. 2º—Hay en el expediente plena prueba de que Eliseo Arredondo es actualmente el poseedor inscrito del inmueble de Betania, así como de los demás bienes rematados. Consiste nada menos que en la diligencia de remate del 18 de julio de 1941, aprobada y debidamente registrada en que aparece rematando para él aquel inmueble. El Tribunal menosprecia esta prueba. La acción reivindicatoria se dirige contra el actual poseedor, artículo 952 del Código Civil. Eliseo Arredondo tiene la posesión inscrita. No acreditó que la hubiese cancelado, art. 789, ibidem. Contra la posesión inscrita "no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla", art. 980 ibidem. Luego el Tribunal no ha debido admitir declaraciones de testigos para impugnar la posesión del demandado. 3º—Por otra parte tales declaraciones son inoperantes en orden a establecer lo que el Tribunal pretende. Los testigos afirman que Arredondo no ha podido "entrar en posesión de "La Margarita", pero ellos mismos manifiestan que no saben la razón de ello. Los declarantes no insinúan siquiera que la posesión de La Margarita la tenga otra persona. Conviene leer las declaraciones. **Disposiciones violadas y concepto de la violación.** Acuso el fallo por violación directa del artículo 214 del Código Judicial, que es una disposición de alcance sustantivo. Fué violada por falta de aplicación. Esta falta condujo al Tribunal a violar también los artículos 946 y 952 del Código Civil. Las observaciones de los números segundo y tercero me proporcionan sólido asidero para deducir contra el fallo un nuevo cargo: el de error de derecho por no haber estimado en su verdadero valor legal el acta de remate. Que si la hubiera estimado como debía, había aplicado los artículos 1052 y 632 del Código Judicial, que fueron así violados, lo cual fué causa para que el sentenciador quebrantara, por falta de aplicación las siguientes disposiciones del Código Civil: artículos 789, 752 y 980. Por último el Tribunal incidió en evidente error de hecho apoyándose en las declaraciones para deducir probada (sic) (debe ser no probada) la posesión material del demandante (sic) (debe ser del demandado). Por causa de tal error el Tribunal incidió en quebrantamiento del artículo 952 del mismo estatuto, por falta de aplicación, y del artículo 950, por la misma razón".

Se considera:

Se ataca la sentencia del Tribunal por haber decretado únicamente la nulidad del remate verificado el 18 de julio de 1941, en lo que atañe al menor Hernán Fabio Bravo y no a los demás herederos del ejecutado, negándose a la vez a decretar la acción reivindicatoria de la respectiva cuota, contra el demandado, por falta de prueba de la posesión material de éste.

Se considera:

La acción reivindicatoria es la que corresponde al dueño de una cosa singular, de que no esté en posesión, para que le sea restituída. Y el artículo 946 del Código Civil dice, expresamente, que su objeto es obtener que "el poseedor de ella sea condenado a restituírla" (restituír la posesión).

Por consiguiente, son presupuestos de esta acción: a) la calidad de dueño del demandante; b) la naturaleza singular de la cosa; c) la ausencia de posesión del titular del dominio; y, d) la calidad de poseedor de esa cosa singular, del demandado.

Al demandante corresponde la prueba de esos presupuestos esenciales de la acción. En esta clase de juicios no es suficiente la prueba de que el demandado tiene la cosa en su poder, pues se requiere que la tenga en calidad de poseedor precisamente, y no a título precario. Cabe aquí aplicar la norma de que al actor le incumbe probar los hechos de su demanda, y uno de éstos es, cuando se ejercita la acción reivindicatoria, el de la posesión del demandado.

Dice el demandante en casación que en el expediente existe la plena prueba de que el demandado en el juicio es actualmente el poseedor inscrito del inmueble. Pero sabido es que la posesión inscrita es cosa enteramente distinta de la posesión material, y que la reivindicación

se ejercita necesariamente contra el poseedor material y no contra el simple poseedor inscrito. Si una de las partes tiene la posesión inscrita solamente, ésta debe ser el demandante; y si ambas la tienen, el demandado ha de ser, también indispensablemente, el poseedor material del inmueble. No existe reivindicación contra quien tenga la simple calidad de poseedor inscrito, porque lo que ser persigue es la restitución material y no la simbólica representada en la cancelación del registro. Mal podría el juez condenar al demandado a restituír materialmente la cosa demandada, sin existir la plena prueba de que ella se encuentra en su poder y en calidad de poseedor.

En cambio sí tiene razón el recurrente cuando acusa la sentencia por haber dejado de aplicar el artículo 214 del Código Judicial, violándolo en forma directa. En efecto, esta norma impone al demandado a quien se atribuye la posesión de la cosa mueble o inmueble, la obligación de negar categóricamente que sea el poseedor, si la afirmación de la demanda no es cierta. Se trata de exigir lealtad a las partes en la determinación de la litis, a efecto de que ese fundamental presupuesto de la acción quede desde un principio enteramente establecido, con el doble objeto de evitar un proceso innecesario y de darle al demandante la oportunidad de enderezar su acción contra el verdadero poseedor.

En el caso presente, el demandado a quien en forma clara se imputa el carácter de poseedor, se limitó a decir sobre tal hecho que "se arrimarán al juicio los elementos de convicción" (contestación al hecho 42). Es decir, no negó la calidad de poseedor. Se limitó, simplemente, a eludir la respuesta clara y categórica que en caso de no tener la posesión exige el citado artículo 214 del Código Judicial. Y al proceder así es indudable que el demandado se hizo responsable del inmueble o de su valor, pues no hay la plena prueba de que el demandante hubiera procedido de mala fe, a sabiendas de que aquél no era el poseedor.

Observa la Sala que existe una verdadera contradicción entre el ordinal 5º de lo resolutivo de la sentencia del Tribunal y lo dicho en el punto cuarto de sus consideraciones, pues a tiempo que en éste se manifiesta que no puede prosperar la acción reivindicatoria por falta de prueba de la posesión en el demandado, en aquél se ordena restituír la cuota del señor Bravo Osorio al secuestre del juicio ejecutivo. Esta contradicción quedará eliminada al fundamentar la restitución que se debe decretar de la mencionada cuota, no en la existencia de pruebas de la posesión alleгadas al juicio, sino como resultado de aplicar la responsabilidad que por virtud del artículo 214 del Código Judicial compromete al demandado.

En esta forma la inexistencia de aquellas pruebas no impide la prosperidad de la acción reivindicatoria.

Por las anteriores razones, debe casarse parcialmente la sentencia del Tribunal, para revocar el punto quinto y en su lugar condenar al demandado a restituír la cuota del señor Hernán Fabio Bravo Osorio sobre el inmueble objeto del juicio. Dicha restitución debe hacerse al secuestre del juicio ejecutivo, en vista de que el bien se encuentra en su totalidad afecto al pago de la deuda que en dicho juicio se cobra y que en parte continúa insoluta. Por consiguiente, la nulidad del remate en esa parte restituye las cosas al estado anterior a ése, o sea al de embargo y secuestro de dicha cuota dentro del mencionado juicio ejecutivo.

Igualmente el demandado debe restituír los frutos correspondientes a la cuota del señor Hernán Fabio Bravo, desde la fecha de la notificación de la demanda, o su valor conforme a estimación pericial que se haga en incidente de ejecución de esta sentencia.

Por 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,

FALLA:

Se casa parcialmente la sentencia proferida el 24 de febrero de 1949 por el Tribunal Superior de Medellín en el presente juicio de Clara Rosa Osorio y otros contra Eliseo Arredondo y otro, para el efecto de revocar el punto 5º, el cual queda así:

Condénase al demandado señor Eliseo Arredondo a restituír a Fabio Hernán Bravo Osorio, representado por el secuestre del juicio ejecutivo mencionado, la cuota parte del inmueble objeto del remate cuya nulidad parcial se declara. Igualmente condénase al demandado a restituír al mismo señor Bravo en la persona del secuestre los frutos naturales o civiles correspondientes a dicha cuota parte del inmueble, o su valor, desde la notificación de la demanda, al tenor del artículo 964 del Código Civil.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en oportunidad al Tribunal de origen.

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

LA INSPECCION OCULAR NO ES EL UNICO MEDIO CONDUCENTE PARA COMPROBAR LA IDENTIDAD DE UN PREDIO — CUANDO EL DEMANDADO NIEGA LOS HECHOS DE LA DEMANDA Y EL DEMANDANTE NO LOS ACREDITA SUFICIENTEMENTE, LA NEGATIVA DE AQUEL NO CONSTITUYE EXCEPCION PERENTORIA, PERO LA ACCION NO PROSPERA PORQUE FALTA LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN O DE ALGUNO DE ELLOS

1.—La identificación de una finca raíz resulta de confrontar la realidad territorial con la descripción que de aquélla se hace en la demanda o en los títulos de dominio. Si la correspondencia entre una y otra resulta exacta, es decir, si los linderos y la situación que se describen en lo escrito están conformes con los que aparecen en el terreno, la identidad queda establecida. En el caso contrario, la identificación no se habrá producido o será deficiente.

Se comprende que a tal comprobación puede llegarse por distintos medios de prueba, de los cuales será el más apropiado, por lo general, el reconocimiento que por sí mismo haga, el juez, sin que esto signifique que él pueda siempre, mediante su inspección personal, verificar la identificación. Casos habrá en que no podrá hacerlo sino auxiliado por expertos, y de ahí que, según las cosas o hechos que han de examinarse, debe aquél asociarse de testigos o de peritos. Cuando la ciencia de estos últimos se requiere, realmente son ellos, no el Juez los que hacen la identificación y aunque su dictamen figure en el acta de la inspección, no será ella la prueba plena del hecho investigado, sino el experticio mismo, si reúne las condiciones legales para la plenitud probatoria, desde luego que el acta no la tiene sino respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez. Lo que demuestra que la identificación puede acreditarse también por dictamen pericial.

No exige, pues, nuestro código de procedimiento civil la inspección ocular como único medio para la identificación de predios, ni lo ha establecido así la jurisprudencia, ni lo han pretendido los expositores. Hay en ésto libertad probatoria y lo importante es que la cuestión se establezca en forma que lleve al juzgador la convicción absoluta de que el predio que se trata de reivindicar existe realmente y que su situación y linderos que lo individualizan son los mismos que el actor describe en su demanda, de acuerdo con sus títulos de dominio.

2.—Negado el hecho de la posesión del demandado, debió aplicarse el artículo 215 del C. J. y sustanciarse esa negativa como excepción dilatoria, comprendida en la de inepta demanda. De ese modo se habría resuelto previamente ese punto sustancial, en forma que si se decidía en favor del excepcionante, éste quedaba exento de la demanda. En caso contrario, la posesión del demandado habría sido base indiscutible para el juzgador al dictar la sentencia definitiva.

Pero es claro que si la excepción no se tramitó, por descuido del juez y de las partes, lo que implica la renuncia tácita de esa formalidad procedimental, la situación creada por la demanda y su contestación permaneció inalterable, es decir, que por la afirmación de aquélla de estar el demandado en posesión de la finca, negada por éste, siguió pesando sobre la parte actora la carga de la prueba de ese hecho. Y si esa prueba no se produjo en forma plena, el Tribunal no podía desatar la acción reivindicatoria en favor del demandante, ni puede decirse que convirtió en perentoria la excepción dilatoria no sustanciada, pues lo que ocurre cuando el demandado niega los hechos de la demanda y el actor no los acredita suficientemente, no es que la negativa constituya una excepción perentoria, sino que la acción no prospera por faltar la prueba de los elementos que la informan, o de alguno de ellos. La excepción que se opone a lo sustancial de la acción supone

siempre la comprobación de ésta, porque toda excepción perentoria es un hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de la obligación o la declara extinguida. Si la obligación no existe formalmente, la excepción no puede operar para desconocerla o extinguirla.

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

(Magistrado ponente: doctor Alberto Holguín Lloreda)

La sociedad "Hacienda de Perodías Limitada", constituída por la escritura 2436 de 20 de octubre de 1945, de la Notaría 2ª de Cali, es propietaria de una finca rural de 947 fanegadas, situada en el Municipio de Florida, Departamento del Valle del Cauca, por los linderos expresados en dicho instrumento público; y esa finca es parte de la antigua hacienda de "Perodías", que tuvo una extensión de 1745 hectáreas y cuyos límites fueron determinados técnicamente desde el año de 1894, en que el ingeniero Víctor Estrada levantó el plano topográfico de ella, límites que son los mismos que aparecen descritos en la escritura 338 de 27 de diciembre de 1902, de la citada notaría.

Dentro de la alinderación de la finca primeramente mencionada, que se inserta en el hecho 3º de la demanda, posee Apolinar Ortíz, sin título alguno, una parcela o lote de cuatro fanegadas y cuatro mil ochocientos cincuenta y siete (4.857) metros cuadrados, con diversos cultivos y con tres casas de habitación, ocupadas dos de ellas por él y su familia, y la otra por Eustorgio Cuero y la suya, parcela cuya alinderación, lo mismo que las medidas lineales del perímetro y la superficiaria indicada, se expresan en el hecho 9º de la demanda, en la cual se afirma que la posesión de Ortiz es irregular y de mala fe.

Fundada en estos hechos, que se han resumido, y presentando copia auténtica y debidamente registrada de las dos referidas escrituras públicas, y el plano general de la hacienda de Perodías, levantado en 1894, y el plano de la porción de terreno poseída por Apolinar Ortiz, la sociedad "Hacienda de Perodías Limitada" demandó a dicho señor, vecino de Florida, para que, previa la declaración del dominio de aquélla sobre la parcela, con sus mejoras, ocupada por el demandado, se condene a éste a restituírsela, con todos sus componentes, dependencias y anexidades y con sus frutos naturales y civiles, y para que se le declare responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa materia de la reivindicación, y de los perjuicios causados al demandante con la indebida apropiación de la misma cosa.

Con oposición del demandado, quien negó los hechos, unos por ser absolutamente falsos y otros por no constarle siguióse el juicio ordinario, el cual fué fallado por el Juez segundo civil del circuito de Palmira el 15 de septiembre de 1947, declarando el dominio de la actora y ordenando la consiguiente restitución del predio, con sus frutos naturales y civiles, pero sin lugar a condenación por deterioros ni mejoras.

Apelado dicho fallo por Ortíz, el Tribunal Superior de Cali lo revocó en sentencia de 9 de agosto de 1948, absolviendo al demandado de todos los cargos.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación concedido a la sociedad demandante contra la sentencia del Tribunal, la cual se funda en las siguientes razones para revocar la de primera instancia:

1ª—Que el acta de la inspección ocular practicada por el juez del conocimiento, con intervención de peritos, el 23 de abril de 1947, "no dá razón de que se hubiera cumplido el objeto de la prueba solicitada, que era el de localizar en el terreno el inmueble que se pretende reivindicar, o lo que es lo mismo no se hizo la identificación de dicho predio mediante la correspondiente comprobación de sus linderos, y la de la hacienda dentro de la cual se afirma en la demanda se encuentra aquél comprendido".

2ª—Que aunque los peritos que intervinieron en la inspección ocular dicen en su dictamen que localizaron la finca materia de la reivindicación, teniendo a la vista el plano general de la hacienda de "Perodías", lo que les permite afirmar que la ubicación de aquélla es la misma que aparece en el plano; y aunque ellos concluyen que, según los títulos que obran en el expediente, especialmente la escritura 338 de 1902, de la Notaría de Cali, y el plano mencionado, en el cúal se encuentran especificados los mismos linderos expresados en dicha escritura, la finca objeto del litigio está ubicada dentro del globo de terreno perteneciente a la sociedad demandante, el Tribunal observa que "en casos como el de que se trata, no es de la incumbencia de los peritos, la identificación de un predio dado, ni es ése el medio probatorio que corresponde para es-

tablecer cuáles son sus componentes y qué personas los ocupan; y porque, como lo tiene reconocido el Tribunal con fundamento en las disposiciones que regulan la materia, en la inspección ocular que se practica con intervención de peritos se producen dos pruebas diferentes: la de inspección ocular propiamente tal, relativa a los hechos y circunstancias observados por el Juez y que hace constar en el acta; y la pericial que tiene como fin el de que los expertos emitan opinión o concepto sobre los puntos sometidos a su pericia, prueba esta última que se rige conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre peritos".

De lo cual concluye el sentenciador que la prueba pericial no puede reemplazar la de inspección ocular "porque están destinadas por su propia naturaleza a llenar diferentes fines" y el dictamen "es medio probatorio que carece de eficacia para la identificación de los inmuebles que se trató de verificar con la inspección ocular solicitada por la parte actora".

3ª—Que el dictamen pericial, en sí mismo considerado, es inaceptable, porque en él no se expresan los fundamentos que se tuvieron en cuenta para hacer las afirmaciones en él contenidas, "ya que de un lado, no se hace allí mención de los linderos de los predios a los cuales se refiere la comprobación pericial, y de otro lado no dicen tampoco los expertos cuáles fueron las verificaciones minuciosas que hicieron para localizar sobre el terreno el lote ocupado por Apolinar Ortíz, y establecer que aquél se encuentra dentro de los linderos que encierra la hacienda de la compañía demandante".

4ª—Que no resulta establecida la posesión material del demandado, que es uno de los hechos fundamentales de la demanda, negado por él.

El recurso

El recurrente acusa por infracción **directa** y por violación **indirecta** de ley sustantiva, pero incurriendo en ello en una confusión, pues casi todas las violaciones que enumera las deriva de errónea interpretación de las pruebas, precediéndolas de estas palabras:

"Demostrada la apreciación errónea, o más propiamente, la falta de apreciación de la prueba pericial, y demostrados los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal, los cuales aparecen de modo manifiesto en los autos, **expresaré en seguida** de la manera como tal apreciación errónea, que más fué falta de apreciación de la aludida prueba pericial y tales errores de hecho y de derecho **trajeron como consecuencia la violación de la ley sustantiva,** o sea, el primero de los motivos de casación que establece el artículo 520 del Código Judicial". (Subraya la Sala).

Los errores que imputa al sentenciador los hace consistir en lo siguiente:

1º—Error de hecho manifiesto, por cuanto el Tribunal echó de menos, en el dictamen pericial, los linderos de los predios, que allí se indican, y por cuanto desestimó ese dictamen por no constar en él las verificaciones minuciosas que hicieron los peritos para localizar sobre el terreno el lote ocupado por el demandado, cosa que no era necesaria, pero que también resulta del experticio.

2º—Error de derecho, porque el Tribunal desestimó el dictamen pericial por no haberse expresado en él los linderos, no obstante que a éstos se hicieron referencias precisas, con relación a pruebas que contienen tales alinderaciones y que obran en autos. Esto es suficiente, El sentenciador erró al exigir aquéllo como condición para poder estimar el dictamen.

3º—Error de derecho, consistente en que el Tribunal desconoció el carácter de prueba técnica o científica que adquirieron los planos mediante el dictamen de peritos ingenieros que los verificaron y localizaron sobre el terreno. Tales planos, presentados con la demanda, fueron rechazados por el demandado, pero una vez que, dentro del juicio, a petición del actor y con citación de la contraparte, se estableció su exactitud por peritos, cuyo dictamen no fué objetado, ellos forman plena prueba, carácter que la sentencia les desconoce por no haber descrito los expertos las operaciones detalladas que les sirvieron para llegar a sus conclusiones.

4º—Error de derecho, por cuanto el Tribunal "rechazó el dictamen pericial como prueba adecuada para la identificación de la finca materia del juicio, sosteniendo que para tal fin sólo es admisible la prueba de inspección ocular propiamente dicha".

El recurrente señala como disposiciones violadas a consecuencia de tales errores las de los artículos 593, 705, 722 del C. J. y 946, 947, 950, 952, 961, 785, 787, 789, 2526, 768, 769, 2531, 777, 961, inciso 1º de los 963 y 964, incisos penúltimo y último del 966 del C. C., con indicación del concepto de la violación.

Se considera:

Se principia por examinar el último error

apuntado, pues si la prueba pericial fuera impertinente para establecer la identificación del predio, no había para qué entrar en el examen de los otros errores.

La identificación de una finca raíz resulta de confrontar la realidad territorial con la descripción que de aquélla se hace en la demanda o en los títulos de dominio. Si la correspondencia entre una y otra resulta exacta, es decir, si los linderos y la situación que se describen en lo escrito están conformes con los que aparecen en el terreno, la identidad queda establecida. En el caso contrario, la identificación no se habrá producido o será deficiente.

Se comprende que a tal comprobación puede llegarse por distintos medios de prueba, de los cuales será el más apropiado, por lo general, el reconocimiento que por sí mismo haga el juez, sin que esto signifique que él pueda siempre, mediante su inspección personal, verificar la identificación. Casos habrá en que no podrá hacerlo sino auxiliado por expertos, y de ahí que, según las cosas o hechos que han de examinarse, deba aquél asociarse de testigos o de peritos. Cuando la ciencia de estos últimos se requiere, realmente son ellos, no el juez, los que hacen la identificación, y aunque su dictamen figure en el acta de la inspección, no será ella la prueba plena del hecho investigado sino el experticio mismo, si reúne las condiciones legales para la plenitud probatoria, desde luego que el acta no la tiene sino **respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez.** Lo que demuestra que la identificación puede acreditarse también por dictamen pericial.

No exige, pues, nuestro Código de procedimiento civil la inspección ocular como único medio para la identificación de predios, ni lo ha establecido así la jurisprudencia, ni lo han pretendido los expositores. Hay en ésto libertad probatoria, y lo importante es que la cuestión se establezca en forma que lleve al juzgador la convicción absoluta de que el predio que se trata de reivindicar existe realmente y que su situación y linderos que lo individualizan son los mismos que el actor describe en su demanda, de acuerdo con sus títulos de dominio.

No estuvo, pues, acertado el Tribunal cuando dijo en su sentencia que "el dictamen pericial de que se ha hecho referencia, es medio probatorio que carece de eficacia para la identificación de los inmuebles que se trató de verificar con la inspección ocular solicitada por la parte actora". El mismo transcribe apartes de una sentencia de la Corte (G. J., L. 393), en que ésta, después de reconocer que la inspección ocular, con intervención de peritos, es la prueba adecuada por excelencia para determinar un predio o para demostrar que está comprendido dentro de otro, agrega que ello "no quiere decir que se excluyan los otros medios de prueba, que pueden aceptarse también, y así lo tiene resuelto la Corte en varios fallos".

Antes de examinar los demás errores imputados al Tribunal, conviene recordar que con la demanda se presentaron dos planos: copia el uno del de toda la antigua hacienda de Perodías, levantado en 1894 por el ingeniero Víctor Estrada, en el cual se ha localizado el lote materia de la reivindicación, con la leyenda "Mejoras de Apolinar Ortíz"; y el otro de ese mismo lote, levantado por el ingeniero E. Lobo Guerrero, en el cual aparecen su orientación, su cabida, y sus linderos, con las medidas de las líneas de su perímetro, enteramente conforme todo con lo expresado en el hecho 9º de la demanda.

Ahora bien, en la primera instancia pidió la parte actora que se practicara una inspección ocular, con intervención de peritos agrimensores, para establecer los siguientes puntos, que se compendian:

1º—La localización sobre el terreno del croquis o plano de la finca litigiosa, para saber si se ajusta a la realidad.

2º—La localización de la misma finca sobre el terreno, con relación a la hacienda de "Perodías", para saber si corresponde con la que aparece en el plano general de 1894.

3º—Si es verdad que dicha finca está dentro del terreno perteneciente a la sociedad demandante, según los títulos que obran en el expediente y teniendo en cuenta, para determinar los linderos de ese terreno, la escritura 338 de 1902, de la Notaría 2ª de Cali.

4º—La identificación de la misma finca objeto de la reivindicación, por sus linderos, componentes y demás características.

El juez y su secretario acompañados de los peritos, doctores Heriberto Vega Rivera y José Pablo López, y de los representantes de las partes, se trasladaron a la "finca ocupada por Apolinar Ortíz, dentro del terreno de la hacienda de Perodías, según aparece del plano presentado con la demanda", con el fin de practicar la diligencia, pero en realidad no hubo inspección ocular, pues el juez —de seguro en vista de que los puntos que se trataba de establecer requerían conocimientos especiales— limitóse a disponer

que se entregara el expediente a los expertos para que en el plazo de diez días dictaminaran sobre ellos. Y en verdad era muy poco lo que podía hacer el juez en orden a comprobar las cuestiones propuestas por el peticionario de la prueba, desde luego que se trataba, en resumen, de confrontar sobre el terreno la exactitud de los planos presentados con la demanda, para deducir si efectivamente la finca litigiosa está comprendida o no dentro del globo de tierra perteneciente a la compañía demandante, y esta confrontación escapaba a la directa percepción del juez y hacía indispensables las luces de personas versadas en la ciencia de la ingeniería.

Pasando ahora a examinar las conclusiones a que llegaron los peritos, es fácil ver que ellas se destacan nítidas y terminantes en su dictamen uniforme, del cual no se pidió explicación, ni ampliación, ni aclaración, ni fué objetado por las partes.

Dicen los expertos que **verificaron minuciosamente** sobre el terreno el lote ocupado por Ortíz, teniendo a la vista el croquis acompañado a la demanda, el cual se encuentra ajustado a la realidad; que **localizaron** dicho lote o finca, teniendo a la vista el plano general de la hacienda de "Perodías", y que por esa localización pueden afirmar que su ubicación es la misma que aparece en ese plano general; que, según los títulos escriturarios que obran en el expediente y de manera especial la escritura 338 de 1902 y dicho plano general, **en el cual se encuentran especificados los mismos linderos que fija la escritura citada,** conceptúan que la finca o lote de terreno materia de la litis **está ubicada dentro del globo de terreno perteneciente a la sociedad demandante,** "con tanta mayor razón cuanto ese lote o finca reivindicada, por sus lados norte, occidente y sur linda con potreros de la misma hacienda..."; y, por último, que **identificaron perfectamente y de manera completa, recorriéndola por todos sus extremos, la finca litigiosa, cuyos linderos son los mismos** que aparecen en el croquis especial y en el hecho noveno de la demanda, y que está compuesta de cultivos de café, plátano, cacao y otros, y tres casas de habitación, en dos de las cuales vive el demandado Ortíz con su familia, y en la otra Eustorgio Cuero y la suya.

No es posible acreditar con mayor precisión la identidad de la cosa objeto de la reivindicación, y sorprende que el Tribunal, incurriendo en un evidente error de hecho, no haya visto linderos en el dictamen pericial, siendo así que el croquis o plano especial de la finca del demandado los tiene completos, y que ese plano, según los peritos, se ajusta a la realidad territorial, a lo cual se agrega que ellos expresamente declaran, por haberla recorrido por todos sus extremos, que los linderos de dicha finca son los mismos que aparecen en el croquis y en el hecho noveno de la demanda, ni puede admitirse tampoco que, para desestimar el dictamen pericial, eche de menos el Tribunal las "verificaciones minuciosas que hicieran (los peritos) para localizar sobre el terreno el lote ocupado" por el demandado, dando a entender con ello que debieron describir en el experticio la forma como hicieron las mediciones, los cálculos de áreas y, en fin, todas las operaciones trigonométricas que les sirvieron para llegar a sus conclusiones. No debe perderse de vista que el perito presta juramento de "desempeñar el cargo según su propio conocimiento, ser imparcial con las partes y leal a la justicia que exige el concurso de sus luces y experiencia", de suerte que, cuando en casos como el actual, ellos dicen que verificaron minuciosamente el terreno, que lo localizaron teniendo a la vista el respectivo plano, que lo identificaron perfectamente y de manera completa, recorriéndolo por todos sus extremos, hay que admitir que realizaron tales operaciones y que las realizaron científicamente. Ello significa que el lote cuestionado, desde que se ajusta a la realidad el plano que lo reproduce, tiene todas las características de situación, medidas lineales, cabida, linderos y colindantes que allí aparecen, y también que está dentro de la alinderación de la hacienda perteneciente a la parte actora, puesto que la localización se hizo también con referencia al plano general de dicha hacienda.

Por consiguiente, el Tribunal, al exigir en el dictamen la constancia de las verificaciones minuciosas que hicieran los peritos para localizar el lote litigioso, como condición para poder apreciar su mérito probatorio, incurrió también en error de derecho, ya que éso no era indispensable legalmente para la fundamentación del experticio, ni hay razón para suponer que los expertos no hicieran esas verificaciones, cuando ellos afirman lo contrario.

Los errores apuntados determinaron la violación del artículo 722 del C. J. y consecuencialmente la del 946 del C. C., pues si el fallador no hubiera desestimado el dictamen pericial por esos motivos equivocados no habría llegado a la conclusión de que no estaba cumplido el requisi-

to de la identificación de la finca objeto de la reivindicación, indispensable para la prosperidad de la acción.

Pero como la sentencia también se funda en no estar acreditada la posesión del demandado, se hace necesario examinar la acusación por este otro aspecto.

La argumentación del recurrente sobre este particular puede resumirse así:

El demandado negó todos los hechos de la demanda, en varios de los cuales se le atribuye la posesión de la finca objeto de la acción de dominio, y al demandante le correspondía, según el Tribunal, probar esa posesión, pero en vista de aquella negativa entraron en juego los artículos 214, 215 y 328 del Código Judicial.

Según la primera de tales disposiciones, "cuando alguno es demadado diciéndose de él que tiene la cosa en su poder, si no es así, debe expresarlo en la contestación; pues de lo contrario, al probar el actor su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio, a menos que el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquél no era el poseedor".

El 215 indica lo que ha de hacerse cuando el demandado cumple la prevención del 214, es decir, cuando expresa que no es poseedor. Entonces esa manifestación es una excepción dilatoria, que se sustancia comprendida en la de inepta demanda. Si se sentencia en favor del excepcionante, queda éste exento de la demanda, salvos los casos especiales que el artículo contempla.

El 328 clasifica las excepciones en dilatorias, que se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y en perentorias, que son las que se oponen a lo sustancial de la acción.

Debió, pues, —argumenta el recurrente— sustanciarse la excepción dilatoria referida. Si no se tramitó, por descuido del Juez y de las partes, no puede por ello adquirir la naturaleza de excepción perentoria, que le ha dado el Tribunal, incurriendo así en grave error de derecho y desconociendo la jurisprudencia de la Corte (Casación XLV, N°. 1928, octubre 20 de 1937), según la cual la no aplicación del artículo 215 no es causal de nulidad procesal, porque "ese precepto tiende a que antes de trabarse la controversia reivindicatoria quede definido el hecho de la posesión respecto del demandado, a quien se le atribuye, con el fin de que la acción desde un principio se encauce regularmente, evitando un fallo ilusorio en sus efectos, por haberse dictado contra quien en realidad no es poseedor, bien por no haber tenido nunca ese carácter, o por haberlo perdido antes de la demanda. De manera que el artículo 214 implica una garantía para las partes en este sentido: del demandado, por cuanto probando en el incidente respectivo que es otro el poseedor "queda exento de la demanda"; y del demandante, por cuanto definido el hecho de que la posesión la tiene ciertamente el demandado, la acción en caso de prosperar oblígalo necesariamente a la restitución, sin el peligro de que el pleito resulte baldío en cuanto a esa prestación, por no haberse seguido contra el verdadero poseedor".

De donde deduce la misma doctrina que si no se sustancia la excepción en el caso del artículo 214, por incuria del juez y de las partes, ello "entraña una renuncia tácita a provocar el incidente dilatorio de ineptitud de la demanda, incidente que, como se dejó dicho, redunda en beneficio exclusivo de las partes, y en manera alguna de terceras personas, para quienes las resoluciones dictadas en los juicios a que son extrañas son **res inter alios judicata".**

Y concluye el recurrente que la circunstancia de no haberse tramitado y decidido previamente la excepción de no ser el demandado el poseedor, a lo cual renunciaron las partes, no impide que se dicte un fallo condenatorio "si hay mérito para ello y que, al efecto, se declare al actor dueño exclusivo de la finca materia del juicio y se condene al demandado a restituírsela. Si al irse a cumplir el fallo condenatorio, el demandado condenado prueba que no era el poseedor, quien resulte serlo en verdad no sufrirá ningún perjuicio, pues la sentencia sería para ese tercero extraño res inter alios judicata", principios que olvidó el Tribunal, quien de ese modo convirtió en excepción perentoria la dilatoria mencionada, olvidando también que al excepcionante le correspondía probar el hecho en que fundó su excepción, esto es, que era otro el poseedor, por lo cual no podía quedar exento de la demanda, ni de la sentencia condenatoria.

Considera el recurrente que, de ese modo, se violaron los artículos 214, 215 y 328 del C. J. y 1757 del C. C.

Se considera:

Las palabras del demandado al contestar la demanda fueron: "Niego los hechos del libelo. A mí no me constan, ni a mi mandante tampoco. Unos son absolutamente falsos, como los pertinentes a que mi mandante ocupa tierras de la

parte actora; otros tendrá que probarlos el actor".

Negado el hecho de la posesión del demandado, debió aplicarse el artículo 215 del C. J. y sustanciarse esa negativa como excepción dilatoria, comprendida en la de inepta demanda. De ese modo se habría resuelto previamente ese punto sustancial, en forma que si se decidía en favor del excepcionante, éste quedaba exento de la demanda. En caso contrario, la posesión del demandado habría sido base indiscutible para el juzgador al dictar la sentencia definitiva.

Pero es claro que si la excepción no se tramitó por descuido del juez y de las partes, lo que implica, según la jurisprudencia citada por el recurrente, la renuncia tácita de esa formalidad procedimental, la situación creada por la demanda y su contestación permaneció inalterable, es decir, que por la afirmación de aquélla de estar el demandado en posesión de la finca, negada por éste, siguió pesando sobre la parte actora la carga de la prueba de ese hecho. Y si esa prueba no se produjo en forma plena, el Tribunal no podía desatar la acción reivindicatoria en favor del demandante, ni puede decirse que convirtió en perentoria la excepción dilatoria no sustanciada, pues lo que ocurre cuando el demandado niega los hechos de la demanda y el actor no los acredita suficientemente, no es que la negativa constituya una excepción perentoria sino que la acción no prospera por faltar la prueba de los elementos que la informan, o de alguno de ellos. La excepción que se opone a lo sustancial de la acción supone siempre la comprobación de ésta, porque toda excepción perentoria es un hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de la obligación o la declara extinguida. Si la obligación no existe formalmente, la excepción no puede operar para desconocerla o extinguirla.

Quiere ésto decir que no se han violado las disposiciones que cita el recurrente y que, por tanto, el cargo es infundado.

La sentencia recurrida se sostiene pues en la razón de no haber probado plenamente el actor la posesión de la finca por el demandado, requisito indispensable, en este pleito, para la procedencia de la acción de dominio.

No está demás anotar que, en lo relativo a la posesión del demandado, el recurrente no ha acusado la sentencia por error en la apreciación de las pruebas, lo que impide a la Sala, entrar a interpretar la contestación de la demanda, armonizándola con las afirmaciones que el apoderado del demandado consignó en su alegato de instancia; y que la acusación del dictamen pericial está limitada a su identificación de la finca, sin extenderse a la posesión del demandado, que, por lo demás, no puede acreditarse por ese medio probatorio, desde luego que la tenencia, una vez identificado el predio, puede constatarse por el Juez sin auxilio de peritos, y el ánimo de dueño ha de resultar de la prueba de hechos que reúnan las condiciones del artículo 981 del C. C.

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 del Distrito Judicial de Cali con fecha nueve (9) de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho (1948).

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Emilio Prieto, Oficial Mayor en ppdad.

LA VIOLACION DE LAS NORMAS SOBRE PARTICION CONTENIDAS EN LOS ORDINALES 3º y 4º DEL ARTICULO 1394 DEL CODIGO CIVIL, POR SI SOLA NO DA MARGEN PARA UNA CAUSAL DE CASACION, SINO EN EL CASO EN QUE LAS PRUEBAS DEL EXPEDIENTE MUESTREN QUE EL PARTIDOR NO SE AJUSTO A LAS NORMAS DE EQUIDAD Y JUSTO EQUILIBRIO QUE INFORMAN LA DOCTRINA DE ESTE ARTICULO

1.—En casación son improcedentes los medios nuevos.

2.—La Corte ha dicho que los numerales 3º y 4º del artículo 1394 del Código Civil "no son reglas absolutas sino relativas y por lo mismo no puede decirse, en manera alguna, que se trata de principios concretos de derecho positivo, y que su infracción constituya la causal de casación consistente en violación de ley sustantiva" (G. J., XIX, pág. 159). Claro que si de las pruebas del proceso resulta que el partidor se ha desviado de manera notoria del espíritu de justicia y de equidad que aquellas reglas comportan, habría razón para que un cargo con esas bases prosperara y por eso dice la Corte sobre las reglas de aquel artículo: "Las expresiones verbales de que se vale el legislador no son absolutas, sino que dan una norma del esfuerzo que debe realizar el partidor, dentro de lo posible, para buscar la equivalencia y la igualdad. Claro es que en muchos casos y en virtud de las pruebas que aducen los interesados se demuestra plenamente que dentro de esa posibilidad ha podido el partidor acercarse más a la equivalencia y a la igualdad, y que por no haberlo hecho así ha lesionado el derecho de uno o de varios interesados, y entonces prospera la objeción. La cuestión es de hecho y la prueba debe suministrarla el objetante" (G. J., n. 1979, pág. 429).

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Urías Sabogal murió después de haber otorgado testamento abierto. Se siguió el juicio mortuorio, y allí fué presentada la cuenta de partición de bienes, que uno de los interesados objetó en oportunidad. Las objeciones fueron tramitadas en debida forma, y el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá las decidió en sentencia de 21 de abril de 1949, en la cual se declaró probada la primera objeción y se declararon infundadas las demás. El objetante apeló, y el Tribunal Superior de Pereira, en fallo de 31 de agosto de 1949, revocó en parte el de primera instancia, lo confirmó en otra parte, y aprobó la partición. Contra este fallo del Tribunal interpuso el recurso de casación el mismo interesado, y se entra a hacer el estudio del caso.

Son éstas las objeciones a que se refiere el presente negocio:

1ª—Que entre los adjudicatarios de la cuarta de mejoras, no se ha debido incluír a la esposa del causante;

2ª—Que en la distribución de bienes, no se tuvo en cuenta el artículo 1242 del C. C.;

3ª—Que a uno de los descendientes —Rocío Sabogal— se le ha debido hacer adjudicación en la finca "Combia";

4ª—Que para la hijuela de gastos se han debido señalar bienes muebles, y no un inmueble; y

5ª—Que al interesado Zabulón Sabogal, que es quien recurre en casación, no se le ha debido adjudicar un dinero, entregado al secuestre, porque éste no dá seguridades de solvencia.

Como ya se dijo, la sentencia del Juez encontró establecida la objeción 1ª, y desechó las otras. Mientras que el Tribunal, al revocar en parte aquella sentencia del Juzgado, desechó también esa primera objeción, de suerte que el Tribunal declaró sin fundamento las cinco objeciones.

La demanda de casación no se refiere a la objeción primera, de manera que ella quedó así descartada, o por mejor decir, aceptada por el recurrente.

El recurrente invoca estos dos motivos de casación, textuales:

I.—Violación de ley sustantiva por error de derecho que consta evidentemente en los autos y que consiste en la apreciación indebida de una prueba, y en la pretermisión de una formalidad necesaria para proferir el fallo.

II.—Violación de ley sustantiva por interpretación errónea o aplicación indebida, y por pretermisión de algunas formalidades procesales.

La pretermisión de que se habla arriba la deduce el recurrente de que la cónyuge no hizo la elección de que trata el artículo 1235 del C. Civil: retener lo que posea o se le deba, renunciando la porción conyugal, o pedir ésta, abandonando sus otros bienes. Dice el recurrente: "El Tribunal incurrió en el error de fallar, pretermitiendo la previa elección que necesariamente debe hacer la cónyuge sobreviviente que tiene derecho a porción conyugal, y en el error de derecho de apreciar indebidamente las cláusulas testamentarias que la instituyen heredera, ya que ninguna de ellas establece que aquélla, además de su porción conyugal, tiene derecho a reclamar lo que le corresponde a título de heredera.

Esta es la pretermisión que el recurrente llama de "formalidad necesaria". Porque en el segundo motivo ya se refiere el recurrente a "pretermisión de algunas formalidades procesales", que se hacen consistir en el hecho de no haberse abierto a pruebas la articulación sobre las objeciones. Dice a este respecto: "El Juez pretermitió la formalidad legal de la apertura a pruebas de la respectiva articulación, para que los derechos de mi poderdante no resultaran vulnerados, y os pido que se subsane esa omisión en la forma prevenida en el artículo 395 del C. J.".

Mas juntando estos conceptos sobre pretermisiones de formalidad necesaria y de formalidades procesales, se dice dentro del motivo II: "Pero en el evento de que prospere esta causal de pretermisión de una formalidad procesal, o la causal alegada al principio de pretermisión de una formalidad necesaria para proferir el fallo, os ruego que las condensesis en una sola, así: violación de la ley sustantiva por pretermisión de una formalidad necesaria para proferir el fallo, y de una fomalidad procesal consistente en la falta de apertura a pruebas de la articulación (art. 540 del C. J.".

Lo primero que debe anotarse es que el recurrente llama "causal" a la pretermisión de formalidad necesaria, y causal a las pretermisiones procesales; las causales o motivos a que se refiere el artículo 520 del C. Judicial son taxativos, y entre ellos no están esas presunciones. Puede haber pretermisiones que dan lugar a una nulidad procesal, y ello estaría dentro del ordinal 6º del citado artículo 520. Pero éste no es el caso contemplado. Y se anota también que el artículo 540 citado por el recurrente, nada dice como fundamento a las pretermisiones de que se trata, fundamento éste que se alega en otro pasaje de la demanda de casación, así: "Por esta última infracción (la del art. 1235), y haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 540 del C. Judicial, he acusado también la sentencia por pretermisión de una formalidad necesaria para proferir el fallo". Invocar este artículo como fundamento de un cargo, es un error.

No obstante esto dicho, al hablar por separado de cada motivo acusatorio, se considerarán otra vez estas materias.

Primer motivo:

En este motivo el recurrente se refiere expresamente a la objeción 2ª, y hace al rededor de ella las siguientes consideraciones, teniéndose en cuenta que la cónyuge supérstite no poseía bienes porque todos eran del causante y no había, por tanto, gananciales, y teniéndose en cuenta, de otro lado, que en esas circunstancias, la cónyuge hereda como un hijo, que en el testamento se asignó la cuarta de mejoras a "los herederos" por iguales partes, y que una de esas partes se adjudicó a la cónyuge.

El partidor, dice el recurrente, con expresa violación del artículo 1235 del C. Civil, adjudicó al mismo tiempo a la cónyuge bienes para pagarle porción conyugal, y para pagarle cuota hereditaria como heredera. Mas, "como en la partición se estimó que dicha cónyuge carecía de otros bienes, lo primero que debió hacer el partidor fué pedirle al Juez que previamente se aclarara la situación jurídica de aquélla, para que la citada cónyuge, en uso del derecho alternativo que le concede el mencionado artículo 1235, manifieste si renuncia la porción conyugal, para poder retener lo que se le debe en su calidad de herdera testamentaria, o si prefiere y acepta exclusivamente tal porción, abandonando lo que se le debe en su calidad de heredera, o en otros términos, renunciando sus derechos de heredera testamentaria".

Dos asignaciones se hicieron a la cónyuge, como se vió: la correspondiente a un hijo, por carecer de bienes, y otra dentro de la cuarta de

mejoras, cumpliéndose el testamento. Acerca de ésta, no se formula cargo, y el caso fué tratado en la objeción primera. El cargo versa sobre lo que se adjudicó como porción conyugal, acerca de lo cual, insistiendo sobre el punto, dice el recurrente: La sentencia menoscabó los derechos hereditarios de la menor Rocío Sabogal (hija del causante), al aceptar la partición en cuanto por ella se asigna a la cónyuge porción conyugal y cuota en la cuarta de mejoras; y el fallador incurrió en error pretermitiendo la previa elección que necesariamente debe hacer la cónyuge. Y termina así: aparecen infringidos por interpretación errónea y aplicación indebida los artículos 1234 y 1237 del C. Civil, y por falta de aplicación el artículo 1235.

Estos artículos versan ciertamente sobre porción conyugal; y el 1235, que se acusa como violado por no haber sido aplicado, es el que se refiere a la elección que la cónyuge ha debido hacer, elección en que insiste el recurrente en este primer motivo de casación.

Se considera:

Las sentencias de instancia deben versar exclusivamente sobre las objeciones a la partición, que han de considerarse como una demanda, de la cual no se puede salir el juzgador. Y ciertamente, el Juez se refirió a esas objeciones, y lo mismo hizo el Tribunal; y ni en el uno ni en el otro fallo se habló, ni siquiera incidentalmente, sobre la elección a que a última hora aspira el recurrente. Además, en la objeción segunda, que es la analizada por el recurrente en este primer motivo de casación, nada se dijo sobre esa elección del artículo 1235 del C. Civil, ni se citó este artículo, de manera que ni en esa objeción segunda ni en ninguna otra, el caso fué presentado. Lo que quiere decir que se trata de un motivo nuevo de casación, que la Sala no puede considerar.

La pretermisión de una formalidad necesaria, de que habla el recurrente, y que cubre todo el motivo que se estudia, pretermisión consistente en que no se hizo la elección de que trata el artículo 1235 del C. Civil es improcedente, y no se han violado, entonces, los textos legales citados en la demanda.

Segundo motivo:

El recurrente Sabogal adquirió por remate los derechos hereditarios de la hija del causante —Rocío Sabogal— y también los derechos hereditarios de la cónyuge supérstite sobre el inmueble llamado "Combia", el cual limita con propiedades del recurrente, lo que no se dejó establecido en el proceso; y dice el recurrente "que la partición fué objetada, por cuanto que el partidor no dió aplicación a los ordinales 3º y 4º del artículo 1394 del C. C.". Y agrega: "la objeción contiene hechos que hay necesidad de acreditar durante el término probatorio", y el Juez "pretermitió la formalidad legal de la apertura a pruebas de la respectiva articulación, para que los derechos de mi poderdante —dice el apoderado del recurrente— no resultaran vulnerados, y por tanto os pido que ordenéis subsanar esta omisión en la forma prevenida en el artículo 395 del C. J.".

Todo ésto es demasiado extraño. Se le pide a la Corte que ordene abrir a pruebas una articulación, porque el Juzgador no lo hizo, sin caerse en la cuenta que ésta no es función de casación, sino tarea de instancias, de manera que la petición se ha debido formular ante el Juez, una vez corrido en traslado el pliego de objeciones y abierta la articulación, lo que se hizo en auto de 3 de julio de 1948. El artículo 395 que cita el recurrente dice que si el punto a que se refiere la articulación es de puro derecho, o con la contestación asume este carácter, el Juez falla; mas si hay hechos que probar, el incidente se abre a pruebas. El Juez consideró que la cuestión era de puro derecho, pues falló en seguida; mas si el litigante consideraba que había hechos para establecer, ha debido pedir término probatorio. En todo caso, éstas son simples cuestiones de instancia.

Desde otro punto de vista, dice que por falta de apreciación de una prueba, que no se trajo a los autos, sobre que el inmueble "Combia" linda con propiedad de Zabulón Sabogal, violó el Tribunal el ordinal 4º del artículo 1394 del C. Civil, "incurriendo además en error de hecho que consta evidentemente en los autos, y de allí que acuse la sentencia recurrida por ser violatoria de ley sustantiva por error de hecho consistente en la falta de apreciación de la prueba ameritada". ¿A cuál prueba se refiere el recurrente? A una que no se practicó. Y el motivo de casación así invocado resulta asaz injurídico. Ni se podrá pensar en que el tan repetido numeral 4º, que a veces se le acompaña del 3º, y en algún pasaje del 7º, son textos que por sí solos puedan configurar un motivo de casación, pues más bien son instrucciones reglamentarias que se dan al

partidor para la realización de su tarea, y que en ninguna forma lo colocan dentro de un mandato imperativo, pues el ordinal 3º dice que los fundos que se adjudiquen a una misma persona "serán, **si posible fuere,** continuos", el ordinal 4º habla de que **"se procurará"** la misma continuidad entre el fundo adjudicado a un asignatario, y otro de que éste sea dueño; y el 7º dice que se ha de guardar **la posible** igualdad en una partición, adjudicando a los herederos cosas de la misma naturaleza y calidad (los subrayados son de la Sala). Es el partidor, entonces, quien debe apreciar las condiciones de los herederos y de las cosas partibles, a fin de ver cómo se va acomodando a esas reglas tan elásticas, que por sí solas no pueden resguardar un derecho civil en abstracto, como ocurre con disposiciones claramente imperativas.

Sobre los numerales 3º y 4º de aquel artículo 1394 dijo la Corte que "no son reglas absolutas sino relativas y por lo mismo no puede decirse, en manera alguna, que se trata de principios concretos de derecho positivo, y que su infracción constituye la causal de casación consistente en violación de ley sustantiva". (G. J., XIX, pág. 159). Claro que si de las pruebas del proceso resulta que el partidor se ha desviado de manera notoria del espíritu de justicia y de equidad que aquellas reglas comportan, habría razón para que un cargo con esas bases prosperara, y por eso dice la Corte sobre las reglas de aquel artículo: "Las expresiones verbales de que se vale el Legislador no son absolutas, sino que dan una norma del esfuerzo que debe realizar el partidor, dentro de lo posible, para buscar la equivalencia y la igualdad. Claro es que en muchos casos y en virtud de las pruebas que aducen los interesados se demuestra plenamente que dentro de esa posibilidad ha podido el partidor acercarse más a la equivalencia y a la igualdad, y que por no haberlo hecho así ha lesionado el derecho de uno o de varios interesados, y entonces prospera la objeción. La cuestión es de hecho y la prueba debe suministrarla el objetante". (G. J. Nº 1979 pág. 429).

Conforme con estos mismos conceptos, se lee lo siguiente en otra sentencia de casación: "Hecha la liquidación de la herencia, procede su distribución entre los asignatarios señalando a cada uno los bienes singulares que le correspondan según su llamamiento, para lo cual la ley señala al partidor reglas que debe acatar en la realización de esas operaciones. Pero estas reglas, las contenidas en los numerales 3º, 4º, 7º y 8º, del artículo 1394 del Código Civil, a que se refiere la acusación que se estudia, como se desprende de su propio tenor literal en que se usan expresiones como 'si fuere posible', 'se procurará', 'posible igualdad', etc., no tienen el carácter de normas o disposiciones rigurosamente imperativas, sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor, y cuya aplicación y alcance se condicionan naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular, y no solamente relativa a los predios sino también las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrencia a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes, adoptada por el partidor". (GACETA JUDICIAL, Tomo XLV, pág. 159).

Mas es la verdad que en el expediente no aparece prueba alguna que muestre que el partidor faltó a la equidad y racional equivalencia que se buscan en el artículo en mención.

Dentro de este mismo motivo, se queja el recurrente de que para la hijuela de gastos se destinó un inmueble, cuando se han debido destinar bienes muebles, lo que constituye la objeción 4ª Y dice la demanda: "Es apenas natural que esta objeción se declare probada y que se ordene rehacer la partición, para que se dé cumplimiento al ordinal 4º citado, el cual estimo violado por interpretación errónea y falta de aplicación". Queja ésta sin fundamento, según lo ya examinado.

Por último, se queja el recurrente de que en su hijuela se le adjudicó la suma de $ 2.715.75 que se debía encontrar en poder del secuestre por venta de ganados, pues que el secuestre es insolvente; y cita como violado el ordinal 7º del artículo 1394 del C. Civil examinado atrás. Ya se vió que este texto no tiene carácter imperativo, y no puede servir entonces, por si solo, para fundamentar un motivo de casación.

Y enlazando todos los cargos de la demanda, dice: "De todo lo expuesto se deduce que el sentenciador, al aprobar la partición declarando no probadas las objeciones, violó por falta de aplicación o interpretación errónea los citados ordinales 3º,

4° y 7° del artículo 1394 del C. C., el 1347 de la misma obra y el 395 del C. Judicial".

El artículo 1347 es completamente extraño a las cuestiones que han estado a estudio, pues versa sobre pago de legados; el artículo 395, que versa sobre el trámite de las articulaciones, es disposición simplemente procedimental; y los ordinales enunciados ya han sido examinados y considerados como simples normas reglamentarias que por sí solas no dan margen para una causal de casación, sino en el caso, según se dijo, que las pruebas del expediente muestren que el partidor no se ajustó a las normas de equidad y justo equilibrio que informan la doctrina del artículo 1394 varias veces citado.

No tiene razón, por tanto, el recurrente en ninguna de sus quejas contra la sentencia.

Expuesto ésto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira, de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

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.

CUANDO LA ACCION PROSPERA, NO ES NECESARIO PRONUNCIAMIENTO ESPECIAL EN LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA, SOBRE LAS EXCEPCIONES ADUCIDAS — ACUMULACION DE ACCIONES—SIGNIFICADO DE LA PALABRA CAUSA, USADA POR EL ARTICULO 398, NUMERAL 4º, DEL C. J.—CONTINENCIA DE LA CAUSA

1.—Es constante la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que cuando la acción prospera no es imprescindible un pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia sobre las excepciones que se hayan propuesto o alegado, si éstas fueron tenidas en cuenta en la parte expositiva del fallo. Y la razón es ésta: declarada la acción, tácitamente se está expresando que los medios defensivos, las excepciones, no tienen fundamento jurídico, y sobra entonces referirse también a éstos en la parte resolutiva del fallo.

2.—La Corte ha dicho en muchas ocasiones refiriéndose a la continencia de la causa: "Este principio que tiende a evitar el que sobre un mismo punto jurídico y en ejercicio de una misma acción, respecto de personas ligadas entre sí por una conexión jurídica, pueda dar lugar a fallos contradictorios, se funda también en otros principios: el de la economía procesal que tiende a hacer efectivos los derechos, con el menor esfuerzo de tiempo y de dinero".

Evitar fallos contradictorios y buscar economía de tiempo y de dinero porque ésto interesa a la administración de justicia, es finalidad cardinal de la figura jurídica llamada continencia de la causa; lo que quiere decir que esa figura, que es argumento a favor de la acumulación, se puede invocar tanto en el caso de acumulación de autos como en el caso de acumulación de acciones. Y si se cita para sostener ese argumento el artículo 398 del C. Judicial, es porque en caso de acumulación de autos el argumento está expreso, mientras que en el otro caso de acumulación está implícito, es razón intrínseca de la acumulación de acciones.

Con ambas acumulaciones tiene que ver, pues la continencia de la causa.

3.—La excepción de inepta demanda es simplemente dilatoria, de acuerdo con el artículo 330 del C. Judicial; pero la jurisprudencia tiene aceptada como perentoria temporal la de ineptitud sustantiva de la demanda, y de acuerdo con ella se debe decidir en la sentencia.

4.—Al disponer el numeral 4º del artículo 398 del C. J. "cuando las acciones provengan de una misma causa", quiere significar cuando provengan de un mismo motivo, de idéntico móvil, de una misma razón de ser. Si las dos acciones acumuladas o acumulables versan sobre un arrendamiento, provienen de una misma causa. Si ambas se fundan en una posesión, como en el caso de prescripción extraordinaria, esta posesión es la causa.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

En este proceso se dá razón de una demanda sobre dominio y de una contrademanda sobre prescripción extraordinaria, y se entra en su estudio.

CAPITULO I

Instancias

A) **Acción de dominio:**

Julio Enrique Escobar, por medio de apoderado, pidió al Juez del Circuito de Ramiriquí estas declaraciones principales contra Roberto Jiménez y Belarmina Jiménez v. de Moreno:

1ª—Que Escobar tiene derecho de dominio de dos inmuebles que le fueron adjudicados en la sucesión de Celestina Jiménez, como heredero de ésta, uno situado en la vereda de Sastoque, Mu-

nicipio de Tibaná, y otro situado en la población de Tibaná.

2ª—Que dentro del primer inmueble posee Roberto Jiménez dos lotes, singularizados, que está obligado a restituír.

3ª—Que dentro del segundo inmueble situado en la población de Tibaná posee Belarmina Jiménez un lote, determinado, que debe restituír.

Y se dice en los hechos de la demanda que en la partición de la herencia de Celestina Jiménez le fueron adjudicados aquellos inmuebles al demandante Escobar, que la causante compró los mismos inmuebles a Ciriaco Jiménez por escritura 178 de mayo de 1890. Notaría de Turmequé, y que la hijuela de adjudicación, que el actor presenta, lo mismo que esta escritura, hace relación de aquellos dos inmuebles.

B) **Acción de prescripción:**

Contestado el libelo por los opositores, oponiéndose a las peticiones de él, aceptando algunos hechos y negando otros, propusieron demanda de reconvención contra Escobar para que "en el mismo fallo se haga la declaración judicial de que pertenecen a Roberto Jiménez y Belarmina Jiménez v. de Moreno, por haberse consumado a su favor la prescripción extraordinaria de treinta años, en dominio y posesión, lo mismos tres inmuebles de que trata la demanda principal".

En los hechos de esta demanda de reconvención se dice que el inmueble a que se refiere la escritura 178 comprende los tres lotes de que tratan la demanda y contrademanda; que él perteneció a Ciriaco Jiménez, "padre legítimo de la esposa de Julio Enrique Escobar, señora Celestina Jiménez, y de Roberto y Belarmina Jiménez"; que a Celestina Jiménez se le hizo escritura de confianza con la finalidad de que distribuyera los bienes entre todos los hijos; y que hace como cuarenta años los herederos hicieron una partición amigable de esos bienes, que desde entonces han estado poseyendo.

Escobar, demandado en reconvención, se opuso a lo pedido y negó los hechos expuestos en ésta.

C) **Sentencia de primer grado.**

El Juzgado del Circuito de Ramiriquí decidió ambas demandas según sentencia de catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, en que se expresó:

Sobre la demanda principal: Declárase probada la excepción de inepta demanda con referencia especial a la demanda principal presentada por Julio Enrique Escobar contra Roberto Jiménez y Belarmina v. de Moreno, y desestímase esta demanda.

Sobre la demanda de reconvención: Declárase probada la excepción de inepta demanda con referencia especial a la demanda de reconvención presentada por el apoderado Roberto Jiménez y Belarmina Jiménez v. de Moreno contra Julio Enrique Escobar, y desestímase esta demanda.

Dice el Juzgado que hubo una acumulación indebida en la demanda principal, pues hay identidad de título e identidad de acción intentada, pero es distinto el objeto de la reivindicación y distintas las personas demandadas. Y termina: "Si el objeto y las personas demandadas son distintos, la acumulación no procede, y la demanda para cada uno de los casos ha debido intentarse separadamente". Y por ésto y algún otro motivo que no hay para qué expresar, se declaró la excepción de inepta demanda.

Y en relación con la demanda de reconvención expresó el Juzgado: "Las mismas razones que militan en la demanda principal sobre diversidad de personas demandantes y diversidad de objeto, vienen a militar en el presente caso, y hace que no sea viable en manera alguna la demanda de reconvención intentada".

D) **Apelación:**

Las partes apelaron de la sentencia analizada, incondicionalmente el apoderado de Escobar, y en estos términos el apoderado de los dos Jiménez: "Refiriéndome a la sentencia proferida en el juicio, manifiesto que interpongo apelación para ante el H. Tribunal **por no haberse hecho condenación en costas.** En este sentido interpongo el recurso, **aceptándola en lo demás".** (subraya la Sala).

Es muy importante fijar atención en este memorial apelatorio del apoderado de los señores Jiménez, porque él define la posición de éstos frente a la acción que intentaron, la cual fué desestimada por el Juzgado. Con razón dijo lo siguiente el Tribunal sobre este punto, en la sentencia que se examina después de transcribir aquel memorial de apelación de la parte de los Jiménez: "En presencia de la anterior especificación y teniendo en cuenta el artículo 494 del C. J., la Sala debe abstenerse de considerar

y calificar el fallo recurrido en lo pertinente a la demanda de reconvención cuya decisión está comprendida en los numerales 3º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia apelada por el demandante, la que le fué desfavorable a éste únicamente en los ordinales 1º y 2º de la parte resolutiva del fallo, como quiera que la negativa a condenar en costas favoreció a todos los interesados en el juicio, pero de ello apeló el representante judicial de los demandados haciendo la correspondiente especificación y recalcando que acepta el fallo en lo demás".

El Tribunal, para afianzar esta tesis, tomó párrafos de una sentencia de casación, que dice en parte: "Lo favorable o desfavorable de una sentencia, a que mira el artículo 494 del C. J., está en lo que concede, niega u ordena, esto es, en su parte resolutiva. Cuando el demandado es condenado en menos de lo pedido, y el demandante apela en la mira de completar sus aspiraciones, es claro que el demandado, si por su lado aspira a que se le descargue de aquella condena parcial, debe apelar también, pues que si no apela en esta parte, su condena queda en firme, como no podría extenderla el superior si el demandante no apelara". (G. J., LI, pág. 835).

Conviene anotar que la tesis del Tribunal, a que se refiere aquel párrafo de la sentencia, no fué objetada en la demanda de casación.

E) **Sentencia del Tribunal:**

Con fecha siete de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve el Tribunal Superior de Tunja dictó sentencia sobre la litis, en la cual se revoca la de primera instancia y se aceptan las peticiones cardinales de la demanda principal.

De acuerdo con lo sostenido en la parte enunciativa de la sentencia, ésta nada dijo sobre la demanda de reconvención en la parte resolutiva. El Tribunal se concretó entonces a hablar de las excepciones, tema éste que se tratará en seguida de este aparte, y a refutar las tesis del Juzgado sobre acumulación, a fin de dar campo al éxito de la demanda principal. En relación con esa acumulación el Tribunal expuso lo siguiente:

"Para la apreciación en derecho de la decisión del Juzgado sentenciador únicamente en lo que es materia de la alzada, el Tribunal tiene en cuenta el principio de la indivisión de la continencia de la causa consagrado en el artículo 379 del C. J., principio que quedaría quebrantado intentando separadamente los dos juicios reivindicatorios que insinúa el Juez, en razón de la unidad de títulos, los cuales arrancan desde la escritura de venta que le hizo Ciriaco Jiménez a Celestina Jiménez el 16 de mayo de 1890, en la cual quedaron comprendidos los bienes materia de la restitución por haberlos heredado Julio Enrique Escobar de la causante Celestina Jiménez, escritura Nº 430 de 4 de julio de 1945, partidas 2ª y 3ª hijuela de adjudicación cuya identidad se demostró en autos con la inspección ocular de que adelante se hablará; ahora, siendo uno solo el título o causa jurídica para pedir, el demandante Julio Enrique Escobar, ha hecho uso de la única acción que le compete para afirmar su propiedad en los bienes que heredó de su finada esposa Celestina Jiménez, bienes poseídos en la actualidad por los demandados Roberto Jiménez y Belarmina Jiménez v. de Moreno, hermanos entre sí, en razón de ser ambos herederos de Ciriaco Jiménez según sus alegaciones, vecinos ambos del Municipio de Tibaná dentro de cuya jurisdicción están situados los lotes cuya reivindicación se demanda; lo anterior quiere decir que los puntos cuestionados encajan dentro de los ordinales 2º y 4º del artículo 398 del C. J. respecto de cuyo alcance existe la interpretación doctrinaria de la Corte Suprema de Justicia concebida así:

"La Corte reafirma su doctrina expuesta en fallo de 30 de marzo de 1936, en el cual dijo lo siguiente: 'Las acumulaciones, objetivas y subjetivas, pueden y suelen presentarse combinadas. Semejante combinación no es procedente sin la presencia de una conexión jurídica entre los varios sujetos. A esta conexión la denomina nuestra ley procesal continencia de la causa, la cual está integrada por tres elementos: a) personas; b) título o causa de pedir o jurídica; c) cosa, objeto o causa de hecho. Doctrinariamente las causas conexas se dividen en dos géneros, cada una de las cuales se subdivide en tres especies (art. 398 C. J.). Pertenecen al primer género las causas que tienen dos elementos comunes y otro diverso. Las especies de éstos son: 1º—La identidad de personas y de causa jurídica, diversidad de cosa o de causa de hecho; 2º—Identidad de personas y de causa de hecho o cosa, diversidad de causa jurídica o título; 3º—Diversidad de personas, indentidad de fundamento real y jurídico. (Casación, 16 septiembre de 1943, LVI, 129)'.

"La acumulación para evitar la división de la continencia de la causa, procede según el numeral 4º del artículo 398 del C. J.. cuando las acciones provengan de una misma causa aunque

se ejerciten contra muchos y haya, por consiguiente, diversidad de personas. Este principio que tiende a evitar el que sobre un mismo punto jurídico y en ejercicio de una misma acción, respecto de personas ligadas entre sí por una conexión jurídica, pueda dar lugar a fallos contradictorios, se funda también en otro principio a saber: **el de la economía procesal que tiende a hacer efectivos los derechos, con el menor esfuerzo de tiempo y de dinero.** (Casación 16 de septiembre de 1943, LVI, 130)" (El subrayado lo hace el Tribunal).

"En presencia de los textos legales que acaban de invocarse y de la doctrina jurídica insertada aquí para hacer más ostensible el mandato de la ley, claramente se ve que es inaceptable la tesis del Juez de primera instancia tanto en lo que mira el consejo propuesto al actor para que propusiera acción posesoria, como para que iniciara dos juicios de reivindicación separados, absurdos que directamente afectan el principio de la economía procesal y de cuyos errados conceptos dedujo la desestimación de la demanda".

F) **Excepciones:**

En la contestación de la demanda principal, se dijo lo siguiente sobre este caso: "Propongo las excepciones perentorias de carencia de acción, causa o derecho, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconozcan la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió".

El Juzgado dijo que "la excepción en el presente negocio que aparece con mayor relieve y demostración es la de inepta demanda". Y fué ésta la que declaró en su fallo.

En el extracto sobre las alegaciones hechas en la audiencia ante el Tribunal, el apoderado de los Jiménez, al objetar la demanda por el aspecto de la acumulación, dice: "Pero sea lo que fuere, la sentencia del Tribunal tendrá que reconocer la excepción de petición de modo indebido". Y para terminar su extracto, expresa aquel apoderado: "...debe reconocerse la excepción de prescripción extraordinaria por cuanto los demandados probaron con todas las declaraciones aducidas en la primera instancia, que han poseído sus lotes en un lapso superior a treinta años, tales como Hugolino Parada, Pedro Gil, Félix Rodríguez, etc. Existe para mis clientes la excepción adquisitiva del derecho de dominio por prescripción extraordinaria". Al contestar la demanda, los opositores manifestaron que desde hacía más de treinta años estaban en posesión de lo reclamado por el actor, de buena fe, con ánimo de dueños, sin reconocer dominio a nadie.

El Tribunal, en su sentencia, habla de que el abogado de los Jiménez "alegó en forma abstracta" la excepción de inepta demanda, y transcribe lo que ese abogado expresa sobre el particular en la contestación de la demanda, lo cual quedó copiado atrás. Y más adelante dice el Tribunal:

"...Las peticiones contenidas en el libelo tienen amplio respaldo probatorio en los autos sin que puedan aceptarse las excepciones alegadas y reconocidas en el fallo apelado por carecer de asidero legal que las haga viables en derecho, como se ha visto en el curso de esta extensa decisión en la cual se han insertado las doctrinas de la Corte para afirmar mejor y separadamente los puntos materia de ella, apoyados en los textos legales invocados en la motivación que se deja expuesta. En cuanto a la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio por parte de los demandados, la Sala considera descartada desde luego que los demandados no presentaron título inscrito que la acredite, y él es necesario en conformidad con lo prescrito por los artículos artículos 764 y 2528 del C. C. Y por lo que hace a la prescripción extraordinaria tampoco la considera cumplida porque no existe uniformidad en los testimonios aducidos para demostrarla ya que algunos testigos no precisan el tiempo de tal posesión y porque con el dicho de Isaac Gil Obdulio Parra, Deogracias Cruz, José Rodríguez y Pedro Pablo Arias sólo se acredita una posesión conjunta entre demandados y demandante, posesión que no reúne las exigencias legales toda vez que la posesión para adquirir por prescripción debe ejercitarse con ánimo de señor y dueño y en forma exclusiva, y porque el testimonio de Concepción Mancipe es ineficaz puesto que no conoce los predios del punto de "Sastoque" que se dice tiene en su poder el demandado Róberto Jiménez. Todos estos testimonios se encuentran desvirtuados con los de los testigos de la parte demandante que, como atrás se ha expresado, merecen plena fe en cuanto a la posesión e identificación de las parcelas que se reclaman por el demandante Julio Enrique Escobar".

Como se vé, en la parte expositiva del fallo del Tribunal se englobaron las excepciones alegadas y las reconocidas. Las primeras fueron, según lo ya transcrito: la enunciada en la contestación de la demanda, la de petición de modo

indebido alegada en la audiencia, y la de prescripción. Y la reconocida fué la de inepta demanda, que no aceptó el Tribunal porque revocó el proveído del Juzgado.

CAPITULO II

Casación

La parte de los Jiménez interpuso el recurso de casación, y formuló cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal, con base en estas tesis: incongruencia; inepta demanda; ineptitud sustantiva de la demanda; prescripción. Se estudiará cada uno de estos cargos, con cita de los textos legales que se estiman infringidos.

Primer cargo:

Dice el recurrente que con fundamento en la causal 2ª del artículo 520 del C. Judicial acusa la sentencia por no haber decidido sobre una de las excepciones presentadas por la parte demandada, la de **petición de un modo indebido,** la cual fué propuesta por el apoderado de los demandados en el resumen de las alegaciones orales, así: "Pero sea lo que fuere la sentencia del Tribunal, con la aclaración precedente, tendrá que reconocer la excepción de petición de modo indebido". Y expresa además: "Alegada esta excepción, la sentencia no decidió sobre ella, lo que la hace incongruente con dicha pretensión de los demandados, y en sentencia de instancia deberá declararse probado el mencionado medio exceptivo".

En el resumen de la alegación oral, el apoderado de los demandados fundó la excepción de petición de modo indebido en una ilegal acumulación de acciones, y dice sobre ello: "En efecto, la demanda no podía presentarse, por imposibilidad legal de procedimiento, en la forma que lo fué, es decir, demandando a la vez al señor Roberto Jiménez y a la señora Belarmina Jiménez v. de Moreno. No podía hacerlo porque Roberto Jiménez viene poseyendo a nombre propio el terreno a que se concreta la súplica segunda, independientemente de la otra demandada; no podía hacerlo porque la señora Belarmina Jiménez v. de Moreno, venía poseyendo el terreno a nombre propio, con ánimo de señor y dueño, con independencia del otro demandado. Y es más, a manera de paréntesis, esta demanda, no podía serlo en la forma en que lo fué, en nombre propio, sino que ha debido serlo como representante de la sociedad conyugal Moreno-Jiménez, extinguida por la muerte de su esposo Oliverio Moreno".

Es constante la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que cuando la acción prospera no es imprescindible un pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia sobre las excepciones que se hayan propuesto o alegado, si éstas fueron tenidas en cuenta en la parte expositiva del fallo. Y la razón es ésta: declarada la acción, tácitamente se está expresando que los medios defensivos, las excepciones, no tienen fundamento jurídico, y sobra entonces referirse también a éstos en la parte resolutiva del fallo. De una serie muy larga de sentencias en que esta doctrina ha sido sostenida, se toma una al azar: "No teniendo las excepciones perentorias otro objeto y fin que destruír o enervar la acción ejercitada, las cuestiones que las constituyen sólo imponen su consideración para el efecto de la absolución o la condena que de su apreciación se derive. De este modo, la sentencia condenatoria deja resuelto el litigio en toda su extensión porque lleva implícita la declaración sobre falta de fundamento de la excepción propuesta, sin necesidad de ninguna declaración especial al respecto". (Casación de 1941, G. J: Nº 1937, pág. 570).

Ya se vió atrás en el aparte F) llamado "Excepciones", cómo en la sentencia del Tribunal se recogieron y consideraron las excepciones propuestas y alegadas por la parte opositora, para decir de ellas que "no pueden aceptarse por carecer de asidero legal que las haga viables en derecho". Y después de ésto, sobraba hacer mención del caso en la parte resolutiva de la sentencia, que fué condenatoria para los demandados.

No prospera, por tanto, este cargo.

Segundo cargo:

Lo plantea así el recurrente, como subsidiario del anterior, colocándolo bajo la causal 1ª del artículo 520 del C. Judicial:

La sentencia negó la excepción de inepta demanda con apoyo en el artículo 398 del C. Judicial, como si se tratara de acumulación de autos, cuando se trataba de acumulación de acciones a que se refiere el artículo 209 del mismo Código, por lo cual se violaron por indebida aplicación los artículos 396, 397 y 398 del citado Código, y se violó directamente el mencionado artículo 209.

El recurrente refiere estas apreciaciones a lo

que expresó la sentencia en la parte copiada atrás, sobre todo a este párrafo: "Para la apreciación en derecho de la decisión del Juzgado, el Tribunal tiene en cuenta el principio de la indivisión de la continencia de la causa consagrado en el artículo 397 del C. J., principio que quedaría quebrantado intentando separadamente los dos juicios reivindicatorios que insinúa el Juez, en razón de la unidad de títulos los cuales arrancan desde la escritura de venta que hizo Ciriaco Jiménez a Celestina Jiménez, en la cual quedaron comprendidos los bienes materia de la reivindicación... lo que quiere decir que los puntos cuestionados encajan dentro de los ordinales 3º y 4º del artículo 398 del C. J., respecto de cuyo alcance existe la interpretación doctrinaria de la Corte...". Y la interpretación de que se habla está expuesta en las sentencias que el Tribunal transcribe y que se dejaron copiadas atrás frente a la letra E).

Antes de seguir adelante, es preciso observar que de parte del Tribunal no hubo confusión, es decir, no tomó la acumulación de autos por acumulación de acciones. El Tribunal no estaba haciendo examen de estas dos acumulaciones, por lo cual no puede decirse que aplicó indebidamente a una acumulación, las disposiciones legales referentes a la otra. No: el Tribunal, para reforzar un razonamiento sobre su punto de vista de que no hubo acumulación indebida de acciones, cita lo relacionado con continencia de la causa, que es argumento, simple argumento, que puede presentarse en caso de acumulación de autos como en caso de acumulación de acciones.

Porque, ¿qué significa la continencia de la causa, de que mucho se preocupa nuestra legislación procesal, como todas las legislaciones procedimentales? La Corte lo ha dicho en muchas ocasiones, y lo dijo en la sentencia que el Tribunal tomó y que quedó transcrita frente a la letra E), en estos términos: "Este principio (el de la continencia de la causa), que tiende a evitar el que sobre un mismo punto jurídico y en ejercicio de una misma acción, respecto de personas ligadas entre sí por una conexión jurídica, pueda dar lugar a fallos contradictorios, se funda también en otros principios: el de la economía procesal que tiende a hacer efectivos los derechos, con el menor esfuerzo de tiempo y de dinero".

Evitar fallos contradictorios y buscar economía de tiempo y de dinero porque ésto interesa a la administración de justicia, es finalidad cardinal de la figura jurídica llamada continencia de la causa; lo que quiere decir que esa figura, que es argumento a favor de la acumulación, se puede invocar tanto en el caso de acumulación de autos como en el caso de acumulación de acciones. Y si se cita para sostener ese argumento el artículo 398 del C. Judicial, es porque en caso de acumulación de autos el argumento está expreso, mientras que en el otro caso de acumulación está implícito, es razón intrínseca de la acumulación de acciones.

Con ambas acumulaciones tiene que ver, pues, la continencia de la causa, y por éso el Tribunal la invocó en el caso de acumulación de acciones. Sobre estas materias expresó hace poco la Corte: "El objeto de tal acumulación es el de disminuír el número de pleitos y evitar fallos contradictorios en actuaciones idénticas, siendo uno mismo el derecho e iguales las probanzas, pues ello redundaría en el desprestigio de la administración de justicia, y causaría erogaciones innecesarias a los litigantes. Pueden acumularse las acciones de uno contra varios, o de varios contra uno u otros, siempre que ellos procedan de un mismo título o sea de una misma causa de pedir. Esto es lo que se llama la conexión o continencia de la causa. Causas conexas son las que tienen un elemento común y alguno o algunos diversos. Forman la conexión las personas, el título y la cosa. Las razones para la acumulación, ya de autos, ya de acciones, son idénticas". (Sentencia junio 2 de 1938. G. J. Tomo XLVII, pág. 365).

Un autor, aplicando la continencia de la causa al caso de acumulación de acciones, dice: "Si el propietario de una finca, por ejemplo, la arrendare a varios colonos proindiviso o en común y en un mismo contrato, es evidente que se faltaría a la continencia de la causa si aquél, en juicio separado, se dirigiere contra cada uno de éstos en demanda de precio del arriendo, aunque sólo fuere por la parte que le correspondiera a cada uno de ellos proporcionalmente, pues entonces las acciones procederían de una misma causa y de una misma cosa y los autos debieran acumularse". (Manresa y Navarro, "Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil", Tomo I, pág. 635).

Y lo que se está diciendo sobre el texto relacionado con acumulación de acciones, puede predicarse sobre los textos relacionados con la acumulación de autos.

Por los motivos expuestos no prospera este cargo.

Tercer cargo:

Lo enuncia el recurrente así: "Alego igualmente, en subsidio del anterior, la causal 1ª del citado artículo 520, debido a infracción por indebida aplicación o interpretación errónea del artículo 398 del C. Judicial, al no declarar probada la excepción de **ineptitud sustantiva de la demanda,** con apoyo en los ordinales 3º y 4º del citado artículo".

Sea lo primero anotar que esta excepción no fué propuesta ni alegada por la parte demandada, en ningún momento del juicio. Sin duda entonces que el recurrente la considera como perentoria, y que por serlo se ha debido reconocer y fallar de acuerdo con ella, al tenor del artículo 343 del C. Judicial que dice: "Cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida".

El recurrente funda este cargo en lo que la sentencia expresó como argumento sobre continencia de la causa, para reafirmar su concepto acerca de que la acumulación de acciones de la demanda no era improcedente. La acumulación de acciones era, pues, la materia sobre la exposición del Tribunal a que el recurrente se refiere en su cargo.

El Juez debe reconocer la excepción perentoria, pero siempre que halle justificados los hechos en que dicha excepción se funda. No los debió encontrar justificados el Tribunal, cuando no hizo ese reconocimiento, sino que declaró probada la acción. El Tribunal expresó que su pensamiento estaba bien localizado dentro de los ordinales 3º y 4º del artículo 398 del C. J. Sostenía, como se ha visto, una legal acumulación de acciones, de manera que sobre esta acumulación ha debido versar la acusación del recurrente. No se hizo así, y el cargo contra la sentencia se formula con base en un texto legal sobre acumulación de autos, materia ésta de que la sentencia no se ha ocupado.

La excepción de inepta demanda es simplemente dilatoria, de acuerdo con el artículo 330 del C. Judicial; pero la jurisprudencia tiene aceptada como perentoria temporal, la de ineptitud sustantiva de la demanda, y de acuerdo con ella se debe decidir en la sentencia. En el segundo cargo, como ya se vió, el recurrente se queja de que en la sentencia se hubiera negado la excepción de inepta demanda, y dice para terminar ese cargo: "En resumen, el H. Tribunal de instancia debió declarar probada la excepción de inepta demanda. La H. Corte se servirá corregir el error de la sentencia".

Como se vé, el recurrente se extraña de que la excepción de inepta demanda no fué declarada; y si le pide a la Corte que la declare, tiene que referirse en el segundo cargo a la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, a que se contrae el presente cargo. Lo que quiere decir que el punto ya fué tratado en el capítulo anterior.

Pero hay más: la excepción de inepta demanda, ya estudiada en el punto anterior, y de la cual se copiaron los fundamentos, se hizo consistir en una indebida acumulación de acciones; y la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, a que se contrae el presente cargo, se hace consistir también en la misma acumulación. El hecho en una y otra es el mismo, y es ésto lo que interesa, pues el nombre puede ser uno u otro. "Las excepciones son hechos y no nombres", ha dicho la Corte. De está suerte, las dos excepciones se confunden, y como ya se trató la una, sobra cualquier consideración en relación con la otra.

Bastaría lo dicho para declarar improcedente el cargo que se estudia. Mas como el recurrente se detiene en muy eruditos e interesantes comentarios sobre el ordinal 4º del artículo 398 del C. Judicial, especialmente sobre el concepto de "causa" que allí se menciona, es conveniente hacer algunas consideraciones sobre este tópico, aunque, no sea sino por el respeto que a la Sala le merece el distinguido personero de la parte demandada en este juicio.

Como una razón simplemente colateral para demostrar la fuerza a su argumento acerca de que es procedente la acumulación que se acepta en la sentencia, el Tribunal invocó los ordinales 3º y 4º de aquel artículo. El recurrente, como se dijo, hace un importante estudio sobre este último ordinal, y formula con base en él una acusación contra aquella sentencia, pero es claro que el ataque ha debido versar, no sobre ese ordinal que apenas es uno de los soportes en que el Tribunal afianza la acumulación, sino sobre esta misma. Mas el cargo no se refiere a la acumulación en sí, sino que se refiere al citado ordinal, que dice: "Cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos y haya, por consiguiente, diversidad de personas". Y sin embargo de que el tema de la acusación es el ordinal mencionado, y

muy especialmente el componente "causa" que allí figura, las argumentaciones y jurisprudencias citadas versan propiamente sobre el fenómeno acumulación. Y algo más: el motivo de casación, que es el tercero que se estudia, versa sobre que no se declaró, como se ha debido declarar, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda; y sin embargo, las cuestiones estudiadas dentro de este cargo se desarrollan casi de modo exclusivo al rededor de lo que dijo el Tribunal acerca de que de parte del demandante existía una "unidad de títulos", que arrancan desde la escritura que hizo Ciriaco Jiménez a Celestina Jiménez en 1890, y acerca de este concepto, sobre todo: "Siendo uno solo el título o causa jurídica para pedir", el actor hizo uso de la única acción que tenía para afirmar su derecho de dominio y reclamar bienes poseídos en la actualidad por los demandados.

No encuentra bien el recurrente este concepto del Tribunal, pues considera que la causa de la acción reivindicatoria es la posesión, por medio de la cual "el tercero atenta contra la propiedad, generándose de tal suerte la acción mediante la cual el titular del derecho habrá de recuperar la cosa sobre la cual recae". Y en seguida sienta esta afirmación: "La posesión **causa** de la acción reivindicatoria; no el título de la adquisición del derecho de propiedad; no el derecho mismo".

Al iniciar el estudio de esta cuestión, que como se ha dicho, cubrió varias páginas de literatura jurídica muy apreciable, dice el recurrente que el concepto de causa no es difícil de precisar, "si bien la doctrina no es muy explícita porque ha confundido a veces la causa generadora de la acción con el título de la adquisición del derecho". Recuerda la Sala que otro notable autor dice también que el concepto de causa es muy discutido, aunque es muy claro. Expresa lo siguiente el señor Carnelutti: "Pocos conceptos existen en el campo de la teoría de los actos, tan discutidos como el de causa, y sin embargo, me atreveré a decir que pocos se encuentran tan al alcance de la mano. La razón de la duda obedece, como casi siempre sucede, a un defecto de método, o sea, de planteamiento del problema, sobre todo desde el punto de vista de su amplitud". (Tomo III, pág. 451, **"De la causa de los actos procesales")**. Y tratando sobre las controversias al rededor de ese concepto de causa, las califica de "bizantinas". Mas a decir verdad, leyendo al señor Carnelutti, tampoco el concepto de causa se encuentra tan a la mano.

Puede ser ello porque no se toma el concepto en un sentido natural y obvio. ¿Qué se quiere decir en el ordinal 4º con la frase "cuando las acciones provengan de una misma causa"? Cuando provengan de un mismo motivo, de idéntico móvil, de una msima razón de ser. Si las dos acciones acumuladas o acumulables versan sobre un arrendamiento, provienen de una misma causa. Si ambas se fundan en una posesión, como en el caso de prescripción extraordinaria, esta posesión es la causa. En el caso de autos, el Tribunal señala como causa de las acciones la venta que le hizo Ciriaco Jiménez a Celestina Jiménez desde 1890, en la cual compraventa quedaron incluídos los bienes materia de la restitución. Esta es la causa. Y si en otra parte habla el Tribunal de "título o causa jurídica para pedir", es equiparando los dos términos, como se presentan equiparados por la Corte en muchas ocasiones. En sentencia de 30 de marzo de 1936, sobre un juicio de reivindicación, habla la Corte de que unos de los litigantes poseen "por títulos o causas diferentes" (G. J. Tomo 43, pág. 751). En casación de 16 de septiembre de 1943, al hablar de los componentes de la continencia de la causa, enuncia como uno de ellos "el título o causa de pedir o jurídica". Y es porque "causa jurídica es el título por el cual adquirimos algún derecho, como la venta, la donación, la sucesión, etc." Y "título es la causa en cuya virtud poseemos alguna cosa" (Escriche). De esta suerte, el ordinal 4º pudo haber hablado de "título", en lugar de "causa".

La posesión puede ser también causa, según ya se expresó; como cuando se pide declaración judicial de pertenencia, alegándola de acuerdo con la ley 120 de 1928.

La Corte ya había dicho lo mismo que expresó el Tribunal en el párrafo criticado por el recucurrente, que le sirvió de epígrafe al cargo que se examina, a saber: "Existe, por lo tanto ,en definitiva la **identidad del título** (sobre compraventa), y la acción ejercitada en este pleito proviene de una misma causa, luego entonces la acumulación de acciones hecha en la demanda era procedente..." (G. J. Tomo LVI, pág. 131).

El punto jurídico a estudio ha sido tratado por la Corte en varios fallos, y conviene citar al menos uno de ellos, que guarda gran analogía con el presente y que dice: "El cargo es infundado. El actor justifica la acción reivindicatoria sobre el globo de Las Delicias con un título que según su afirmación comprende toda la extensión de tierras que los deman-

dados ocupan cada uno por globos determinados. Los demandados no han negado que eso sea así, pues su oposición radica en la ineficacia de los títulos del demandante, ante el hecho de la posesión, o de títulos particulares que cada demandado contrapone al título del actor, con el fin de desvirtuar éste, quitándole la prevalencia. En estas circunstancias la acumulación de acciones está autorizada por el numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial. La causa que la parte actora invoca contra todos los demandados es la de que el derecho de propiedad sobre los diversos globos que ocupan ellos, según la demanda, se lo confiere la escritura número 443 de 24 de abril de 1925, de la Notaría de Sevilla, otorgada por la Empresa de Burila a Domingo Patiño, y la diligencia de remate de 23 de septiembre de 1938, efectuada en el juicio ejecutivo seguido a Patiño. La invocación de esta causa es común contra todos los demandados, a quienes interesa destruirla, y así intentaron hacerlo en esfuerzos que confluían al mismo objetivo: demostrar que esa causa es inoperante. El camino usado por cada uno de los demandados pudo ser diverso, pero en definitiva conducía a poner en tela de juicio la validez de los títulos invocados en la demanda" (G. J. Nº 2040, pág. 448).

Cuarto cargo:

Dice la sentencia del Tribunal lo siguiente, que ya quedó transcrito atrás, pero que se repite para mayor claridad en el presente caso:

"Y por lo que hace a la prescripción extraordinaria tampoco la considera cumplida porque no existe uniformidad en los testimonios aducidos para demostrarla ya que algunos testigos no precisan el tiempo de tal posesión y porque con el dicho de Isaac Gil, Obdulio Parra, Deogracias Cruz, José Rodríguez y Pedro Pablo Arias sólo se acredita una posesión conjunta entre demandados y demandante, posesión que no reúne las exigencias legales toda vez que la posesión para adquirir por prescripción debe ejercitarse con ánimo de señor y dueño y en forma exclusiva, y porque el testimonio de Concepción Mancipe es ineficaz puesto que no conoce los predios del punto de "Sastoque" que se dice tiene en su poder el demandado Roberto Jiménez. Todos estos testimonios se encuentran desvirtuados con los de los testigos de la parte demandante que, como atrás se ha expresado, merecen plena fe en cuanto a la posesión e identificación de las parcelas que se reclaman por el demandante Julio Enrique Escobar".

Refiriéndose a este párrafo de la sentencia, que el recurrente copia, y con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. Judicial, dice el recurrente que lo acusa por errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas sobre posesión ejercida por los demandados, como fundamento de la usucapión extraordinaria alegada, y en la estimación de las pruebas sobre la posesión invocadas por el actor.

De esta suerte, la acusación se refiere a errores sobre las pruebas del actor y de los opositores, en relación con la prescripción extraordinaria, y por eso se expresa:

Al negar a las pruebas de los demandados el valor legal para demostrar la prescripción adquisitiva de la propiedad de los inmuebles, se quebrantaron los artículos 697 del C. J., y 762, 981, 2512 y 2531 del C. C., ya que esas pruebas establecen la posesión por parte de los demandados por un lapso mayor de treinta años. Y al reconocer valor suficiente a las declaraciones aducidas por el actor para desvirtuar aquellas otras pruebas alegadas por los demandados para establecer la prescripción extraordinaria, se quebrantaron los artículos 701 del C. J., y 2531 del C. C.

No dice aquí el recurrente si habla de la prescripción como acción o como excepción; pero como el párrafo a que las alegaciones se refieren está tomado de la parte de la sentencia en que se trata de la excepción de prescripción, no queda duda de que esas alegaciones versan sobre la prescripción como defensa. Además, un poco adelante ya se habla en la demanda de la excepción de prescripción.

Dice la sentencia que no halla uniformidad en los testimonios aducidos para demostrar la prescripción, y que algunos testigos no precisan el tiempo de la posesión. Además, dice que los testigos Isaac Gil, Obdulio Parra, Deogracias Cruz, José Rodríguez y Pedro Pablo Arias sólo acreditan una posesión conjunta entre demandados y demandante, lo cual no reúne las condiciones legales, y que el testimonio de Concepción Mancipe es ineficaz puesto que no conoce los predios de Sastoque; y sobre ésto, que son pruebas presentadas por el demandado, dice el recurrente que al negarles el Tribunal valor legal, incurrió en error de hecho y subsidiariamente de derecho.

El recurrente no entra a examinar estos testimonios, para poner de presente la razón del

error que alega; se concreta a decir que los testimonios aducidos por sus clientes "refrendan la posesión en sí misma, y se prueba irrefragablemente la excepción de prescripción". De donde resulta que el Tribunal dice que con esos testimonios no se prueba la prescripción, y el recurrente sin razones valederas, afirma lo contrario.

El recurrente expresa, sin embargo, que dos testigos, no enunciados por el Tribunal, afirman una posesión de más de treinta años por parte de los demandados, y transcribe una de esas declaraciones; a lo cual se puede decir que el Tribunal tuvo a estudio un número grande de declaraciones y de ese estudio formó convicción en el sentido de no aceptar que con las pruebas aducidas quedara establecida la posesión por treinta años. Y ese criterio del Tribunal no podría ser desconocido por la Sala sino a base de un error de hecho evidente, que no se ha demostrado. Fuera de que el Tribunal expresa que los testimonios de los demandados "se encuentran desvirtuados con los de los testigos de la parte demandante", lo cual, en realidad, es así: examinadas las declaraciones presentadas por el actor, se llega al convencimiento de que estuvo bien fundada aquella convicción del Tribunal, sin que a la Sala le sea dable menospreciarla porque no hay pruebas que muestren un error de hecho evidente en la apreciación de los testimonios citados, según se ha dicho.

Acerca de ésto dice el recurrente: "No desvirtúan los testimonios aducidos por los demandados los presentados por el actor y deben desestimarse por contradictorios". Y acusa los testimonios del demandante por error de hecho, y aún de derecho, pero sin que entre en el examen de ellos, pues sólo habla de uno, el de Joaquín López Parra.

En último momento, el recurrente enuncia dentro del mismo cargo una infracción directa de la ley, "al aceptar el Tribunal que se trata de una posesión conjunta de actor y reos", de manera que no se podían hacer las declaraciones de que trata la sentencia; y concluye de ésto que se violaron varios textos legales, entre ellos los artículos 762, 981, 2512, 2531 y 2533 del C. C., y 1º de la Ley 51 de 1943 "por cuanto se desconoció la adquisición de los derechos reales operada a favor de los demandados, a virtud de la usucapión extraordinaria".

Sobre ésto es preciso decir que el Tribunal no aceptó que se trata de una posesión conjunta del actor y reos. En el párrafo copiado atrás, precisamente para desconocer valor a sus deposiciones, habló de que los testigos Gil, Parra, Cruz, Rodríguez y Arias, tratan de una posesión conjunta, pero sin que en ninguna parte de la sentencia se acepte esa posesión. Es una consideración del Tribunal, más bien un comentario, que no puede dar ocasión al cargo que se está estudiando.

Se queja el recurrente de que en la sentencia se desconocieron los derechos de los demandados en relación con la usucapión; y es preciso decir que esos derechos no fueron desconocidos expresamente, sino que, como ya se dijo atrás, por haberse aceptado la acción en todas sus partes, no había necesidad de hacer declaración sobre excepciones, pues ellas quedaban negadas implícitamente.

La exposición y examen que se han hecho conducen a la conclusión de que no puede prosperar ninguno de los cargos contra la sentencia, 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 INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de fecha siete de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

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.

QUIEN ALEGA EN SU FAVOR LA PRESCRIPCION, DEBE PROBAR, YA SEA QUE LO HAGA EN VIA DE ACCION O COMO EXCEPCION, QUE HA POSEIDO MATERIALMENTE DURANTE EL TERMINO SEÑALADO POR LA LEY; Y QUIEN SE PRETENDE DUEÑO, DEBE, PARA FRUSTRAR LA PRESRIPCION DEL OTRO, DEMOSTRAR QUE DURANTE ESTE LAPSO EL PRESCRIBIENTE LE RECONOCIO, EXPRESAMENTE O DE MANERA TACITA, SU DOMINIO — EL ERROR DE HECHO COMO CAUSAL DE CASACION

1.—El artículo 2531 del Código Civil exige, como es obvio, la posesión durante 30 años, para que tenga lugar la prescripción extraordinaria; pero cuando habla de que el dueño no demuestre que el poseedor le haya reconocido dominio en ese tiempo, se está refiriendo, como el simple tenor literal del ordinal 3º lo pone de manifiesto, a la hipótesis de que el prescribiente haya sido originalmente un simple tenedor y se pruebe ésto con la presentación del título de mera tenencia, caso en el cual se presumirá su mala fe y no habrá lugar a la prescripción, a menos de concurrir las dos circunstancias anotadas: que el OPOSITOR que se pretende dueño no demuestre el reconocimiento de su dominio por el poseedor en los 30 últimos años y que éste pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

A quien alega la prescripción como excepción o como acción, le corresponde demostrar que durante 30 años por lo menos ha tenido la posesión material sin interrupción, violencia ni clandestinidad; y a la vez para frustrar la prescripción en favor del poseedor que ha aducido tal prueba, a quien se pretende dueño le basta llevar la prueba de que durante este lapso el prescribiente le reconoció expresa o tácitamente su dominio. Pero en ningún caso el artículo 2531 del Código Civil exime al prescribiente de demostrar plenamente su posesión material en el lapso legal. Por el contrario, se lo exige así terminantemente, de acuerdo con el principio general de Derecho Procesal de que corresponde al actor probar los hechos de su demanda, y al demandado los que constituyen sus excepciones.

2.—Sabido es que el error de hecho no es causal de casación sino cuando tiene el carácter de manifiesto o evidente, requisito indispensable para que la equivocada apreciación del juzgador dé lugar a la prosperidad del recurso contra el fallo de segunda instancia.

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

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Por medio de apoderado el doctor Mario Galindo Barrios demandó ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Ibagué el 5 de mayo de 1944, a los señores Eugenia Pineda de Tobar, Dolores Galindo, Justina Navarro de Navarro, y a las sucesiones de Jesús Galindo, Antonio Galindo y Benjamín Galindo, representadas por personas desconocidas e inciertas, para que por los trámites de la vía ordinaria se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que es de propiedad de mi representado Mario Galindo Barrios, en virtud de haberla adquirido por prescripción extraordinaria, una casa con solar propio, ubicada en la ciudad de Ibagué, en la acera sur de la carrera tercera, entre calles 11 y 12, marcada en su portón de entrada con el número 11-56, de la actual nomenclatura y comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por el frente o norte, en una extensión de siete metros, diez centímetros, carrera tercera de por medio, con edificación del Colegio de San Simón y en una exensión de nueve metros, treinta centímetros en el interior, con piezas que antes hacían parte inte (sic) de la casa y hoy son del

doctor Mario Galindo B. y de la sucesión del General Antonio Pineda; por el oriente, con casa y solar de los herederos del doctor Ezequiel Devia, en una extensión de cuarenta y siete metros con cuarenta y cuatro centímetros; por el occidente, con casa y solar del señor Miguel Caldas, hoy de sus herederos, en una extensión de cuarenta y dos metros con cuatro centímetros; y por el sur, con solar perteneciente a la sucesión del señor Floro Triana y solar de la casa del señor Martín Restrepo, en una extensión de catorce metros con sesenta centímetros". La casa en referencia está construída de bahareque y techada de zinc";

"**Segunda**—Que se ordene el registro de la presente demanda";

"**Tercera.**—Que se ordene el registro de la sentencia que ponga fin al juicio que ahora inicio, en el libro número primero de la oficina de registro de esta ciudad";

"**Cuarta.**—Que en el caso de oposición de los demandados, se les condene a pagar las costas del juicio".

Para apoyar su demanda expuso los siguientes hechos: "1º—En el año de 1867 el señor Diego Galindo contrajo matrimonio con la señora Ana María Barrios y de ese matrimonio nacieron Sara, Mario, Dolores, Matilde, Jesús, Diego, Benjamín, Antonio y José Vicente Galindo"; "2º — Durante la sociedad conyugal formada por el mencionado matrimonio, el señor Diego Galindo adquirió por compra hecha al señor Eladio Caycedo, la casa a que se refiere el presene libelo, según así consta en la escritura pública de fecha 5 de noviembre de 1889, distinguida con el número 607, de la Notaría de este circuito e inscrita en el respectivo libro de registro"; "3º—El doctor Diego Galindo vendió de esta casa dos piezas que dan a la calle; una al doctor Mario Galindo B., y otra al doctor Ezequiel Devia"; "4º—Por medio de la escritura pública Nº 5 de fecha 6 de enero de 1911, otorgada en la Notaría principal de este circuito y debidamente inscrita, el señor Diego Galindo hizo donación entre vivos de la parte de casa que le quedaba, que es a la que se refiere este juicio, a sus hijas Dolores, Sara y Matilde Galindo"; "5º—En el año siguiente, o sea en el de 1912, el señor Diego Galindo murió sin dejar bienes de ninguna clase, pues lo único que tenía era la casa de que había hecho donación a sus hijas"; "6º—Muerto el señor Diego Galindo, el 15 de abril de 1912, se adelantó el correspondiente juicio de sucesión, el cual se llevó hasta su terminación"; "7º—En ese juicio, al hacerse la partición advalorem, el señor partidor le adjudicó a los demandados derechos en la casa de la prescripción, en la proporción de que hablan las hijuelas, las cuales traeré a los autos en el término de prueba"; "8º—Desde el 15 de abril de 1912, fecha en que murió don Diego Galindo, como ya se dijo, el doctor Mario Galindo siguió en posesión pacífica y tranquila de la casa que había donado don Diego Galindo a sus hijas por los linderos que se dejan relacionados en la primera de las peticiones de esta demanda; y desde esa fecha hasta hoy, se halla gozando de esa tranquila posesión; "9º—La posesión del doctor Mario Galindo, ha consistido en que durante todo ese tiempo él se ha puesto al frente de la casa allí ha dado en arrendamiento una parte de ella; ha pagado las contribuciones con que ha sido gravada; ha estado velando constantemente por su conservación, haciéndole todas las obras necesarias para mantenerla en buen estado; ha hecho todas las reformas y obras que la autoridad ha ordenado, tales como andenes, alcantarilla, enlucimiento, etc.; en resumen, ha ejecutado todos los actos propios del dueño de una casa, por lo cual ha sido considerado como poseedor y dueño de la casa relacionada"; "10º—Todos estos actos de posesión los ha ejecutado el doctor Mario Galindo consecutivamente, sin interrupción alguna y por un tiempo mayor de treinta años". Notificados los demandados, solamente contestaron la demanda la señora María Eugenia Pineda de Tovar y el curador de las sucesiones de Antonio y Benjamín Galindo, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas, y contestando afirmativamente y con algunas aclaraciones los hechos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º y 7º; en cuanto a los demás manifestaron que no eran ciertos. Finalizó el negocio en primera instancia con sentencia absolutoria de fecha nueve de marzo de 1949, contra la que interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte actora.

Sentencia recurrida

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en providencia fechada el 5 de septiembre de 1949, confirmó el fallo del juez a-quo, previo detenido examen de las pruebas presentadas por las partes. En los párrafos que en seguida se transcriben resumió el sentenciador de segundo grado los fundamentos de su resolución: "Si el actor hubiera tenido desde el año de 1912 la voluntad firme de considerarse dueño, con

exclusión de cualesquiera otra persona, no se explicaría: que en el año de 1916 aceptara en un documento suscrito a su favor, la declaración de Sara Navarro, de que era copropietaria en el inmueble objeto de la usucapión; que en el año de 1921 comprara a la cónyuge supérstite, derechos vinculados en tal inmueble; que en el año de 1922 los enajenara a María Eugenia Pineda con reserva de usufructo; que en el año de 1925, comprara al heredero José Vicente Galindo, derechos vinculados en la casa y solar; que como heredero de Diego Galindo se hubiera presentado a pedir la nulidad de la donación a que alude el Instrumento Público Nº 5 de 6 de enero de 1911, y obtenido de la justicia la declaración de que el inmueble debía volver al patrimonio sucesoral; y que hubiera intervenido con el carácter de heredero y cesionario en el sucesorio de don Diego Galindo, en el que obtuvo el reconocimiento de esa calidad, y adjudicación de cuota, en partición que fué registrada el 3 de marzo de 1942. No resulta ocioso hacer notar, que el Tribunal al mencionar el documento privado suscrito en 1916, y la reserva y usufructo de que habla el Insrumento Público Nº 363, no ha entrado a considerar la validez de las estipulaciones de garantía y usufructo que allí se consignan, sino que únicamente ha mirado las declaraciones aceptadas y suscritas por el actor, en orden a esclarecer uno de los elementos integrantes de la posesión que se ha alegado. Vistas así las cosas, resulta claro que el demandante no ha poseído por el lapso de tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria, conforme al art. 2532 del Código Civil y Ley 50 de 1936, y que los actos ejecutados por él y de que hablan los testigos, como construcción de mejoras y arrendamiento de locales, no son indicativos en este caso, de posesión, porque quien los ejecutó carecía del ánimo de señor o dueño".

El recurso

Contra la sentencia de segunda instancia ha interpuesto el actor el recurso de casación, invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial. Agotados los trámites de rigor, entra la Sala a decidir.

Dice el recurrente:

Primer cargo.—"El H. Tribunal de Ibagué, en los motivados de la sentencia recurrida sostiene que la "ocupación material está demostrada aunque no por el lapso de tiempo que señala en la demanda. Agrega que algunos de los coherederos residieron a la misma casa. En cuanto aquí un **error de hecho** al apreciar las declaraciones de Manuel Rengifo L., Rafaél Vela C., Alberto G. Rubio, Luis M. Peralta (cuaderno número 2 folios 7 v. 9 v. 12 y 13), Daniel Celis, Leonidas Lastra, Fabriciano Luna (cuaderno Nº 7, folios 3 v. y 6). Los primeros sostienen en resumen que "el señor Mario Galindo B. desde el año de 1912, fecha en que murió el señor Diego Galindo B. su padre y dueño primitivo de la casa relacionada, ha venido poseyendo esa casa de manera tranquila y sin interrupción y sin que para esa posesión haya mediado el consentimiento de ninguna otra persona". Y los últimos afirman: "que el doctor Mario Galindo era quien suministraba alimentación y toda clase de gastos a la señora María Eugenia Pineda, durante el tiempo que ésta permaneció en la casa del doctor Galindo, a la señora Ana Barrios v. de Galindo, quien permaneció reducida al lecho de enferma durante más de diez años, hasta que murió; también el doctor Galindo atendía todos sus gastos; para el señor Antonio Galindo y el señor Vicente Galindo, hermanos del doctor Mario Galindo. El primero no daba para la casa porque era un borracho, y el segundo tampoco daba para los gastos de la casa ni para los suyos propios, porque era un inválido". Manuel Rengifo, lo mismo que otros testigos agregan: "El doctor Mario Galindo por su propia cuenta y sin consentimiento de nadie, cambió los excusados de hoyo que existían en el año de 1912, por inodoros de los que actualmente exige la higiene; le cambió el techo a la cocina, que era de murrapo, y se lo puso de teja de zinc, y fué él quien le hizo estufa a la cocina; construyó la pieza para el baño y la alberca de cemento para el lavadero que hoy existe en la misma casa; sin consentimiento de ninguna otra persona, y construyó alcantarillas...". Hubo error de hecho en la apreciación de las anteriores pruebas porque el H. Tribunal las interpretó sin fidelidad objetiva y les desconoció su propia substancia. También encuentro **error de derecho** en la apreciación de las mismas pruebas. Efectivamente. El artículo 593 del Código Judicial ordena que la sentencia debe ser proferida de conformidad con los hechos alegados y probados. Como el H. Tribunal no lo hizo así, violó tal norma por no haberla aplicado. El artículo 762 del Código Civil indica qué debe entenderse por posesión; el 775 explica lo que es tenencia, y el 981 dá ejemplos de los actos que se consideran como de posesión. El H. Tribunal consideró co-

mo actos de posesión los que ejercían las personas que habitaron la casa del demandante, doctor Mario Galindo, a tiempo que de acuerdo con las normas legales citadas, eran actos o hechos de simple tenedor. En cambio despreció el valor de las declaraciones citadas y sostuvo que Mario Galindo era un simple tenedor, a tiempo que demostró que fué un poseedor legítimo desde 1912. De manera que no aplicó el artículo 593 del Código Judicial, dejó de aplicar e interpretó erróneamente los artículos 762, 665 y 981 del Código Civil. Naturalmente, habiendo aplicado equivocadamente las anteriores normas, y habiendo dejado de considerar objetivamente las declaraciones citadas, y dándoles una errada interpretación, dejó de aplicar el artículo 2518 del Código Civil que define lo que es prescripción adquisitiva, y el 2532 que la consagra. El artículo 2531 del Código Civil fué violado en dos sentidos: A) Porque no se aplicó en la parte en que exige la posesión por 30 años; y B) por errónea interpretación y mala aplicación a las pruebas presentadas, en el análisis de la circunstancia 1ª que dice: "Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se ha reconocido expresa o tácitamente su **dominio** por el que alega la prescripción". Según mi saber y entender, esta disposición legal, para el presente caso, contiene dos partes importantísimas: 1ª) Que el que se opone a la demanda de prescripción debe probar que él fué poseedor, no simple tenedor. Y según lo dice el mismo H. Tribunal en la sentencia recurrida, los oponentes "residieron" en la casa. Esto no es ni tenencia ni posesión, porque "residir", en derecho, es ajeno a hechos de los considerados por los artículos 762, 775 y 981 del Código Civil. 2ª) Que lo que los opositores deben probar son actos de dominio tal como lo enseña el artículo 669 del C. C. ("El dominio es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente..."). Los oponentes apenas demostraron que habían habitado en la casa. El demandante probó que lo hicieron por su cuenta, que él les daba alimentación y todo lo necesario. Es decir, que les dió posada, lo que no es un acto de posesión del favorecido sino del favorecedor. Lo anterior indica que el artículo 669 del C. C. no fué aplicado en este caso por el H. Tribunal, como consecuencia de los errores de hecho y derecho cometidos al analizar las declaraciones varias veces citadas. Acerca de este punto dijo esa H. Corte: "Como se ve, es indipensable para el triunfo de las pretensiones del detentador precario (en este caso, el opositor), que coexistan ambos requisitos, esto es, que por parte del **actor haya falta de prueba y** que el demandado haya **probado suficientemente su posesión** con las calidades indicadas" (subrayo). En el presente caso acontece que el actor probó, y el excepcionante nada demostró. Lo anterior es copiado en la GACETA JUDICIAL. Tomo LVI números 2001 a 2005, página 119. Agrega el artículo 981 del C. C. que los actos de posesión dados allí como ejemplos, hayan sido "ejecutados por el poseedor sin el consentimiento del que disputa la posesión". El H. Tribunal de Ibagué, al dictar la sentencia motejada, olvidó que no era suficiente a las personas demandadas y oponentes precisar que habitaron en la casa mientras el doctor Galindo alega que lo hacían como simples tenedores. Galindo ejecutaba actos de posesión mientras tanto sin solicitar el consentimiento de los que hoy figuran como oponentes. Estos han debido probar que dieron tal consentimiento, que se les pidió y que lo negaron, o algo parecido. Como este elemento no se demostró, el Tribunal violó el artículo 593 del C. J. lo cual lo llevó a aplicar el artículo 981 del C. C. y a dejar de dar aplicación a los artículos sobre prescripción extraordinaria adquisitiva, ya citados".

Se considera:

Sostiene el recurrente que el Tribunal violó, como consecuencia del error de hecho y de derecho en las pruebas, el artículo 2531 del Código Civil, por dos motivos: a) Porque no lo aplicó en la parte en que exige la posesión de 30 años; y b) Porque incurrió en errónea interpretación y mala aplicación de las pruebas, de conformidad con el inciso en que tal precepto dice "que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción". Disposición que, para el recurrente, exige al opositor dar la prueba de que él fué poseedor, y no simple tenedor. Y en apoyo de su tesis, trae una cita de la Corte en la cual se lee que "para el triunfo de las pretensiones del detentador precario es indispensable que coexistan ambos requisitos, esto es, que por parte del actor haya falta de prueba y que el demandado haya probado suficientemente su posesión con las calidades indicadas". De todo lo anterior concluye que para hacer fracasar la demanda era a los demandados a quienes correspondía probar que habían poseído materialmen-

te el inmueble, y que, como no lo hicieron, el Tribunal incurrió en violación del artículo referido y de los demás que cita relacionados con la prescripción.

Se equivoca el recurrente al plantear en la forma expuesta el alcance del artículo 2531 y de la doctrina de la Corte. En primer término, el artículo en cita exige, como es obvio, la posesión durante 30 años para que tenga lugar la prescripción extraordinaria; pero cuando habla de que el dueño no demuestre que el poseedor le haya reconocido dominio en ese tiempo, se está refiriendo, como el simple tenor literal del ordinal 3º lo pone de manifiesto, a la hipótesis de que el prescribiente haya sido originalmente un simple tenedor y se pruebe ésto con la presentación del título de mera tenencia, caso en el cual se presumirá su mala fe y no habrá lugar a la prescripción, a menos de concurrir las dos circunstancias anotadas: que el **opositor** que se pretende dueño no demuestre el reconocimiento de su dominio por el poseedor en los 30 últimos años y que éste pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

A quien alega la prescripción como excepción o como acción, le corresponde demostrar que durante 30 años por lo menos ha tenido la posesión material sin interrupción, violencia ni clandestinidad; y a la vez para frustrar la prescripción en favor del poseedor que ha aducido tal prueba, a quien se pretende dueño le basta llevar la prueba de que durante este lapso el prescribiente le reconoció expresa o tácitamente su dominio. Pero en ningún caso el artículo 2531 del Código Civil exime al prescribiente de demostrar plenamente su posesión material en el lapso legal. Por el contrario, se lo exige así terminantemente de acuerdo con el principio general de Derecho Procesal de que corresponde al actor probar los hechos de su demanda y al demandado los que constituyen sus excepciones.

La cita de la Corte nada tiene qué ver con el caso de autos, pues se refiere al juicio del pretendido dueño contra el detentador precario, caso en el cual sí es indispensable para que éste triunfe con la excepción de prescripción, que haya probado suficientemente su posesión. Pero aquí no se trata de esta hipótesis. Puesto que en el presente juicio el prescribiente es quien obra como actor, a él le correspondía probar su posesión por el término legal. La sola falta de esa prueba era motivo suficiente para desestimar las pretensiones de la demanda. A los demandados no les incumbe demostrar que compartieron esa posesión, ya que su calidad de poseedores inscritos a virtud de la adjudicación que se les hizo en las hijuelas sucesorales y de los títulos traslaticios debidamente registrados, impedía que fueran vencidos sin que el demandante probara plenamente haber cumplido los requisitos exigidos para adquirir por prescripción; y no se ve que haya errado el Tribunal al estimar que teniendo aquéllos tal calidad, el hecho de habitar o residir en la casa debía estimarse como prueba de ejercicio de posesión, mientras el demandante no demostrara lo contrario. La única prueba traída en este sentido por el actor en el juicio la constituyen declaraciones de testigos que acreditan el pago hecho por él de la alimentación y otros gastos de los demandados, cosa que no es incompatible con la circunstancia de ocupar éstos el inmueble como condueños, ni tiene relación directa alguna con lo que pretendía demostrar.

No existe, pues, el error de derecho alegado. Y sabido es que el error de hecho no es causal de casación sino cuando tiene el carácter de manifiesto o evidente, requisito indispensable para que la equivocada apreciación del juzgador dé lugar a la prosperidad del recurso contra el fallo de segunda instancia. La Sala no encuentra que aparezca demostrado en la demanda que evidentemente el Tribunal hubiera incurrido en tal manifiesta equivocación al apreciar las pruebas del juicio.

En efecto, la apreciación que hizo el Tribunal de las declaraciones de Manuel Rengifo, Rafael Vela, Alberto G. Rubio, Luis M. Peralta, Daniel Celis, Leonidas Lastra y Fabriciano Luna, no choca contra evidencia alguna. Por el contrario, estima la Sala que, según lo observó ya, la circunstancia de ser condueños los demandados bien puede estimarse como prueba de que su residencia en el inmueble se hacía en calidad de tales, sin que importe el hecho probado de que el demandante costeara la alimentación y otros gastos de esos demandados. Por otra parte, tampoco hay manifiesto error al entender, como lo hizo el Tribunal, que no era prueba suficiente de posesión la contenida en las declaraciones según las cuales el demandante había venido poseyendo pacíficamente la casa y sin consentimiento de otra persona, en presencia de las pruebas también aducidas de que en varias ocasiones éste reconoció no ser dueño único de ella y de que la habitaron durante largo tiempo varios de los condueños demandados.

No hubo, en consecuencia, violación de los textos sustantivos como resultado de los pretendidos errores de hecho y de derecho en la prueba, que alega el demandante. El cargo se rechaza.

Segundo cargo.—"Siguiendo el mismo orden dado por el H. Tribunal en el fallo en mención llegamos a considerar el **documento** firmado por Secundino Navarro, Sara G. de Navarro y Ana B. Galindo, el 25 de noviembre de 1916 —copia al folio 10 del cuaderno número 7— y que en la parte pertinente dice: "Declaramos que hemos recibido del señor doctor Mario Galindo B. la cantidad de doscientos sesenta y cinco pesos con veinticuatro centavos ($ 265.24) en varias partidas que le hemos solicitado en **préstamo** para proveer a la internación...". Agregan los mutuarios, como por agregar algo, que comprometen su responsabilidad personal, especialmente el derecho que la señora Sara Galindo de Navarro tiene actualmente en la casa de tapia, teja de zinc, baharaque y murrapo ubicada en el marco de la ciudad de Ibagué etc....". El H. Tribunal, aunque dice que no entra a estudiar la validez de las estipulaciones de garantía del anterior documento, sino que ha mirado las estipulaciones aceptadas y suscritas por el actor, en orden a esclarecer uno de los elementos de la posesión que se ha alegado, sí lo tuvo en cuenta en lo que se refiere a lo últimamente dicho, es decir, como prueba de un elemento de posesión por parte de los opositores. **Hubo error de hecho** al estimar tal documento, pues se le hizo contener lo que no tiene ningún valor. **Además hay error de derecho,** ya que se le dió un valor legal de que carece en absoluto. Estos errores son manifiestos (subrayo). Fueron violadas las siguientes normas legales: artículo 1502 del C. Civil, ya que debe aparecer que Mario Galindo dió su consentimiento a la declaración de los que se declararon deudores, consentimiento que debe referirse, en el caso en discusión, a la aceptación de la garantía. No se aplicó tal regla legal. También lo fué el artículo 1761 de la misma obra, puesto que el contrato afecta en sus estipulaciones documentarias a los firmantes, no al que lo recibió y que lo aceptó sólo en lo que a él interesaba. Tampoco se dió aplicación a este artículo del C. Civil. La misma suerte corrió el artículo 1618 del C. Civil, como quiera que la intención clara de los contratantes fué de comprobar un mutuo o préstamo, pues si hubiera sido otra además, como la de constituír hipoteca o prenda, como estos contratos son formales, hubiera llenado la plenitud de tales contratos. La intención está manifiesta, y es la de establecer en el documento un simple contrato de mutuo. Se dejó de aplicar al caso discutido. En el mismo caso se encuentra el artículo 1619, puesto que el documento citado tenía como única materia un contrato de mutuo. El H. Tribunal de Ibagué dejó de dar aplicación al artículo 2221 del C. C. por cuanto este artículo define lo que es mutuo o préstamo de consumo, que es lo único que aparece estipulado en el contrato contenido en el documento motejado. También el H. Tribunal pasó por alto y no lo aplicó, el artículo 1760 del C. Civil. Efectivamente, tratándose de una finca raíz ha debido hacerse tal declaración por escritura pública. Como el artículo 6 de la misma obra manda que son nulos o inexistentes los actos ejecutados contra expresa prohibición legal, y como el artículo 1760 ordena constitución o confección de escritura pública para actos como el aceptado por el H. Tribunal, esta última regla civil también dejó de aplicarse. En el mismo caso se encuentra el artículo 1500 del C. Civil. Las anteriores interpretaciones erradas, faltas de aplicación etc., llevaron al H. Tribunal a dejar de aplicar los artículos 2512 y 2531 del C. Civil al caso en discusión y por ello no declaró la prescripción adquisitiva solicitada y ampliamente probada, como lo ordena y consagra el artículo 2532 id".

Se considera:

Ataca el recurrente la apreciación que el Tribunal hizo del documento de 25 de noviembre de 1916 en el sentido de que en él aparece el demandante roconociendo que la señora Sara Galindo de Navarro tiene un derecho en la casa objeto del juicio, y alega que hubo error de hecho en tal estimación, "pues se le hizo contener lo que no tiene ningún valor"; y agrega que hubo error de derecho por habérsele dado un valor legal de que carece en absoluto.

El Tribunal no incurrió en errores de hecho o de derecho al encontrar en aquel documento reconocimiento del dominio. No desconoció, pues, el contenido de la correspondiente cláusula del contrato ni le reconoció un contenido inexistente.

No hubo violación del artículo 1502 del C. C., porque ni se trata de pronunciarse sobre el valor del contrato en cuanto a las obligaciones que en él se establecen, ni el demandante ha planteado siquiera la nulidad de tal acto por falta de consentimiento o por vicios en éste.

No hubo violación del artículo 1761 del C. C.,

porque al tenor de este texto, tiene el valor de escritura pública el documento privado reconocido o tenido como tal (sería el caso, por no haberse objetado ni tachado en forma alguna), no sólo respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito", sino también "de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos".

Y como el demandante "aceptó" el documento, según expresión del propio recurrente, "en lo que le interesaba", es decir, en lo relativo a la deuda de las otorgantes para él y la garantía que se le daba del derecho de la señora de Navarro sobre la casa, al proceder así en forma clara aparece aceptando la existencia de tal derecho vinculado al inmueble en cuestión. A esta conclusión es preciso llegar porque, como condueño y pretendido poseedor, en caso de no admitir la existencia del derecho, mal hubiera podido aceptarlo en garantía de su crédito.

Ni se violó por el Tribunal el artículo 1618 del C. C., pues si bien es cierto que la intención de los contratantes fué la de reconocer y comprobar un mutuo, también lo es que hubo la de dar en garantía de éste, entre otras cosas, el derecho de la señora Galindo de Navarro sobre la casa en disputa, garantías aceptadas por el demandante. Por la misma razón no pudo violarse tampoco, el artículo 1619 ibidem.

Es inválida, igualmente, la afirmación de que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 2221 del Código Civil, pues el contrato de mutuo ninguna incidencia tenía en este juicio. Ni se vé cómo se haya podido violar el artículo 1760 del Código Civil, porque si bien es verdad que la garantía sobre un derecho en bien inmueble debe ser otorgada, para su validez, por escritura pública registrada, ésto no le quita al documento privado el mérito que tiene en cuanto al reconocimiento que en él aparece expresado por el demandante, del derecho sobre la casa en cabeza de la señora Galindo de Navarro; y en este juicio no se ha discutido sobre la validez de tal garantía, sino sobre el dicho reconocimiento.

Nada tiene que ver en el caso, por los mismos motivos, el artículo 1500 del Código Civil, que cita como violado el recurrente.

No hubo, por tanto, infracción de los artículos 2512 y 2513 del Código Civil, sobre prescripción, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho que configuran el cargo.

Tercer cargo.—"**Error de derecho** al dar interpretación a lo establecido en la escritura pública Nº 363 del 4 de noviembre de 1922, folios 42 a 45 vuelto, del cuaderno Nº 1º. El artículo 2531 del Código Civil habla del reconocimiento del **dominio** hecho a favor del oponente. El artículo 669 de la misma obra, define lo que es dominio. Ahora bien: Mario Galindo dijo vender por el instrumento citado derechos y acciones de una sociedad disuelta y de una sucesión. Bien pudo haber pretendido declarar que estaban radicados en una finca. En todo caso tal venta no constituye el reconocimiento del dominio a favor de los oponentes, porque el verdadero siguió poseyendo la cosa real, el inmueble, y ejerciendo en él actos de posesión. Mario Galindo pide la declaración de prescripción de una finca raíz en tanto que vendió derechos y acciones. Esto no indica reconocimiento de "dominio" por parte de la compradora. Para mayor comprensión copio parte de la escritura citada: "Primero.—Que dá en venta real y enajenación real y perpetua a la señorita doña María Eugenia Pineda, mujer soltera..., todos los derechos y acciones que a la señora doña María Barrios de Galindo correspondan o puedan corresponder en la sucesión de su esposo el señor Diego Galindo, por mitad de gananciales, por razón de bienes propios o a cualquier otro título...". Mario Galindo no está solicitando declaración de prescripción sobre derechos y acciones de una sociedad conyugal o de una sucesión ilíquida, sino sobre un inmueble, sobre un cuerpo cierto, el mismo que estaba sometido a actos de posesión ejecutados por él antes y después de la venta de tales derechos y acciones. Respecto del cuerpo cierto, del inmueble no reconoció dominio a favor de la señorita María Eugenia Pineda. Y hay otra cosa, y es la de que tal escritura no tiene valor porque allí se dividió la propiedad de unos derechos y acciones en nuda propiedad y en usufructo, cosa que no se puede hacer sino sobre cosas reales y tangibles. Con lo anterior, el H. Tribunal de Ibagué no aplicó al caso el artículo 669 del Código Civil, ni el artículo 823 de la misma obra. Dió errada interpretación al 2531 y por lo mismo dejó de dar aplicación al artículo 2532 de la obra citada".

Se considera:

Se acusa la sentencia por error de derecho, al interpretar la escritura pública Nº 363 de 4 de noviembre de 1922.

La afirmación contenida en esta parte de la demanda de casación, según la cual la circuns-

tancia de aparecer Mario Galindo vendiendo por ese instrumento derechos y acciones en una sociedad disuelta y en una sucesión, radicados en esa casa, no implica el reconocimiento de existir otros dueños, porque "el vendedor siguió poseyendo la cosa real, el inmueble, y ejerciendo en él actos de posesión", no configura el cargo. En efecto, el artículo 669 del Código Civil cuya falta de aplicación se alega, se limita a definir lo que es el dominio y la mera o nuda propiedad, y no se ve la relación que pueda tener con el caso de autos para que debiera haberse aplicado a él. Lo mismo sucede con el artículo 823 ibidem que define lo que se entiende por usufructo. El Tribunal no se ha pronunciado sobre el valor de la dicha escritura como medio traslaticio de dominio o usufructo, sino exclusivamente como prueba del reconocimiento de condominio que hizo el demandante. Con esta apreciación no pudo violar por ningún aspecto los textos citados.

El cargo no prospera.

Cuarto cargo.—"Muchos de los restantes hechos en que el H. Tribunal fundamenta su sentencia, no figuran probados por ninguna de las partes en el expediente. Los tomó el fallador del **certificado** del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, citado por el mismo Tribunal como numeral 5º de las pruebas, visible a los folios 69 a 72 v. Al aceptar el H. Tribunal de Ibagué tal certificado como prueba única de todo lo que dice, y al fundar en tal dicho su sentencia incurrió en un **error de derecho,** pues dió valor de plena prueba a tiempo que no lo es. El artículo 2675 del Código Civil enseña que el Certificado expedido por los Registradores es apenas una prueba supletoria para los casos que el mismo artículo cita. En los demás eventos, como en el caso presente, no tiene ningún valor legal. Esa H. Corte lo dijo así el 10 de mayo de 1942: "Por eso un certificado no es la prueba directa del dominio y si en algunas ocasiones puede servir para tal efecto es con el carácter de suplementaria, previa demostración de la imposibilidad de presentar la escritura pública a que el Certificado se refiere". (GACETA JUDICIAL Tomo LIV números 1889 y 1890, página 65). Ese error de derecho consiste en que se aceptó como prueba un elemento que no tiene el valor de tal, en contra de lo dicho por el artículo 2675 del Código Civil, y por ésto el H. Tribunal no aplicó el artículo 2532 de la misma obra. Además dejó de aplicarse el artículo 1760 que ordena que la falta de escritura pública no puede suplirse con otra clase de prueba".

Se considera:

Se hace consistir el error de derecho en la apreciación del valor probatorio del Certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, traído a los autos. Alega el recurrente que el Tribunal dió como plenamente probados muchos hechos con base exclusivamente en tal certificado, cuando se trata de una prueba supletoria y no principal, útil sólo en el caso de demostrarse la imposibilidad de presentar la escritura pública, conforme a la cita que trae de la Corte.

Pero como el recurrente no dice cuáles fueron los hechos que el Tribunal tuvo por probados solamente con base en las constancias del aludido Certificado, el cargo se encuentra mal fundado y no puede admitirse. Por otra parte, se observa que el Tribunal no se pronunció sobre prueba de dominio para atribuír éste a los demandados, caso al cual se refiere la cita de la Corte traída al debate; únicamente calificó la prueba de reconocimiento que el demandante hizo del dominio a favor de los demandados, absteniéndose de considerar si ellos tienen o no evidentemente el carácter de dueños.

No prospera el cargo.

Quinto cargo.—"Que Mario Galindo intervino con el carácter de cesionario y de heredero en el sucesorio de Diego Galindo, en el que obtuvo el reconocimiento de esa calidad. A los folios 17 a 26 del cuaderno número 5 figura la copia de la escritura pública N° 434 de 29 de abril de 1942, y al folio 22 se lee la hijuela de Mario Galindo. Otro elemento probatorio interpretado erróneamente en derecho por el H. Tribunal de Ibagué. Con hacerse parte en el sucesorio y con haber aceptado una hijuela (aunque el hecho de la aceptación no está demostrado) no reconoció mi poderdante ningún acto de dominio ejercido por los opositores. Con ello no reconoció ni expresa ni tácitamente dominio por los que alegan ser dueños. La sucesión de don Diego Galindo, en la que le fué adjudicado un derecho, no ha probado que hubiera sido poseedora del inmueble, que hubiera cobrado arrendamientos a Mario Galindo, que hubiera dado su consentimiento para hacer mejoras en la casa. Mario Galindo iba acumulando cuantos títulos podía encontrar a su paso que vinieran a reforzar los

actos de posesión que estaba ejerciendo sobre la finca desde hacía más de 30 años, sin que tales títulos modificaran en nada la posesión material y efectiva del bien, puesto que Mario Galindo siguió haciendo mejoras, pagando impuestos etc., sin que nadie se lo impidiera y sin que tuviera que pedir consentimiento a persona alguna. En la interpretación de tal documento público, el H. Tribunal aplicó mal el artículo 2431 del Código Civil, que preceptúa que los opositores deben probar que en los últimos 30 años el prescribiente reconoció expresa o tácitamente su dominio; desechó y no aplicó el artículo 981 de la misma obra puesto que está probado que Mario Galindo no obtuvo consentimiento de ninguna persona (mucho menos de una sucesión), para ejercitar sus actos de posesión sobre el inmueble. Y como consecuencia de lo anterior, no aplicó el contenido del artículo 2532 del Código Civil, que le ordena declarar la prescripción. Los anteriores son errores de derecho".

Se considera:

Se acusa la sentencia por interpretación errónea en derecho de la escritura Nº 434 de 29 de abril de 1942, y de la hijuela de Mario Galindo, en el sucesorio de Diego Galindo. Conforme a aquélla, Mario Galindo adquiere por cesión derechos en la herencia de Diego Galindo; y al tenor de la última, se le hace la adjudicación que le correspondía como heredero reconocido.

Para el recurrente, obtener la cesión de un derecho herencial y luego hacerse parte en el sucesorio tanto para que se le reconozca la calidad de heredero como para que se le adjudiquen derechos que precisamente radican sobre la casa en disputa, no significa haber reconocido que el causante era condueño de tal inmueble, porque no se probó que la sucesión lo hubiera poseído, bien cobrándole arrendamiento a Mario Galindo o dándole consentimiento para que éste le hiciera mejoras. Pero en ninguna forma demuestra el recurrente que tan peregrina tesis sea cierta, y que la contraria interpretación del Tribunal (sin duda la única lógica, y jurídica), sea un error de derecho.

El artículo 2531 del Código Civil no pudo ser violado, por las razones estudiadas en el primer cargo, y mucho menos como consecuencia de la interpretación de las dichas escritura e hijuela. Y no se vé por qué, como lo pretende el recurrente, el Tribunal tuviera que aplicar el artículo 981 del Código Civil que habla de la posesión del suelo, en el sentido de exigir a la sucesión la prueba de haber poseído, puesto que de lo que se trata es de saber si el demandante reconoció o no el condominio del causante y no de probar la posesión de éste ni de la sucesión.

No prospera el cargo.

Sexto cargo.—"Existe otro documento allegado por la parte opositora —cuaderno número 6— folios 6 a 14, que contiene unas copias de un juicio divisorio propuesto por doña María Eugenia Pineda de Tobar contra Mario Galindo y otros. Se trajo la copia de la demanda, lo mismo que de la diligencia de notificación y traslado a los demandados, entre los cuales se encuentra la surtida por el doctor Mario Galindo, folio 13, **octubre 24 de 1945.** Necesito llamar la atención a esta última fecha, pues, la demanda sobre **prescripción** en que estoy hablando, iniciada por el doctor Mario Galindo, fué notificada a la señora **María Eugenia Pineda de Tobar** el día **23 de mayo de 1944.** La litis contestatio y todos los vínculos jurídicos inherentes a ella se perfeccionaron y trabaron para la **prescripción** el día 23 de mayo de 1944. Lo que indica que tal demanda sobre división del inmueble en nada modificó los derechos de mi poderdante. Después de notificada la demanda a la señora María Eugenia Pineda de Tobar y después de haber transcurrido los treinta años para la prescripción, bien pudieron los opositores hasta haber sacado por la fuerza a Mario Galindo de la casa para privarlo de la posesión. Con ésto no modificaban la situación legal ya creada. Además, a guisa de comentario, una demanda simplemente, nada demuestra en contra de los actos posesorios que ya quedaron demostrados en favor de mi poderdante. Cualquiera puede ser demandado y nada pierde ni gana con este solo hecho. El juicio subsiguiente puede ser perdido por el actor (art. 29 de la Ley 95 de 1890). En el caso en discusión se ignora legalmente la sentencia. Digo que legalmente se ignora la sentencia y los memoriales y excepciones del doctor Mario Galindo, porque aunque el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Ibagué certifica que el juicio está adelantado, este certificado no tiene ningún valor de acuerdo con lo establecido por el artículo que establece que tales actos tienen el valor de plena prueba, pero "sobre hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que **no quede dato en el proceso**..." (Subrayo). Acerca del ningún valor de tales do-

cumentos dijo esa H. Corte, página 236 del número 2001, GACETA JUDICIAL: "El artículo 632 del Código Judicial únicamente permite a los jueces y Magistrados expedir Certificaciones "sobre hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso" porque acerca de lo que en él conste debe expedirse copia y no certificación...". El H. Tribunal de Ibagué al apreciar tal copia de demanda como si ella constituyera una prueba, incidió en error de hecho porque la copia nada prueba, puesto que indica que la demanda está notificada después de haberlo sido la presente demanda de prescripción. Igual error se halla en la apreciación del Certificado, pues él no es prueba ni es nada. Pero también hubo error de derecho al darles un mérito probatorio de que ninguno de los anteriores documentos puede gozar. Dió aplicación indebida al artículo 29 de la Ley 95 de 1890, por lo que respecta a la interrupción civil de la prescripción, y dejó de aplicar el artículo 632 del Código Judicial, referente al Certificado. Interpretó equivocadamente el artículo 2531 del Código Civil, ya que tales documentos no demuestran que Mario Galindo hubiera aceptado dominio por parte de los oponentes. Y no aplicó el artículo 2532 de la misma obra, debiendo hacerlo".

Se considera:

Alega el recurrente que la demanda divisoria instaurada por María Eugenia Pineda de Tobar contra Mario Galindo y otro, notificada a éste el 24 de octubre de 1945, no puede afectar en nada la pretensión de Galindo porque para entonces la demanda por él instaurada en este juicio estaba notificada y la litis en firme; y porque una tal demanda nada prueba contra los actos posesorios del demandante. Y sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar como pruebas la referida copia y el Certificado del Juez; y en error de derecho al darles un mérito probatorio que no tienen.

El Tribunal no hizo otra cosa que citar en la relación de pruebas los documentos a que se refiere el cargo. En ninguno de ellos se apoyó para proferir la sentencia. Si ésto no fuera bastante, sería necesario tener en cuenta que como el recurrente no dice en qué consiste la equivocada apreciación de la copia de la demanda la Sala no dispone de elementos de juicio para estudiar el cargo. Además, tampoco probó el recurrente que la interpretación de tales pruebas hubiera incidido en lo resolutivo del fallo de tal modo que sin el supuesto error sobre ellas otra hubiera sido la conclusión del sentenciador. Carece así de toda importancia lo alegado en este cargo, y debe rechazarse.

Por las razones anteriores, 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,

FALLA:

NO SE CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, con fecha 5 de septiembre de 1949, en el juicio de Mario Galindo contra Eugenia Pineda de Tobar y otras.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en oportunidad el expediente.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INTERPRETACION DE LA DEMANDA—TECNICA DE CASACION

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

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Bernardino Betancur, hablando en nombre de sus menores hijos María Bernarda, Jesús Antonio y María Raquél Betancur H., propuso ante el Juez Civil del Circuito de Jericó juicio ordinario contra Cándida Rosa Betancur H., Carmen Julia Hernández Vélez, Francisco Antonio Hernández Bedoya y otros para que se declare, entre otras cosas, que es nulo, de nulidad absoluta, por carencia de causa u objeto o por falta de pago de precio, el contrato de compraventa contenido en la escritura número 369 de 11 de mayo de 1945 de la Notaría de Jericó, por la cual María Rita Bedoya, aparece vendiendo a Francisca Hernández, por la suma de $ 1.500.00 los inmuebles que en ese instrumento se determinan, o para que en subsidio se declare "que está resuelto, por lesión enorme, el contrato de compraventa" mencionado.

Para los efectos del recurso de casación que en este asunto se ha concedido sólo interesa transcribir el hecho cuarto de los fundamentales de la demanda, en que se afirma:

"4º—De otro lado, el precio de la venta es irrisorio y no es ni siquiera la tercera parte del verdadero precio comercial de los objetos vendidos, lo que hace que las partes interesadas en el contrato o fuera de él, o sus herederos puedan instaurar la acción rescisoria por "lesión enorme".

Como fundamento de derecho se citaron los artículos 13 de la ley 45 de 1936, 1502, 1934, 1946, 1947 y concordantes del C. C. y 205, 737 y ss. y 740 del C. J.

Tramitado el juicio con oposición del demandado Francisco A. Hernández B., que fué el único que contestó la demanda, el Juez del conocimiento dictó sentencia con fecha 13 de agosto de 1948, por medio de la cual no accedió a lo pedido en la súplica principal pero sí a la subsidiaria sobre lesión enorme y a sus consecuenciales, sin costas.

A los litigantes se les concedió apelación y el Tribunal Superior de Medellín que conoció de ese recurso, decidió el pleito en sentencia de veinte y cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, por medio de la cual confirmó la apelada, también sin costas.

En ese fallo el sentenciador afirmó en primer término que la acción principal no se probó, por lo cual precisa absolver de ella a los demandados y que la acción subsidiariamente propuesta es la de rescisión del contrato por lesión enorme. Estudiando luégo lo relativo a ésta observó que en el proceso se produjeron dos dictámenes periciales, uno en cada instancia, para determinar el justo precio de los inmuebles al momento de la venta, de los cuales resolvió acoger el de la primera instancia, que señaló al inmueble para la fecha del contrato un valor de $ 6.679.95, por encontrarlo mejor fundamentado "y más acorde con la realidad comercial imperante al tiempo en que se llevó a efecto la compraventa".

Al demandado se le concedió recurso de casación, el que después de tramitado y sustanciado se procede a decidir.

Apoyado en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., el recurrente propone contra la sentencia el cargo siguiente:

Dice que el Juez de primera instancia decretó la rescisión por lesión enorme con base en el dictamen pericial que oportunamente se practicó, en el cual los peritos le asignaron a los bienes materia de la compraventa el valor de $ 6.679.95; pero que en la segunda instancia cambió el panorama probatorio, por cuanto las pruebas que

se adujeron desvirtuaron dicho dictamen, y en seguida agrega:

"En efecto, en la segunda instancia y a petición de la parte demandada, se practicó otro experticio por medio de peritos que nombraron, no las partes, sino el mismo Tribunal. Estos segundos conceptuaron que el justo precio de los tres lotes, en su integridad, era al tiempo de la compraventa el de tres mil doscientos ochenta pesos pero como la señora Bedoya vda. de Hernández había dispuesto de una parte de ellos, dictaminaron que lo vendido a Francisco Hernández, valía dos mil novecientos pesos al tiempo de la venta.

"Mas no fué esto sólo; en la segunda instancia se acreditó que el señor José Madrid, quien actuó en el primer peritazgo, es un hábil talabartero pero sin conocimiento alguno de la propiedad raíz, esto es, que es imperito en la materia en que le tocó actuar como tal.

"Se demostró, también, que muchas de las mejoras que en el dictamen pericial de primera instancia se tuvieron en cuenta para el avalúo no pertenecían a la señora vendedora sino que eran de propiedad del comprador por ser él quien las había incorporado a los predios".

Además para impugnar el experticio de la primera instancia se trajeron a la segunda los siguientes datos: que en el juicio de sucesión del señor Jesús María Hernández, cónyuge de la vendedora, que se adelantó poco tiempo antes de la compraventa, los inmuebles vendidos fueron avaluados en menos de mil quinientos pesos; que con un valor de dos mil quinientos pesos figuraban los bienes en el catastro, y que el proceso de valorización ha sido muy lento en el municipio de Jericó.

"Con todo este acervo probatorio quedó total y plenamente desvirtuada y contradicha la única prueba que se adujo por la parte actora para demostrar que el precio que se dió por los inmuebles, objeto de la compraventa, era inferior a la mitad de su justo valor prueba ésta, que como lo dije, fue el dictamen pericial de primera instancia, en el cual actuó como experto una persona indocta en la materia y en el que se incluyeron para la fijación del valor, mejoras que pertenecían al comprador Francisco Hernández.

"Que por lo que hace a los dos experticios —al de primera y segunda instancia— ellos están igualmente explicados y fundamentados y desde el punto de vista probatorio no hay razón alguna que autorice para dar preferencia al primero sobre el segundo.

"Al contrario, esa crítica favorece al segundo porque los dos peritos que actuaron en éste fueron nombrados por el mismo Tribunal y porque ninguno de ellos fue tachado de impericia. Y si a ésto se agregan todos los demás elementos de convicción que corroboran y coadyuvan las conclusiones del segundo dictamen, es forzoso aceptar que éste debe prevalecer sobre el primero.

"A pesar de todo ésto, la sentencia del H. Tribunal sólo tuvo en cuenta el primer experticio; sin expresar razón valedera desechó toda la prueba que favorece a la parte demandada y al fallar así incurrió en evidente, en manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba. Este fallo es contrario a la realidad probatoria del proceso".

Añade que ese error de hecho llevó al Tribunal a infringir el artículo 721 del C. J. y, como consecuencia, los artículos 1946 y 1947 del C. C.

Se considera:

La Sala ha transcrito la argumentación en que el recurrente fundamenta el cargo que precede, para poner así de presente cómo se ha formulado con olvido o desconocimiento total de los más elementales principios que gobiernan la técnica propia del recurso, por lo cual apenas nominalmente la acusación puede calificarse como demanda de casación, pues en realidad ella no es otra cosa que una típica alegación de instancia.

En efecto, el recurrente habla abstractamente sobre que las pruebas aducidas en segunda instancia "desvirtuaron e infirmaron totalmente" el dictamen pericial rendido en la primera, sin señalar cuáles son esas pruebas, ni determinar su mérito ni lo que de ellas resulta establecido en contraposición a la pericia; anota que se practicó el experticio de segunda instancia y la conclusión a que en él se llegó, pero no analiza su fundamentación y ni siquiera expresa si la tiene y en qué consiste, para establecer si le corresponde algún valor probatorio; dice que "se acreditó" que uno de los peritos del dictamen de primera instancia "es un hábil talabartero", sin citar qué pruebas demuestran ni destacar qué incidencia tiene el hecho sobre el dictamen, habida consideración que el perito no fué tachado oportunamente ni el dictamen objetado en forma alguna; alega que "se demostró" que las mejoras avaluadas eran de propiedad del comprador, sin citar los elementos de convicción de donde pueda deducirse esa conclusión ni expresar las razones por las cuales ellos formen plena prueba; ni destacar la influencia que tal circuns-

tancia tendría en el avalúo mismo; finalmente manifiesta, 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.

No se admite el cargo.

En la segunda de sus alegaciones dice el recurrente que acusa la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en lo cual se ve que invoca el motivo segundo del artículo 520 del C. J., y al sustentarlo expresa que la acción que subsidiariamente se propuso en la demanda es la de resolución del contrato y no la rescisoria por lesión enorme y que ésta fué la acogida por el sentenciador.

Se considera:

El cargo carece totalmente de fundamento, pues no cabe duda alguna que la acción subsidiaria propuesta en la demanda es la rescisoria por lesión enorme. El recurrente pretende encontrarle asidero a su tesis en la circunstancia literal de haber pedido el demandante que se declare "resuelto" por lesión enorme el contrato de compraventa materia de la litis, mas del uso impropio de aquel vocablo no puede desprenderse rectamente que la acción incoada es la resolutoria, porque a ello se opone la clara y expresa intención de la demanda expuesta en la misma aludida súplica primera; en el hecho cuarto que le sirve de sustento y que atrás fué copiado, en que dice que el valor de la venta no cubre "siquiera la tercera parte del verdadero precio comercial de los objetos vendidos" y en que se agrega que ello dá derecho a que las partes contratantes o sus herederos "puedan instaurar la acción rescisoria por lesión enorme", y ratificada en los fundamentos de derecho que en la demanda se señalan, en que se citan los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, que precisamente consagran la acción rescisoria por lesión enorme para el contrato de compraventa.

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

Además, el propio recurrente y demandado tanto en la contestación de la demanda como en sus dos alegatos de instancias entendió siempre que ésa era la acción subsidiariamente propuesta.

Es, por tanto, inadmisible 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 veinte y cuatro (24) de junio 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 el expediente al Tribunal de origen.

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

PRUEBA DEL DOMINIO DE BIENES RAICES

Habiéndose indicado en los hechos de la demanda que los demandados son los actuales dueños de la finca sobre la cual pesa el gravamen hipotecario, esta calidad era necesario establecerla con el título respectivo y la correspondiente nota de su inscripción en la Oficina de Registro. El principio general de la prueba sobre tradición de bienes raíces requiere, para su demostración, que se presente el respectivo instrumento público, debidamente inscrito. Cuando se compruebe la pérdida del protocolo, dice el artículo 2675 del C. C., o del expediente en que estaba consignado el título original registrado, y no existiere en poder del respectivo interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública, 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.

Verdad es que en ciertos casos y para determinados efectos, en el Código procesal civil se admite como prueba sumaria del dominio la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos, para que se verifique que la finca embargada pertenece a la persona en cuya cabeza se registre el embargo, conforme lo dispone el artículo 1008 del C. J.

Igual cosa se ordena en cuanto al artículo 1189 del mismo Código, pero como se puede observar, tal facultad se circunscribe a los casos en tales disposiciones señalados.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación en el ordinario propuesto por Marco Tulio Alvarez contra Ignacio Saboyá y otros.

Antecedentes:

Ante el Juez Civil del Circuito de Chocontá, Marco Tulio Alvarez, por medio de apoderado, demanda a Ignacio Saboyá y otros, para que se declare que sobre la finca de "Soatá" pesa el gravamen hipotecario que su dueño Lisandro Saboyá le impuso para garantizar una deuda de diez mil pesos ($ 10.000.00), según consta de la escritura pública 263 de 26 de febrero de 1929, de la Notaría Tercera de Bogotá; que los demandados "en su calidad de terceros adquirentes" del predio hipotecado, están obligados a responder del gravamen que pesa sobre el bien en referencia, lo mismo que, como herederos del señor Saboyá y, por último, que el actor es cesionario del crédito del cual se adeuda la suma de cinco mil quinientos veinte pesos ($ 5.520.00) y los intereses, a la rata convenida. Que, en consecuencia, "la finca de "Soatá" realmente, como los demandados personalmente, responden y deben pagar al actor las sumas indicadas".

Como hechos fundamentales de la acción, señala la constitución del gravamen; algún abono efectuado por el deudor; que la inscripción de la hipoteca no ha sido cancelada; la cesión hecha a su favor y la circunstancia de que los demandados son los actuales dueños de la cosa pignorada, y que el propio deudor Lisandro Saboyá se obligó también personalmente a satisfacer la deuda, siendo los demandados sus herederos.

La sentencia recurrida

Por apelación concedida a la parte demandada, de la sentencia de primer grado, que condenó al tenor de lo pedido, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde al final de la actuación correspondiente, se decidió la alzada revocando la providencia del inferior y absolviendo en su lugar a los demandados de los cargos aducidos.

De esta sentencia, que lleva fecha cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y nue-

ve (1949), recurrió el demandante ante la Corte.

Estando sustanciado el recurso, se pasa a decidir.

Encuentra el Tribunal, que quien constituye una hipoteca, afecta al pago de la obligación principal la finca gravada y compromete, así mismo, su responsabilidad personal, salvo excepción expresa (art. 28, ley 95 de 1890). El titular de la hipoteca tiene dos derechos y dos garantías correlativas: el personal o de crédito, y el real accesorio de la hipoteca.

De la naturaleza real del derecho hipotecario y del principio de que no puede constituírse sino por el dueño del inmueble (art. 2443 del C. C.), se sigue que la acción para que se declare vigente tal gravamen, debe controvertirse con dicho propietario, pues la decisión afecta su patrimonio. En el debate ha de comprobarse que el demandado es el actual dueño del bien, porque de lo contrario, la relación procesal queda así mal trabada, no pudiéndose decidir en el fondo, por ausencia de uno de los presupuestos procesales.

Observa el juzgador, que no se acreditó la calidad de propietarios del inmueble que se dice pignorado; que, aun cuando se adujo un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos sobre el particular, éste no suple la prueba, al tenor del artículo 1760 del C. C., que no es otra que la escritura pública debidamente inscrita.

Tampoco encuentra demostrado el carácter de herederos de Lisandro Saboyá, atribuído a los demandados; todo lo cual, lo condujo a **revocar** la providencia apelada, y en su lugar, a declarar la excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandada.

El recurso

Contra esta decisión, se proponen ante la Corte, con fundamento en el artículo 520 del C. J., dos cargos:

a) **Acción real.**—Violación de ley sustantiva por infracción directa y por indebida aplicación al caso del pleito. "Resultado a que se llegó en parte —dice— por manifiesto **error de derecho** en la apreciación de determinados elementos de prueba y por falta de apreciación de otros".

"Señalo —agrega— como violadas por el Tribunal en el fallo recurrido las siguientes disposiciones de ley sustantiva: artículos 756, 761, 762, 785, 789, 980, 1849, 1857, 1928, 1960, 1961, 1962 1964, 2432, 2433, 2434, 2435, 2443, 2452, 1760, 1008, 1012, 1040, 1298 y 1411 del Código Civil; 85 de la Ley 153 de 1887; 18 de la ley 45 de 1936, y 33 de la Ley 57 de 1887. Procedo a concretar la manera como se incurrió en tales violaciones, para lo cual trataré en primer lugar del **derecho real de hipoteca,** a cuyo reconocimiento se encaminan las súplicas primera, segunda, cuarta y quinta de la demanda. En segundo lugar trataré de lo referente a la **obligación personal** cuyo reconocimiento se pide a cargo de los demandados en su calidad de herederos del señor Lisandro Saboyá".

Sostiene que, al aceptar los demandados el hecho octavo, en que se afirma que los mismos son los actuales dueños de la finca hipotecada, quedó descartada desde el primer momento, toda controversia entre los litigantes acerca de la propiedad del bien hipotecado, puesto que no discreparon al respecto. Que no intenta sostener —dice— que se puede probar el derecho de propiedad con confesión, que para los efectos del juicio, basta la presunción de dominio establecida a favor del poseedor, por el artículo 762 del C. C. Que no se disputa el derecho de propiedad.

Que los artículos 785 y 789 del C. C. consagran la institución de la **posesión inscrita,** que resulta directamente del sistema de tradición de inmuebles, establecido por el artículo 756 del mismo Código.

Que esta posesión inscrita, con mayor razón que la posesión puramente material, sirve de base a la presunción de dominio a favor del poseedor, establecida en el artículo 762 del C. C. De donde concluye, que el poseedor inscrito se presume dueño, mientras otra persona no justifique serlo.

Que así lo ha entendido y aplicado el propio legislador, cuando en las disposiciones de derecho procesal civil ha prescrito que, para establecer la propiedad del ejecutado sobre el inmueble embargado, basta el certificado de inscripción a su favor, y que otro tanto se desprende de los artículos 1016 y 1017 del mismo Código, que tratan de la institución procesal denominada **"caución de saneamiento".**

Que en los mismos términos, en tratándose de la acción real hipotecaria o prendaria, el Código exige (art. 1189 del C. J.), la presentación del título de hipoteca y un certificado del Registrador, en los términos del artículo 1008 citado. Que este certificado prueba la posesión inscrita y ésta hace presumir el dominio, de acuerdo con el artículo 960 del C. C.

Que si para perseguir judicialmente la finca hipotecada, no es necesario presentar el título

de propiedad, con menor razón para obtener la declaración de existencia del derecho de hipoteca sobre ella, ya que la acción de venta, siendo como es de naturaleza **ejecutiva,** es más gravosa para el demandado que la simple acción declaratoria, como fácilmente se comprende.

Que el fallo en esta clase de acciones, no produce efectos **erga omnes.** De consiguiente, si un tercero resulta ser propietario de la finca hipotecada y destruye la presunción de dominio a favor del poseedor inscrito, demandado en el juicio, en nada se afectaría el derecho de aquél.

Que si el Tribunal hubiera apreciado el certificado discutido, y tenido en cuenta los artículos 756, 762, 785, 789 y 980 del C. C., habría declarado que la posesión inscrita que el certificado establece, es prueba indirecta del dominio de los demandados.

b) **Acción Personal.** Esta se encamina a que se declare que los demandados son deudores de la parte insoluta del crédito materia de la demanda en su calidad de herederos del primitivo deudor, y a que en tal calidad se les condene a pagar la deuda.

El Tribunal declaró la ilegitimidad de personería de los demandados, "por cuanto no aparece —en su concepto— aceptada la herencia respectiva".

Sostiene que, de una manera tácita, los sucesores de don Lisandro Saboyá aceptaron la herencia, y lo deduce del hecho de haberse enfrentado a una acción dirigida contra los herederos, en su calidad de tales dando respuesta a cuestiones de fondo planteadas en la demanda, sin la manifestación expresa de que repudian la herencia. Que los demandados se opusieron a la demanda, asumiendo el papel de contradictores en las dos acciones: la real y la personal.

Que en el expediente obra la prueba del estado civil de los demandados, la defunción del causante don Lisandro, el hecho de su matrimonio y la partida de nacimiento de cada uno de sus hijos, contra quienes se encaminó la acción.

Que el Tribunal dejó de estimar los documentos con que se establece el carácter de herederos de los demandados, con respecto a don Lisandro, y dejó de apreciar la escritura pública número 263 de 28 de febrero de 1929, de donde se desprende la obligación personal, que por muerte de don Lisandro, pasó a sus herederos.

Señala como violados, los artículos 1008, 1012, 1040, 1298, 1289, 1411 del C. C.; 85 de la ley 153 de 1887 y 18 de la ley 45 de 1936.

Para resolver, se considera:

El Tribunal observa, en cuanto a la acción real propuesta para que se declare la vigencia del gravamen, que no se acreditó que los individuos contra quienes se dirigió tal acción, sean en realidad los propietarios del bien hipotecado, y en cuanto a la acción personal originada en la obligación del comprador de cubrir la parte del precio que quedó a deber, anota que tampoco se demostró que las personas designadas como herederos del señor Saboyá, lo fueran en realidad. Dice el Tribunal: "Se pretende que los demandados personalmente están obligados al pago de la obligación contraída por don Lisandro, en su calidad de herederos del mismo; mas esta calidad no se ha demostrado". Encuentra también el juzgador, que no aparece la prueba de la aceptación de la herencia del mencionado señor por sus dichos herederos.

Habiéndose indicado en los hechos de la demanda, que los demandados son los actuales dueños de la finca, sobre la cual pesa el gravamen hipotecario, esta calidad era necesario establecerla con el título respectivo y la correspondiente nota de su inscripción en la Oficina de Registro. El principio general de la prueba sobre tradición de bienes raíces requiere, para su demostración, que se presente el respectivo instrumento público, debidamente inscrito. Cuando se compruebe la pérdida del protocolo, dice el artículo 2675 del C. C., o del expediente en que estaba consignado el título original registrado, y no existiere en poder del respectivo interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública, 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.

Verdad es que en ciertos casos y para determinados efectos, en el Código Procesal Civil se admite como prueba sumaria del dominio la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos, para que se verifique que la finca embargada pertenece a la persona en cuya cabeza se registre el embargo, conforme lo dispone el artículo 1008 del C. J. (Rocha, de la prueba en derecho, pág. 305).

Igual cosa se ordena en cuanto al artículo 1189

del mismo Código, pero, como se puede observar, tal facultad se circunscribe a los casos en tales disposiciones señalados.

Sobre el particular, ha dicho esta Sala:

"...No autoriza nuestro derecho probatorio, como lo dice el recurrente, esta manera de establecer en juicios actos y contratos para cuya prueba requiere la ley la solemnidad de la escritura pública, producida y aportada a los autos en la forma prevista en el procedimiento civil. Dentro de los tres objetos que el artículo 2637 del C. C. asigna al registro o inscripción de los Instrumentos Públicos, —servir de medio de tradición, dar publicidad a los actos y contratos que trasladan, mudan, gravan o limitan el dominio de los bienes raíces, y ser garantía de los documentos—, el último, por su finalidad predominante de dar seguridad a los títulos, permite su utilización como prueba supletoria en las condiciones que determina el artículo 2675 del C. C., esto es, cuando ocurra el caso de pérdida del protocolo o expediente en que estaba consignado el título original registrado y no existiere en poder del interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes guardados en oficinas públicas, pero con la obligación que corresponde a la calidad de supletoria de la prueba, de que se demuestre por quien quiera usarla que el protocolo ha desaparecido, y que la certificación del Registrador, con el objeto preindicado, sea expedida por orden del Juez. Suplir, como aquí se hizo, una prueba principal y solemnemente exigida por la ley, sin el cumplimiento de las condiciones exigidas para la suplencia, es quebrantar una norma legal probatoria, o sea, incurrir en error de derecho en la apreciación de su mérito demostrativo". (Sentencia del 5 de julio de 1946. G. J., Tomo 60 Nº 1934, pág. 732).

En cuanto a la prueba de la calidad de herederos, que echa también de menos el Tribunal en la acción personal dirigida contra los sucesores de don Lisandro, en su carácter de tales, si bien es cierto que su actuación en el juicio, defendiendo los intereses de la sucesión, serían motivos suficientes para considerar que los indicados herederos han aceptado la herencia del señor Saboyá, no es menos cierto que las partidas de estado civil aportadas al proceso, no pueden tenerse como prueba, error que cometió el Tribunal al aceptarlas, por cuanto tales documentos no se presentaron con la demanda, ni se pidieron en el respectivo término de prueba, en los términos prevenidos en el artículo 635 del C. J. De tal manera que, si el fallo pudiera ser casable, en cuanto el Tribunal erradamente consideró que los demandados no habían aceptado la herencia, razón de su negativa en la acción personal, no es menos cierto, que la Corte llegaría al mismo resultado de absolución de los demandados, por cuanto la prueba del estado civil de los pretendidos herederos no se trajo al proceso en la forma que previene el artículo 636 del C. J.

Sobre el particular, pueden verse los fallos publicados en la GACETA JUICIAL, Tomo 55, página 570; Tomo 48, página 354 y sentencia del 24 de julio de 1950.

No hay lugar a condenar en costas por cuanto se hace en parte rectificación de doctrina.

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 Bogotá, de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

LA INDAGATORIA NO ES INDISPENSABLE PARA PODER CALIFICAR EL MERITO DEL SUMARIO

Dictado el auto de proceder, con sujeción a las normas de los artículos 429 y 431 del C. de P. P., no era lógico revocarlo, dictar sobreseimiento temporal y reabrir la investigación, únicamente con el propósito de recibir indagatoria y practicar las pruebas que de aquélla pudieran surgir.

Sin dejar de reconocer la importancia que esa diligencia pueda tener para la defensa del procesado, ella —según la prescripción del art. 365— "no es necesaria para continuar el sumario ni para calificar el mérito"; como —de acuerdo con el art. 433— tampoco es necesaria su presencia, ya que, hecha la declaración de reo ausente, "el juicio sigue hasta su terminación".

La ley procesal, además dá otras oportunidades, durante el juicio, en que el procesado puede, personalmente, exponer lo que no pudo —por ausencia— en la instrucción, y solicitar también la práctica de todas las pruebas conducentes a su defensa.

Corte Suprema de justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio tres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El doctor **Miceno Martínez Nates** interpuso —con fundamento en el Art. 183 del estatuto procesal penal— **recurso de queja** contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, doctores Guillermo Zarama, Campo Elías Burbano y Adriano Cortés, por actuaciones en el proceso seguido a Enrique Hernández por homicidio en Jeremías Benavides, cometido en Túquerres el treinta de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Realizada la investigación sin que de ella se dedujera existencia de infracción penal alguna ni menos responsabilidad imputable a los dichos Magistrados, se solicitó del señor Procurador Delegado en lo Penal conceptuara sobre la posibilidad de ordenar la cesación del procedimiento, y como acogiera la insinuación, la Corte expone en seguida los motivos de la decisión, con sujeción al método prescrito por la ley (art. 159 C. P. P.).

La queja del doctor Martínez se concreta —en el fondo— a la negativa del Tribunal a reponer el auto confirmatorio del de proceder y a reabrir la investigación para recibir indagatoria al procesado Hernández.

I. — Resultandos:

Entre los documentos anexos al proceso —y que constituyen premisas o elementos de juicio— se enumeran los siguientes:

a) Auto del Tribunal de Pasto, del veintitres de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, por el cual confirmó el de proceder del Juez 2º Superior del citado Distrito, dictado el cinco de agosto del anterior (1948);

b) Memorial del doctor Martínez, del 28 de julio, en que interpone recurso de reposición contra el auto de proceder de segundo grado;

c) Memorial del mismo abogado, del treinta y uno del siguiente mes (agosto), en que —por causa de la captura de Hernández— solicita se dicte sobreseimiento temporal a fin de que aquél rinda su indagatoria y se practiquen las pruebas que resulten de esa diligencia;

d) Memorial del mismo procesado, del primero de septiembre, en que solicita se le permita rendir indagatoria;

e) Autos del Tribunal, de fecha dos y siete de septiembre, mediante los cuales no accede a reponer el auto de proceder ni a recibir la indagatoria de Hernández;

f) Certificado del Juez 2º Superior, según el

cual el procesado Hernández fué detenido la noche del veintinueve de agosto en la ciudad de Túquerres, y

g) Pruebas legales de nombramiento de los doctores Guillermo Zarama, Campo Elías Burbano y Adriano Cortés para Magistrados del Tribunal de Pasto, de su posesión y del ejercicio de funciones en la época en que actuaron en el proceso contra Hernández.

III. — Considerandos:

Separadamente —por la importancia peculiar adscrita a cada uno— se estudian los hechos imputados a los Magistrados del Tribunal: la negativa a reponer el enjuiciamiento, dictado —según el doctor Martínez— sin consideración a lo prescrito por lo arts. 429 y 431 del Código de Procedimiento Penal, y la negativa a dictar sobreseimiento temporal y reabrir la investigación con el objeto de que Hernández pudiera rendir indagatoria.

a) La reposición del enjuiciamiento

La objeción al auto de proceder no es fundada, como en seguida se explica. Este auto, según la ley y la doctrina, está subordinado en cuanto a su oportunidad, a requisitos intrínsecos o de contenido y a requisitos extrínsecos o de forma, regulados los unos por el art. 429 y los otros por el art. 431, uno y otro del estatuto procesal penal.

En cuanto a los primeros —plena prueba del delito, y de la responsabilidad mediante testimonios creíbles conforme a las normas de su crítica— la duda no existe. El Tribunal hizo referencia a la prueba pericial respecto a la muerte de Benavides y enumeró las declaraciones de las personas que vieron a Hernández disparar desde la ventana de su casa contra la gente que pasaba por la calle y a Benavides caer herido por uno de tales disparos.

En cuanto a los segundos —análisis de las pruebas y calificación genérica del hecho— el Tribunal estudió las pruebas en relación con las tesis de la legítima defensa y de la excusa de la provocación entonces planteadas, tesis que rechazó (en forma transitoria, la última) para acoger —como cierta procesal y jurídicamente— la del homicidio intencional, y dejar al jurado la decisión sobre la ira o intenso dolor injusta y gravemente provocados.

No hubo, pues, infracción, por parte del Tribunal de los arts. 429 y 431 del nombrado Código.

b) La indagatoria

Dictado el auto de proceder, con sujeción a las normas acabadas de citar, no era lógico revocarlo, dictar sobreseimiento temporal y reabrir la investigación, únicamente con el propósito de recibir la indagatoria y de practicar las pruebas que de aquélla pudieran surgir.

Sin dejar de reconocer la importancia que esa diligencia pueda tener para la defensa del procesado, ella —según la prescripción del art. 365— "no es necesaria para continuar el sumario ni para calificar el mérito", como —de acuerdo con el art. 433— tampoco es necesaria su presencia, ya que, hecha la declaración de reo ausente, "el juico sigue hasta su terminación".

La ley procesal, además, dá otras oportunidades, durante el juicio, en que el procesado puede, personalmente, exponer lo que no pudo —por ausencia— en la instrucción, y solicitar también la práctica de todas las pruebas conducentes a su defensa.

IIII. — El fallo

Siendo así que la negativa de la reposición del enjuiciamiento, como la negativa a sustituírlo por un sobreseimiento temporal para fines de la indagatoria se ajustaron estrictamente a la ley, y que el Procurador Delegado emitió concepto favorable, es de obligada aplicación el art. 153 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previa declaracón de que los hechos imputados por el doctor Miceno Martínez a los Magistrados del Tribunal Superior de Pasto doctores Guillermo Zarama, Campo Elías Burbano y Adriano Cortés, no constituyen infracción penal alguna, ordena cesar todo procedimiento contra ellos por el motivo ya expuesto.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS CONTRA MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL

Dos son las causas que pueden dar lugar al cambio de radicación de un proceso penal: motivos de conveniencia para la recta administración de justicia; y necesidad de tomar esa medida, para la salud del procesado o sindicado, cuando se comprueba que padece enfermedad grave que exige cambio de clima o de residencia.

Cuando se trata de causas criminales contra los Oficiales, Suboficiales, Agentes y Detectives de la Policía Nacional, el artículo 5º de la Ley 5ª de 1943, dispone:

"Facúltase al Gobierno para variar por una sola vez en cada caso, la radicación de causas criminales que se sigan contra los Oficiales, Suboficiales, Agentes y Detectives de la Policía Nacional, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, aunque no se reúnan las condiciones generales establecidas para el cambio de radicación de los procesos criminales".

La Corte, interpretando esta disposición, ha dicho:

"No puede entenderse que el cambio de radicación de procesos adelantados contra miembros de la policía, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, pueda hacerse sin causa alguna distinta de la de su investidura oficial, pues una medida como ésa, de carácter extraordinario, ha de tener razones legales que la justifiquen. Piensa la Sala que la citada ley consagró una especie de presunción, como la que si los hechos han sido realizados en virtud del cargo de guardianes del orden público, es muy fácil que sobre ellos caigan la animadversión de las personas sobre las cuales han ejercitado su fuerza coactiva, o de sus allegados, o de los sujetos del mismo ambiente, lo que obliga a no emplear un criterio tan riguroso o restringido, con posible mengua de sus intereses de defensa. Pero, de todas maneras es preciso demostrar que el cambio es conveniente para la recta administración de justicia".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio tres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez)

El Ministerio de Justicia remite a la Corte, para que dé el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, la solicitud elevada a ese Ministerio por el doctor Carlos Reyes Posada en su condición de apoderado de Efraín Olivos, para que se cambie de radicación el proceso que contra éste se sigue en el Distrito Judicial de Barranquilla, por el delito de homicidio.

El apoderado del procesado, presenta como motivo fundamental de su petición, el de que en la ciudad de Barranquilla donde debe juzgarse a Efraín Olivos, existe un ambiente de prevención contra éste, no sólo entre las autoridades a quienes ha correspondido la investigación del hecho que se le imputa, sino también en un sector respetable de la opinión pública, todo lo cual le ha impedido ejercitar los medios consagrados por la ley en relación con su defensa, existiendo el peligro fundado de que su causa venga a ser decidida con menoscabo de sus derechos y con perjuicio de los intereses de la recta administración de justicia. Agrega que, al hecho materia del proceso se le ha querido atribuír por sectarismo, un carácter político que en realidad no tiene, lo cual se explica, por ser el procesado miembro del Detectivismo en dicha ciudad, circunstancia ésta, que justificaría aún más el cambio de radicación del mentado proceso.

Como pruebas que fundamentan la solicitud en referencia, el peticionario aduce las siguientes:

1ª—Un memorial —poder—, dirigido al señor Ministro de Justicia suscrito por Efraín Olivos, en el cual manifiesta que confiere poder especial al doctor Carlos Reyes Posada, para que gestione ante el Gobierno Nacional el cambio de radicación del proceso que se le sigue en el Distrito Judicial de Barranquilla, por la muerte de Enrique Parra Bermúdez.

2ª—Una certificación de la Fiscalía Primera Superior de Barranquilla, según la cual, en esta Oficina cursa un proceso por homicidio contra Efraín Olivos; y

3ª—Los testimonios del Teniente de la Policía Nacional señor Pedro Granados, del señor Octavio Vásquez y del doctor Jesús Ramírez Córdoba.

El primero de estos declarantes, manifiesta que, es Director de la Cárcel Nacional de Barranquilla y conoce a Efraín Olivos desde hace un año, cuando éste trabajada en la Seguridad, que recuerda que en una ocasión le fueron a notificar a Olivos un auto sobre reconstrucción del proceso por lo cual se encuentra detenido y el empleado no le permitió leer dicho auto ni quiso leérselo él mismo, manifestando que era una orden de su Jefe y consultó por teléfono e informó que le había contestado el Juez, que no podía leer el auto y por ésto Olivos se abstuvo ese día de firmar la notificación; que otro día tuvo una discusión con el mismo notificador porque no le permitía poner en la notificación, que apelaba, y que le parece que fué una providencia relacionada con la designación de unos peritos y Olivos pasó un memorial recusando o reclamando sobre los peritos. Agrega que, mientras Olivos ha estado a órdenes de la Fiscalía, no ha tenido conocimiento de que hayan surgido diferencias como las anotadas y que la conducta de dicho procesado en la cárcel, no ha sido merecedora de sanciones y por el contrario, ha recibido voces de estímulo por su buena conducta.

El señor Octavio Vásquez, refiere que se enteró al día siguiente de cometido el homicidio por lo que comentaba la prensa y supo que en esa época, Olivos actuaba como Detective de la Policía Nacional; que lo visitaba en la cárcel los domingos y se encontraba muy deprimido porque lo tenían aislado y el entonces Director de la Cárcel no lo trataba bien y supo que otros detenidos habían maltratado a Olivos, entre ellos Jaime Sánchez Montoya, a quien aquél había acusado por estafa; que conoció al occiso señor Enrique Parra y sabe que gozaba de aprecio en Barranquilla y tenía bastantes amigos y ha oído comentar que sus familiares se encuentran en buena posición económica y social, y no escatimarán esfuerzos para hacer condenar a Olivos y ya han nombrado acusador particular.

Finalmente, el doctor Jesús Ramírez Córdoba, quien ha sido apoderado del procesado Olivos en las diligencias sumarias que a éste se adelantan por la muerte de Enrique Parra, dice que el funcionario a quien correspondió la instrucción del proceso no fué imparcial, pues obstruyó la defensa del sindicado y violando la reserva del sumario le suministraba noticias al periódico "El Nacional", quien las aprovechó para hacer folletines alrededor del homicidio, tratando de hacerlo aparecer como originado en cuestiones políticas, lo que es absolutamente falso y ésto fué creando, una atmósfera social contraria a los intereses de la justicia; que como abogado que ha sido del señor Olivos, considera que es más conveniente para los intereses de la justicia el cambio de radicación del sumario y se funda en que la atmósfera social que se ha creado en torno del homicidio en la persona de Parra, es bastante contraria a los intereses del procesado.

Se considera:

Repetidamente ha dicho la Corte, que el cambio de radicación de un proceso penal, del Distrito Judicial donde tuvo realización el hecho a otro Distrito, es un derecho que la ley concede a los procesados, el cual tiene su fundamento en razones de orden público y social, a fin de obtener que la justicia se administre en forma serena e imparcial.

El artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, dispone que en cualquier estado del proceso y antes de que se pronuncie sentencia de segunda instancia, puede el Gobierno de acuerdo con la Corte, disponer que los procesados o sindicados por delitos de conocimiento del Juez Superior de Distrito Judicial, sean juzgados en otro Distrito Judicial distinto de aquel en donde se cometió el delito, por motivos de conveniencia para la administración de justicia o cuando, el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada, que exija cambio de clima o de residencia.

Son, pues, dos las causas que pueden dar lugar al cambio de radicación de un proceso penal: motivos de conveniencia para la recta administración de justicia; y necesidad de tomar esa medida, para la salud del procesado o sindicado, cuando se compruebe que padece de enfermedad grave que exige cambio de clima o residencia.

Cuando se trata de causas criminales contra los Oficiales, Suboficiales, Agentes y Detectives de la Policía Nacional, el artículo 5° de la Ley 5ª de 1943, dispone:

"Facúltase al Gobierno para variar por una sola vez en cada caso, la radicación de causas criminales que se sigan contra los Oficiales, Suboficiales, Agentes y Detectives de la Policía Na-

cional, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, aunque nó se reúnan las condiciones generales establecidas para el cambio de radicación de los procesos criminales".

La Corte interpretando esta disposición ha dicho:

"No puede entenderse que el cambio de radicación de procesos adelantados contra miembros de la policía, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, pueda hacerse sin causa alguna distinta de la de su investidura oficial, pues una medida como ésta, de carácter extraordinario, ha de tener razones legales que la justifiquen. Piensa la Sala que la citada ley consagró una especie de presunción, como la de que si los hechos han sido realizados en virtud del cargo de guardianes del orden público, es muy fácil que sobre ellos caiga la animadversión de las personas sobre las cuales han ejercitado su fuerza coactiva, o de sus allegados, o de los sujetos del mismo ambiente, lo que obliga a no emplear un criterio tan riguroso o restringido, con posible mengua de sus intereses de defensa. Pero, de todas maneras es preciso demostrar que el cambio es conveniente para la recta administración de justicia".

En el caso presente, según aparece del informe que sobre los hechos materia del proceso rindieron los Detectives números 40, 94 y 91 al Jefe de la Sección de Investigación y Extranjería en Barranquilla que lleva fecha 20 de junio de 1951, la lesión que le ocasionó la muerte a Enrique Parra Bermúdez, le fué causada en los momentos en que tales Detectives practicaban una ronda en la tienda de licores de dicho señor con el objeto de decomisarle una botella de Wisky que consideraron que hacía parte del que había sido robado en el almacén de "Dávila y Cía", que se estaba investigando. Esto indica, que se trata de un delito cometido por el procesado en ejercicio de las funciones de Detective y entonces, es de aplicación en este caso, la norma contenida en el artículo 5º de la Ley 5ª de 1943, ya transcrito.

En cuanto a la conveniencia para la recta administración de justicia, que es el motivo que puede dar lugar al cambio de radicación del proceso en referencia, ella surge de la presunción de que por razón de las funciones que en el momento de cometer el hecho desempeñaba el sindicado, existe la posibilidad de que sobre él caiga la animadversión de las personas sobre las cuales hubiera tenido que ejercer sus actividades en ejercicio de las funciones inherentes a su cargo. Además, según las pruebas que acompaña el peticionario, al hecho se le ha pretendido dar un carácter político que no tiene y ambas circunstancias, han creado un ambiente impropicio para que la defensa del procesado pueda ejercitarse con la amplitud que consagran las normas legales.

De todo lo anterior, se concluye que es conveniente para la recta administración de justicia, el cambio de radicación del proceso seguido en el Distrito Judicial de Barranquilla contra Efraín Olivos, por el delito de homicidio en la persona de Enrique Parra Bermúdez, pues existen fundamentos probatorios que hacen temer que los derechos del procesado puedan ser menoscabados por las circunstancias que se dejan anotadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso contra Efraín Olivos, solicitado por el apoderado de este procesado.

Cópiese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

EL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO CONTRA UN MIEMBRO DE LA POLICIA NACIONAL, NO PUEDE REALIZARSE SIN QUE PARA ELLO HAYA UNA CAUSA DISTINTA DE SU INVESTIDURA OFICIAL

Como lo dijo la Corte, en concepto de 15 de marzo de 1949: "El alcance de la Ley 5ª de 1943 no puede ir hasta permitir que el Gobierno Nacional o Departamental, según el caso, pueda ordenar el cambio de radicación de una causa criminal con prescindencia de todos los requisitos de que trata el artículo 58 del Código. Pues sería verdaderamente absurdo el hecho de que sin tenerse conocimiento de que por cualquier circunstancia pudieran vulnerarse los derechos que tiene el procesado —elemento de la Policía Nacional— para que sea juzgado con la plenitud de las formalidades propias del juicio, por las autoridades competentes a virtud del lugar donde se cometió el delito, se pudiera arrebatar el proceso a esas autoridades para colocarlo arbitrariamente en manos de otras".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio tres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

El Ministerio de Justicia —Sección Jurídica— remite a la Corte las diligencias en virtud de las cuales se solicita concepto de la Sala Penal de la Corporación sobre cambio de radicación del proceso seguido contra los responsables de los sucesos ocurridos en la casa liberal de Cali, el 22 de octubre de 1949, de conformidad con el artículo 58 del Código Procesal Penal y el 5º de la ley 5ª de 1943.

Constan las diligencias:

a) Del oficio Nº 220/C del Comando de la Policía Nacional, División del Valle, dirigido al Gobernador de ese Departamento, por medio del cual comunica a este funcionario, para que a su vez sea remitido al Ministerio de Gobierno, el informe del doctor Antonio Saucedo Carrásquilla, en su calidad de apoderado de las unidades de la Policía Nacional que figuran como sindicados, según reza la comunicación.

b) El memorial del doctor Antonio Saucedo Carrasquilla, a que hace referencia el aparte anterior, quien en su calidad dicha, informa sobre las graves injusticias cometidas contra los miembros de la Policía y del detectivismo nacional, en relación a denegación de justicia por parte del Tribunal Superior de Cali, al abstenerse de conocer de una apelación relacionada con el proceso.

c) Una edición del "Diario del Pacífico", Nº 7304, de fecha 3 de abril de 1952, en la cual se inserta una acusación contra el referido Tribunal Superior por las medidas tomadas en relación con el recurso de apelación a que antes se ha hecho mérito; y

d) El oficio Nº 3874 de la Secretaría General del Ministerio de Gobierno, del 10 de mayo de este año, mediante el cual se remiten al Ministerio de Justicia las diligencias relacionadas.

No se agregan más documentos.

Considera la Corte:

El cambio de radicación de un proceso penal constituye una excepción al principio general que gobierna la competencia por razón del territorio en donde el delito se haya cumplido. El artículo 55 del Código de Procedimiento Penal señala que "Es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en donde se cumplió la infracción".

Dentro del mismo Capítulo III, del Título II del Código Procesal Penal vigente, está comprendida también una norma que faculta al gobierno para modificar la jurisdicción de un proceso previo concepto de la Corte Suprema de Justicia y cuando la medida sea conveniente para la recta administración de justicia o necesaria porque el procesado sufra de alguna enfermedad grave debidamente comprobada que haga indispensable su cambio de clima o de residencia por tal motivo.

Por su parte el artículo 5º de la ley 5ª de 1943 creó, a su vez, una excepción al mismo, cuando instituyó lo siguiente:

"Facúltase al Gobierno para variar por una sola vez en cada caso, la radicación de causas

criminales que se sigan contra los Oficiales Agentes y Detectives de la Policía Nacional por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, aunque no se reúnan las condiciones generales establecidas para el cambio de radicación de los procesos criminales.

Para dicho cambio no podrá ser ecogida sino una ciudad cabecera de Distrito Judicial, en donde funcione más de un Juzgado Superior o más de un Juzgado de Circuito Penal, según el caso".

La Sala Penal de la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de esta disposición, especialmente sobre si constituye una modificación a la norma contenida en el artículo 58, de tal suerte que aunque no se reúnan las exigencias de esa disposición en orden a los requisitos que son indispensables para cambiar la jurisdicción territorial a un proceso, cuales son conveniencia y necesidad y concepto previo de la Corte, puede sin embargo el Gobierno disponer tal cambio.

Así, en Acuerdo de fecha 28 de marzo de 1944, el primero que se tomara en la vigencia de la nueva norma, después de analizar minuciosamente todas las contingencias que se derivarían para la administración de justicia de prescindir de aquellos requisitos excepcionalmente para los miembros de la Policía y del Detectivismo pertenecientes a la Policía Nacional, cuando delincan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, sintetiza de la siguiente manera la doctrina que ha prevalecido hasta hoy, por cuanto la Sala la ha ratificado en las varias ocasiones en que se ha presentado idéntico problema:

"Como compendio de las precedentes consideraciones expresa la Corte esta opinión: el artículo 5º de la ley 5ª de 1943 en sustancia no modificó el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, puesto que en su inciso primero sólo intentó aplicar la facultad excepcional conferida al Gobierno por el precepto del Código, cuando se trata de procesos especiales en que aparezcan comprometidos elementos de la Policía Nacional, pero sin que el propósito haya tenido una adecuada expresión, lo que trae como consecuencia la innocuidad de ese inciso primero.

"En cambio, el inciso segundo sí contiene una restricción para la anterior facultad del Gobierno, porque a partir del 27 de febrero de 1943, en los procesos seguidos contra elementos de la Policía Nacional por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, solamente podrá escogerse como nueva sede de la competencia, la ciudad en donde funcione más de un Juzgado Superior, limitación Distrital que no existía en el Código de Procedimiento Penal" ("GACETA JUDICIAL", Tomo 57, págs. 196 a 199).

Como queda dicho, la anterior doctrina no ha sido modificada. Por el contrario, su ratificación siempre se ha producido en igualdad de circunstancias.

En efecto, en concepto de fecha 15 de marzo de 1949, expresa la Corte:

"Los requisitos exigidos por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal son: o el de conveniencia para la recta administración de justicia, o el de necesidad por motivos de enfermedad grave del procesado que exija cambio de clima o de residencia del mismo; el de concepto favorable de la Corte; y el de que la solicitud sea formulada por una de las personas que en calidad de partes intervienen en el proceso penal (No dice de oficio, pero es innegable que de esta manera también puede ser tomada esa medida).

"El alcance de la ley 5ª de 1943 no puede ir hasta permitir que el Gobierno Nacional o Departamental, según el caso, pueda ordenar el cambio de radicación de una causa criminal con prescindencia de todos los requisitos de que trata el artículo 58 del Código. Pues sería verdaderamente absurdo el hecho de que sin tenerse conocimiento de que por cualquier circunstancia pudieran vulnerarse los derechos que tiene el procesado —elemento de la Policía Nacional— para que sea juzgado con la plenitud de las formalidades propias del juicio, por las autoridades competentes a virtud del lugar donde se cometió el delito, se pudiera arrebatar el proceso a esas autoridades para colocarlo arbitrariamente en manos de otras.

"El hecho mismo de que el Gobierno envíe a la Corte la solicitud sobre cambio de radicación con el objeto de obtener "el concepto correspondiente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 del C. P. P. y 5º de la ley 5ª de 1943" —como lo dice el despacho remisorio está indicando la necesidad de la comprobación, más o menos aceptable, de los requisitos a que se refiere el artículo 58 para fundamentar el concepto. Si tales requisitos no se exigieran, por tratarse de procesados pertenecientes a la Policía Nacional, el Gobierno resolvería de plano el cambio de radicación, sin concepto favorable de la Corte, ya que ésta no podría darlo sin tener la convicción de la conveniencia para la recta administración de justicia o de la necesidad de conservar la salud del procesado, cuestión que no po-

dría adquirir sin los elementos necesarios para ello".

En el mismo Acuerdo, concluye: "No puede entenderse que el cambio de radicación de procesos adelantados contra miembros de la policía, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones puede hacerse sin causa alguna distinta de la investidura oficial, pues una medida como ésa, de carácter extraordinario, ha de tener razones legales que la justifiquen. Piensa la Sala que la ley citada consagró una especie de presunción, como es la de que si los hechos han sido realizados en virtud del cargo de guardianes del orden público, es muy fácil que sobre ellos recaiga la animadversión de las personas sobre las cuales han ejercitado su fuerza coactiva, o de sus allegados, o de los sujetos del mismo ambiente, lo que obliga a no emplear un criterio tan riguroso o restringido, con posible mengua de sus intereses de defensa. Pero de todas maneras es preciso demostrar que el cambio es conveniente para la recta adminisración de justicia.

Es evidente que en las diligencias enviadas para el concepto de la Corte sobre el cambio de radicación del proceso a que ellas se refieren, se echa de menos la demostración aludida, sin la cual es imposible determinar la neçesidad ineludible de la medida por falta de elementos adecuados de comprobación que la hagan justa, de conformidad con la ley y no arbitraria o contraría a los mandatos de la misma.

Fuera de lo anterior, se echa también de menos la determinación de la competencia para conocer del proceso por parte de un Juzgado Superior, que es otro de los requisitos señalados en el artículo 58 para que la Corte pueda dictaminar sobre el cambio solicitado.

De otro lado, para que tal cambio pueda ser viable es menester aducir la prueba legal sobre el carácter de agentes, oficiales, dectives, etc. de la Policía Nacional, porque de otra manera se ignoraría esa calidad, única mediante la cual puede establecerse que obraron en ejercicio de esas funciones o por razón de ellas, en primer término; y en segundo que están comprendidos en la norma del artículo 5º de la ley 5ª de 1943. No basta, que ello se afirme en un oficio del Comandante de la Institución, porque es obvio que ésto no constituye para el caso comprobante adecuado a aquella calidad.

Las razones que se deducen del memorial del doctor Saucedo Carrasquilla, si bien revisten alguna gravedad, no justifican por sí mismas una medida tan excepcional. Las demoras de los funcionarios judiciales tiene procedimientos distintos señalados por la ley para impedirlas. Si ellos ocasionaran un cambio de radicación, la administración de justicia se convertiría en un inmenso caos.

Si ese motivo bastase, podría acontecer que los Jueces y Magistrados, en cuyas manos estuvieran procesos de índole difícil por las circunstancias que los rodean, se abstendrían de decidirlos en espera de que su misma negligencia e incuria en el cumplimiento del deber, los libertara de la responsabilidad que les compete dentro de la ley penal y de las medidas disciplinarias, para decidir dentro de los términos legales los incidentes correspondientes del proceso. Entonces los cambios de radicación no se harían por conveniencia para la recta administración de justicia, sino por razones todavía más extrañas, como la denegación de la misma. Lo que es de todo punto de vista absurdo.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— se abstiene por ahora de dar concepto favorable sobre el cambio de radicación del proceso a que hacen referencia las anteriores diligencias.

Cópiese y devuélvase el negocio al Ministerio de Justicia.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

El cambio de radicación de un proceso penal, de un Distrito Judicial a otro, se funda en motivos de orden público y social. Estriba en la recta administración de justicia, para conservar la independencia de los encargados de administrarla; y en la tutela de los derechos que tienen las partes que en el proceso intervienen, para la amplia defensa de sus respectivos intereses, mediante la separación de cualquier motivo que racionalmente pueda considerarse como elemento perturbador en la tramitación del proceso y en el juzgamiento de los sindicados.

Esta medida de tan excepcional importancia, entraña necesariamente el concepto de que los funcionarios que han de intervenir en la formación del sumario y en el juzgamiento de los hechos, no han de administrar rectamente justicia, y de ahí que se sustraiga de su conocimiento, un proceso que por disposición de la ley les corresponde.

Esto indica que la facultad que la ley otorga a la Corte para conceptuar favorablemente sobre un cambio de radicación de un proceso penal, tiene su especial justificación cuando se trata de hechos de excepcional gravedad y que, en forma directa o indirecta, han sido preparados o consumados bajo el influjo de las pasiones políticas; o bien porque en el lugar donde deba juzgarse a los procesados, exista un clima social que pueda influir en los administradores de justicia para que no puedan llenar sus funciones con la imparcialidad y rectitud que la justicia requiere.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte la solicitud de cambio de radicación del proceso seguido contra los doctores Rafaél Manjarrés Herrera, Emilio Loewy, Saúl Charris de la Hoz y otros, por delitos "contra la propiedad, en cuantía superior a cien mil pesos ($ 100.000.00) y en conexidad con delitos "contra la Adrainistración Pública y contra la Administración de Justicia", proceso que se adelanta en Barranquilla por uno de los Jueces de Instrucción Criminal comisionado para el efecto por el Ministerio de Justicia; petición hecha por el doctor Alfonso Isaza Moreno, apoderado de la parte civil.

La Sala debe dar su concepto al tenor del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Pruebas:

A la petición se acompañan los siguientes elementos probatorios:

a) Denuncios presentados ante el señor Procurador General de la Nación contra los señores Rafaél Manjarrés Herrera, Emilio Loewy y otros, por la señora Francisca S. de Loewy, por hechos que lesionaron su patrimonio, ejecutados en el juicio de separación de bienes iniciado por la denunciante ante el Juzgado Cuarto del Circuito Civil de Barranquilla; y en el juicio de quiebra de la Arrow Fábrica Colombiana de Productos Elásticos Ltda. seguido en el Juzgado Tercero Civil del mismo Circuito.

b) Copia del despacho del señor Procurador General de la Nación al señor Ministro de Justicia en donde pone de manifiesto que la señora Steckerl de Loewy afirma haber sido víctima de actuaciones coordinadas de los doctores Rafaél Manjarrés Herrera y Saúl Charris de la Hoz en orden a causarle un grave perjuicio en su patrimonio.

"La importancia de la posición profesional y política de los abogados sindicados, —dice el Procurador al Ministro— la circunstancia de ser el doctor Manjarrés Herrera miembro del Congreso, la confusa situación judicial que se ha creado en torno a las diferencias existentes en-

tre la señora Steckerl de Loewy y su marido el doctor Emilio Loewy, justifican la solicitud que hago para que en este asunto se designe un investigador especial, con el objeto de que sin demora se inicie la correspondiente acción penal, que permita esclarecer la verdad de lo ocurrido y aplicar las sanciones establecidas, si fuere el caso".

c) Copia de la Resolución número 620 de 1952, en virtud de la cual el Ministerio de Justicia comisiona al Juez 72 de Instrucción Criminal, doctor Rubén Jaramillo Alvarez, para que se traslade a la ciudad de Barranquilla y adelante la investigación por los hechos delictuosos que puedan configurarse de las actuaciones de los doctores Rafaél Manjarrés Herrera y Saúl Charris de la Hoz, según denuncio de la señora Steckerl de Loewy a que se refiere el señor Procurador.

d) Copia del informe que con fecha 19 de abril de 1952 el señor Juez 72 de Instrucción Criminal rinde al señor Director del Departamento Legal del Ministerio de Justicia, sobre su actuación en la investigación que se le confirió y en donde expone, entre otras cosas, que la señora Steckerl de Loewy amplió su denuncio sobre hechos enteramente nuevos a los denunciados ante el señor Procurador y que al mismo tiempo por medio de apoderado se ha constituído en parte civil, "el cual ha solicitado la práctica de un gran número de pruebas en su mayoría documentales, igualmente pidió se amplíe la inspección ocular que ya practicaba este Despacho, a otros aspectos viables, lo cual hace considerablemente laboriosa la investigación confiada", motivo por el cual no le es posible darla por terminada "sin llenar las exigencias probatorias de la parte civil que ha pedido la indemnización de cuantiosos perjuicios".

e) Copia de otro informe de 10 de mayo de 1952, del mismo Juez 72 de Instrucción Criminal al señor Director Jurídico del Ministerio de Justicia, sobre las labores deserrolladas por el Juzgado en la investigación en referencia. En dicho informe, el Juez, entre otras cosas, contesta algunos cargos que le hiciera el doctor Manjarrés Herrera ante el Ministerio.

f) Copia de la Resolución número 2180 de 1951, en virtud de la cual el Ministerio de Justicia comisiona al doctor Enrique Carrillo Tavera, Visitador del Ministerio, para que se traslade a la ciudad de Barranquilla con el fin de estudiar la actuación de los funcionarios públicos en el juicio de quiebra que se adelanta en el Juzgado Tercero del Circuito Civil de dicha ciudad contra el Establecimiento Industrial Fábrica Arrow y en la investigación por el delito de estafa contra la denominada "Rifa de las Mercedes" en que es demandante Rosa Acosta, tomando como base de estudio las quejas formuladas ante el Ministerio por la señora Francisca Steckerl de Loewy.

g) Copia del informe del Visitador Carrillo Tavera de 26 de noviembre de 1951, dirigido al señor Director del Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, sobre el cumplimiento de su comisión, en donde el informante concluye diciendo:

"No encontré, pues, de la revisión que hice tanto de los negocios de quiebra como de los penales ninguna irregularidad de los funcionarios públicos que diera motivo para una investigación penal, pero ni aún de actuación concerniente a sanciones disciplinarias.

"La señora Francisca Steckerl de Loewy teme que desaparezcan o se disminuyan bienes suyos incorporados en una sociedad de responsabilidad limitada y quiere recuperarlos o asegurarlos, pero ha equivocado las acciones. Se ha ido por la vía penal que no le puede resolver en nada su problema".

h) Copia de la Resolución número 871 de 1952, en virtud de la cual el Ministerio de Justicia comisiona al doctor Pedro Arturo Sanabria Niño, abogado consultor del Ministerio, para que se traslade a la ciudad de Barranquilla, "y estudie las diligencias sumarias que en dicha ciudad adelanta el doctor Rubén Jaramillo Alvarez, Juez 72 de Instrucción Criminal, en virtud de denuncia formulada por la señora Francisca Steckerl de Loewy contra el doctor Rafaél Manjarrés Herrera y rinda informe sobre el particular".

i) Copia del informe que el doctor Sanabria Niño rindió al Ministerio de Justicia sobre el cumplimiento de su comisión en donde después de relatar las actuaciones del Juez 72 de Instrucción Criminal en el proceso contra el doctor Manjarrés Herrera y otros, concluye:

"El núcleo germinativo de éste y otros varios asuntos civiles y penales son los problemas económico-sentimentales del señor Emilio Loewy y su esposa Francisca. El asunto específico del negocio que fue objeto de mi visita es el posible carácter delictuoso de las actuaciones profesionales del doctor Rafaél Manjarrés Herrera que como apoderado del Banco de Londres y América del Sur acreedor de la sociedad Arrow, pide contra esta última la aplicación del Decreto 750 de 1940, siendo al mismo tiempo apoderado del señor Loewy, gerente de tal sociedad, en el jui-

cio de separación de bienes con su esposa. Parece establecido que el abogado Manjarrés Herrera pidió la declaración de quiebra de acuerdo con el gerente Loewy para sacar la fábrica Arrow del embargo y secuestro en que se encontraba por virtud de providencia dictada en el juicio de separación de bienes en el cual Manjarrés obraba como apoderado de Loewy.

"Como se relieva por la simple enunciación de los puntos neurálgicos del problema, su investigación requiere a más de la entereza moral nenecesaria a la administración de justicia, una buena experiencia judicial y una rara capacidad de crítica y de análisis. Y si se examinan las personas en pugna se cae inmediatamente en la cuenta de que para seguir con éxito esta investigación es indispensable una sólida preparación jurídica. El doctor Manjarrés es uno de los abogados más hábiles y prestigiosos de Barranquilla y la señora Steckerl une a un infatigable tesón en la defensa de sus intereses, una prevención gratuita contra los funcionarios que celen su imparcialidad y una desordenada impulsividad defensiva, frutos quizá de tres años de duro trajinar con la justicia.

"En mi concepto es necesario relevar de esta investigación al Juez 72 de Instrucción Criminal, pues su poca experiencia en esta clase de asuntos no está a la altura de su gran probidad e independencia, cosa que sería deseable en asunto de tamaña importancia".

j) Un certificado del señor Juez 72 de Instrucción Criminal en el cual consta que ha instruído un sumario contra los doctores Emilio Loewy, Rafaél Manjarrés Herrera, Saúl Charris de la Hoz y otros; por delitos "contra la propiedad, en cuantía superior a tres mil pesos y en conexidad con delitos "contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia".

"...La sola enunciación de los delitos "en conexidad" —dice— que se enunciaron, y la calidad de las personas que los han cometido, es motivo suficiente para que este Juzgado, conceptúe en forma favorable ...que se radique este sumario en un Distrito Judicial diferente al actual".

k) Se ha acreditado que el doctor Manjarrés Herrera fué elegido Senador de la República por el Departamento del Atlántico, para el período legal en curso; y que el doctor Saúl Charris de la Hoz es actualmente miembro del Directorio Liberal del Departamento del Atlántico.

l) Cuatro certificados del secretario del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla sobre algunas providencias dictadas por ese Juzgado en el juicio de quiebra de la Arrow Fábrica Colombiana de Productos Elásticos Ltda.

ll) Algunos números del periódido "El Siglo" de Bogotá y "El Nacional" de Barranquilla, que contienen algunas informaciones sobre el juicio civil y penal entre Emilio Loewy y la señora Francisca Steckerl que se ventilan ante las autoridades de Barranquilla; y algunas publicaciones de carácter político del doctor Manjarrés Herrera.

m) Un radiograma dirigido a la señora Francisca Steckerl y firmado por "Emil" en que se le dice que se le quiere expulsar del país.

Se considera:

El cambio de radicación de un proceso penal, de un Distrito Judicial a otro, se funda en motivos de orden público y social. Estriba en la recta administración de justicia para conservar la independencia de los encargados de administrarla; y en la tutela de los derechos que tienen las partes que en el proceso intervienen para la amplia defensa de sus respectivos intereses, mediante la separación de cualquier motivo que racionalmente puede considerarse como elemento perturbador en la tramitación del proceso y en el juzgamiento de los sindicados.

Esta medida de tan excepcional importancia entraña necesariamente el concepto de que los funcionarios que han de intervenir en la formación del sumario y en el juzgamiento de los hechos no han de administrar rectamente justicia, y de ahí que se sustraiga de su conocimiento un proceso que por disposición de la ley les corresponde.

Esto indica que la facultad que la ley otorga a la Corte para conceptuar favorablemente sobre un cambio de radicación de un proceso penal tenga su especial justificación cuando se trata de hechos de excepcional gravedad y que en forma directa o indirecta han sido preparados o consumados bajo el influjo de las pasiones políticas, o bien porque en el lugar donde deba juzgarse a los procesados exista un clima social que pueda influír en los administradores de justicia para que no puedan llenar sus funciones con la imparcialidad y rectitud que la justicia requiere.

De las pruebas traídas a los autos aparece que en realidad de verdad existen motivos de orden social y político que pueden influír para que los funcionarios judiciales de la ciudad de Ba-

rranquilla no puedan obrar con la serenidad e imparcialidad que la justicia exige en el juzgamiento de los sindicados de que trata el proceso cuyo cambio de radicación se solicita.

El hecho mismo de que el Procurador General de la Nación haya intervenido ante el Gobierno para la designación de un investigador especial que iniciara la correspondiente acción penal, dando como razones "la importancia de la posición profesional y política de los abogados sindicados, la circunstancia de ser el doctor Manjarrés Herrera miembro del Congreso y la confusa situación judicial que se ha creado en torno a las diferencias existentes entre la señora Steckerl de Loewy y su marido Emilio Loewy"; el hecho de que el Gobierno se haya visto obligado a enviar a Barranquilla dos jueces de Instrucción Criminal, sucesivamente, y dos Visitadores del Ministerio de Justicia, para el perfeccionamiento de la sumaria, los primeros y para la vigilancia de sus actuaciones, los segundos; el hecho de que uno de esos competentes Visitadores haya encontrado fallas en la investigación y considere oportuno cambiar el Juez por otro de mayor experiencia, dado que el proceso requiere un funcionario de una "sólida preparación jurídica", pues, "el doctor Manjarrés es uno de los abogados más hábiles y prestigiosos de Barranquilla"; el hecho de que el Juez 72 de Instrucción Criminal se queje por las dificultades que han encontrado para el esclarecimiento de los hechos y considere que para una recta administración de justicia es necesario el cambio de radicación del proceso, son motivos que inclinan a esta Sala de la Corte a considerar conveniente tal medida.

En consecuencia, para salvaguardiar los intereses de una recta administración de justicia, en el presente caso, el concepto de la Corte sobre el cambio de radicación del proceso de que se ha venido hablando, debe ser favorable, a fin de que se radique en otro Distrito Judicial donde no exista el menor peligro de que los derechos de la sociedad y los de las partes puedan ser menoscabados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— emite CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación del proceso seguido en el Distrito Judicial de Barranquilla contra los señores Rafaél Manjarrés Herrera, Emilio Loewy, Saúl Charris de la Hoz y otros, por varios delitos de que es denunciante la señora Francisca Steckerl de Loewy, y que ha venido instruyendo el señor Juez 72 de Instrucción Criminal.

Cópiese y devuélvanse las presentes diligencias al Ministerio de Justicia.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO LAS DEMORAS CONFIGURAN INFRACCION PENAL

Se configura el delito de abuso de autoridad consistente en demoras por parte de un funcionario judicial en el despacho de los negocios a su cargo, cuando está demostrado el elemento subjetivo o moral de la infracción, proveniente de negligencia, descuido u omisión del funcionario sindicado, en el cumplimiento de sus deberes, o la intención dolosa de rehusar, hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debía llevar a cabo.

Ninguna responsabilidad, pues, cabe cuando la demora obedeció a factores extraños a la voluntad del procesado, como el exceso de trabajo por el crecido número de negocios que cuando ocurrió la demora se ventilaban en la oficina a su cargo, circunstancia que equivale a un hecho imprevisto, ajeno al control del estatuto represivo y, por lo mismo, extraño a lo que éste tiene como violatorio de sus normas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Sasación Penal.—Bogotá, junio seis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Con fecha trece de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, el Tribunal Superior de Manizales, sobreseyó definitivamente a favor del doctor David Maldonado Escudero, ex-Juez del Circuito en lo Penal de Anserma, sindicado en este proceso por el delito de abuso de autoridad, y consulta esa providencia con la Sala de Casación Penal de la Corte.

Las presentes diligencias ya habían venido a esta Superioridad en consulta del sobreseimiento definitivo, que aquel Tribunal dictó a favor del mencionado doctor Maldonado Escudero, con fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos cincuenta. En esa oportunidad, consideró la Sala después de estudiar el expediente, que no era el caso de confirmar la providencia consultada, revocándola y en su lugar dictó sobreseimiento temporal, ordenando reabrir la investigación con el objeto de que se practicaran algunas pruebas para establecer de manera clara la conducta del sindicado con relación a los cargos que se le imputaban.

El Tribunal Superior de Manizales, en obedecimiento a lo ordenado por la Corte, reabrió la investigación, y comisionó al señor Juez Municipal de Anserma para que practicara las aludidas pruebas y posteriormente, dictó sobreseimiento definitivo, providencia que consulta en la presente ocasión.

Hechos:

El proceso se inició en virtud de disposición emanada del Tribunal Superior de Manizales, quien al confirmar la sentencia declarativa de la prescripción de la acción penal, dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Anserma en el proceso seguido en ese Despacho contra Tobías Arias por el delito de lesiones personales en Víctor E. Bedoya, ordenó sacar copias de lo pertinente para averiguar la responsabilidad que pudieran tener los empleados encargados de su tramitación, por las demoras a que fué sometido el expediente en referencia. En esa ocasión y con fecha cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, decía el mencionado Tribunal lo siguiente: "El mismo día que el señor Juez recibió el negocio, profirió una ampliación, habiéndodo vuelto a recibir el 22 de enero de 1944 (folio 47 v.), habiéndose dejado transcurrir casi cuatro años para que el Juzgado conociente profiriera un nuevo auto (folios 48 y st.). Claro está: en estas condiciones la prescripción tenía que operarse y ésto no habrá de pasarlo desapercibido el Tribunal, para ordenar que se adelante la correspondiente investigación a fin de averiguar la responsabilidad que les pueda caber a los empleados que tuvieren culpa en dichas demoras".

Inicialmente fueron allegadas al expediente las siguientes pruebas:

a) Una diligencia de Inspección Ocular, practicada en asocio de peritos sobre el expediente en el que se observan las demoras, diligencia

que deja claramente establecido que dicho expediente fué recibidó en el Juzgado Penal del Circuito de Anserma, el día veintidos de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro y estuvo sin actuación hasta el día veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete.

b) Las copias de nombramiento y posesión del doctor Maldonado Escudero como Juez Penal del Circuito de Anserma, en el tiempo a que se refiere el proceso. Igualmente aparece la certificación firmada por el Alcalde de dicha ciudad en la que consta que el citado doctor, se encontraba al frente del Juzgado durante ese mismo tiempo.

c) Un informe de la Secretaría del Juzgado Penal del Circuito de Anserma en el que consta el movimiento de trabajo registrado en dicha oficina en los años de 1945, 1946 y 1947.

El sindicado en su indagatoria (folio 22) al ser preguntado sobre los cargos que le aparecen, por haber dejado sin actuación alguna el sumario que en su Juzgado se tramitaba contra Tobías Arias por lesiones personales, durante el lapso comprendido entre el veintidos, de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro y el veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, contestó:

"No sé, pero si ello hubiera ocurrido, en manera alguna cabría responsabilidad de mi parte, cómo quiera que el Juzgado Penal del Circuito de Anserma, compuesto de cinco municipios, en esa fecha, era y es de los más recargados del Departamento. El magnífico rendimiento que dió la oficina durante cerca de cuatro años que estuve al frente de ella puede fácilmente acreditarse con las distintas actas de visita que me fueron suscritas por varios visitadores de la Procuraduría General de la Nación, entre los cuales recuerdo al doctor Arbeláez Arbeláez, y Pedro Pérez Sotomayor. Si hubo demoras en la tramitación de algunos negocios, ello no obedeció a mala fe de mi parte sino a la imposibilidad física de darles tramitación oportuna".

Después del sobreseimiento temporal dictado por esta entidad, con fecha cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta, se practicaron dos nuevas Inspecciones Oculares en el Juzgado Penal del Circuito de Anserma, y se le recibió ampliación de la indagatoria al sindicado doctor Maldonado Escudero.

En dicha providencia la Sala, después de hacer mención de anterior doctrina suya sobre el delito de abuso de autoridad, cuando está constituído por demoras en el despacho de los negocios, dijo:

"Pero es de advertir, que esta doctrina de la Corte debe entenderse en el sentido de que cuando no se estructura legalmente el delito de abuso de autoridad por oponerse un imposible físico proveniente del recargo de negocios, que hace que falte uno de los elementos del delito —negligencia culpable— es necesario que su autor haya despachado los asuntos a su cargo por orden cronológico, pues de otra manera se presentarían situaciones jurídicas como la que se produjo en el caso que se estudia: la prescripción de la acción penal en el proceso seguido contra Tobías Arias y otros. Sólo así, el funcionario a quien se imputen las demoras en los asuntos a su cuidado, se libraría de la responsabilidad por la negligencia, constitutiva del delito contemplado por el artículo 172 del Código Penal".

Más adelante se decía:

"No hay elementos de prueba que permitan sostener que el Juez del Circuito Penal de Anserma, haya procedido en el despacho de los negocios que cursaban en su despacho por orden cronológico o mejor, ajustando sus actuaciones a esta medida de conveniencia para la eficaz administración de justicia. Se acreditó que durante el tiempo que desempeñó el empleo en referencia dió evasión a gran número de asuntos, dando un buen rendimiento de trabajo que pone de manifiesto la diligencia con que actuó en el ejercicio de las funciones de su cargo, pero la investigación no se dirigió a establecer si en sus labores observó aquella conducta precautelativa de los intereses de la justicia. De tal suerte que, no existe un fundamento legal cierto y seguro, para afirmar que en la demora que se imputa al Juez del Circuito Dr. Maldonado Escudero haya procedido con negligencia y en estas condiciones, si bien no existe una base probatoria adecuada para responsabilizarlo por el delito de abuso de autoridad, tampoco se podría sostener que no se ha realizado el hecho punible que dió lugar a la investigación".

Con las diligencias de Inspección Ocular de que se ha hecho mención anteriormente, no se pudo establecer que los negocios despachados por el funcionario sindicado lo hubieran sido en orden cronológico, debido al estado de desorden en que se encontraba el archivo del Juzgado Penal del Circuito de Anserma.

En la segunda indagatoria rendida por el doctor Maldonado Escudero, éste al ser preguntado "por qué prefirió, siendo Juez Penal del Circui-

to de Anserma (Cds.) en el lapso comprendido entre los años de mil novecientos cuarenta y cuatro a mil novecientos cuarena y siete, la decisión de otros negocios a la sustanciación del expediente por el delito de "Las Lesiones Personales" contra Tobías Arias, contesó: "No es que haya preferido la decisión de otros negocios, sino que en una oficina donde cursan quinientos o seiscientos procesos penales y en donde habitualmente existían sesenta y ochenta presos por cuenta del suscrito, es natural y lógico que se traspapelara o dejara de tomarse de los anaqueles un expediente. Eso pudo haber ocurrido con el proceso porque se me averigua. Además la responsabilidad, si la hay, pudo, o mejor puede recaer sobre el secretario que no pasó al Despacho del suscrito el sumario en referencia...".

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, después de hacer una breve historia de la trayectoria del proceso, refiriéndose a la revocatoria del primitivo sobreseimiento definitivo dictado en este negocio, dice:

"En la primera oportunidad, el sobreseimiento revocado por la Corte para que se practicaran unas pruebas tendientes a demostrar si el funcionario inculpado había procedido en el despacho de los negocios que cursaban en su despacho guardando el orden cronológico, es decir "ajustando sus actuaciones a esta medida de conveniencia para la eficaz administración de justicia".

Más adelante afirma:

"Como con las nuevas pruebas tampoco fué posible verificar si el Juzgado a cargo del doctor Maldonado Escudero, había despachado los negocios por "orden cronológico", lo que parece imposible debido al desorden en que se halla el archivo de esa oficina, como también porque en el expediente contra Tobías Arias solamente aparecen las notas de recibo en el Juzgado, según lo anotó el Tribunal Superior de Manizales en auto de diez de noviembre de 1950, debe aceptarse que las demoras investigadas se debieron a la imposibilidad física en que se hallaba el Juzgado para atender oportunamente a la sustanciación de los negocios a su cargo, pero no a negligencia, descuido u omisión voluntarios".

Después de afirmar que el coeficiente de trabajo llevado a cabo por el doctor Maldonado Escudero al frente de su Despacho como Juez Penal del Circuito de Anserma, durante la época de las demoras, fué satisfactorio, termina su vista, solicitando la confirmación del auto consultado.

Se considera:

Según se deja establecido, la competencia de la Corte para conocer de estas diligencias se acreditó debidamente con los documentos que establecen que el procesado en el lapso en que tuvieron ocurrencia las demoras investigadas, ejercía las funciones de Juez Penal del Circuito de Anserma y se hallaba en ejercicio de las funciones de tal cargo.

En relación con la imputabilidad demoras de que aquí se trata, es decir, de las que se observaron en el proceso seguido en el mencionado Juzgado del Circuito en lo Penal contra Tobías Arias por el delito de lesiones personales, la investigación se ha llevado hasta sus últimas consecuencias, con el objeto de determinar si realmente el sindicado es o no responsable de ellas. Las últimas pruebas decretadas con el objeto de establecer si los negocios habían sido despachados por el Juez en referencia, en orden cronológico, no dieron resultado alguno, porque los archivos del precitado Juzgado se encontraban en tal desorden que la diligencia de Inspección Ocular dirigida a acreditar esa circunstancia, fué imposible de practicar.

El Juez de Circuito sindicado, al ser indagado por el cargo que se le hace, manifiesta que si hubo demoras en la tramitación de algunos de los negocios a su cargo, ello no obedeció a negligencia ni mala fe de su parte, sino a la imposibilidad física de dar tramitación oportuna a todos los asuntos, pues el Circuito de Anserma es uno de los más recargados del Disrito Judicial de Manizales y durante el tiempo que estuvo al frente de dicho Circuito dió un magnífico rendimiento de trabajo, como lo acreditan las diligencias de visita que le fueron practicadas por los Visitadores de la Procuraduría General de la Nación.

Al ser preguntado en forma concreta por el cargo que se le hace, dice que no es que haya preferido despachar primero otros negocios con prescindencia del que se adelantaba contra Tobías Arias, sino que en una oficina donde cursan quinientos o seiscientos procesos penales y en donde habitualmente había sesenta u ochenta presos, es fácil que se traspapele o deje de tomarse de los anaqueles un expediente y éso pudo ocurrir en el caso de autos. Agrega que, la

responsabilidad, si la hay, puede recaer sobre el secretario, que no le pasó al despacho el sumario contra aquel sujeto.

Las razones alegadas por el funcionario sindicado en descargo de la imputación que se le hace, han sido reconocidas tanto por el Ministerio Público como por la Sala y desde ese punto de vista, su conducta en el desempeño de las funciones de su cargo no merece objeción. Se le ha hecho el reparo de no haber procedido en el despacho de los procesos en orden cronológico, que hubiera sido el procedimiento adecuado para evitar que los delitos investigados quedaran sin sanción, como ocurrió con las diligencias sumarias contra Tobías Arias. Sin embargo, como ya se ha dicho, la circunstancia anotada no ha podido establecerse y no hay fundamento para sostener, que no hubiera tenido en cuenta esa medida aconsejable para la eficaz administración de justicia, en aquellos casos en que el recargo de trabajo no dá al funcionario tiempo suficiente para despachar todos los asuntos dentro de los términos legales.

En estas circunstancias, forzosamente hay que concluír que en el caso que se estudia, no está demostrado el elemento subjetivo o moral de la infracción, proveniente de negligencia, descuido u omisión del funcionario sindicado en el cumplimiento de sus deberes ni la intención dolosa de rehusar, hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debía llevar a cabo.

Hubo demora en el despacho del negocio en referencia, pero de los elementos probatorios traídos a la sumaria, se deduce que ello obedeció a factores extraños a la voluntad del procesado, como el exceso de trabajo por el crecido número de negocios que por entonces se ventilaban en la Oficina a su cargo, circunstancia que equivale a un hecho imprevisto ajeno al control del estatuto represivo y por lo mismo, extraño a lo que éste tiene como violatorio de sus normas.

En consecuencia, es el caso de confirmar el sobreseimiento definitivo dictado a favor del funcionario sindicado por el cargo de abuso de autoridad y otras infracciones, de que se le sindica en las presentes diligencias.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por auoridad de la ley y acorde con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, CONFIRMA el auto de sobreseimiento definitivo que es materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

REQUISITOS PARA QUE PUEDA CONCEDERSE LA EXTRADICION CUANDO POR FALTAR TRATADO PUBLICO, DEBAN APLICARSE LAS NORMAS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL QUE REGULAN LA MATERIA

Las condiciones que los artículos 708 a 715 del Código de Procedimiento Penal y el Decreto 2200 de 1938 exigen para que la extradición de un condenado pueda concederse, son las siguientes:

a) Que la solicitud se haya hecho por vía diplomática;

b) Que el hecho que la funda (la extradición) esté previsto como delito en Colombia y reprimido con sanción privativa de la liberad no menor de cuatro años; y

c) Que se hayan presentado copias auténticas de la sentencia y de las disposiciones penales aplicadas, con indicación de los actos que determinaron la solicitud, de la fecha y sitio en que se ejecutaron, y de los datos relativos a la identidad y peligrosidad del extraditando.

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

El Ministerio de Justicia ha solicitado de la Sala Penal de la Corte conceptúe sobre la extradición de Angelo La Marca, pedida por la Embajada de Italia.

En atención a que no existe Tratado entre los dos países que regule la materia, han de aplicarse —de conformidad con el art. 9 del estatuto penal— las normas del Código de Procedimiento Penal (arts. 708 a 715 y Decreto 2200 de 1938).

Las condiciones que aquéllas exigen, para que la extradición de un condenado pueda concederse, son las siguientes:

a) Que la solicitud se haya hecho por vía diplomática;

b) Que el hecho que la funda (la extradición) esté previsto como delito en Colombia y reprimido con sanción privativa de la libertad no menor de cuatro años, y

c) Que se hayan presentado copias auténticas de la sentencia y de las disposiciones penales aplicadas, con indicación de los actos que determinaron la solicitud, de la fecha y sitio en que se ejecutaron, y de los datos relativos a la identidad y peligrosidad del extraditando.

Sometida la solicitud de extradición al procedimiento que señala el Parágrafo del art. 15 del ya mencionado Decreto 2200, se dispuso sustanciarla como articulación, y al efecto, luégo que el apoderado del extraditando La Marca hubo tomado posesión, se le dió el correspondiene traslado (por dos días), para que dentro de este término pudiera ejercitar el derecho que el art. 15 del mismo Decreto le confiere.

Como dicho apoderado no objetará la solicitud dentro del tiempo del traslado (dos días), se procede a emitir el concepto pedido, con base en los siguientes documentos:

a) Copia de la sentencia de la Corte de Assise de Aquila (Italia), del 4 de diciembre de 1945 (traducida por el Ministerio de Relaciones Exteriores), por medio de la cual Angelo La Marca fué condenado a la pena de veinticuatro años y medio de reclusión por los delitos de homicidio agravado en la persona de Pedro Tollis, amenaza a mano armada a las personas, porte ilegal de armas y omisión en la denuncia de éstas, cometidos la noche del cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, y

b) Copias de los arts. 575, 610, 613 y 697 del Código Penal Italiano, mediante el primero de los cuales es sancionado con la pena máxima de veintiún años.

Las condiciones requeridas por las normas legales antes señaladas, fueron aquí cumplidas, como a continuación se explica.

En cuanto a los delitos, si el porte ilegal de armas es en la legislación colombiana una contravención y las amenazas a mano armada circunstancias agravantes del homicidio, éste —en cambio— está incluído en el estatuto penal; las copias del fallo y de las disposiciones legales fueron expedidas —de acuerdo con el art. 1º del citado Decreto 2200— en la forma prescrita por la legislación ialiana, y en la sentencia se indican los delitos por los cuales fué La Marca condena-

do, la fecha y sitio en que se ejecutaron y los datos sobre su identidad y peligrosidad.

No obstante que el apoderado del extraditando objetó la solicitud de la Embajada de Italia, desde el punto de vista de la identidad especialmente, y no obstante la imposibilidad legal de atender la petición del citado apoderado por cuanto la presentó cuando ya había transcurrido el tiempo legal, observa la Corte que, previa investigación del Magistrado Ponente, obtuvo la certeza de que los datos del fallo de la Corte italiana son los mismos que La Marca suministró en la indagatoria rendida en el proceso por el homicidio en Teresa Buitrago.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— emite concepto favorable a la extradición de Angelo la Marca solicitada por la Embajada de Italia.

Cópiese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS PARA CONOCER DE UN PROCESO POR UN DELITO COMETIDO EN DISTINTOS LUGARES — COMPETENCIA DE LOS FISCALES DE LOS JUZGADOS SUPERIORES PARA ESTUDIAR Y DECIDIR LO RELACIONADO CON LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE UN DETERMINADO NEGOCIO

1.—Refiriéndose a la norma del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, que señala la competencia para conocer de un delito cometido en lugares distintos, caso diferente al regulado por el artículo 56 (procesos por delitos continuados o crónicos), ha dicho la Corte: "La ley quiere en estas circunstancias que existiendo el hecho de que dos Jueces puedan conocer de un mismo negocio penal en consideración a la naturaleza del acto, cuando quiera que en dos lugares distintos puedan presentarse los acontecimientos que traducen las diferentes fases de un hecho criminal, para obviar las dificultades prácticas que surgirían de los diferentes criterios sobre los momentos ejecutivos del delito, desde que éste surge en la mente del delincuente hasta su consumación plena, realizando así todos los hechos y circunstancias que en cada infracción pueden surgir por consecuencia de las distintas actividades del agente activo, la ley quiere, se repite, obviar esas dificultades dando una norma general para resolverla, norma que señala unos determinados eventos, los que al cumplirse, o bien todos conjuntamente, o bien unos de ellos por separado, otorgan jurisdicción territorial al funcionario en donde tales hechos se hayan consumado.

"De esta manera, todas las dificultades prácticas que pueden presentarse, resultan obviadas en forma tal que se logra el propósito del legislador al buscar, por tales medios, que la acción de la justicia se realice sin que la puedan interferir aquellas dificultades surgidas con ocasión de la determinación del lugar en donde el delito, en sus distintas etapas o fases, pudo producirse".

2.—Si conforme al artículo 1º del Decreto 1231 de 1951, los Fiscales de los Juzgados Superiores conocerán de la instrucción de los sumarios por delitos de la competencia de los Jueces Superiores, "a quienes sustituyen en todas sus atribuciones como funcionarios de instrucción"; y si dichos Jueces "sólo conocerán de los procesos a partir del momento en que el Fiscal se los pase para calificar el mérito del sumario, esta disposición viene a subrogar implícitamente el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto allí se habla de Jueces entre quienes puede haber colisión de competencias, que en lo sucesivo y al tenor del Decreto citado, debe entenderse de Fiscales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

Corresponde a esta Sala de la Corte dirimir de plano la colisión de competencias que ha surgido entre el Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y la Fiscalía del Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en relación con el conocimiento del proceso que por los delitos de abusos deshonestos y corrupción de menores, se adelanta contra Carlos E. Alfonso Hernández.

La competencia de la Corte se desprende de los artículos 42 —ordinal 4º— y 67 del Código de Procedimiento Penal.

A primera vista parece que el señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Bogotá no estuviera facultado para resolver sobre la competencia negativa provocada por el señor Juez Tercero Superior de Bucaramanga, y que fuera el propio Juez de aquel Juzgado el que resolviera sobre el particular, pues, el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal establece que hay

colisión de competencias cuando dos Jueces consideran que a cada uno de ellos exclusivamente le corresponde el conocimiento de un asunto criminal, o cuando se niegan a conocer de él por considerar que no es de la competencia de ninguno de ellos. Pero si se tiene en cuenta que el artículo 1º del Decreto Nº 1231 de 1951 establece expresamente que los Fiscales de los Juzgados Superiores conocerán de la instrucción de los sumarios por delitos de la competencia de los Jueces Superiores, "a quienes sustituyen en todas sus atribuciones como funcionarios de instrucción", y que dichos Jueces "sólo conocerán de los procesos a partir del momento en que el fiscal se los pase para calificar el mérito del sumario". Esta disposición viene a subrogar implícitamente el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal en cuanto allí se habla de Jueces entre quienes puede haber colisión de competencias, que en lo sucesivo y al tenor del Decreto citado debe entenderse de fiscales —cuando de Juzgado Superior se trate— ya que los Jueces Superiores, en negocios de su competencia, sólo conocerán de los procesos a partir del momento en que el Fiscal se los pase para calificar el mérito del sumario. Cuestión ésta que está en armonía con lo dispuesto en el artículo 2º del mismo Decreto Nº 1231 que establece que perfeccionada la investigación penal, "el fiscal la declarará cerrada", providencia ésta inapelable. Por manera que si los Jueces Superiores sólo conocen de los negocios de su competencia cuando le son devueltos por el Fiscal para su calificación y luego de haber sido declarada cerrada —por el Fiscal— la investigación, se llega a la conclusión de que los fiscales son los competentes para estudiar y resolver sobre todo lo relacionado con la competencia, puesto que a dichos funcionarios les corresponde cerrar la investigación, medida que no puede adoptarla sino el funcionario competente para conocer del juicio.

Lo anterior indica que el Fiscal del Juzgado Primero Superior de Bogotá sí podía legalmente resolver sobre el punto de competencia propuesto por el señor Juez Tercero Superior de Bucaramanga.

Sentado lo anterior, se procede a estudiar el incidente suscitado.

Hechos:

El primero de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, la señora Ignacia Alvarado de Sánchez, formuló denuncio criminal, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Málaga, contra Carlos E. Alfonso, manifestando que cuando el sindicado se encontraba prestando sus servicios en dicha población en su calidad de Agente de la Policía Nacional, había iniciado y sostenido una amistad íntima e inexplicable con el menor Héctor Balaguera, hijo de la denunciante, amistad que se traducía en regalos, ya de objetos o de dinero, hasta lograr llevárselo a Bogotá en donde permanecieron por algún tiempo; que luego que su hijo regresó a Málaga, Carlos E. Alfonso también llegó a dicha ciudad, habiendo pernoctado con el menor en el Hotel Oriental, y que luego desaparecieron, obteniendo la información de que habían partido para Bogotá.

El menor Balaguera corroboró lo afirmado por la denunciante, cuando cuenta de su "amistad" con el sindicado Carlos E. Alfonso Hernández, de la iniciación de los hechos que culminaron con los actos homosexuales de que fué sujeto pasivo, pues, cuenta con abundancia de detalles cómo fué víctima del acto carnal homosexual en la ciudad de Bogotá y en el Hotel Oriental de Málaga. Llevaron —sindicado y ofendido— durante largo tiempo una vida íntima, cometiendo toda clase de actos contra la libertad y el honor sexuales, no sólo en la ciudad de Málaga (Santander) donde el sindicado principió a requerir al menor hasta lograr obtener su consentimiento para la práctica de actos sexuales anormales, sino también en la ciudad de Bogotá a donde fué traído el menor por el procesado para los mismos fines delictuosos.

La colisión

Iniciada la investigación en el Juzgado Primero del Circuito Penal de Málaga y luego perfeccionada en el Juzgado Segundo del mismo Circuito a quién correspondió en reparto, fué declarada cerrada por el Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, por auto de 28 de julio de 1949, ordenando pasar el proceso al señor Fiscal para concepto de fondo. Este funcionario, descorrió el traslado solicitando se dictara auto de proceder contra el procesado Alfonso Hernández por los delios de "corrupción de menores y el continuado de abusos deshonestos" de que dá cuenta el proceso.

Devuelto el negocio por el Fiscal, el señor Juez Tercero Superior de Bucaramanga, en providencia de 20 de marzo del año próximo pasado, provoca la competencia negativa al señor Juez Superior de Bogotá, por considerar que "el delito

de corrupción tuvo lugar en el municipio de Bogotá", así como también los abusos deshonestos.

El señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Bogotá, en providencia de 18 de octubre del año próximo pasado, no aceptó las razones dadas por el Juez Tercero Superior de Bucaramanga, por considerar "que en el caso de autos se está frente a la ocurrencia de delitos de manera continuada en las ciudades de Bogotá y Málaga", y que estando demostrado igualmene que el proceso se inició ante el Juez del Circuito Penal de Málaga, es al Juez Tercero Superior de Bucaramanga a quien corresponde conocer de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 56 y 57 del Código de Procedimiento Penal. En tal virtud, y de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 42 del estatuto procedimental, dispuso —por auto de 21 de marzo del año en curso— el envío del proceso a la Corte en donde debe resolverse de plano la colisión.

Ya se dijo al historiar los hechos que aparece comprobado que los delitos por los cuales se sindica a Alfonso Hernández tuvieron ocurrencia en las ciudades de Málaga y Bogotá, pues en estos sitios el procesado ejecutó con el menor actos erótico-sexuales, diversos del acceso carnal homosexual, en un principio, para luego verificar este acto, al parecer en la ciudad de Bogotá.

El caso aquí contemplado, no surge por razón de ser los delitos continuados o crónicos, ni tampoco por haberse consumado en lugar desconocido o en el extranjero. El caso lo contempla la ocurrencia del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, ya que las presuntas infracciones de que se sindica a Alfonso Hernández, por su naturaleza especial, es decir, por haberse ejecutado dentro de dos jurisdicciones distintas, aquella regla permite la decisión de la colisión provocada, puesto que en tal caso, se trata de 'lugares distintos" en cuyo evento, según la disposición legal citada, prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho, y del lugar donde primero se formuló el denuncio, o en que primero se inició la instrucción, y en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado.

Al estudiar el proceso para solucionar la colisión de competencias aquí surgida, se advierte que los eventos antes enunciados han tenido su realización en la ciudad de Málaga que pertenece al Distrito Judicial de Bucaramanga.

Es verdad que por la naturaleza del hecho ambos Jueces son competentes, por cuanto los delitos porque se acusa al sindicado, cuando ellos tuvieron su consumación, están atribuídos por la ley a un Juez Superior. Mas, por razón del territorio en donde los hechos se consumaron, debe conocer del negocio el señor Juez Tercero Superior de Bucaramanga, ya que en la ciudad de Málaga fué donde se formuló el denuncio, se inició la instrucción del sumario hasta su perfeccionamiento, habiéndose dictado la detención preventiva del sindicado, por medio del auto de 29 de noviembre de 1948, pronunciado por el señor Juez Segundo del Circuito Penal de Málaga. Por último el señor Juez Tercero Superior de Bucaramanga declaró cerrada la investigación.

De tal suerte que todos los presupuestos legales que son indispensables para que de conformidad con la ley, un hecho consumado en distintos lugares tenga la jurisdicción del Juez competente, se han cumplido en el presente caso.

"La ley quiere en estas circunstancias —ha dicho la Corte— que existiendo el hecho de que dos Jueces puedan conocer de un mismo negocio penal en consideración a la naturaleza del acto, cuando quiera que en dos lugares distintos puedan presentarse los acontecimientos que traducen las diferentes fases de un hecho criminal, para obviar las dificultades prácticas que surgirían de los diferentes criterios sobre los momentos ejecutivos del delito, desde que éste surge en la mente del delincuente hasta su consumación plena, realizando así todos los hechos y circunstancias que en cada infracción pueden surgir por consecuencia de las distintas actividades del agente activo, la ley quiere, se repite, obviar esas dificultades dando una norma general para resolverla, norma que señala unos determinados eventos, los que al cumplirse, o bien todos conjuntamente, o bien unos de ellos por separado, otorgan jurisdicción territorial al funcionario en donde tales hechos se hayan consumado.

"De esta manera todas las dificultades prácticas que pueden presentarse, resultan obviadas en forma tal que se logra el propósito del legislador al buscar, por tales medios, que la acción de la justicia se realice sin que la puedan interferir aquellas dificultades surgidas con ocasión de la determinación del lugar en donde el delito, en sus distintas etapas o fases, pudo producirse".

Estando, pues, acreditados todos los presupuestos legales que el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal determina en orden a señalar la competencia aquí planteada no puede decidirse sino otorgándole la razón al señor Fis-

cal del Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá y decidiendo en consecuencia que es competente para conocer del proceso seguido contra Carlos E. Alfonso Hernández, por los delitos investigados de que aquí se trata, el señor Juez Tercero Superior del Disrito Judicial de Bucaramanga.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DIRIME la colisión de competencias suscitada entre el señor Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y el señor Fiscal del Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para conocer del proceso contra Carlos E. Alfonso Hernández, por los delitos de abusos deshonestos y corrupción de menores, señalando dicha competencia al Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, a quien debe remitírsele el proceso, dando cuenta previamente al señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Bogotá.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.



CAUSAL SEGUNDA DE CASACION — PROCEDENCIA DE ESTA CAUSAL EN RECURSOS QUE DEBEN DECIDIRSE DE CONFORMIDAD CON LA LEY 3ª DE 1945 — TESTIMONIO EN MATERIA PROCESAL PENAL — SU CRITICA—LA NULIDAD DECLARADA DE UN PROCESO PENAL, AUNQUE LA DECLARACION SE HAGA POR LA CORTE EN VIRTUD DEL RECURSO DE CASACION, POR REGLA GENERAL APROVECHA A TODOS LOS PROCESADOS EN LA ACTUACION QUE ES ANULADA, AUNQUE NO SEAN RECURRENTES — SOLO SE EXCEPTUA EL CASO DEL NO RECURRENTE QUE HAYA SIDO ABSUELTO EN LA SENTENCIA INVALIDADA

1.—Como la Ley 3ª de 1945, Código Penal Militar, que rige para este proceso, consagra como causales que dan lugar a recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares las mismas contenidas en el Código de Procedimiento Penal, y entre ellas está la causal segunda, es menester deducir que puede entrarse en el estudio de esta causal, sin otra argumentación diversa y sin necesidad de hacer distinciones que no son precisas, por resultar el problema marginado de hecho en los textos legales pertinentes.

2.—Una de las consecuencias de la discriminación probatoria que se produce por el examen de la causal segunda, consiste precisamente en establecer si en realidad ha existido en la sentencia impugnada, errada apreciación o interpretación de los hechos o a éstos se les ha atribuído un valor que no tienen. Puede suceder que en la búsqueda de la verdad, que debe ser el objetivo de todo proceso penal, el fallador interprete o aprecie erradamente ciertos hechos y esa circunstancia lo lleve a extraviar su criterio en la decisión que adopte. O bien, habiéndolos valorado sin errar en su apreciación, les haya atribuído una eficacia probatoria, que analizada con distinto o mejor criterio, sin duda no habría podido llegar a producir las consecuencias que se derivaron de esa equivocada manera de juzgarlos.

Surge entonces la necesidad de conocer cuál es esa prueba, sobre qué hechos se sustenta, quiénes la producen, las circunstancias mismas en que fué producida y los factores que determinaron su existencia en el proceso, porque estos elementos son de gran utilidad para desentrañar el verdadero significado probatorio que están en capacidad de procurar en orden a la certeza legal, que el proceso penal debe comportar siempre.

3.—No es tarea siempre sencilla descubrir el vardedero valor de convicción que determinada prueba ofrece. Ello porque en la generalidad de los casos la prueba en el proceso penal es compleja, o lo que es igual, se encuentra diseminada en distintas formas o categorías, cuyo valor probatorio resulta del conjunto de todas. De aquí que la labor del Juez en estas ocurrencias, no puede limitarse a la esquemática enunciación de los elementos de convicción que el proceso aporta, sino que su misión consiste en desentrañar con el mayor cuidado el contenido probatorio de cada una de ellas, la fuerza de convicción o de certeza legal que ofrece la energía con que conduce al establecimiento de una afirmación categórica.

4.—Aceptar que un testigo no merece crédito en sus afirmaciones porque pertenece a un partido político distinto del inculpado sería crear una tacha de parcialidad artificiosa que no corresponde a ningún concepto científico de la manera de apreciar la prueba testifical; sería limitar tanto este elemento probatorio, que la sola enunciación del hecho restaría credibilidad al testigo. Para hacer viable esa impugnación a la imparcialidad del declarante, correspondería en cada caso establecer que obró movido sólo por ese sentimiento y que éste fué el único que determinó su testimonio. Lo que significaría que a quien alega esa

circunstancia, le corresponde probarla, pues no puede presumirse la mala fe, con fundamento solamente en la afirmación que hace quien la formula.

El Código de Procedimiento Penal establece los medios en virtud de los cuales el Juez puede valorar el testimonio con la crítica del mismo, para reconocer o rechazar su credibilidad. Fuera de esta norma, que es el artículo 224 de aquella obra, no puede partirse de meros supuestos, fundados en presunciones acomodaticias para negar imparcialidad al testimonio, porque este procedimiento llegaría a limitar tanto la prueba testifical, que en lugar de operar la presunción de buena fe del declarante, se partiría de su mala fe, para desconocer el valor que para la justicia aporta con sus afirmaciones, lo que constituiría una inversión de los principios que fundamentan la apreciación de los medios probatorios en postulados totalmente distintos.

La pasión política puede ser una causal de parcialidad. Pero es necesario demostrar, para que así se declare, que sólo ese sentimiento determinó al testigo a falsear los hechos. Si apenas ello se afirma por quien presenta la tacha, no puede ésta prosperar, porque ello constituiría un verdadero quebrantamiento de los principios científicos que garantizan la prueba testimonial y señalan la forma de apreciarla para que sea criterio de certeza legal.

5.—No se ve por qué causa resulte nula una diligencia de reconocimiento en rueda de presos cuando se hace dentro del mismo texto de una declaración en la que se acusa a determinada persona como autora de un delito. Esa diligencia no sería precisa si el deponente afirma conocer al agente de la infracción y es capaz de identificarlo con su nombre y apellido. Pero si apenas puede dar la filiación de él, el reconocimiento se impone, no solamente porque así lo manda el artículo 370 del Código Procesal Penal, sino porque no se encontraría otro medio más expedito para lograr la identificación del sindicado. De aquí que el artículo siguiente, 371, señale la forma de practicar dicho reconocimiento, rodeándolo de solemnidades y de formalidades que lo hagan eficaz para el objeto que se propone. Si estas formalidades se cumplen, que son las únicas que lo vuelven válido ante la ley, la circunstancia de hacerse en la misma declaración o en diligencia distinta, es indiferente. Lo fundamental es que no se prescinda de las solemnidades prescritas, porque la falta de éstas sí puede implicar deficiencias graves en el reconocimiento, que lo vician; las circunstancias en que se practica, en manera alguna conducen a idéntica conclusión.

6.—Dentro del orden natural de las cosas, es imposible asignar dañada intención o siquiera merma en la credibilidad del testimonio a dos afirmaciones que no se destruyen mutuamente, lo que las haría grandemente sospechosas, sino que corresponden a dos modos de apreciar el color, no en cuanto al valor cualitativo de éste, v. gr. negro, blanco, sino en la determinación de los matices que pueden existir entre estos mismos, y que necesariamente corresponde a un grado de apreciación del testigo, que no puede implicar desarmonía la divergencia. Otra cosa sería que los declarantes coincidieran en todo, aún en los más insignificantes detalles, porque entonces la misma uniformidad de sus deposiciones crearía la sospecha fundada de que sus afirmaciones no responden a lo que vieron o presenciaron, sino a influencias en sus espíritus, que los determinó a señalar a una persona, porque les fué sugerida esa determinación.

7.—La solidaridad de actividades, así como la de cualquier profesión u oficio, sobre todo cuando une a las personas un vínculo de amistad que las aproxima más en el desempeño de tales actividades y oficios, constituye un estímulo psicológico no despreciable, que en determinadas ocasiones se convierte en un resorte anímico que mueve la voluntad a la ejecución de actos que para el que los realiza corresponden a la creencia de que un deber de compañerismo y de amistad a ello lo empujan.

8.—La Corte ha mantenido la doctrina de que en virtud de la oficiosidad del procedimiento penal, "la justicia no ha de buscar solamente pruebas de cargo contra el acusado, sino también las que puedan favorecerlo, puesto que en el juicio penal, a diferencia del civil, no se debaten meros intereses de particulares, sino que se trata de servir el más elevado interés público, que es el de administrar justicia, y por ese me-

dio defender a la sociedad, pero dando, al propio tiempo, seguridad y protección al procesado, que puede ser inocente y que en todo caso, no ha de ser penado por rigor desproporcionado a su culpabilidad".

Dentro del sumario, el investigador está obligado a verificar con igual celo las citas que en su favor haga el sindicado, y desde luego, a practicar todas las pruebas o diligencias que puedan resultar conducentes a establecer su irresponsabilidad en los hechos que se le atribuyen (art. 295 del C. de P. P.). En todo caso, en esta etapa del proceso es pertinente y necesario allegar no sólo la prueba de cargo, sino también la de descargo, sin que el procesado tenga obligación alguna de producir esta prueba, ya que basta sugerirla, para que la justicia la busque y reciba, a fin de que opere en su favor, si en realidad es favorable a sus pretensiones.

9.—Como lo dijo la Corte, en sentencia de 4 de julio de 1941: "No sería lógico ni conforme con el principio de la igualdad ante la ley, y por lo mismo, repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor, se considere como tal, para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según los autos, en concurso recíproco y sin mediar ningún hecho o circunstancia diferencial que sustraiga a uno de los acusados de la imputación común. La jurisdicción viene a ser también indivisible en casos como éste, así para la Corte como para los juzgadores de instancia.

"Otra cosa sería que el fallo fuese absolutorio respecto del reo no recurrente, pues entonces se interpondría una razón elemental de justicia, consagrada por la jurisprudencia de la Corte, como es la de que en casaciones promovidas por los reos, no debe empeorarse su situación. Sobra decir que menos podría modificarse la del reo que fué absuelto" (G. J., Tomo LI, ns. 1973-74, pág. 648).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

La Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, en sentencia de doce de abril de mil novecientos cincuenta y uno, condenó, entre otros, a Alfredo Pomar Lozano a la pena principal de veintiún años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y asonada, cometidos el diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en la población de Natagaima (Tolima).

Contra dicha sentencia interpuso el procesado Pomar Lozano el recurso de casación, concedido el cual por la entidad falladora y surtida en la Corte la tramitación correspondiente, es el caso de decidir.

El apoderado del recurrente presentó con oportunidad la demanda respectiva. En traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal, este funcionario, en extenso escrito, la contestó solicitando a la Corte que case el fallo recurrido, por prosperar la causal cuarta alegada y en su lugar declare nula la actuación, ordenando reponer el procedimiento.

Se estudiarán en seguida las tesis de la demanda, en la que plantea la casación por las causales primera, segunda, tercera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Siguiendo el orden lógico de la Procuraduría, la Sala comenzará el examen del fallo acusado con el estudio de la **causal segunda.**

Se hace consistir esta causal en la errada interpretación y apreciación de los hechos.

La Corte tiene resuelto en variados fallos que tal causal no es de recibo cuando se trata de negocios de que conoce el Jurado. La amplísima facultad de que gozan los jueces de conciencia implica que su decisión no debe estar sometida en cuanto a la valoración de los elementos probatorios a tribunal distinto, porque entonces haría nugatorio el fallo así producido; y porque, además, la ley procedimental vigente no instituyó como causal de casación la injusticia notoria del veredicto y de prosperar el recurso con base en la causal segunda, la consecuencia práctica no podría ser otra que la invalidación de la sentencia por ese concepto, que no corresponde al recurso extraordinario, sino que es privativo de las instancias, en las cuales hay la oportunidad de entrar al estudio minucioso de la prueba y posibilidad de llegar a la declaratoria de la contraevidencia del veredicto.

Tratándose, como se trata en este proceso, de un negocio fallado por un Consejo de Guerra,

todavía serían viables las razones que marginan a la Corte de entrar en el estudio de la causal segunda, no empece a la argumentación de la parte recurrente y el Procurador Delegado han hecho en este negocio y en otros de la misma índole sobre el carácter sui-generis de tales tribunales, que por su peculiar forma de actuar deciden a la vez en conciencia y en derecho, teniendo en consecuencia calidades que los distinguen del Jurado y por lo mismo lo decidido respecto de éstos no puede comprenderlos.

No es el caso de entrar de nuevo en el estudio de esta controversia, porque ya tiene admitido la Sala que en virtud del Decreto-ley Nº 1197, del 29 de mayo de 1951, el recurso de casación, y aún el de revisión, se hizo extensivo a todos aquellos procesos de que hubiesen conocido los Consejos Varbales de Guerra y a las sentencias que al tiempo de pronunciarse, la legislación vigente no consagraba tales recursos, ni éstos habían sido objeto de nulidad.

Ahora bien, como la ley 3ª de 1945, Código de Justicia Penal Militar, que rige para este proceso, consagra como causales que dan lugar a recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares las mismas contenidas en el Código de Procedimiento Penal, y entre ellas está la causal segunda, es menester deducir que puede entrarse en el estudio de esta causal, sin otra argumentación diversa y sin necesidad de hacer distinciones que no son precisas, por resultar el problema marginado de hecho en los textos legales pertinentes.

Los motivos de impugnación del fallo de la Jefatura General de las Fuerzas Militares los hace consistir el demandante en los siguientes argumentos, que se toman de la afortunada síntesis del concepto del colaborador, en orden a la causal segunda:

1º—El Juez de Instrucción Criminal, a cuyo cargo estuvo la investigación de los hechos que dieron origen al proceso, al definir la situación jurídica de algunos de los sindicados en ellos, expresó que las pruebas de cargo podían estar influídas por la pasión política, determinando desecharlas en relación con la responsabilidad de Alirio Navarro, Rafaél Hernández y Luis Nenstiel García (fs. 123). Igual criterio debió adoptar para el examen y valoración de los testimonios de aquellas otras personas "que hicieron acusaciones directas en el curso del proceso". Proceder de otra manera "sería tanto como emplear un aberrante propósito discriminatorio de las clases sociales, para hallar justos y veraces los testimonios falsos dados contra un trabajador miserable, cuando a la vez testimonios de la misma naturaleza se han juzgado inválidos para acusar a caballeros de mayor distinción".

2º—El reconocimiento en rueda de presos que la testigo María Ester Salazar hizo del procesado, es nulo, "tanto por la manera como se quiso inculpar a Pomar Lozano, como por el procedimiento empleado, ya que un reconocimiento es diligencia separada a la del testimonio y no pueden ellas involucrarse sin hacerlas nulas".

3º—La discrepancia sobre la filiación del sujeto que causó las heridas mortales a Octavio Useche, entre las declaraciones de María Ester Salazar y la de su hermana Juana.

4º—Al tenor de los testimonios de Dionisia Useche y Flora Silvestre de González, la filiación de Pomar Lozano no corresponde a la del homicida de Octavio Useche, dada la edad que señalan las exponentes, pues ellas incriminan a un muchacho de unos veintidos años, según la primera, o de doce, según la segunda, mientras que el acusado "es hombre de edad más que madura".

El delito

Para una mejor comprensión de los motivos de impugnación alegados, resulta útil un breve recuento de los hechos.

A eso de las cuatro de la tarde del diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en la población de Natagaima, en el Departamento del Tolima, se presentó un disgusto personal entre Vicente Parra y otro individuo, que según afirma Abundio Sánchez, fué Octavio Useche, el mismo que poco después fuera mortalmente herido dentro de un coche del ferrocarril en la estación de la población mencionada.

Varios agentes de la policía intervinieron en el caso, y bien sea porque como algunos afirman, Parra los injuriara, o porque en realidad tratara de desarmar a Julio Vicente Castellanos, uno de los agentes, lo cierto es que éste disparó contra aquél su fusil, causándole la muerte.

Tal ocurrencia dió ocasión a que las gentes reunidas con motivo del mercado público en la población antes citada, comenzaran una violenta protesta contra la policía y los miembros de un determinado partido político. No faltaron los exaltados que invitaran a la multitud a vengar la muerte de Parra, armándose para atacar el cuartel de la Policía y agredir a los miembros del partido político que junto con los elementos de

aquella institución era objeto de las iras populares.

Mientras tales hechos ocurrían, el tren que se dirigía de Girardot a Neiva, llegaba a la estación de Natagaima. Para impedir que se aproximara a la estación, los amotinados colocaron obstáculos en la carrilera con tal propósito.

La furia popular llegaba a su máxima exaltación a eso de las seis de la tarde y fué entonces cuando se dió comienzo a una violenta pedrea contra el convoy del ferrocarril, al mismo tiempo que se iniciaban acciones de hecho contra las personas, llegándose hasta golpear a algunas con planazos. Ante esta acometida, Octavio Useche, que había sido ya golpeado al intentar buscar refugio en un carro del ferrocarril, al fin logró penetrar y huyendo de la persecusión multitudinaria consiguió esconderse debajo de uno de los asientos del coche, con tal mala fortuna que fué descubierto por uno de sus perseguidores, quien lo acometió con peinilla causándole algunas heridas con la punta del arma, que le ocasionaron la muerte horas después.

El pasajero Justo Díaz se bajó del tren y emprendió la fuga; un grupo lo persiguió y le dió muerte por decapitación.

Al procesado Alfredo Pomar Lozano se le imputó el homicidio de Useche, a la vez que el delito de asonada.

Los cargos de la demanda, con base en la causal segunda, se dirigen a impugnar la prueba que sirvió de fundamento a la responsabilidad de Pomar Lozano deducida por el Consejo de Guerra Verbal que lo juzgó por los trámites instituídos por la ley 3ª de 1945, de Justicia Penal Militar y de conformidad con la forma sumaria que rige para esa clase de juicios.

El proceso

Como quiera que la actuación procesal tiene indudable repercusión en las tesis de la demanda, no sobra hacer un breve recuento de sus distintas incidencias.

El 23 de marzo de 1950, el Juzgado Superior Militar conceptuó que había mérito para convocar Consejo Verbal de Guerra que definiera la responsabilidad del procesado Pomar Lozano, por los delitos de homicidio y asonada (fs. 133 a 139).

El 11 de mayo siguiente el Consejo de Guerra Verbal, reunido para juzgar a los procesados, condenó a Pomar Lozano a la pena principal de diez y ocho años de presidio, como autor de la muerte de Octavio Useche y partícipe de la asonada, de conformidad con los artículos 362 y 363 del Código Penal, en cuanto al delito de homicidio y al artículo 183 de la ley 3ª de 1945, en relación con la asonada, de acuerdo con el veredicto que entonces profirió el Jurado, formulado sobre un cuestionario que responsabilizaba también a Pomar Lozano como autor de la muerte de Justo Díaz (fs. 154 a 157).

Revisada esta providencia en segunda instancia por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, con fecha 7 de octubre de 1950, resolvió declarar contrario a la evidencia de los hechos el veredicto que afirmó la responsabilidad del procesado por la muerte de Justo Díaz, considerando que en ninguna parte del proceso se había atribuído a Pomar Lozano participación en la muerte de Díaz y por tanto en el cuestionario no se debió hacer mención ninguna de un hecho en que no aparece comprometido Pomar Lozano, lo que implica la contraevidencia del veredicto que involucró los dos homicidios, siendo así que apenas le era atribuíble el de Useche, de acuerdo con las pruebas del informativo (fs. 182 a 190).

De esta suerte se dispuso la convocatoria de un nuevo Consejo Verbal de Guerra, el que reunido (fs. 209) condenó a Pomar Lozano a la pena de doce años de presidio por la muerte de Octavio Useche, y situándolo para efectos de la sanción como partícipe de la asonada, estimando que ésta fué causa media para el homicidio y que "por tanto, como delito intermedio no es pertinente su acumulación para los efectos de la pena, operando solamente la medida penal fijada para el homicidio" (fs. 209 a 214).

Nuevamente conoció del proceso la Jefatura del Estado Mayor General, en revisión de la sentencia y con fecha 12 de abril de 1951, reformó el fallo de primer grado, aumentando la penalidad impuesta al procesado a veintiún años de presidio, considerando el homicidio consumado en la persona de Useche como cumplido en las circunstancias del artículo 363 del Código Penal y sin descartar la concurrencia material por el delito de asonada, en virtud del cual aumentó la sanción en un año (fs. 232 a 243).

Examen de la causal segunda

Antes de entrar en las tesis de la demanda, referentes a los distintos aspectos que plantea para sustentar la causal en estudio, precisa hacer el recuento de la prueba que compromete la responsabilidad de Pomar Lozano y que fué sin duda la

que los vocales del Tribunal Militar tomaran en consideración para declararlo culpable del homicidio que se le imputó en la persona de Useche.

Una de las consecuencias de la discriminación probatoria que se produce por el examen de la causal segunda consiste precisamente en establecer si en realidad ha existido en la sentencia impugnada errada apreciación o interpretación de los hechos o a éstos se les haya atribuído un valor que no tienen. Puede suceder que en la búsqueda de la verdad, que debe ser el objetivo de todo proceso penal, el fallador interprete o aprecie erradamente ciertos hechos y esa circunstancia lo lleve a extraviar su criterio en la decisión que adopte. O bien, habiéndolos valorado sin errar en su apreciación, se les haya atribuído una eficacia probatoria, que analizada con distinto o mejor criterio, sin duda no habría podido llegar a producir las consecuencias que se derivaron de esa equivocada manera de juzgarlos.

Surge entonces la necesidad de conocer cuál es esa prueba, sobre qué hechos se sustenta, quiénes la producen, las circunstancias mismas en que fué producida y los factores que determinaron su existencia en el proceso, porque estos elementos son de gran utilidad para desentrañar el verdadero significado probatorio que están en capacidad de procurar en orden a la certeza legal que el proceso penal debe comportar siempre.

Existen en el caso dos formas de prueba, constituídas la una por los testimonios de aquellas personas que tuvieron percepción directa de los hechos y por tanto estuvieron en capacidad de presenciarlos en sus detalles más importantes; la otra, constituída por las exposiciones de quienes si bien no observaron el hecho mismo, sí presenciaron sucesos colaterales que de modo indirecto llevan a señalar a una persona determinada como el protagonista principal en la muerte de Useche. Todos esos elementos probatorios, completos o directos, incompletos o imperfectos, tomados en su conjunto y analizados en forma global como corresponde a la valoración de la prueba en el proceso penal, conducen a integrar la verdad y a desentrañar el contenido mismo de la certeza para formar la convicción que lleve a demostrar la responsabilidad de quien se sindica como autor del hecho.

En efecto, no es tarea siempre sencilla descubir el verdadero valor de convicción que determinada prueba ofrece. Ello porque en la generalidad de los casos la prueba en el proceso penal es compleja, o lo que es igual, se encuentra diseminada en distintas formas o categorías, cuyo valor probatorio resulta del conjunto de todas. De aquí que la labor del Juez en esas ocurrencias no puede limitarse a la esquemática enunciación de los elementos de convicción que el proceso aporta, sino que su misión consiste en desentrañar con el mayor cuidado el contenido probatorio de cada una de ellas; la fuerza de convicción o de certeza legal que ofrece y la energía con que conduce al establecimiento de una afirmación categórica.

Estudiado con este criterio el proceso, precisa destacar primero la prueba directa que compromete a Pomar Lozano en la muerte de Useche.

Está constituída por las declaraciones de María Ester y Juana Salazar. Sus voces conviene oirlas con la transcripción íntegra de sus testimonios, porque es la mejor manera de apreciar sus afirmaciones.

Declara María Ester:

"El domingo diez y ocho del presente vine a esta población procedente de 'Velu' a hacer el mercado y luego por la tarde me dispuse a tomar el tren para regresarme a mi casa, bajándome en el paradero de 'Velu' en estación me demoré esperando el tren y sentí unos disparos antes de llegar a éste, como yo no supe de que se trataba no le presté mayor atención, pues a otro rato llegó el tren y me dispuse a tomarlo, teniendo que bajar bastante trayecto pues el tren no lo dejaron arrimar al estación, me subí a un coche de los de tercera y me senté en un asiento, recuerdo que allí se encontraba también Leovigildo Díaz y Dionisia Useche, lo mismo que mi hermana Juana Salazar, yo había quedado al lado izquierdo del coche es decir al lado del pastal, no al lado del estación, haría una media hora que estaba yo sentada, cuando vi que Octavio Useche, vecino de Velu, se disponía a tomar el tren y venía seguido de un grupo de individuos, quienes votaban piedras sobre el coche, en seguida vi que Octavio se subió al estribo del coche donde yo me encontraba y a continuación un sujeto de los del grupo se dispuso también a subir al coche como a seguir a Octavio, el coche estaba lleno de gente, lo que dió lugar a Octavio a perdérsele de vista a quien lo seguía y le dió tiempo a recorrer el trayecto del vagón o coche y luego ya casi al terminar o llegar a la otra puerta del otro extremo de donde había entrado, se metió debajo de una de las bancas o asientos del coche, la gente que había dentro al ver el hombre con peinilla desnuda le dió miedo y empe-

zaron a votarse por las ventanillas del coche, otros se salieron por la puerta que estaba libre y al fin no quedé sino yo cuidando el mercado y sentada en mi puesto, el sujeto que venía siguiendo a Octavio era un individuo más bien de regular estatura, no alto ni bajo, blanco, sin saco, no recuerdo el color de los pantalones ni de la camisa, con el sombrero de color gris oscuro, no me di cuenta si estaba calzado, pero su aspecto era más bien de jornalero que de gente decente, cuando dicho sujeto entró al carro estaba entre oscuro y claro, serían las seis o seis y media de la tarde, pues no habían puesto la luz en el hospital del ferrocarril ni en los coches del tren y en seguida que me vió a mí se me dirigió preguntándome que qué se había hecho el individuo que había entrado a ese vagón, yo le contesté que había salido para afuera, pero en seguida se dió cuenta que Octavio estaba escondido debajo de un asiento del coche y en seguida se le fué encima con la peinilla desnuda que llevaba y con ella le tiró tres puntazos duro y luego se salió para afuera, Octavio no pronunció palabra ni un ay ni un grito se quedó callado como si hubiera estado muerto; yo al ver ésto me salí del coche aterrada de lo que había visto, el herido quedó ahí en el mismo lugar, yo me metí al hospital del ferrocarril a esconderme y a pasar el susto y ahí me demoré hasta que el tren partió del estación para continuar la marcha que fué a las nueve pasadas de la noche. A la media hora de ésta ví un grupo de cuatro llevando a Octavio gravemente herido, pues de esas lesiones murió a los dos días después. Advierto que el grupo que ví yo que venían siguiendo a Octavio no subió sino el que lo hirió al coche..." (fs. 33).

Juana, por su parte declara:

"El domingo 18 del presente —diciembre de 1949— encontrándome en la estación del ferrocarril de esta población esperando el tren procedente de Girardot que pasa para Neiva, y como es mi costumbre viajo siempre en el tren para desmontarme en el punto denominado Viso de Velu para luego llegar a mi casa ubicada en la fracción Velu de esta jurisdicción, como a eso de las cuatro de la tarde nosotras yo y mi hermana María Ester Salazar nos encontrábamos en frente al edificio de la estación debajo de un arbolito que hay, ya habían dado el toque o campanazo de salida del tren de la última estación cuando de pronto oímos un disparo y vimos que la gente corría para todas partes, y decían que habían matado uno pero no decían el nombre del muerto; nosotras corrimos hacia abajo para el lado del hospital de la Empresa, a esperar la llegada del tren, pues decían que ya venía y en realidad otro momentico llegó entrándonos inmediatamente a uno de los coches de tercera, estando ahí sentadas cuando sentimos fué un apedreo pero no me dí cuenta quienes serían los autores por el motivo que me daba miedo salir a asomarme a la ventanilla que no fuera y me cayera una piedra y me escalabrara, como tenía una niña de unos siete años de edad y lloraba tanto, yo no hallando qué hacer me acerqué a la puerta de salida la de abajo, estando allí parada cuando entró Octavio Useche que venía de huida de un grupo de gente que lo perseguía pasando por cerca de mí y cruzando como para el extremo del coche, pero no supe qué se hizo, luego entró un hombre de los que venían persiguiéndolo, de regular estatura, de pantalón y camisa blanca, con sombrero, de color moreno pálido, no me fijé qué clase de calzado llevaba, el empaque del individuo era como de trabajador, el vestido lo tenía como sucio, éste llevaba una peinilla en la mano, y preguntó que qué se había hecho uno que había pasado por donde yo me encontraba, contestándole yo que no había sabido qué se había hecho, en este momento una voz le dijo: 'aquí está', e inmediatamente se devolvió el individuo y nos dijo que era que nosotras lo teníamos ensulpado, (sic) entró de nuevo al coche y corrió a donde se encontraba Octavio debajo de uno de los bancos del coche y en seguida le metió la peinilla que llevaba en la mano y chuzándolo, pero como inmediatamente me salí por el terror que me dió de ver matar al otro sin ningún motivo no supe qué más hubo o pudo suceder en el coche. Inmediatamente que me bajé del carro me fuí para el hospital hasta cuando avisaron que ya iba a salir el tren y estando allí vimos cuando unos hombres llevaban a Octavio hacia el lado del hospital, pues iba herido, pero no tuvimos modo de ir a verlo si eran graves o leves las heridas..." (fs. 46).

En nueva declaración ampliatoria esta misma mujer dice lo siguiente:

"**Preguntada:** ¿Sírvase decirnos si el día diez y ocho de diciembre último pasado, antes de los hechos que relató en su primera declaración, vió a Octavio Useche, en caso afirmativo si éste se hallaba bueno y sano, es decir no presentaba ninguna herida o contusión y si posteriormente de los hechos lo vió y en caso afirmativo si estaba herido? **Contestó:** Sí señor, el día diez y ocho de diciembre último, ví a Octavio Useche en el mercado en las horas del medio día y pude ver

que éste se hallaba en completo estado de salud y no presentaba ninguna herida o contusión y luego que se sucedió el incidente, es decir el ataque por parte de Alfredo Pomar dentro del carro del ferrocarril que lo cogió a puntazos con la peinilla entonces lo ví herido debajo de una de las bancas del mismo vagón del tren. **Preguntada:** Sírvase decirnos si vió que otra persona distinta de Alfredo Pomar atacara a Octavio Useche, o si por el contrario éste fué el único que lo hirió dentro del vagón del tren con peinilla? **Contestó:** Si señor el único que hirió gravemente a Octavio Useche fué Alfredo Pomar... **Preguntada:** ¿Sírvase decirnos si usted está dispuesta a sostenerle a Alfredo Pomar los cargos que le ha hecho en sus respectivas declaraciones como el autor de las heridas que posteriormente le causaron la muerte a Octavio Useche? **Contestó:** Sí señor le sostengo mis afirmaciones por ser ciertas y por haberlas presenciado..." (fs. 56).

Interrogada también nuevamente María Ester en ampliación de su primer testimonio, al tiempo que como Juana declara sobre la presanidad de Useche, según se deja transcrito, su dicho esta vez resulta de gran importancia destacarlo porque indica la manera como se produjo el reconocimieno de Pomar Lozano, uno de los hechos que en forma especial ataca la demanda.

Dice:

¿"Sírvase decirnos si usted puede reconocer al sujeto al cual se refirió en su primera declaración como el autor material de las heridas causadas a Octavio Useche en rueda de presos? **Contestó:** Sí señor yo al verlo lo puedo reconocer. En este estado el suscrito Juez en asocio de su Secretario y acompañado por la declarante María Ester Salazar, se trasladó a la Cárcel Municipal con el objeto de practicar el reconocimiento del sindicado Alfredo Pomar, por parte de la testigo. Una vez en el lugar mencionado, se hizo formar una rueda de veintiocho presos, en la cual se hallaba el sindicado Alfredo Pomar y acto seguido se hizo entrar al patio de la Cárcel a la testigo Salazar y el suscrito Juez por ante su Secretario le recibió juramento, previas las imposiciones de rigor y por la gravedad de esta promesa, ofreció decir verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en el reconocimiento que iba a hacer. En seguida el suscrito Juez preguntó a la testigo Salazar: ¿Sírvase decirnos la testigo Salazar si en la rueda de presos que tiene a la vista, se halla el sujeto o individuo al cual increpó en su declaración? **Contestó:** Sí señor éste es el sujeto, y, acercándose a la rueda señaló al individuo que ocupaba el tercer lugar de izquiera a derecha de dicha rueda de presos. Al preguntársele por su nombre y que diera un paso hacia adelante, manifestó que su nombre respondía a Alfredo Pomar.... **Preguntada la testigo:** ¿Sírvase decirnos si usted puede sostener los cargos hechos tanto en su primera declaración como en ésta al sindicado Alfredo Pomar en una diligencia de careo? **Contestó:** Sí señor le sostengo los cargos por ser ciertos y haberlos presenciado..." (fs. 56 vto).

Por su parte la testigo Juana Salazar también reconoció a Pomar Lozano como el sujeto a quien se refiere en su declaración. Esta diligencia se encuentra a fs. 47 y dice así:

"'Hoy treinta de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, siendo las once y cuarenta y cinco minutos del día, el suscrito Alcalde Municipal de Natagaima, en asocio de su secretario y de la testigo Juana Salazar, se trasladó al interior de la Cárcel Municipal, donde se hallan detenidos los sindicados que figuran en este proceso. A la testigo se le ilustró del objeto de la diligencia y se le recibió juramento previa imposición del artículo 191 del Código Penal, y con el lleno de las formalidades indicadas en los artículos 147 y 148 del Código de Procedimiento Penal, bajo cuya gravedad, prometió decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir, lo que supiere y le fuere preguntado. Formando un grupo de presos en número mayor de catorce, entre los cuales se colocaron los individuos que aparecen sindicados en esta investigación, el señor Alcalde puso delante de ellos a la testigo Juana Salazar y preguntó a ésta si en esa rueda o grupo de presos que tenía a la vista se hallaba aquella persona a la que se refiere en su exposición de fecha de hoy como el individuo que la tarde del domingo diez y ocho del presente hubiera entrado al coche del ferrocarril que permanecía estacionado adelante del estación en esta población y con una peinilla desnuda chuzara por repetidas veces a Octavio Useche que se encontraba debajo de un asiento del coche de huída de su perseguidor, ocasionándole heridas graves de cuyas consecuencias murió más tarde? La testigo luego que examinó detenidamente uno a uno los individuos que formaban la rueda de presos, manifestó que entre las personas que tenía de presente se encontraba la persona que había mencionado en su declaración de hoy como la autora de las lesiones recibidas por Octavio Useche, y como se le exigiera que lo mostrara tocándolo con el dedo, la testigo señaló a un sujeto que al preguntarle

por su nombre y apellido dijo llamarse **Alfredo Pomar".**

En el careo que la misma Juana sostuvo con el procesado, se reafirmó con energía en los cargos que le formula a Pomar Lozano. Como quiera que esta diligencia contiene muchos puntos que la demanda impugna, conviene por vía de ilustración transcribir sus partes fundamentales, que dicen a fs. 59 vto.:

"Preguntado el mismo sindicado (Pomar Lozano) Por el Juez: ¿Cómo se explica usted que tanto la testigo Juana Salazar, como María Ester Salazar estén acordes en sus respectivas exposiciones y hayan manifestado bajo la gravedad del juramento que usted fué la persona que le dió de puñaladas a Octavio Useche y asímismo en diligencia en rueda de presos ambas señoras sin haberlo visto desde la fecha de los sucesos lo hayan reconocido en rueda de presos? **Contestó:** Sí me reconoció en rueda de presos y el secretario le dijo que me reconociera y ella me señaló temblando todita me señaló a mí y no le tomaron el juramento. No es más. No me explico por qué me hayan hecho ese cargo tal vez será porque soy liberal. **Preguntada la testigo Juana Salazar por el Juez:** ¿Qué responde usted al dicho en su presencia por el sindicado Pomar y si tiene alguna pregunta u observación qué hacerle a éste? **Contestó:** Yo le hago el cargo porque yo lo vide. Que el señor Pomar se acercó al lugar que le señalaron donde se encontraba escondido Useche y era debajo de un asiento. No tengo más qué decirle. **Preguntado el sindicado Pomar por el Juez:** Qué responde usted a la afirmación que la testigo Salazar le hace en su presencia? **Contestó:** Que éso es falso porque yo me encontraba enfermo...".

Hasta aquí la prueba directa que aporta el informativo.

La indirecta la constituyen las declaraciones de Aparicio Romero (fs. 37 vto.), Solano Useche (fs. 38 vto.), Zoila María Useche (fs. 44), Abundio Sánchez (fs. 44 vto.) y Daniel Alberto Rojas (fs. 121).

Dicen los testigos:

Aparicio Romero.—"El domingo 18 del presente (diciembre de 1949) como es mi costumbre o costumbre de todo campesino me encontraba en esta población haciendo el mercado para la semana, y como a eso de las cuatro de la tarde me fuí para la estación del ferrocarril en esta población con el fin de coger el tren para irme para la fracción de 'Velu', vereda de mi residencia donde tengo mi casa de habitación, cuando de pronto oí unos disparos hacia la parte sur de la estación y en seguida se oyó el alarma de que un policía había dado muerte a un ciudadano de nombre Vicente Parra, formándose luego tumultos de gentes que protestaban por la muerte de aquel individuo, entre los revoltosos ví a Alirio Navarro Z. que decía que todos los liberales a tomar las armas para vengar la sangre de Parra, otro momento llegó el tren y en seguida me subí a él y no me dí cuenta quienes serían los que le pusieron los polines al tren, como a las seis de la tarde más o menos empezó la chusma a llegar con peinillas y toda clase de armas y comenzaron a apedrear el tren, viendo a Alfredo Pomar que llevaba peinilla desnuda en la mano y diciendo que todo el que fuera liberal que se saliera del tren. Yo viendo la amenaza que la chusma nos hacía me bajé del tren y salí en retirada hacia abajo cogiendo en dirección a Tamirco en compañía de Solano, Useche, Abundio Sánchez y Adán Useche por tal motivo no me dí cuenta de más nada... Como dije antes yo me retiré de la estación a las seis y media de la tarde por lo cual no me dí cuenta quienes hubieren dado muerte a Justo Díaz e hirieren a Octavio Useche...".

Solano Useche.—"Me encontraba en la estación del ferrocarril de esta población con el fin de tomar el tren para Velu, estando allí como a eso de las cuatro más o menos, oí un disparo pero no supe de qué parte, inmediatamente toda la gente que se enconraba allí empezó a decir que la policía había matado a un hombre... luego bajó Alfredo Pomar con una peinilla desnuda en la mano diciendo que todo el que fuera liberal se de bajara del tren y bajando como a la dirección del primer coche de primera, volviendo a subir con dos piedras en las manos, cogiendo la peinilla debajo del brazo, subiendo de donde nos encontrábamos nosotros como a unos diez metros y le tiró las piedras que llevaba a uno de los coches, y cogiendo la peinilla en la mano se le fué encima al grupo de gente que se encontraba en los estribos del coche donde botó las pedradas; en ese momento y viendo nuestras vidas amenazadas les insinué a mis compañeros que era mejor salirnos del tren...".

Zoila María Useche.—"...estaban en ésto cuan-

do llegó también del lado del estación Alfredo Pomar, quien traía en la mano una peinilla encubiertada, sin decir nada desenvainó la peinilla y dirigiéndose a Octavio (Useche) le dijo adentro 'hijo de puta' y con la peinilla le mandó un planazo que se lo asestó en la espalda, porque Pomar se había colocado detrás de Octavio. Al sentir Octavio el planazo que lo botó al suelo se apresuró a subirse al coche pero de barriga, pues no le dió tiempo de pararse, porque así se subió a la plataforma y al ir entrando por la puerta al coche Pomar le tiró un segundo planazo y lo siguió, Octavio siguió para adentro en cuatro pies y Alfredo Pomar siguió detrás de él entró al coche y cerró la puerta por dentro siempre con la peinilla en la mano; en ese momento no supe qué más pasaría porque a mi me dió miedo... lo que estaba ocurriendo era para infundir pavor a cualquiera, me bajé de aquel coche y me dirigí a buscar otro carro...".

Abundio Sánchez. — "...El domingo diez y ocho de los corrientes tomé el tren que llegó a las cuatro y media de la tarde rumbo a Neiva; tuve que subirme a un coche de tercera frente a la Clínica del Ferrocarril, porque no arrimó al estación debido a que allí existía un estado... a causa de que la policía había matado momentos antes al señor Vicente Parra, de ésto apenas me dí cuenta que Parra y Octavio Useche disgustaron cerca al estación, se agarraron a puños y yo intenté separarlos pero no pude... mientras tanto grupos de individuos se dirigieron a los coches del tren, en este momento ví a Alfredo Pomar armado de una peinilla y tirando piedras a los coches...".

Daniel Alberto Rojas.—"...en ese momento sentí una persona que gritaba: "están matando a uno dentro del trén"; salí a la puerta del local de la estación donde me encontraba y ví salir de uno de los carros del Ferrocarril a **Alfredo Pomar,** quien traía en la mano un cuchillo y al llegar junto a mí dijo: "matemos al Alcalde que él es responsable de éso".

Como complemento de los elementos de certidumbre anteriores, puede agregarse lo que declaran Dionisia Useche, tía de la víctima (fs. 34) y Flora Silvestre de González (fs. 34 vto. y 55), que dicen:

Dionisia Useche.—"... me encontraba parada en el estribo de un coche de tercera cuando ví que allí mismo llegaba Octavio Useche, sobrino mío... en este momento llegó allí otro individuo del lado del estación portando una peinilla pelada en la mano y estando Octavio de espaldas, con la peinilla que portaba en la mano el citado sujeto le tiró tres planazos que los pegó en la espalda. Octavio al ver esto, pegó el brinco... y otro brinco a hacerle el quite a su atacante, yo al ver ésto me voté por otro estribo del coche.... El atacante de Octavio era un muchacho de unos veinte años, delgado, descalzo, sin saco... de regular estatura y no retengo bien porque a mi me dió mucho susto...".

Flora Silvestre de González. "...estaba yo ahí parada cuando ví a Octavio Useche que venía hebrio... dijo a los del grupo, 'no señor, aquí me estoy a ver qué es lo que estos señores liberales quieren hacer conmingo' en seguida que dijo ésto Octavio, del grupo se adelantó un sujeto con una peinilla desnuda y le tiró tres planazos uno en la espalda, otro en las nalgas y el último en las piernas... Octavio como pudo se entró al coche y en cuatro pies avanzó hasta adentro... pero sí ví al sujeto que le había dado los planazos que se subió al coche y se dispuso a seguir a Octavio porque se entró para adentro a buscarlo. A otro momento oí que sonaba piedra sobre el coche y la gente se votaba por las ventanillas y por las puertas, y a otro momento ví que por la puerta por donde había entrado Octavio salió un muchacho como de unos doce a catorce años de edad, con una peinilla desnuda untada de sangre en la punta como una cuarta de extensión y luego que bajó al suelo otro sujeto que venía transitando por tierra... cogiéndole la peinilla al muchacho la limpió sobre el pastal y luego se fué. Advierto que no puedo precisar si el sujeto que le pegó los planazos a Octavio fué el mismo que limpió la peinilla untada de sangre...".

Contra los elementos probatorios así discriminados se pronuncia la demanda, oponiéndoles distintas tachas que la Procuraduría sintetiza de acuerdo con las tesis que antes fueron planteadas sobre los puntos concretos en que se basa la impugnación de la sentencia.

Estos puntos son:

a) **Rechazo de la prueba testimonial por parcialidad política.**

Parte esta crítica del hecho de haber marginado el Juez 90 de Instrucción Criminal, a quien correspondió la investigación de este proceso, las

declaraciones que comprometían a Alirio Navarro, Rafaél Hernández y Luis Nenstiel, como participantes en la asonada que culminó con la muerte de Useche y Díaz, a sujetos pertenecientes al partido político contrario al de estos sindicados.

Para que la crítica que esta circunstancia representa, en el sentido de que toda la prueba existente contra el procesado resulta teñida de parcialidad política, ni siquiera por las personas que la rinden, sino por la procedencia territorial, o lugar de residencia de los declarantes, pudiera ser acogida sería menester que los mismos testimonios que acusan a Pomar Lozano fueran los que acusaran a los sujetos antes nombrados. Entonces sí podrían tomar cuerpo las razones que sirvieron al Juez de Instrucción para negar credibilidad a sus dichos, entre otros motivos porque sería de presumirse, con sobra de fundamento, que la actitud de esos declarantes no correspondía sino al deseo perverso de comprometer en los hechos, así fueran menos graves, como la asonada, o tan graves, como los homicidios, a todas las personas que pertenecieran a un partido político distinto del de los declarantes.

Sucede prescisamente lo contrario. Mientras a los dichos de los deponentes que presenciaron los hechos no se les oponga una tacha fundada en otras razones, es preciso otorgarles credibilidad. La crítica en tal forma concebida es precisamente lo que abona la excelencia de esa prueba para considerarla inexpugnable por ese motivo. En realidad resulta verdaderamente significativo que encontrándose tantas personas reunidas, participando o presenciando o siendo actores o víctimas de los sucesos, apenas algunas de ellas comprometan al acusado Pomar Lozano. Dentro de un orden lógico y moral de los hechos ello indica que fueron esas únicas personas las que presenciaron el momento de la agresión a Useche por parte del procesado. Si fuera a creerse que la pasión, el resentimiento, el odio o cualquier otro motivo de animadversión constituyeran los motores psíquicos que impulsaron a los declarantes a comprometer a Pomar Lozano en el homicidio que se le imputa, necesariamente, por la lógica misma de los acontecimientos, por la fuerza misma de la convicción, del odio o de la venganza política muchos habrían sido los deponentes que por pertenecer a un partido contrario se hubiesen presentado a comprometer, no sólo a Pomar Lozano, sino también a las personas que tuviesen credo distinto, porque no sería entonces la verdad de los hechos percibida por los sentidos lo que dictaba esos testimonios, sino el sentimiento de la pasión política puesto al servicio de la maldad para atribuír a seres inocentes un delito colectivo y los homicidios consiguientes.

La circunstancia misma de no aparecer sino unos cuantos declarantes señalando al autor del homicidio en la persona de Useche, revela que no primó ninguno de aquellos malos sentimientos en los sujetos que revelaron a la justicia el nombre del agresor. Si ello hubiese sido así, si aquellos resortes psíquicos fuesen la causa determinante exclusiva de la falsedad del hecho para atribuírlo a quien no lo había cometido, es seguro, de seguridad absoluta, que la prueba testimonial tendría una pluralidad tan desmedida en el proceso, que sin duda, por su mismo número abrumador, habría conseguido producir una grave sospecha sobre la imparcialidad y rectitud de esos declarantes.

Aceptar que un testigo no merece crédito en sus afirmaciones porque pertenece a un partido político distinto del inculpado sería crear una tacha de parcialidad artificiosa que no corresponde a ningún concepto científico de la manera de apreciar la prueba testifical; sería limitar tanto este elemento probatorio, que la sola enunciación del hecho restaría credibilidad al testigo. Para hacer viable esa impugnación a la imparcialidad del declarante correspondería establecer en cada caso que obró movido sólo por ese sentimiento y que éste fué el único motivo que determinó su testimonio. Lo que significaría que a quien alega esa circunstancia le corresponde probarla, pues no puede presumirse la mala fe, con fundamento solamente en la afirmación que hace quien la formula.

El Código de Procedimiento Penal establece los medios en virtud de los cuales el Juez puede valorar el testimonio con la crítica del mismo, para reconocer o rechazar su credibilidad. Fuera de esta norma, que es el artículo 224 de aquella obra, no puede partirse de meros supuestos, fundados en presunciones acomodaticias para negar imparcialidad al testimonio, porque este procedimiento llegaría a limitar tanto la prueba testifical que en lugar de operar la presunción de buena fe del declarante, se partiría de su mala fe para desconocer el valor que para la justicia aporta con sus afirmaciones, lo que constituiría una inversión de los principios que fundamentan la apreciación de los medios probatorios en postulados totalmente distintos.

La pasión política puede ser una causal de parcialidad. Pero es necesario demostrar, para que así se declare, que sólo ese sentimiento determi-

nó al testigo a falsear los hechos. Si apenas ello se afirma por quien presenta la tacha, no puede ésta prosperar porque ello constituiría un verdadero quebrantamiento de los principios científicos que garantizan la prueba testimonial y señalan la forma de apreciarla para que sea criterio de certeza legal.

Las declarantes en este proceso pertenecen a gentes sencillas, son campesinas ingenuas, a quienes no puede atribuírse propósitos perversos en la manifestación de lo que vieron o presenciaron con sus sentidos externos, porque una circunstancia fortúita las hizo encontrarse en el lugar de los hechos cuando éstos se cumplían. El único motivo de duda que sostiene la demanda parece concretarse en residir en un determinado paraje, habitado por gentes de filiación política distinta del sindicado. Pero si se examina desapasionadamente este hecho, se cae en la cuenta de que él no puede determinar la exclusión sistemática de esos testimonios. Basta recordar la forma como Pomar Lozano en el careo con Juana Salazar, mientras ésta le ratifica vigorosamente sus cargos, aquél se limita a negarlos, con la sola alegación de que dice mentira porque vive en una vereda habitada por individuos que no pertenecen a su misma parcialidad política.

Por lo demás, la misma diligencia de autopsia saca garantes a las testigos de sus afirmaciones, pues al relatar cómo fué herido Useche asevera que fué atacado por Pomar Lozano cuando se encontraba debajo de una banca del coche del tren, tratando de esquivar el encuentro con sus perseguidores. La situación anatómica de las lesiones descritas en aquella diligencia indica que sólo en la posición señalada por las testigos se podía encontrar Useche en el momento de recibirlas. Esto porque de haberse hallado en posición distinta y sin obstáculo alguno que impidiera la trayectoria del arma, seguramente diversa forma habrían presentado las heridas. Agredido como lo fué, con puntazos de arma corto-punzante, según lo describen las testigos presenciales, ello se debió a que tirándole en forma diversa, el arma tropezaba contra la banca debajo de la cual se había refúgiado la víctima. Así se explica, de modo racional y lógico, la forma de las heridas y las circunstancias en que fueron producidas.

También la prueba indirecta, como lo observa el Colaborador, confirma varios hechos circunstanciales consignados por Juana y María Ester Salazar, las dos principales testigos del proceso.

Quiere decir lo anterior que este primer cargo tiene que ser rechazado porque no encuentra base alguna para prosperar.

b).—**Nulidad de la diligencia de reconocimiento practicado por la testigo María Ester Salazar.** Este cargo lo hace consistir la demanda en que el reconocimiento que en rueda de presos debía practicar la declarante María Ester no se hizo en diligencia separada a la de aquella en que rindió su testimonio, sino dentro de esta misma. Porque se involucraron ambas diligencias se alega la nulidad del testimonio.

Basta esta simple enunciación para restarle todo valor a dicho criterio. El testimonio sería nulo si contra él pudieran encontrarse motivos que lo invalidaran, por alguna de las causales que desvirtúan la fuerza de convicción de la prueba testimonial; no por razones distintas. Es indudable que la forma de presentación del cargo incide en el mismo testimonio pues si logra destruírse el reconocimiento, queda viciada la declaración. María Ester no conocía a Pomar Lozano. Para hacer válido ante la justicia su dicho era menester que se complementara con el reconocimiento. Al afirmar que éste carece de validez, se pretende restar fuerza a ese testimonio.

Esto de un lado. De otro, no se vé por qué causa resulte nula una diligencia de reconocimiento cuando se hace dentro del mismo texto de una declaración, en la que se acusa a determinada persona como autora de un delito. Esa diligencia no sería precisa si el deponente afirma conocer al agente de la infracción y es capaz de identificarla con su nombre y apellido. Pero si apenas puede dar la filiación de ella, el reconocimiento se impone, no solamente porque así lo manda el artículo 370 del Código Procesal Penal, sino porque no se encontraría otro medio más expedito para lograr la identificación del sindicado. De aquí que el artículo siguiente, 371, señale la forma de practicar dicho reconocimiento, rodeándolo de solemnidades y de formalidades que lo hagan eficaz para el objeto que se propone. Si estas formalidades se cumplen, que son las únicas que lo vuelven válido ante la ley, la circunstancia de hacerse en la misma declaración o en diligencia distinta, es indiferente. Lo fundamental es que no se prescinda de las solemnidades prescritas, porque la falta de éstas sí puede implicar deficiencias graves en el reconocimiento que lo vician; las circunstancias en que se practica, en manera alguna conducen a idéntica conclusión. Llega a tanto la propia ley que en el artículo 373 impone obligaciones especiales a los encargados de los establecimientos carcelarios para que los

reconocimientos se practiquen con el lleno de todas las formalidades. Dice tal artículo:

"Los directores de los establecimientos de detención y los Alcaides de las Cárceles tomarán las precauciones para que los detenidos no hagan en sus personas o vestidos alteración alguna que pueda dificultar su reconocimiento, y procurarán que se conserven los trajes o vestidos que llevaban los detenidos al ingresar al establecimiento".

Por otra parte, las nulidades son taxativas. Cuando la ley quiere que determinada diligencia del proceso se cumpla con ciertas formalidades, prevé que la falta de ésta puede implicar un vicio que la invalide. Las garantías procesales al sindicado tienen por objeto salvaguardiar los intereses de la defensa. Pero los vicios que en ellas se incurra no los deja a merced de las partes, sino que los señala de modo que tengan el sello de exhaustivas, de suerte que si no se encuentran claramente determinados en la ley, no se les dé aquel carácter.

En parte alguna el Código eleva a la categoría de nulidad el reconocimiento practicado en la misma diligencia en que se escribe el testimonio. Lo que significa que ello puede hacerse, pues no hay prohibición en contrario. De existir, ésta sería su invalidación, y ya se ha visto que la ley no le otorga tanta significación dentro del proceso penal. El espíritu de la ley es que no se prescinda del reconocimiento cuando las necesidades de la investigación lo hagan indispensable, y se lleve a cabo con las solemnidades prescritas. Cumplido ésto, tiene toda su validez y por lo mismo, junto con el testimonio, de que es su complemento, adquiere el valor de certidumbre que pueda otorgársele como criterio de verdad.

Los requisitos esenciales o solemnidades propias del reconocimiento, no son otras que éstas: que se ponga a la vista del reconocedor la persona que es objeto de la diligencia, "vestida, si fuere posible, con el mismo traje que llevaba en el momento en que se dice fué cometido el delito"; y que el sujeto a quien se trata de reconocer, esté "acompañado de seis o más personas de circunstancias exteriores semejantes" (Art. 371 C. de P. P.).

Podría alegarse un vicio grave a la diligencia de faltar alguna de estas formalidades, porque de existir le quitarían todo su valor. Mientras ello no ocurra resulta imposible restar capacidad probatoria a esa diligencia, por la potísima razón de que el artículo 151 del Código de Procedimiento Penal manda que se tenga por válida y por tanto otorgue fe pública el acta mientras no sea tachada de falsa y probada la tacha, así como todo lo que el Juez o funcionario atestigue haber visto u observado o lo que haya sucedido en su presencia. A fs. 56 vto. del proceso existe la constancia, consignada en el acta de la diligencia de reconocimiento, que se cumplieron aquellas formalidades, lo que quiere decir que tiene todo su crédito legal y por consiguiente no puede dudarse de su validez.

Tampoco, pues, prospera este segundo cargo.

3º—Discrepancia en cuanto a la filiación de Pomar Lozano entre los testimonios de Juana y María Ester Salazar.

Analizado todo lo relativo al reconocimiento de las declarantes, podría contestarse a este cargo que demostrada la identidad del sujeto a quien se atribuye la responsabilidad en la muerte de Useche, toda crítica a los testimonios concerniente a su filiación, desaparece, puesto que la razón de ser de todo reconocimiento judicial es impedir todo error o equívoco en dicha identidad que conduzca a confundir a una persona con otra, evitándose así toda posibilidad de implicar a un inocente en un delito que no ha cometido por todos los medios de que dispone la justicia.

Como lo observa la Procuraduría, en la mayoría de los detalles que dan las declarantes sobre la filiación de Pomar Lozano, coinciden plenamente. La diferencia —agrega la Sala— sólo radica en el grado de color que cada una atribuye a la cara del procesado, pues mientras María Ester lo califica de color "blanco", Juana lo distingue como de color "moreno pálido".

Dentro del orden natural de las cosas es imposible asignar dañada intención o siquiera merma en la credibilidad del testimonio a dos afirmaciones que no se destruyen mutuamente, lo que las haría grandemente sospechosas, sino que corresponde a dos modos de apreciar el color, no en cuanto al valor cualitativo de éste, v. gr. negro, blanco, sino en la determinación de los matices que pueden existir entre estos mismos, y que necesariamente corresponde a un grado de apreciación del testigo que no puede implicar desarmonía ni discrepancia la divergencia. Otra cosa sería que las dos declarantes coincidieran en todo, aún en los más insignificantes detalles, porque entonces la misma uniformidad de sus deposiciones crearía la sospecha fundada de que sus afirmaciones no responden a lo que vieron o presenciaron, sino a influencias en sus espíritus que las

determinó a señalar a una persona porque les fué sugerida esa determinación.

Uno de los medios de que dispone la crítica técnica al testimonio es la de confrontar los dichos de unos declarantes con los otros a fin de determinar el grado de certidumbre que aportan por los datos en que las coincidencias o las discrepancias se aproximan o se alejan.

Aplicando este procedimiento al caso de autos, es indudable que las coincidencias son numerosas y que las discrepancias apenas corresponden a una valoración subjetiva de matices, muy fácil de explicar en la gama de los colores, a tal punto que su existencia apenas sirve para demostrar la sinceridad y buena fe de las declarantes y no su ánimo dañado de engañar a la justicia.

En consecuencia, no puede prosperar tampoco el cargo examinado.

El último de los cargos que se derivan de la síntesis de la demanda con base en la causal segunda de casación, puede resumirse:

d) De las declaraciones de Dionisia Useche y de Flora Silvestre de González, en cuanto a la filiación y edad del procesado surge una contraprueba favorable a éste, por la falta de coincidencia sobre el particular entre los dos testimonios.

Para que pudiera atribuírse el valor de contraprueba favorable al reo la declaración única de la señora de González, sería menester que ésta hubiese presenciado el desarrollo total de los sucesos y no meramente la circunstancia muy colateral de observar que por la puerta por donde Octavio Useche penetró al coche, salió poco después un muchacho con una peinilla desnuda en la mano, untada de sangre, la que limpió sobre el pastal cercano a la carrilera.

Solamente sobre la coincidencia de la persona que limpió en el pasto el arma homicida ensangrentada y el verdadero autor de la agresión puede edificarse una conclusión que permita descartar la responsabilidad de Pomar Lozano para atribuírse a persona distinta. Mientras tanto cabe la posibilidad de que las dos sean personas con actividad diversa dentro de las etapas que recorrió el suceso, desde el momento en que la víctima fué golpeada al entrar al vagón, hasta la realización del homicidio. Sugiere el Colaborador, con una lógica admirable, que la disidencia entre los dos testimonios puede conducir a una impresionante sugestión de que el menor que señala la señora de González hubiese sido el homicida. "Pero —agrega— esta conclusión no es necesaria ni indubitable, puesto que la misma testigo dice que otro sujeto golpeó a la víctima con peinilla, la siguió hasta el interior del coche y que luego, cuando el muchacho salía con el arma en la mano, se la quitó un individuo "que venía transitando por tierra pero como de la puerta atrás del coche", sujeto que Flora no está segura si fué el mismo que le dió los planazos a Octavio. Y así las cosas, es muy posible que el menor sólo se limitara a recoger la peinilla untada de sangre y que quien la esgrimió contra Useche, fuera el cuestionado sujeto. Esto lo corrobora el haber salido tal hombre por la puerta de atrás del coche, al seguir en pos del menor y el quitarle la peinilla y limpiarla".

Además de esta abrumadora prueba que compromete a Pomar Lozano y cuyo análisis se ha hecho con la objetividad que corresponde a la difícil tarea de la reconstrucción de un suceso ocurrido dentro de circunstancias específicas que daban a su esclarecimiento ciertos contornos graves para el examen probatorio, no resulta inútil corroborarla con apreciaciones surgidas de las personas mismas que en ellos intervinieron.

Pomar Lozano afirma en la indagatoria que su ocupación habitual, de la que deriva su subsistencia, consiste en ser peón de matanza (fs. 14). Esta misma actividad ejercía Vicente Parra el individuo que fué muerto por la acción de la policía cuando se empeñaba en un lance con Useche. Esta circunstancia desencadenó el furor popular contra aquella institución y ese furor se hizo más patente contra la persona a quien la multitud reunida en asonada atribuía la responsabilidad indirecta en la muerte de Parra. Este furor fué sin duda más potente y violento en el compañero de oficio del occiso Parra, el procesado Pomar Lozano, quien por esos oscuros sentimientos que penetran en el hombre en determinadas circunstancias, se sintió mayormente ofendido, más conmovido con la muerte del mentado Parra y por eso su actividad no cejó hasta que logró vengarla en el sujeto a quien se le atribuía la iniciación de los sucesos que consecuencialmente produjeron aquella muerte.

La solidaridad de actividades, así como la de cualquier profesión u oficio, sobre todo cuando une a las personas un vínculo de amistad que las aproxima más en el desempeño de tales actividades y oficios, constituye un estímulo psicológico no despreciable, que en determinadas ocasiones se convierte en un resorte anímico que mueve la voluntad a la ejecución de actos que para el que los realiza corresponden a la creencia de que un

deber de compañerismo y de amistad a ello lo empujan. Nada tiene de extraño que sentimientos de esta índole, unidos a la pasión política, hayan desencadenado en el espíritu de Pomar Lozano el propósito de vengar la muerte de su compañero de oficio, produciendo la de la persona a quien se señalaba como causa inmediata o próxima de aquélla.

Así las cosas, menester es concluír que la causal segunda de casación no encuentra en los argumentos de la demanda base alguna para que prospere, porque el examen probatorio más prolijo conduce a encontrar la prueba que responsabiliza a Pomar Lozano más que suficiente para formar la certidumbre de que no fueron producto del odio, ni de la pasión ni de otros sentimientos de tal índole las pruebas directas e indirectas que lo comprometen en el homicidio porque ha venido respondiendo en juicio criminal.

Causal cuarta

Cuando se discute la causal segunda— como es el caso— y al mismo tiempo se alega la nulidad, con base en la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es menester estudiarlas ambas, cosa que no ocurre cuando como sucede en los juicios de que conoce el Jurado, no es viable la causal segunda, en cuyo caso al prosperar la causal cuarta a ésta se atiende de preferencia.

La razón radica en que de prosperar la segunda, la conclusión de la Corte, por mandato del artículo 570, no es otra que la absolución. En cambio, cuando aquélla no es viable, las conclusiones pueden ser distintas, pero en todo caso la más favorable es la nulidad y a ella se atiende de preferencia por tal circunstancia.

A dos puntos fundamentales, según la síntesis de la Procuraduría, puede reducirse la impugnación de la demanda a la sentencia de la Jefatura del Estado Mayor del Ejército, con base en la causal cuarta de casación, o sea estar el juicio viciado de nulidad.

Ellas son:

a) Que el Juez 90 de Instrucción Criminal continúe diligenciando la investigación ya vencido el término que le había fijado el Ministero de Justicia para instruír el sumario, "sin que por parte alguna pueda leerse la copia o el original de la Resolución Ministerial que prorrogara la comisión del investigador".

En tales circunstancias, el instructor perdió "su jurisdicción en las diligencias sumarias, provocando de esta manera la nulidad de su actuación posterior en ellas"; y

b) Que al procesado Pomar Lozano no se le recibieron las pruebas que él solicitó en la indagatoria y que después recabó por medio de memoriales.

Termina la demanda en esta parte afirmando "que se ha producido, de esta manera, una nulidad absoluta, de las que no pueden subsanarse sino con la reposición completa de lo actuado". Cita en seguida las disposiciones legales que cree violadas, y termina, "y esta omisión viola la norma constitucional vigente que corresponde al artículo 26 de la Constitución de 1886".

Al referirse a la incompetencia del investigador, el señor Procurador Delegado en lo Penal, hace un recuento de los hechos tal como surgen del informativo, según los cuales el 8 de enero de 1950, el Secretario del Juzgado Instructor informó al Juez que el término conferido por el Ministerio de Justicia, se hallaba vencido. Ese mismo día, el Juez dictó un auto ordenando el envío del proceso a la Brigada de Ibagué (fs. 95 vto.). Así se cumplió con el oficio remisorio para dicha entidad. Al reverso de ese oficio, aparece la siguiente providencia del funcionario de instrucción:

"Como por orden emanada del Ministerio de Justicia este Juzgado debe reanudar la investigación ya iniciada hasta perfeccionarla allegando todas las pruebas que se consideren necesarias, se dispone recibir las declaraciones a que se refiere el apoderado de los sindicados, como también las demás que falten para que la investigación esté completa" (fs. 98 vto.).

Este auto está fechado en Ibagué el día diez y seis (16) de enero de 1950. De modo que al proferirlo habían transcurrido los días desde esta fecha al 8 del mismo mes y año, en el cual la secretaría del Juzgado rindió al Juez el informe de que el término de la comisión estaba cumplido. Es de suponer, aunque no se haya dejado expresa constancia de ello, que el funcionario instructor debió recibir alguna orden del Ministerio de Justicia en el sentido de que continuara la investigación, pues de otra manera no se comprende por qué profirió el auto de fecha 16, en el que claramente deja constancia de haber recibido esa orden y se dispone a agotar la investigación y aún la recepción de las pruebas solicitadas por el apoderado de los sindicados.

Es patente, pues, que el Juez instructor se limitó a cumplir una orden emanada del Ministerio de Justicia. Y así las cosas, no se comprende

por qué desde el momento de la remisión del negocio al Comandante de la Brigada, sin que se sepa si fué recibido por ésta, pues tampoco hay constancia de ello, haya perdido su jurisdicción para seguir investigando. Con razón la Procuraduría anota que aún en el caso de que el Ministerio no hubiera otorgado la prórroga de la comisión, "las actuaciones del investigador eran perfectamente válidas, porque él tenía la calidad de funcionario instructor, de carácter nacional, y la capacidad en concreto para avocar la averiguación de cualquier delito, mayormente cuando en la Resolución del Ministerio de Justicia, cuya copia obra a folio 53 del cuaderno principal, se le designó para "investigar los hechos delictuosos ocurridos en jurisdicción de ese Municipio (Natagaima) y de los cuales resultaron cinco muertos y varios heridos".

Siendo esta orden tan amplia el funcionario debía dar término a la comisión cuando estuviese cumplida en su plenitud. Por eso no se concibe el artículo 3º de la misma Resolución ministerial que señala el lapso de veinte días, para llevar a efecto la investigación de los sucesos de Natagaima y la investigación en la población de El Líbano "del ataque de que fueron víctimas dos agentes de la Policía Nacional así como la pérdida de los fusiles y cartuchos de guerra que portaban dichos agentes" (fs. 53). Pero como una sola de las investigaciones señaladas llevó todo el término de la comisión, se dió cuenta al Ministerio, quien impartió la orden de continuarla, porque de otra manera no se explica que así haya ocurrido, aunque en los autos no quedara constancia. La realidad es que el funcionario no perdió su carácter de investigador y ésto es lo que corresponde tener en cuenta para contestar al cargo que la demanda formula por este aspecto, que como se ve no tiene la significación que el actor ha querido darle, máxime si se tiene en cuenta que el no cumplimiento de la comisión dentro del término fijado apenas acarrearía al funcionario incumplido una multa, de conformidad con el artículo 140 del Código Judicial, aplicable aquí en virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Por otra parte, la ley de justicia militar señala en el artículo 34 un término hasta de cuarenta días cuando se trata de varios delitos, o sean dos o más los procesados, para la investigación del proceso. Extraña, pues, que la Resolución ministerial le haya señalado un término inferior y no sólo para la investigación de los sucesos de Natagaima, en donde fueron varios los muertos y heridos y el de sindicados muy numeroso, por la concurrencia de la asonada, sino para trasladarse a otro lugar a llevar a término una comisión, sin duda alguna difícil.

En estas circunstancias puede afirmarse que mientras el investigador ejecute su cometido dentro de los términos señalados en la ley, no usurpa jurisdicción, no empece al hecho injustificable, de que se le haya fijado uno menor. Esta facultad debe considerarse supeditada a la circunstancia de que hayan transcurrido los períodos legales para la investigación y ésta no haya podido verificarse o perfeccionarse dentro de ese lapso. Entonces, la nueva comisión para el perfeccionamiento del informativo, debe limitarse al término que sea señalado por el comitente, porque de acuerdo con los principios generales, cuando la ley no señala un término, queda al arbitrio del Juez determinarlo.

El segundo motivo de impugnación con fundamento en la causal cuarta, lo hace consistir la demanda en la omisión para recibir las pruebas solicitadas por la defensa.

El señor Procurador Delegado encuentra que en realidad el proceso está viciado de nulidad porque en él se pretermitieron formalidades sustanciales que inciden en la violación del mandato constitucional, según el cual el juzgamiento tiene que hacerse con la plenitud de las formalidades propias de cada juicio. "Aparece claro —dice— que al acusado se le juzgó con violación del artículo 26 de la Carta, ya que se le privó del derecho de defensa".

En apoyo de su tesis hace una completa discriminación de las distintas oportunidades en que el procesado Pomar Lozano solicitó, sin obtenerlo, que fueran practicadas algunas pruebas.

En realidad de verdad, el estudio de los autos conduce a establecer que en varias ocasiones el procesado se dirigió tanto al funcionario de instrucción como al Juez Militar, al Comandante de Institutos Militares, el cual pasó esa solicitud al Jefe de Estado Mayor, sin que le fuera oída la solicitud al respecto.

En la indagatoria, al preguntársele a Pomar Lozano dónde se hallaba a la hora de los sucesos, dijo que se encontraba en su casa de habitación del pueblo de Natagaima, enfermo de fiebres y escalofríos, enfermedad que sufría desde el 15 de diciembre de 1949 y no salió a la calle hasta en la tarde del 19 del dicho mes, y ese domingo estuvo en compañía de Francisco Mora y Rudecindo Reyes, con el primero de las cuatro en adelante y con el segundo cuando ya se había ido Fran-

cisco; en su casa estaban también su madre Sofía Lozano y Heliodora Lozano y un hermano de nombre Alfonso, sin que esa noche el declarante saliera para ninguna parte.

En careo con Juana Salazar verificado posteriormente, manifestó que las acusaciones de ésta eran falsas, dado que se encontraba en su casa muy enfermo por el tiempo a que antes se refirió, de lo cual tenía testigos que lo fueron a ver el 18 por la tarde y vieron en las condiciones en que se encontraba.

En memorial dirigido al investigador por apoderado de Pomar Lozano, le pide que las señoras Sofía y Heliodora Lozano y los señores Francisco Mora y Rudecindo Reyes, declaren si Pomar Lozano desde antes del 18 de diciembre citado, hasta después de esa fecha, se encontraba recluído en su casa, víctima de una enfermedad (fs. 75).

Con fecha 5 de enero de 1950, el funcionario instructor dispuso la práctica de las pruebas solicitadas por el apoderado de los sindicados "hasta el vencimiento de la comisión, las demás pasarán al conocimiento de la Brigada correspondiente", pero ninguna prueba de ésas se llevó a término por el instructor.

Cuando ya el negocio se encontraba en poder del Juez Militar de Bogotá, el propio acusado le dirigió un memorial en que le hace presente que el Alcalde de Natagaima se negó a tomar las declaraciones que citó en la indagatoria, lo mismo que a practicar careo con la persona que lo acusaba, y que para llenar esa formalidad en el sumario, pedía su remisión al lugar en que ocurrieron los hechos.

En otro escrito al Juez de la Brigada, vuelve Pomar Lozano a manifestar que no se recibieron o practicaron las pruebas relacionadas. El memorial respectivo pasó al Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, sin que tampoco se resolviera la solicitud (fs. 150).

Así, reunido el primer Consejo de Guerra Verbal, el defensor de Pomar Lozano observó la falta de la prueba en referencia; hizo alusión a mal tratamiento del Alcalde para con los presos y al hecho de que el instructor debió buscar las pruebas tanto en contra, como favorables al acusado, sin que fuera excusa la falta de tiempo que se alegara, tiempo que sí fué suficiente para allegar las pruebas por cuanto ese término probatorio duró más de un mes y si no se tomaron las pruebas favorables a los sindicados hubo parcialidad o negligencia (fs. 169).

En el seno del Consejo de Guerra Verbal reunido por segunda vez, también la defensa puso de manifiesto el hecho de no haber sido citados a declarar los testigos que Pomar Lozano señaló en su declaración (fs. 217).

Esta es la realidad del proceso. Por ello comenta la Procuraduría: "al acusado se le juzgó y condenó sin haber hecho ellos el menor esfuerzo por recoger las pruebas, ahincadamente pedidas en la indagatoria, en el careo con Juana Salazar y en tres memoriales ulteriores.... Y uno de los medios adecuados para hacerlo es el oírlo en el correspondiente proceso y el de recogerle las pruebas que tiendan a destruír o atenuar los cargos que se le hacen".

El procedimiento militar señala normas especiales, de conformidad con la naturaleza propia de esos juicios ante los Consejos de Guerra Verbales y es indudable que la forma de juzgamiento corresponde a la sumaria. Con todo, si bien se restringen los medios defensivos, ello no llega hasta prescindir de todo elemento encaminado a suministrar la mayor suma de factores que permitan apreciar la responsabilidad, pues la autoridad militar que los convoca, por mandato de la **ley tiene que poner a disposición** de los Vocales que los forman "todos los testigos que deben ser interrogados", cuando la prueba sea indispensable para el total esclarecimiento de los hechos (art. 127).

La prueba solicitada tan ahincadamente dentro del proceso por Pomar Lozano y su apoderado, era indudablemente necesaria para desvirtuar la prueba en su contra, que lo compromete en el grave hecho delictuoso que se le imputa, ora para establecer la coartada, ya para demostrar la forma irregular como fueron practicados los reconocimientos en su persona por parte de los testigos que formularon la imputación, prueba que al ser recibida en su debida oportunidad y si resultare digna de credibilidad, según los principios que informan la crítica del testimonio, quizás permitiera un cambio de la situación jurídica del procesado, susceptible de producir un fallo diferente del que es objeto del recurso.

Esta misma Sala de la Corte, en distintas ocasiones, ha mantenido la doctrina de que en virtud de la oficiosidad del procedimiento penal, "la justicia no ha de buscar solamente pruebas de cargo contra el acusado, sino también las que puedan favorecerlo, puesto que en el juico penal, a diferencia del civil, no se debaten meros intereses de particulares, sino que trata de servir el más elevado interés público, que es el de administrar justicia, y por ese medio defender a la sociedad pero dando, al propio tiempo, se-

guridad y protección al procesado, que puede ser inocente y que, en todo caso, no ha de ser penado con rigor desproporcionado a su culpabilidad".

Dentro del sumario el investigador está obligado a verificar con igual celo las citas que en su favor haga el sindicado, y desde luego a practicar todas las pruebas o diligencias que puedan resultar conducentes a establecer su irresponsabilidad en los hechos que se le atribuyen (art. 295 del C. de P. P.). En todo caso, en esta etapa del proceso es pertinente y necesario allegar no sólo la prueba de cargo, sino la de descargo, sin que el procesado tenga obligación alguna de producir éstas, ya que basta sugerirlas para que la justicia las busque y reciba, a fin de que operen en su favor si en realidad son favorables a sus pretensiones, con mayor razón en esta clase de juicios en que deben ser presentadas ante el mismo tribunal militar para que sean apreciadas antes de producir su decisión (arts. 128, 129 y 130 de la ley 3ª de 1945).

Dice el artículo 26 de la Constitución Nacional, que nadie puede ser juzgado sin que se observe la plenitud de las formalidades propias de cada juicio. Entre estas formalidades, sin duda alguna, tratándose de negocios penales, son de la mayor importancia las que se relacionan con el ejercicio efectivo y sin cortapisas del derecho de defensa, cuya finalidad no puede ser distinta de lograr producir las pruebas orales o escritas que solicitadas por las partes interesadas, conduzcan al verdadero esclarecimiento de los hechos, único y exclusivo objeto de la justicia en materia criminal.

Condenar a un reo sin que se le haya proporcionado a la defensa los medios de producir la prueba que lo favorezca, es violatorio no solamente de la ley procedimental, sino de los principios constitucionales, que estatuyen normas eficaces para salvaguardiar los derechos esenciales de la persona humana. Por eso la Corte, con fundamento en tales normas y cuando quiera que son desconocidas, acepta la existencia de un vicio de nulidad, que incide en aquellos principios al emanar de ellos como su verdadera fuente.

Al acusado Pomar Lozano se le juzgó con violación del artículo 26 de la Constitución, por cuanto se le privó del derecho de defensa, lo que implica nulidad que en forma idéntica debe amparar a Manuel Guarnizo, considerado como autor intelectual o instigador del homicidio en la persona de Octavio Useche, cuya autoría material se atribuye a Pomar Lozano, único que interpuso el recurso que ahora se decide.

El criterio anterior ha sido el de esta Sala en identidad de situaciones, de conformidad con este razonamiento:

"No sería lógico ni conforme con el principio de la igualdad ante la ley, y por lo mismo, repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor, se considere como tal, para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según los autos, en concurso recíproco y sin mediar ningún hecho o circunstancia diferencial que sustraiga a uno de los acusados de la imputación común. La jurisdicción viene a ser también indivisible en casos como éste, así para la Corte como para los juzgadores de instancia.

"Otra cosa sería que el fallo fuese absolutorio respecto del reo no recurrente, pues entonces se interpondría una razón elemental de justicia, consagrada por la jurisprudencia de la Corte, como es la de que en casaciones promovidas por los reos no debe empeorarse su situación. Sobra decir que menos podría modificarse la del reo que fué absuelto" (Sentencia del 4 de julio de 1941. GACETA JUDICIAL, Tomo LI, Nos. 1973-74, pág. 648).

En fallo de fecha 9 de septiembre de 1941 (pág. 658 de la GACETA JUDICIAL aludida, la Corte insiste en la misma doctrina, —a pesar del salvamento de voto de uno de los Magistrados de la Sala— y después de transcribir la que se deja copiada, agrega:

"Corrobora ampliamente el contenido de la doctrina transcrita el siguiente comentario de uno de los más notables expositores de derecho procesal penal:

El efecto propio de las sentencias casatorias es el extensivo, en el sentido de que la casación pronunciada respecto al recurrente se extiende de derecho a los demás condenados por la misma sentencia anulada, a no ser que el motivo sea exclusivamente personal del primero (Eugenio Florián. Elementos de Derecho Procesal Penal, pág. 457)".

Con posterioridad, en fallo de 22 de junio de 1943, expresó la Sala, sobre la misma materia:

"Queda por resolver el problema de si la anulación del juicio que se hará en virtud del presente fallo debe comprender lo actuado respecto del reo no recurrente N. N., como lo propone el señor Procurador.

"Como tesis ha sentado esta Sala (aunque sólo por mayoría de votos) que, en general, la invali-

dación de una sentencia por nulidad del proceso y cuando son varios los reos puede aprovechar no sólo al que ha recurrido en casación sino también a los no recurrentes.

"Para ello ha tenido en cuenta la Corte que siendo común a dos o más procesados el hecho que origina la nulidad, ésta afecta íntegramente el acto acusado, porque si los efectos del decreto de nulidad se limitaran a repetir la celebración del juicio para uno sólo de los procesados, podría ocurrir que éste, merced a la intervención eficaz de un defensor, fuera absuelto quedando su compañero de delincuencia irremediablemente condenado, no obstante que la situación de ambos ante el hecho imputado sea una misma según el auto de enjuiciamiento y según los cuestionarios propuestos al Jurado" ("GACETA JUDICIAL", Tomo LIV bis, pág. 659, Nos. 1998, 1999).

Es claro que el planteamiento en todos los casos en que puede presentarse idéntica o parecida situación jurídica, no suele ser el mismo. Pero a pesar de sus variaciones y ligeras diferencias, el hecho incuestionable es que estos casos exigen para resolverlos antes que un sentido exegético de la ley, un criterio más amplio de equidad, para no asfixiar entre la letra de aquélla un sentimiento más generoso de justicia.

Las demás condenas deben quedar en firme, por tratarse de delitos distintos a los que se imputan a Pomar Lozano y a Guarnizo. También es inmodificable la resolución a que se refiere el punto 3º de la parte dispositiva de la sentencia demandada, en virtud del principio que informa la doctrina de la Corte a que se hizo referencia.

La invalidez de lo actuado debe declararse a partir de la reunión del primer Consejo de Guerra Verbal.

Lo anterior quiere decir que se encuentra demostrada la causal cuarta de casación, y que de consiguiente, al prosperar ésta es innecesario hacer el estudio de la tercera y la primera, también alegadas.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y acorde con él, INVALIDA la sentencia recurrida de la Jefatura del Estado Mayor General de las Fuerzas Militares, y en su lugar, declara NULA la actuación del proceso, a partir de la reunión del primer Consejo de Guerra Verbal (fs. 154), en lo concerniente a los procesados Alfredo Pomar Lozano y Manuel Guarnizo, y en consecuencia ordena reponer el procedimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.



INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA DECIDIR EN CASACION UNA SOLICITUD DE LIBERTAD CONDICIONAL

La Corte, cuando actúa como tribunal de casación, carece de competencia para estudiar y resolver un pedimento de libertad condicional, porque, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 671 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 6º de la misma obra, el competente para resolver ese pedimento, es el Juez que hubiere dictado la sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

Magistrado ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El doctor Luis E. Bonilla Plata, en su calidad de apoderado de Edilma Velasco, sentenciada en este proceso por el delito de estafa, solicita en anterior escrito, se otorgue a su poderdante el beneficio de excarcelación por tiempo cumplido y también la libertad condicional.

Pasado el negocio al señor Procurador Delegado en lo Penal para concepto, este funcionario dice que en el memorial del apoderado de la Velasco Guzmán, se alude tanto a la excarcelación por tiempo cumplido como a la libertad condicional y por eso se referirá a ambos aspectos de la solicitud. En el concepto en mención se lee:

"Iº—Excarcelación por tiempo cumplido

"Como anteriormente se anotó, la pena principal impuesta a la procesada fué de diez y ocho meses de prisión.

"Según consta en los autos, Edilma Velasco se halla detenida desde el día 13 de febrero de 1951, en virtud de boleta librada por la Inspección 4ª de Policía Municipal de Cali.

"Hechos los cómputos respectivos, se concluye que la Velasco ha pagado, en detención preventiva, 16 meses y tres días, hasta la fecha, restando aún 27 días y un mes para completar la pena que se le aplicó.

"IIº—Libertad condicional

"La Corte no tiene competencia para resolver este punto, porque, al tenor del artículo 671 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 6º de la misma obra, es al Juez de primera instancia a quien corresponde otorgar o negar la libertad condicional del reo.

"Basta lo anterior para que la Procuraduría pida atentamente a la H. Corte que niegue a la acusada Edilma Velasco el beneficio de excarcelación por tiempo cumplido, y se inhiba de resolver lo concerniente a la libertad condicional".

Las razones aducidas por el señor Procurador Delegado en lo Penal en el concepto antes trascrito, corresponden a la realidad procesal y a las normas legales que deben tenerse en cuenta, cuando se trata de resolver pedimentos como los que hace el representante legal de la sentenciada Edilma Velasco.

En efecto: no es el caso de otorgar a esta sentenciada la libertad por tiempo cumplido, porque según las constancias del proceso, aun no ha cumplido en detención la pena corporal que se le impuso en la sentencia definitiva.

Tampoco es el caso de otorgar a dicha mujer el beneficio de la libertad condicional, porque de acuerdo con lo prescrito por el artículo 671 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 6º de la misma obra, el competente para resolver ese pedimento, es el Juez que hubiere dictado la sentencia de primera instancia y consecuencialmente la Corte carece de competencia para estudiar y resolver el pedimento hecho en tal sentido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde 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 a la sentenciada Edilma Velasco el beneficio de excarcelación por tiempo cumplido y se declara inhibida para resolver el pedimento sobre el otorgamiento a la misma sentenciada del beneficio de la libertad condicional.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LO RELATIVO A LAS CAUSALES O MOTIVOS DE JUSTIFICACION DEL HECHO, NO ES MATERIA DE LA CAUSAL 4ª DE CASACION, SINO DE LA CAUSAL 2ª, EN LOS JUICIOS EN QUE NO INTERVINO EL JURADO

Cuando se alega en casación lo relativo a la legítima defensa y a cualquiera de los motivos que justifiquen el hecho, no es la causal 4ª la pertinente, sino la 2ª, en tratándose de juicios en que no ha intervenido el jurado, porque es ésta —la 2ª— la que prevé una errónea interpretación o apreciación de los hechos, "siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción". La legítima defensa excluye la existencia del delito, porque implica el ejercicio de un derecho, y quien lo pone en práctica, no es responsable penalmente. En consecuencia, la causal 4ª nada tiene que ver con el motivo de justificación del hecho, ya que la nulidad se predica de actos procesales realizados sin la observancia de las formalidades que la ley señala para su validez jurídica. La nulidad está establecida para salvaguardiar los derechos del procesado a quien debe juzgarse llenando las formalidades propias del juicio penal; por manera que cuando en perjuicio de la defensa del acusado se pretermiten ciertos actos del proceso o no se llevan a efecto como la ley indica, la causal 4ª de casación tiene fundamental operancia. En cambio, lo concerniente a la legítima defensa se relaciona con un problema estrictamente probatorio, que es materia de la causal 2ª, la que no es admisible en juicio por jurado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de veintiuno de junio del año próximo pasado, condenó a **Francisco Antonio Fernández Arroyave** a la pena principal de cinco años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Pablo Hugo Córdoba Montoya.

Contra esta sentencia el señor defensor del procesado interpuso recurso de casación, y ante la Corte se formuló la correspondiente demanda y, como se han cumplido las formalidades legales, se procede a su estudio.

Demanda

El demandante invoca como causales de casación las de los numerales 1º, 4º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 4ª.—Nulidad del juicio.

Al sustentar esta causal dice el demandante:

"Las circunstancias en que actuó mi patrocinado tipifican, enmarcan precisamente el eterno concepto de la legítima defensa de un tercero; no de un tercero cualquiera, sino de su padre. Para qué repetir aquí lo que los doctrinantes y la doctrina han repetido durante siglos.

"Y habiendo defendido legítimamente a su padre, se le llamó a juicio. Por ésto, señores Magistrados, creo que el proceso está viciado de nulidad, de "nulidad sustantiva". El que defiende legítimamente o defiende a otro del mismo modo no puede ser sometido a las circunstancias de un proceso".

Se considera:

Cuando se alega en casación lo relativo a la legítima defensa y a cualquiera de los motivos que justifiquen el hecho, no es la causal 4ª la pertinente, sino la 2ª, en tratándose de juicios en que no ha intervenido el jurado, porque es ésta —la 2ª— la que prevé una errónea interpretación o apreciación de los hechos, "siempre que sean

elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción". La legítima defensa excluye —como lo anota la Procuraduría— la existencia del delito, porque implica el ejercicio de un derecho, y quien lo pone en práctica no es responsable penalmente. En consecuencia, la causal 4ª invocada nada tiene que ver con el motivo de justificación del hecho, ya que la nulidad se predica de actos procesales realizados sin la observancia de las formalidades que la ley señala para su validez jurídica. La nulidad está establecida para salvaguardiar los derechos del procesado a quien debe juzgarse llenando las formalidades propias del juicio penal; por manera que cuando en perjuicio de la defensa del acusado se pretermiten ciertos actos del proceso o no se llevan a efecto como la ley indica, la causal 4ª de casación tiene fundamental operancia. En cambio, lo concerniente a la legítima defensa —que es lo alegado por el demandante— se relaciona con un problema estrictamente probatorio que es materia de la causal 2ª y que, como ya se dijo, no es admisible en juicios por jurado.

La causal 4ª, por lo tanto, no prospera.

Causal 1ª.—Mala aplicación de la ley penal.

El demandante al sustentar esta causal admite que el acusado violó la ley penal cuando lesionó, causándole la muerte, a quien agredió a su padre, pero dice, "se trata de un muchacho que no había tenido antes cuentas con la justicia; buen hijo, buen ciudadano; trabajador, juicioso, que en modo alguno constituye un peligro para la tranquilidad y fecunda convivencia social...". Y que, por lo tanto, el juzgador de segundo grado no ha debido aumentar la pena del procesado, como en efecto lo hizo, porque, en el supuesto aceptado, "ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 37 del Código Penal concurren en este caso. Y, por el contrario, de las establecidas por el artículo 38 **ibidem,** como demostrativas de menor peligrosidad decoran este caso; buena conducta anterior; obrar con motivos nobles (tan noble como el que más: la defensa de su padre); obrar en estado de pasión excusable (no necesita comentarios: todos los declarantes dicen en qué estado llegó, y en qué condiciones encontró a su padre). Esas mismas circunstancias lo colocaron bajo un signo psicológico de violencia, de apremio excepcional".

Se considera:

Es evidente que el Tribunal reformó la sentencia dictada por el señor Juez Tercero Superior de Medellín contra Francisco Fernández Arroyave, en el sentido de aumentar la pena impuesta de tres años y seis meses de presidio que le fijó el Juez, a cinco años. Para ello el Tribunal se basó en lo siguiente:

"Dada la gravedad de los hechos la forma como éstos se desarrollaron y las circunstancias que rodearon los mismos, pues Córdoba fué herido en forma sorpresiva y por detrás, la Sala cree que debe aumentarse la pena ya que la impuesta es muy baja. El mismo Juez reconoce la peligrosidad del acusado, hecho innegable que aparece suficientemente demostrado en los autos".

Lo anterior indica que el Tribunal aumentó la sanción basándose en la gravedad del delito cometido y en la peligrosidad del autor.

De tal suerte que el recurrente en casación ha debido atacar racionalmente esa apreciación del Tribunal, y demostrarle a la Corte que no hubo tal gravedad en el delito, ni que el acusado es sujeto especialmente peligroso. Sin embargo, el demandante no procedió en tal sentido como lo indica la calidad extraordinaria del recurso de casación, sino que se limitó a hacer una escueta afirmación de los buenos antecedentes de su patrocinado, manifestando que "ninguna de las circunstancias prescritas en el art. 37 del C. Penal concurren en este caso". Afirmaciones que por sí solas no dan materia a la Corte para hacer un estudio a fondo sobre el particular.

Causal 5ª—Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

El demandante al sustentar esta causal, dice: "Y, consecuencia de lo anterior, se presenta la violación, mejor la causal de que trata el ordinal quinto del artículo 567 citado: "Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

"Basta, Honorables Magistrados, leer la sentencia del H. Tribunal para convencerse de que eleva la pena sin aducir una sola razón; sin mencionar siquiera cuáles son las circunstancias que lo facultan para ese aumento; para no aplicar el mínimo resultante de la relación necesaria entre el art. 362 y el 28 del Código Penal".

A lo anterior se contesta que el Tribunal sí expresó claramente por qué aumentó la sanción, esto es, por dos factores: "la gravedad de los hechos" y "la peligrosidad del acusado", es decir

por dos aspectos que autoriza el artículo 36 del Código Penal para individualizar la pena. Al tenor de esta norma, —como lo dice el colaborador— es suficiente la concurrencia de cualquiera de los cuatro factores allí señalados, para subir el mínimo de la sanción, aunque en favor del acusado concurran sólo circunstancias de menor peligrosidad.

El cargo, pues, no tiene fundamento.

En mérito de 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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS ENTRE LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA MILITAR, PARA CONOCER DE UN PROCESO POR EL DELITO DE ASOCIACION PARA DELINQUIR Y POR OTRAS INFRACCIONES

En conformidad con el artículo 11 del Decreto 1231 de primero de junio de 1951, la justicia militar, en esta fecha sólo quedó con competencia para conocer de los delitos que le atribuía el Código de Justicia Penal Militar y, además, de aquellos procesos por delitos distintos de los contemplados por dicho Código, en los cuales, al entrar en vigencia el artículo en mención, ya se hubiera convocado Consejo de Guerra Verbal.

Lo estatuído por el artículo 4º del Decreto 1591 de 28 de julio de 1951, no cambió la situación establecida por el mencionado artículo 11 del Decreto 1231, porque, aunque en aquel artículo se dispone que la justicia militar seguirá conociendo de los delitos de asociación para delinquir, ese Decreto sólo entró a regir desde la fecha de su expedición, o sea, desde el 28 de julio, sin efecto retroactivo para procesos iniciados con anterioridad a su vigencia, o lo que es lo mismo, que el Decreto 1591 sólo estatuyó la competencia de la justicia penal militar para conocer de los procesos por el delito de asociación para delinquir que fueran cometidos a partir del mencionado 28 de julio de 1951.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Corresponde a la Sala decidir sobre la colisión de competencias, surgida entre el señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Popayán y el señor Juez Militar de la Brigada de Cali.

Hechos: El Ministerio de Justicia, por Resolución número 248 de ocho de febrero de 1950, comisionó al Juez 40 de Instrucción Criminal, para investigar varios hechos delictuosos cometidos en el municipio de Belalcázar (Depto. del Cauca), en los últimos días del mes de enero de 1950. El funcionario en mención, dictó con fecha trece de abril del año citado, un auto en el que ordenó "tramitar por separado todos los denuncios formulados por incendios, robos, etc. distintos a los sucesos ocurridos en este municipio el día veintiocho de enero de mil novecientos cincuenta". En la misma providencia dispuso, sacar copia de lo conducente para dichos efectos y ellas sirvieron de base para iniciar este sumario por los delitos de asociación para delinquir, incendio robo y otros, contra Alfredo Pill, Martín Iquirá y otros. Practicadas algunas diligencias, el sumario fué enviado por estar cumplido el término de la comisión, al Juzgado Superior Militar de la Tercera Brigada y éste ordenó practicar otras pruebas por conducto del señor Alcalde Municipal de Belalcázar. Posteriormente, el mismo Juzgado Militar, dictó auto de detención contra Martín Iquirá y otros sindicados.

Con fecha diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta y uno, el Juzgado Superior Militar, ordenó enviar las diligencias informativas al Juez Superior de Popayán (Reparto) por competencia, en virtud de lo ordenado por el Decreto Extraordinario número 1231 de primero de junio de 1951, que en su artículo 11, disponía que a partir del 15 de junio de dicho año, la Justicia Militar sólo conocería de los delitos contemplados en el Código de Justicia Penal Militar y de aquellos procesos en los cuales ya se hubiera convocado Consejos de Guerra Verbal, casos en los cuales no se encontraba el proceso en referencia.

El negocio fué repartido a la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior de Popayán, donde se siguió adelantando la investigación. Posteriormente la Fiscalía en providencia que tiene fecha veintisiete de febrero del año en curso, tomando asidero en el Decreto Legislativo Número 1591 de 28 de julio de 1951, devolvió el mentado proceso al Juez Militar de la Tercera Brigada, afirmando que de acuerdo con tal Decreto, correspondía a la Justicia Militar el conocimiento de las mencionadas diligencias, ordenando al mismo

tiempo poner a disposición del Juzgado Militar a los sindicados que habían sido detenidos.

El Juzgado Militar de la Tercera Brigada en auto fechado el diez de marzo pasado, después de hacer un breve análisis de lo preceptuado por los Decretos 1231 y 1591 de 1951, manifiesta que no es competente para conocer del mencionado proceso y dispone devolverlo a la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior, con la advertencia de que en el caso de que no se acepte su conocimiento, le promueve competencia negativa para ante la Corte Suprema de Justicia.

La Fiscalía Superior, no aceptó los puntos de vista del Juzgado Militar y acogió la colisión de competencias propuesta por ese Juzgado, enviando las diligencias informativas a la Corte, para que dirima el incidente surgido en relación con la competencia.

Se considera:

De acuerdo con las constancias de autos, el proceso se adelanta por los delitos de asociación para delinquir, incendio y robo, del cual aparecen sindicados Alfredo Pill, Martín, Pablo Emilio, Gregorio, Laureano, Victoriano, Epifanio, Cenón y Manuel Santos Iquirá y otros. Los delitos en mención se realizaron bajo la vigencia del Decreto Legislativo número 3562 de 1949, que dió a la Justicia Penal Militar la competencia para conocer de los delitos contra el Régimen Constitucional, asociación e instigación para delinquir y apología del delito, contra la salud e integridad colectivas, contra la economía nacional, la industria y el comercio, hurto y robo y contra la vida y la integridad personal, advirtiendo que de estos últimos delitos, sólo conocería cuando se cometieran en conexión con los antes enumerados.

Después se dictó el Decreto número 1534 de 9 de mayo de 1950, que dispuso en su artículo 2º, que los Consejos de Guerra Verbales debían juzgar a los particulares sindicados de los delitos de asociación e instigación para delinquir y apología del delito, contra la salud e integridad colectivas y de los delitos de hurto y robo de ganado mayor, cometidos en las circunstancias previstas en el numeral 7º del artículo 398 del Código Penal y cualquier otro delito del Código Penal y del Código Penal Militar, cometidos en conexidad con los delitos enumerados en ese Decreto.

Fué con fundamento en los Decretos antes relacionados, que el funcionario que inició y adelantó la presente investigación, la remitió al Juez Militar de la Tercera Brigada, por ser el competente para conocer de ella.

Posteriormente se dictaron los Decretos números 1231 y 1591, de fechas primero de junio y 28 de julio de 1951, respectivamente, los cuales dispusieron lo siguiente:

"Artículo 11.—(Decreto 1231). A partir del 15 de junio próximo la justicia penal militar sólo conocerá de los delitos que le están atribuídos por el Código de la materia.

"No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la justicia penal militar seguirá conociendo hasta su terminación, y por el procedimiento especial vigente, de todos aquellos procesos en que al entrar en vigencia esta disposición se haya convocado Consejo de Guerra Verbal".

"Artículo 4º—(Decreto 1591). La justicia penal militar seguirá conociendo de los delitos de asociación e instigación para delinquir de que tratan los artículos 208 y 209 del Código Penal (Ley 95 de 1936), cometidos por personas militares o civiles".

Y el artículo 6º del Decreto antes mencionado, dispone que rige desde la fecha de su expedición, es decir, desde el 28 de julio de 1951.

En conformidad con el artículo 11 del Decreto 1231 de primero de junio de 1951, que se deja transcrito, la justicia militar, en esta fecha sólo quedó con competencia para conocer de los delitos que le atribuía el Código de Justicia Penal Militar y, además, de aquellos procesos por delitos distintos de los contemplados por dicho Código, en los cuales al entrar en vigencia el artículo en mención, ya se hubiera convocado Consejo de Guerra Verbal. Y como en el proceso de que aquí se trata, el primero de junio citado, aun no se había convocado Consejo de Guerra Verbal, la justicia militar perdió la competencia para seguir conociendo de él, pues de otro lado, los delitos investigados no son de los contemplados por el Código de Justicia Penal Militar.

Lo estatuído por el artículo 4º del Decreto 1591 de 28 de julio de 1951, no cambió, en relación con la competencia para conocer del precitado negocio la situación establecida por el mencionado artículo 11 del Decreto 1231, porque aunque en aquel artículo se dispone que la justicia militar seguirá conociendo de los delitos de asociación para delinquir, ese Decreto sólo entró a regir desde la fecha de su expedición, o sea, desde el 28 de julio, sin efecto retroactivo para procesos iniciados con anterioridad a su vigencia o lo que es lo mismo, que el Decreto 1591, sólo estatuyó la competencia de la justicia penal militar para co-

nocer de los procesos por el delito de asociación para delinquir que fueran cometidos a partir del mencionado 28 de julio de 1951.

El problema de la conexidad de los delitos a que alude el señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior, no tiene ocurrencia en el caso presente. Para ello sería necesario que de acuerdo con los Decretos Ejecutivos en mención, al Juzgado Superior Militar le correspondiera el conocimiento del delito de asociación para delinquir, pero ya se ha visto que, en conformidad con esos Decretos no le está atribuído el conocimiento de esa infracción, por haberse cometido el que se investiga en este proceso con anterioridad a la vigencia del nombrado Decreto 1591, y no ser esa infracción de las contempladas por el Código Penal Militar.

De lo anterior se deduce, que el competente para conocer de los delitos de que trata este negocio, es el Juez Superior de Popayán y la colisión de competencias surgida entre los funcionarios mencionados, debe resolverse en el sentido antes indicado, ordenando devolver el expediente al señor Fiscal de dicho Juzgado para los efectos legales pertinentes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, 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 señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Popayán y el señor Jeuz Superior Militar de la Tercera Brigada de Cali, declarando que es al primero de dichos funcionarios y al Juez Segundo Superior de la misma ciudad, a quienes corresponde el conocimiento del presente negocio.

En consecuencia, remítase el proceso al señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Popayán y dése cuenta al Juzgado Superior Militar de la Tercera Brigada de Cali.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS—INTERPRETACION DEL ARTICULO 57 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

La norma del art. 57 del C. de P. P. obvia las dificultades que puedan presentarse cuando existe la circunstancia de que dos jueces puedan conocer del mismo negocio penal, en consideración a la naturaleza del hecho punible, pero que por presentarse en distintos lugares los acontecimientos que reflejan las diferentes fases del acto delictuoso, desde que éste surge en la mente del delincuente hasta su consumación plena, se presenta la duda de saber cuál de esos jueces es el competente para conocer del proceso, duda que la norma despeja señalando unos determinados eventos, los que al cumplirse, o bien todos conjuntamente, o bien unos por separado, otorgan jurisdicción territorial al juez en donde tales hechos se hayan operado.

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

Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

Corresponde a esta Sala de la Corte dirimir de plano la colisión de competencias que ha surgido entre el Juzgado Quinto Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Fiscalía del Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Tunja, en relación con el conocimiento del proceso que por los delitos de estafa y falsedad, se adelanta contra **Georgina Rivera de Rivera** y otros.

La competencia de la Corte se desprende de los artículos 42 —ordinal 4º— y 67 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos:

Dan cuenta los autos que el señor Tesorero General del Departamento de Boyacá, con fecha 22 de junio de 1949, giró el cheque número 73-3615, por la cantidad de tres mil ochocientos cincuenta pesos ($ 3.850.00), a favor del señor Jorge Sarmiento y a cargo del Banco de Bogotá, Sucursal de Tunja; dicho cheque fué pagado por la cantidad mencionada el día 23 del expresado mes. El señor Lucas Meléndez, habilitado de la entidad denominada "Fomento Municipal de Boyacá", con fecha de 5 de agosto de 1949, giró los cheques números 49 y 50, de la chequera número 3861, a favor del señor Luis Pérez Barrera por las cantidades de doce mil trescientos veinticuatro pesos con noventa y nueve centavos ($ 12.324.99) y doce mil setecientos tres pesos con setenta y nueve centavos ($ 12.703.79), respectivamente, a cargo del mismo Banco de Bogotá, Sucursal de Tunja, cheques que fueron pagados por esta entidad el mismo día de su fecha, en un cheque girado a favor del señor Pérez Barrera y contra el Banco de Bogotá, Casa principal de Bogotá.

Así las cosas, ocurrió que probablemente algún empleado del Banco de Bogotá, Sucursal de Tunja, omitió estampar en esos cheques los sellos o perforaciones indicativos de haber sido pagados por el Banco, quedando, en consecuencia, los cheques intactos y sin ninguna constancia sobre su pago. En tales condiciones los tres cheques fueron sacados del Banco, Sucursal de Tunja, y fueron presentados en el Banco, Casa principal de Bogotá para que allí fueran pagados, operación que se realizó después de haber obtenido el Banco de su Sucursal de Tunja, la certificación sobre la legalidad de los cheques, con base en el saldo existente en esas fechas en las respectivas cuentas corrientes de los giradores, autenticidad de las firmas de éstos, números de sus chequeras, etc. Por estos hábiles medios, determinadas personas obtuvieron que el Banco de Bogotá, Casa principal de Bogotá, les hiciera entrega de la cantidad total de veintiocho mil ochocientos setenta y ocho pesos con setenta y ocho centavos ($ 28.878.78), valor de los tres cheques referidos, suma que representa un perjuicio para la entidad pagadora y de la cual se aprovecharon los cobradores en su propio provecho.

La colisión

El señor Guillermo Esquivel Ardila, detective de la Policía Nacional, llamado por el Abogado del Banco de Bogotá para averiguar la pérdida de algunos dineros del Banco, presentó denuncia criminal ante el señor Juez Primero Penal del Circuito de Tunja, quien comisionó al señor Juez de Permanencia, de la misma ciudad para iniciar y adelantar la correspondiente investigación. Posteriormente, el Juzgado 75 de Instrucción Criminal, residente en Tunja, continuó la investigación por disposición del Ministerio de Justicia. Dicho Juzgado, por auto de 30 de septiembre de 1949, ordenó la detención preventiva de los inculpados Georgina Rivera de Rivera y Pedro León Rosas, quienes fueron aprehendidos y conducidos en calidad de detenidos a la Guardia de la División de Policía "Boyacá".

El señor Juez Primero Penal del Circuito de Tunja, a quien correspondió en reparto este proceso, por auto de 7 de octubre de 1949, libró boleta de detención a los sindicados Pedro León Rosas y Georgina Rivera de Rivera, al Director de la Penitenciaría de la misma ciudad.

Posteriormente, el señor Juez Tercero Superior de Tunja, por auto de 31 de julio de 1950, resolvió enviar el proceso al Juez Superior de Bogotá, por considerar, sin dar razón alguna que era el competente para conocer.

El señor Juez Quinto Superior de Bogotá, a quien correspondió en reparto, por auto de 20 de octubre de 1950, provoca la competencia negativa al señor Juez Tercero Superior de Tunja, por considerar que el delito de estafa que se investiga tuvo al menos su ideación y su iniciación en la ciudad de Tunja, lugar en donde se presentó el denuncio, se inició la investigación y se detuvieron, preventivamente a los inculpados.

El señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Tunja, a quien por disposición del artículo 1º del Decreto Nº 1231 de 1951, corresponde la instrucción de los sumarios por delitos de la competencia de los Jueces Superiores, en providencia del 2 de junio del año en curso, no aceptó las razones dadas por el Juez Quinto Superior de Bogotá, por considerar que "los actos consumativos del delito de estafa, que es el que aparece configurado en el expediente, tuvieron su cumplimiento y éxito al obtener que la Casa Principal del Banco de Bogotá, en Bogotá, pagara los tres cheques a que se ha hecho referencia".

Indudablemente el caso aquí contemplado, no surge por razón de ser los delitos continuados o crónicos, ni tampoco por haberse consumado en lugar desconocido o en el extranjero. El caso lo contempló el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, ya que las presuntas infracciones —falsedad y estafa— de que se sindica a los procesados, por su naturaleza especial, es decir, por haberse ejecutado el delito, en sus diferentes fases, dentro de dos jurisdicciones distintas, aquella disposición permite la decisión de la colisión provocada, puesto que en tal evento, se trata de "lugares distintos", en cuyo caso prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho y del lugar donde primero se formuló el denuncio, en que primero se inició la instrucción, y en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado.

En el caso a estudio los eventos antes enunciados han tenido su realización en la ciudad de Tunja que pertenece al Distrito Judicial de la misma ciudad. Pues, siendo el Juez Superior de Tunja el competente por la naturaleza del hecho, y habiéndose en dicho lugar presentado el denuncio, iniciada y adelantada la investigación y aprehendido a los inculpados, es a dicho Juez a quien corresponde el conocimiento del negocio.

La norma del artículo 57 citado, obvia las dificultades que puedan presentarse cuando existe la circunstancia de que dos Jueces puedan conocer del mismo negocio penal en consideración a la naturaleza del hecho punible, pero que por presentarse en distintos lugares los acontecimientos que reflejan las diferentes fases del acto delictuoso, desde que éste surge en la mente del delincuente hasta su consumación plena, se presenta la duda de saber cuál de esos Jueces es el competente para conocer del proceso, duda que la norma despeja señalando unos determinados eventos los que al cumplirse, o bien todos conjuntamente, o bien unos por separado, otorgan jurisdicción territorial al Juez en donde tales hechos se hayan operado.

Estando acreditado —como ya se dijo— que tales eventos se cumplieron en la ciudad de Tunja, la colisión aquí planteada no puede decidirse sino hallándole la razón al señor Juez Quinto Superior del Distrito Judicial de Bogotá y decidiendo, en consecuencia, que es competente para conocer del presente proceso el señor Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Tunja.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

de la ley, DIRIME la colisión de competencias suscitada entre el señor Juez Quinto Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el señor Fiscal del Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Tunja, para conocer del proceso contra Georgina Rivera de Rivera y otros, por los delitos de falsedad y estafa, señalando dicha competencia al señor Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Tunja, dando cuenta previamente al señor Juez Quinto Superior de Bogotá.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

EL ESTADO DE NECESIDAD EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD — PARA QUE PUEDA APLICARSE LA NORMA DEL ARTICULO 429 DEL C. P., SE REQUIERE QUE EL REINTEGRO SEA TOTAL Y COMO CONSECUENCIA DE UN ACTO ESPONTANEO DEL AGENTE DEL DELITO — TECNICA DE CASACION

1.—Refiriéndose al estado de necesidad, dijo la Corte: "Este motivo tiene estrecha semejanza con la legítima defensa, por cuanto en ambas figuras se requiere la existencia de un grave peligro, inminente e inevitable de otro modo; ambas circunstancias entrañan situaciones de necesidad y angustia basadas en el instinto de conservación, que obra como fuerza impulsora de la acción o reacción que surge de dichos fenómenos jurídicos.

"Lo que en realidad de verdad diferencia la legítima defensa del estado de necesidad, es que en la primera se reacciona contra un agresor injusto, mientras que en la segunda no existe ese agresor, pues tal estado de necesidad no es "sino una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, también jurídicamente protegidos". De ahí que el agente activo del delito obre, bajo este estado contra un inocente.

"Pero esta diferencia marca —dice con toda razón el señor Procurador Delegado— un principio orientador muy notable en materia probatoria, a saber: que la aceptación del estado de necesidad es mucho más rígida y exigente que en la legítima defensa, precisamente porque en aquél la víctima es inocente y está amparada en el bien jurídido que sufre la lesión.

"Por eso, nuestro Código Penal requiere expresamente (lo que no exige para la legítima defensa) que el peligro no sea evitable de otra manera y que no deba afrontarse por obligación profesional (artículo 25, numeral 3º)".

"Y en tratándose del estado de necesidad en delitos contra el patrimonio, es mucho más severo y restringido, ya que sólo limita la justificación del hecho a la subsistencia o vestido de la propia persona, o a la de su familia (se excluye el tercero o particular), siempre que 'se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas' (art. 430)".

2.—La disposición contenida en el artículo 429 del Código Penal no deja duda de que el reintegro tiene que ser total y como consecuencia de un acto espontáneo del agente del delito, quien así demuestra su arrepentimiento.

El reintegro total se justifica porque en los delitos contra el patrimonio el bien jurídico que se lesiona es la propiedad, y la ley toma en cuenta, al sancionarlos, el perjuicio sufrido por el sujeto pasivo del delito. Por manera que si a éste se le devuelve el objeto materia del ilícito, el daño privado desaparece y el hecho punible adquiere menor gravedad, que debe compensarse con una sanción benigna y equitativa.

Pues, no puede olvidarse que el arrepentimiento del agente del delito, claramente demostrado por la libre y espontánea restitución del objeto materia del ilícito, es el aspecto más interesante de la norma, ya que en el sistema de la actividad psico-física como base de la imputabilidad penal y del estado peligroso como medida de la sanción, dicho arrepentimiento está indicando que el sujeto tiene sentimientos nobles y capacidad de readaptación para la vida en comunidad; es decir, que es menos peligroso, lo cual comporta una prudente reducción de la pena.

3.—En el recurso extraordinario de casación no basta plantear tesis jurídicas, sino que es necesario sustentarlas adecuadamente para que la Corte pueda entrar en un estudio de fondo al respecto. Ello, porque no se trata de una tercera instancia, sino de un debate razonado, y en que se enfrentan la sentencia recurrida y la ley, en orden

a tutelar el imperio de ésta y a uniformar la jurisprudencia.

De otro lado, el sistema de remitir a la Corte sobre los alegatos de instancia y demás piezas que conocieron los sentenciadores en el curso del juicio, resulta inadmisible. Tales actuaciones tienen su vigencia sólo para el Juez y Tribunal respectivos, y caducan cuando son aplicados por ellos en el fallo definitivo. De donde se sigue que el autor de la demanda de casación, si lo estima oportuno, debe reproducir en su libelo aquellos argumentos esgrimidos ante los juzgadores y consignar también las réplicas que haya necesidad de hacer para combatir las razones dadas por el Tribunal al no acoger los puntos de vista sustentados por las personas que intervienen en el proceso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de cinco de mayo del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a **Enrique Mosquera Jaramillo** a la pena principal de tres años de presidio, como responsable del delito de robo de una cantidad de alcohol potable perteneciente al Departamento del Valle del Cauca.

Contra este fallo se interpuso recurso de casación. Se recibió el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y, como se hallan cumplidos los requisitos legales, se procede al estudio de la demanda.

Hechos y actuación procesal.

Dan cuenta los autos que en las horas de la madrugada del día diez y siete de febrero de mil novecientos cincuenta, los hermanos Faustino y Enrique Mosquera Jaramillo, valiéndose de llave falsa preparada al efecto, sustrajeron, ilícitamente, de los depósitos de la Fábrica de Licores del Departamento del Valle del Cauca una cantidad de alcohol potable. Inmediatamente después de consumado el ilícito fué capturado el procesado Enrique Mosquera quien, en su declaración instructiva, confesó el hecho en la forma siguiente:

"Resulta que el jueves pasado, serían más o menos las dos de la mañana, con motivo de que estoy recién venido de Dagua aquí a Cali y se me ha frustrado conseguir trabajo y como estoy con la familia aquí pasando trabajos, el jueves a la hora que antes dije, me ví con el guachimán (sic) de la Fábrica de Licores de nombre Ernesto, pero no le sé el apellido y entonces él me dijo que sacáramos un poquito de alcohol, y entonces yo convine porque yo estaba sin trabajo y entonces el guachimán (sic) Ernesto me dejó entrar a los depósitos donde está el alcohol y entonces saqué cinco galones de alcohol y a la salida me cogieron unos detectives y me llevaron a la Oficina de Seguridad y luego me mandaron para la cárcel...".

En atención a la naturaleza del delito y teniendo en cuenta lo dispuesto por los Decretos Extraordinarios Números 2326 y 4137, de 1948, a los procesados se les juzgó mediante el procedimiento breve y sumario de que trata la ley 48 de 1936.

La primera instancia culminó con la sentencia de fecha febrero veintisiete de mil novecientos cincuenta y uno, pronunciada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali, en virtud de la cual el procesado Enrique Mosquera Jaramillo fué condenado a la pena principal de dos años de presidio, como responsable del delito de robo frustrado.

Pero al surtirse la apelación ante el Tribunal —en segunda instancia— dicha entidad condenó al acusado a la pena principal de tres años de presidio, reformando el fallo anterior en el sentido de considerar a Mosquera como autor de un delito consumado, y no frustrado. Contra la sentencia del Tribunal —como ya se dijo— se interpuso recurso de casación.

Demanda

El recurrente invoca y sustenta como causales de casación la 2ª y la 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pero sin hacer capítulos separados de cada una de ellas.

Como en este caso ambos motivos tienen íntima relación, la Sala los estudiará conjuntamente, siguiendo el orden lógico traído por la Procuraduría.

Causales 1ª y 2ª—Mala aplicación de la ley penal y errada interpretación e indebida apreciación de los hechos.

Los cargos fundamentales que el demandante hace a la sentencia recurrida en casación, son los siguientes:

a) Que el Tribunal no tomó en cuenta a pesar de estar acreditado en el proceso, el hecho de la apremiante necesidad de proveer a su subsistencia en que se encontraba el procesado en el momento de cometer el hecho, "eximente de responsabilidad de acuerdo con las voces del artículo 430 del Código Penal";

b) Que el Tribunal tampoco aceptó, siendo el caso de admitirlo, por estar acreditado en el proceso, el reintegro del valor de los objetos sustraídos que hizo el acusado durante la audiencia pública, con lo cual se infringió el artículo 429 ibidem;

c) Que el Tribunal aplicó indebidamente la ley penal, por haber reprimido el robo como agravado, "sin parar mientes en el hecho de que el acto no se agotó en un lugar habitado ni en sus dependencias"; y,

d) Que, conforme a las razones aducidas por el Juez de primera instancia, se trata de un robo frustrado, y no consumado, como lo apreció el Tribunal.

Se estudiarán los cargos separadamente.

Primer cargo. — Estado de necesidad en que obró el acusado al cometer el delito.

El demandante afirma que el procesado obró en estado de necesidad, pues, "no tenía otro medio lícito de satisfacer sus necesidades: había sido despedido sin culpa de su parte de la Fábrica de Licores.... Estaba sin trabajo, hostilizado por las circunstancias que lo rodeaban". Afirma luego que "el Tribunal Superior de Cali no tomó en cuenta, a pesar de estar acreditado en el proceso, el hecho de la apremiante necesidad de proveer a su subsistencia en que se encontraba mi defendido por la época en que tomó suyos los cincuenta (sic) litros de alcohol de la Fábrica de Licores del Departamento del Valle, hecho éste eximente de responsabilidad...".

Con estos argumentos y refiriéndose al estado en que se encontraba el país por la época en que el procesado cometió el delito, concluye el demandante pidiendo se infirme el fallo recurrido, por estar fundado en una indebida apreciación de tales hechos.

Se considera:

De esta causal de justificación genérica, —dijo la Corte en sentencia de 21 de abril de 1950— hizo el legislador una aplicación específica al tratar de los delitos contra la propiedad, pues el artículo 430 del Código Penal expresa:

"Queda eximido de responsabilidad el que ejecute cualquier delito contra la propiedad, llevado por apremiante necesidad de proveer a su subsistencia o vestido, o a las de su familia, cuando no hubiere tenido otro medio lícito de satisfacer esas necesidades, siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas".

"Este motivo de justificación —ha dicho la Corte— tiene estrecha semejanza con la legítima defensa, por cuanto en ambas figuras se requiere la existencia de un grave peligro, inminente e inevitable de otro modo; ambas circunstancias entrañan situaciones de necesidad y angustia basadas en el instinto de conservación, que obra como fuerza impulsora de la acción o reacción que surge de dichos fenómenos jurídicos.

"Lo que en realidad de verdad diferencia la legítima defensa del estado de necesidad, es que en la primera se reacciona contra un agresor injusto, mientras que en la segunda no existe ese agresor, pues tal estado de necesidad no es "sino una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, también jurídicamente protegidos". De ahí que el agente activo del delito obre, bajo este estado, contra un inocente.

"Pero esta diferencia marca —dice con toda razón el señor Procurador Delegado— un principio orientador muy notable en materia probatoria, a saber: que la aceptación del estado de necesidad es mucho más rígida y exigente que en la legítima defensa, precisamente porque en aquél la víctima es inocente y está amparada en el bien jurídico que sufre la lesión.

"Por eso, nuestro Código Penal requiere expresamente (lo que no exige para la legítima defensa) que el peligro no sea evitable de otra manera y que no deba afrontarse por obligación profesional (artículo 25, numeral 3º)".

"Y, en tratándose del estado de necesidad en delitos contra el patrimonio, es mucho más severo y restringido, ya que sólo limita la justificación del hecho a la subsistencia o vestido de la propia persona, o a la de su familia (se excluye el tercero o particular), siempre que "se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas (artículo 430)".

La realidad procesal que este proceso exhibe en manera alguna demuestra el apremiante estado de necesidad que alega el demandante. Y

es de advertirse que los juzgadores, tanto de primero como de segundo grado, no sólo no pasaron por alto esa eximente de responsabilidad —como dice el recurrente—, sino que a espacio la analizaron, llegando a la conclusión de que no estaba probada, porque aún aceptando que el acusado se hallaba en dificultades económicas, que se apropió lo proporcional para satisfacerlas, que no es persona peligrosa y que no ejerció violencia contra las personas, sin embargo, "falta para la tipificación de la eximente un presupuesto esencialísimo, como es el de que el agente no hubiera tenido otro medio lícito de satisfacer esas necesidades y de autos aparece que el procesado Mosquera es un hombre joven, lleno de energías físicas e intelectuales que lo capacitan para ganarse la vida en forma honrada...".

El hecho de que el procesado hubiera sido despedido "sin culpa de su parte de la Fábrica de Licores" y que por tal razón estuviera sin trabajo, no es motivo que por sí sólo acredite la "apremiante necesidad" de proveer a la subsistencia o vestido del sujeto despedido o a la de su familia, ni a carecer de "otro medio lícito de satisfacer esas necesidades", como claramente lo exige el artículo 430 del Código Penal. Porque —como lo anota el colaborador— bien puede acaecer que esa persona tenga otras fuentes de subsistencia, distintas del sueldo, o que, aún careciendo de ellas, esté en capacidad de recurrir a otros caminos honestos para solventar su difícil situación, sin llegar al trance extremo de apropiarse del patrimonio de otra persona.

Y es un hecho plenamente acreditado en el proceso el de que Mosquera en otras ocasiones también se encontró sin trabajo, en malas condiciones económicas, sin que hubiera tenido necesidad de apropiarse lo ajeno para su subsistencia, sino que, para remediar aquella situación acudió a sus amigos Luis Jorge Rodríguez, Jesús María Martínez y Napoleón Lobatón, quienes lo auxiliaron en dinero y algunas veces lo llevaron a sus casas para darle comida, mientras conseguía trabajo, según sus propias declaraciones.

No parece demostrado que en esta nueva desocupación el procesado hubiera acudido a sus amigos en busca de auxilio y le hubiera sido negado, ni que hubiera hecho todas las diligencias del caso para conseguir trabajo, sin resultado positivo. Es decir, que no se halla acreditado que Mosquera, para remediar su "apremiante necesidad de proveer a su subsistencia" hubiera buscado otro medio lícito para satisfacer esas necesidades, sin obtenerlo, y en tales circunstancias angustiosas no le quedaba otro camino que el apropiarse ilícitamente de lo ajeno. Pues, sólo en este caso podría quedar exento de responsabilidad.

Pues, bien sabido es que las causales de justificación, como motivos excepcionales y extraordinarios que son, en orden a exonerar la responsabilidad, deben aparecer debidamente comprobadas para que el juzgador pueda evidenciar que el agente procedió conforme a derecho y para defender un bien jurídicamente tutelado y puesto en grave peligro. Cuestión que no aparece acreditada en autos.

Lo anterior indica que el primer cargo de la demanda debe desecharse.

Segundo cargo.—No haberse dado aplicación por el Tribunal a lo dispuesto por el artículo 429 del Código Penal.

Sobre el particular dice el recurrente:

"El Tribunal Superior no analizó el hecho, no obstante estar suficientemente acreditado, en el proceso, de haber el encausado entregado durante la celebración de la audiencia al señor Juez, la suma de cincuenta y tres pesos para indemnizar los perjuicios sufridos por la Fábrica de Licores del Departamento del Valle, hecho que si lo hubiera tenido en cuenta lo habría llevado, en subsidio, a dar aplicación al artículo 429 del Código Penal...".

En realidad de verdad tiene razón el demandante, pues el hecho aparece plenamente acreditado. En efecto, los peritos señores Carlos Sandoval G. y Carlos A. Vargas, nombrados para avaluar los perjuicios ocasionados con el delito, expusieron: "Tenemos a la vista cinco galones conteniéndo (sic) cada galón cinco botellas de alcohol fino, o sea un total de veinticinco botellas, las que avaluamos en la suma de **Cincuenta pesos ($ 50.-** 00) a razón de dos pesos ($ 2.00) botella. Dejamos en esta forma rendida nuestra exposición como peritos...".

Y en la diligencia de audiencia pública celebrada en esta causa por el Juzgado del conocimiento, se dice: "En este estado el procesado manifiesta que ha recogido la suma de **Cincuenta y tres pesos** ($ 53.00) que entrega al Juzgado con el fin de pagar a la Industria Licorera del Valle los posibles perjuicios que haya podido sufrir por el delito de que se le acusa y que en consecuencia solicita se le dé aplicación a lo dispuesto por el art. 429 del Código Penal, rebajándole la pena que le pueda corresponder. El señor Juez recibió el dinero, disponiendo hacer el depósito de él en el Banco de la República de esta ciudad".

El Juez de primera instancia se pronunció al respecto y rechazó la aplicación del artículo 429 del Código Penal, basándose en lo siguiente:

"No es el caso de dar aplicación al artículo 429 del C. Penal, aun cuando la devolución se ha hecho en tiempo oportuno, porque en primer lugar el procesado no ha restituído el objeto que fué materia de la infracción (veinticinco (25) botellas de alcohol) y el cual le sería difícil debido a que fué decomisado cuando salía con el fruto del delito; y en segundo lugar, porque dentro del proceso la víctima no se ha constituído parte civil para solicitar el justiprecio de los daños causados por la infracción y el Ministerio Público olvidó el cumplimiento de su deber (art. 93 C. P.), y acorde con los arts. 24 y 24 (sic) de la ley 4ª de 1943 si las partes no piden o contribuyen a fijar su cuantía los perjuicios por no haberse avaluado no pueden expresarse en una suma concreta determinada...".

El Tribunal no hizo ningún análisis acerca de este aspecto de la individualización de la pena. Implícitamente aceptó lo resuelto por el Juzgado.

Se considera:

La disposición contenida en el artículo 429 del Código Penal no deja duda de que el reintegro tiene que ser total y como consecuencia de un acto espontáneo del agente del delito, quien así demuestra su arrepentimiento.

El reintegro total se justifica —ha dicho la Corte de acuerdo con la Procuraduría— porque en los delitos contra el patrimonio el bien jurídico que se lesiona es la propiedad, y la ley toma en cuenta, al sancionarlos, el perjuicio sufrido por el sujeto pasivo del delito. Por manera que si a éste se le devuelve el objeto materia del ilícito, el daño privado desaparece y el hecho punible adquiere menor gravedad, que debe compensarse con una sanción benigna y equitativa.

Pues, no puede olvidarse que el arrepentimiento del agente del delito, claramente demostrado por la libre y espontánea restitución del objeto materia del ilícito, es el aspecto más interesante de la norma, ya que en el sistema de la actividad psico-física como base de la imputabilidad penal y del estado peligroso como medida de la sanción, dicho arrepentimiento está indicando que el sujeto tiene sentimientos nobles y capacidad de readaptación para la vida en comunidad: es decir, que es menos peligroso, lo cual comporta una prudente reducción de la pena.

En el presente caso, es evidente que el acusado no pudo hacer la restitución del alcohol sustraído, precisamente porque pocos minutos después de consumado el ilícito, fué capturado por la autoridad y le decomisó íntegramente el dicho alcohol. No tuvo, por lo tanto, ninguna oportunidad para devolver el fruto de su ilícito, pues, mal podía reintegrar lo que ya se le había quitado con destino al perdidoso, quien, por el mismo hecho de haber obtenido la devolución inmediata del alcohol materia de la infracción, no sufrió perjuicios apreciables en su patrimonio, "pues no se vé en qué pudo radicar el daño emergente y el lucro cesante con actos tan fugaces como el de quitar a Mosquera el licor del lugar donde se hallaba y el de recuperarlo a su dueño a pocos pasos de distancia, por conducto de la autoridad". Bien seguro es que debido a esta circunstancia, ni el Departamento del Valle del Cauca ni el Agente del Ministerio Público se preocuparon por establecer en el proceso la existencia del perjuicio y el monto de su correspondiente indemnización. Mas, sin embargo, si hubo algún daño que hubiera sufrido la víctima en su patrimonio, quedó ampliamente reparado con los cincuenta y tres pesos ($ 53.00) que el acusado espontáneamente entregó para tal fin ante el Juez del conocimiento, o sea, más de la suma fijada por los peritos como valor del alcohol sustraído.

Lo anterior indica que este reintegro, esta indemnización es el que debe favorecer al acusado, porque fue hecho voluntariamente cuando hubiera podido no serlo, y porque no podía reintegrar más, puesto que el alcohol sustraído —como ya se dijo— fué, pocos momentos después de la sustracción, a poder de su dueño, quien, por tal motivo y por haber recibido además cincuenta y tres pesos ($ 53.00), no sufrió menoscabo alguno en su patrimonio.

En tal virtud, por este aspecto, están probadas las causales 1ª y 2ª de casación alegadas y, por lo tanto, debe reformarse parcialmente el fallo acusado.

Tercer cargo.—Que el Tribunal reprimió el robo como agravado.

Sobre el particular dice el demandante:

"El Tribunal aplicó indebidamente la ley penal, violándola, al haber considerado que el caso de mi defendido cabe dentro de la modalidad del robo agravado por haber hecho uso —dice— de llaves falsas, sin parar mientes en el hecho de que el acto no se agotó en un lugar habitado ni en sus inmediaciones. A este respecto os pido, tengáis si hay oportunidad para ello, las

razones que expongo en el memorial de defensa presentado durante la audiencia pública...". (El subrayado es de la Sala).

Como puede apreciarse, el recurrente se limita a enunciar el problema sobre violación de la ley penal, en cuanto a la especie del robo, pero no entra a demostrar su aserto.

"En el recurso extraordinario de casación —dice el señor Procurador Delegado en lo Penal— no basta plantear tesis jurídicas, sino que es necesario sustentarlas adecuadamente para que la Corte pueda entrar en un estudio de fondo al respecto. Ello, porque no se trata de una tercera instancia, sino de un debate razonado, y en que se enfrentan la sentencia recurrida y la ley, en orden a tutelar el imperio de ésta y a uniformar la jurisprudencia.

"De otro lado, el sistema de remitir a la H. Corte sobre los alegatos de instancia y demás piezas que conocieron los sentenciadores en el curso del juicio, resulta inadmisible. Tales actuaciones tienen su vigencia sólo para el Juez y Tribunal respectivos, y caducan cuando son replicadas por ellos en el fallo definitivo. De donde se sigue que el autor de la demanda de casación, si lo estima oportuno, debe reproducir en su libelo aquellos argumentos esgrimidos ante los juzgadores y consignar también las réplicas que haya necesidad de hacer para combatir las razones dadas por el Tribunal al no acoger los puntos de vista sustentados por las personas que intervienen en el proceso".

Lo anterior indica que hay sustracción de materia en lo concerniente a este tercer cargo y, por lo tanto, se desecha.

Lo mismo puede decirse en cuanto al cargo de haberse considerado en la sentencia recurrida un robo consumado, en vez de un robo imperfecto. El demandante no hizo el menor esfuerzo por probar que la sentencia violó las normas sobre delito tentado y delito perfecto y que el robo de que aquí se trata apenas tuvo los caracteres de un hecho frustrado, y no consumado.

Por tal razón, el último cargo tampoco prospera.

Habiéndose aceptado, en parte, la validez de las causales 2ª y 1ª alegadas por el demandante, 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 debiéndose dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 429 del Código Penal, por la indemnización que el procesado hizo a la persona ofendida, ha de reducirse la pena de tres años de presidio que trae la sentencia, en la mitad, o sea en diez y ocho meses, quedando la de un año y seis meses de presidio que es la que la Sala considera justa y equitativa, por ausencia de factores agravantes, conforme al artículo 36 del Código Penal, y porque el Tribunal así lo resolvió en el fallo recurrido.

En mérito de 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, IVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando en cuanto por ella se condena a Enrique Mosquera Jaramillo a la pena principal de tres años de presidio, por el delito de robo de una cantidad de alcohol potable, y en su lugar lo condena a un año y seis meses de la misma pena.

En lo demás queda en firme el fallo, pero la accesoria de la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar el mismo tiempo de la pena principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO SE CONFIGURA DELITO PORQUE UN FUNCIONARIO JUDICIAL INTERVENGA EN POLITICA

Ya ha dicho la Corte en varias ocasiones, que lo que la Constitución Nacional y la ley prohiben, es que los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados de la misma, sean miembros activos de los partidos políticos o intervengan en debates de carácter electoral o político. Y esta situación existe cuando forman parte de directorios políticos o cuando intervienen en debates electorales o políticos respecto de los actos preparatorios, coetáneos o posteriores al debate. Toda otra actuación que no tenga relación directa con esas actividades, puede ser censurable para el funcionario que la realiza y ser constitutiva de causal de mala conducta, pero no alcanza a ser un ilícito prohibido y sancionado por la ley penal.

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

(Magistrado ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, su sentencia de fecha nueve de octubre del año pasado, por la cual declara que los hechos denunciados en este proceso por el doctor Osías Lozano Quintana "no constituyen infracciones, del Código Penal y, en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Antonio María Libreros, ex-Juez Primero Superior de Buga, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del C. de P. Penal".

Hechos: Con fecha ocho de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, el doctor Osías Lozano Quintana, formuló denuncia criminal ante el Tribunal Superior de Buga, contra el doctor Antonio María Libreros, quien por entonces desempeñaba el cargo de Juez Primero Superior de la mencionada ciudad, "por los delitos de "prevaricato", "denegación de justicia" y por los delitos de que trata el **Título II**, libro especial, del Código Penal", e hizo consistir los hechos materia de la denuncia, en lo siguiente:

"El 9 de abril último el señor doctor **Libreros,** juez primero superior de este distrito, en ejercicio, se lanzó a la plaza y calles públicas de esta ciudad para incitar al desconocimiento de las autoridades y para lanzar a la muchedumbre contra el régimen constitucional de Colombia: multitud de personas lo escucharon.

"Ese mismo día, en actitud política, sin respetar la dignidad de su cargo o de su investidura de juez en ejercicio, invocó los sentimientos liberales para clamar, públicamente, retaliaciones políticas por la muerte de que, desgraciadamente, fué víctima el eminente colombiano doctor **Jorge Eliécer Gaitán".**

"Sin embargo sigue tan campante en su puesto.

"Pero los delitos que con esa actuación cometió, deben investigarse.

"Luego, en proceso que por reato de **"homicidio"** se sigue contra Antonio José Patiño García, por animadversión política hacia el suscrito, quien actúa como apoderado del sindicado y también por sentimiento de política contra el propio sindicado, que pertenece al partido conservador, atropellando todas las leyes procesales, cerró intempestiva y extemporáneamente la investigación; denegó recursos que son atendibles y, lo que es peor, demoró más de un mes, con multitud de frívolos pretextos pero por intenciones recónditas, considerar una solicitud de excarcelación que el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal le manda considerar en el curso de 48 horas.

.....

"Y para hacer más difícil la defensa del procesado, todo por sentimientos de politiquería y por animadversión al suscrito, involucró los procedimientos y llamó a juicio al sindicado **Patiño,** cuando había multitud de pruebas trascendentales por practicar, unas que de las citas anteriores surgían, y otras que el suscrito había demandado".

Posteriormente el denunciante reafirma su de-

nuncio en escrito de fecha diez de julio del mismo año de mil novecientos cuarenta y ocho y se ratificó en los cargos contra el doctor Libreros, el veintidos de julio siguiente, en diligencia llevada a cabo ante la Presidencia del Tribunal Superior de Buga. En ésta vuelve a sostener que el doctor Libreros tuvo intervención activa en los sucesos del nueve de abril en la ciudad de Buga y ha observado una conducta parcial, por animadversión política, en el proceso adelantado en su despacho contra Antonio José Patiño García, por el delito de homicidio.

Al informativo se trajeron en copia, el Acuerdo de nombramiento del doctor Antonio María Libreros para el cargo de Juez Primero Superior de Buga y el de confirmación del mismo, la diligencia de posesión para entrar a ejercer el mismo empleo y una certificación, suscrita por el alcalde de Buga y su secretario, según la cual en el tiempo en que tuvieron lugar los hechos investigados se encontraba en ejercicio de las funciones de Juez Primero Superior de dicha ciudad.

Con la mira de establecer la realidad de los hechos denunciados, se llevaron a cabo diversas diligencias. Se practicó una Inspección Ocular, para determinar el movimiento de negocios en el Juzgado Primero Superior de Buga en el lapso comprendido entre el primero de mayo y el primero de julio de mil novecientos cuarenta y ocho; se recibió declaración bajo juramento a Antonio José Patiño García, de acuerdo con la referencia que le aparece del denuncio; se trajo copia del auto de proceder dictado contra dicho sujeto, en el proceso que se le seguía por el delito de homicidio, en el que también se hace la declaración de que ese negocio es de competencia de la justicia ordinaria y se le niega la libertad incondicional y la libertad provisional; igualmente obra una diligencia de Inspección Ocular, sobre el expediente contra el mencionado Patiño García; se recibieron varias declaraciones, sobre los sucesos del día nueve de abril en la ciudad de Buga; y finalmente, el sindicado doctor Antonio María Libreros, rindió declaración indagatoria por los cargos que se le hacen en el proceso.

Con base en la denuncia y en las ampliaciones a ésta, los delitos imputados al procesado, pueden reducirse a los siguientes:

a) Delitos contra el Régimen Constitucional y la seguridad interior del Estado, constituídos por la intervención que tuvo el sindicado en los sucesos del día 9 de abril de 1948, en la ciudad de Buga;

b) Abuso de autoridad, por intervención en política; por demoras en la tramitación del proceso contra Patiño García y por entorpecer las investigaciones que se adelantaban en diversos lugares del Distrito Judicial de Buga, por los sucesos del nueve de abril; y

c) Prevaricato, consistente en haber procedido con parcialidad en el proceso contra Antonio José Patiño García, por el delito de homicidio, conducta originada en animadversión u odio contra el procesado y contra su representante legal.

En lo que respecta al primero de los cargos que el denunciante hace al doctor Libreros, aparecen las siguientes comprobaciones:

El testimonio del señor Gil Núñez, quien dice que el día nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, se encontraba cerca del edificio donde funciona la estación emisora "Guadalajara" de Buga y desde ese sitio oyó hablar al doctor Antonio María Libreros ante numeroso público, diciendo que era amigo personal del doctor Jorge Eliécer Gaitán y con él había hecho varias giras políticas por el Departamento de Cundinamarca y por ese motivo se veía en la obligación de hablar en ese momento; que manifestó que había que tomar medidas para que no se siguiera asesinando a los Jefes Liberales y el declarante se retiró del lugar donde se encontraba, antes de que Libreros terminara su discurso, pero en los apartes que le oyó, no se refirió a desconocimiento del Gobierno ni excitó al público a cometer actos subversivos (flio. 45).

El señor Marino Corrales Jaramillo (flio. 87v y 88), propietario de la emisora "Guadalajara", al ser interrogado dice, que estando presente hablaron muchas personas y por último, insinuaron al doctor Libreros para que hablara al público, a lo cual éste se negó en un principio, manifestando que no era necesario, pues ya lo habían hecho otros, pero el doctor José María Marmolejo insistió y entonces Libreros tomo la palabra e hizo una breve exposición, sobre la vida del doctor Gaitán en forma moderada y conciliadora, sin excitaciones a la violencia, muy al contrario de los demás oradores que sí excitaron al pueblo a la revolución y a la violencia.

También obra en los autos la certificación del doctor Alvaro Mena, Juez Penal del Circuito de Buga, quien dice que tuvo oportunidad de escuchar al doctor Libreros en la noche del día nueve de abril y por lo menos en la parte que él escuchó, se limitó a hacer la apología del doctor Jorge Eliécer Gaitán, sin tomar pie en ese doloroso suceso para incitar a la violencia o soliviantar a los ciudadanos, a quienes se dirigió sola-

mente en términos prudentes y moderados. (Flio. 96).

El doctor Libreros al ser indagado, refiriéndose al cargo que se examina, dice:

"...Tomando pie en el conocimiento que tenía de la vida del Dr. Gaitán lo presenté como un modelo de esfuerzo personal y de virtud ciudadana, recordé sus triunfos jurídicos en Roma, sus conocimientos en las ciencias penales, su don de gentes y sus nobles propósitos patrióticos y en cuanto al crimen manifesté que estaba bien la expresión popular de dolor, pero que el juzgamiento de los responsables correspondía a las autoridades jurídicamente constituídas. Al mismo tiempo, recordando los títulos ilustres de mi ciudad natal, y alegando los pocos servicios que yo había prestado a ella, les pedí respeto, cordura para todos, para no manchar en forma alguna la noble y orgullosa tradición de Buga. Después de ésto, creo que la manifestación se disolvió..." (flios. 97 y 98).

En relación con otro cargo de abuso de autoridad, relativo a que trató de entorpecer la labor de los investigadores nacionales en la averiguación de los hechos sucedidos el día nueve de abril, obran numerosos telegramas (flios. 89v. a 94) de los que se deduce que hubo discrepancia en cuanto al conocimiento de esos hechos, entre tales investigadores y el doctor Libreros, y de ahí el cambio de comunicaciones que se cruzaron entre éste y aquéllos.

Para esclarecer el cargo relativo a demoras en la tramitación del negocio contra Patiño García, como se ha dicho, se practicó una Inspección Ocular (flios. 35 y 36), de la que aparece que al doctor Libreros le correspondió en el reparto dicho asunto, e inmediatamente ordenó devolverlo al funcionario de Instrucción para la práctica de varias diligencias, disponiendo sacar las copias respectivas para que se surtiera el recurso de apelación que estaba pendiente contra el auto que negó la libertad del procesado y del cual debía conocer el Juez en lo Penal de Tuluá.

Finalmente, obra en copia el auto de proceder dictado por el sindicado doctor Libreros en su calidad de Juez Primero Superior de Buga, contra Antonio José Patiño García, en el cual se estudia ampliamente la situación jurídica de este procesado por el aspecto del llamamiento a juicio, la excarcelación solicitada y la competencia del Juzgado para conocer del mismo proceso.

Fuera de lo anterior, el sindicado Patiño García, en declaración que rindió en este negocio, interrogado por el cargo constitutivo de prevaricato que al doctor Libreros se le hace, manifiesta:

"...No tengo ningún motivo para expresar que este funcionario —el Juez Primero Superior— me tenga a mí rencor, odio o animadversión, pues hace como tres meses me encuentro detenido en la cárcel de este Distrito, sindicado de homicidio, por cuenta del señor Juez Primero Superior Dr. Libreros y durante este término no tengo ninguna queja en contra de dicho doctor, pues como lo he dicho, ni lo conozco..." (flio. 20).

Se considera:

La calidad oficial del doctor Antonio María Libreros, sindicado en este proceso por los cargos que se dejan relacionados en su condición de Juez Primero Superior de Buga en el tiempo que se dice tuvieron ocurrencia, está debidamente demostrada, de suerte que la Corte es competente para conocer en segunda instancia de la providencia consultada.

El primer cargo relacionado con la comisión de delitos contra el Régimen Constitucional y la seguridad interior del Estado, no aparece demostrado. Todas las pruebas, que en relación con la participación que tuvo el doctor Libreros en los sucesos acaecidos el día nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, en la ciudad de Buga, se lograron traer al informativo, no establecen ese cargo. Según algunos datos que arroja el proceso, en la ciudad de Buga, como en otros lugares del país, en la fecha mencionada, fueron depuestas de sus cargos transitoriamente algunas autoridades, sin que sus autores cometieran violencias contra las personas o contra las propiedades. No existe comprobación de que el doctor Libreros, hubiera participado en ese atentado; parece que su actuación se limitó a concurrir al sitio donde tenía lugar una reunión tumultuaria y a pronunciar desde la emisora "Guadalajara" una arenga o discurso en la que hizo el elogio del doctor Jorge Eliécer Gaitán, sin que incitara a sus oyentes a la comisión de hechos delictivos, llamándolos más bien a observar una conducta serena y calmada. Esto es propiamente, lo que se desprende de los testimonios de Gil Núñez, Marino Corrales Jaramillo y Alvaro Mena, relacionados en otra parte de esta providencia.

Por lo tanto, el cargo que se examina no haría al funcionario sindicado, responsable de los delitos de rebelión ni de sedición, puesto que no hay demostración de que hubiera participado en un levantamiento en armas con finalidades fun-

damentales en cuanto al derrocamiento o cambio del Gobierno Nacional legalmente constituído ni para impedir el cumplimiento de sentencias, leyes, decretos o providencias obligatorias. El hecho concreto imputado al doctor Libreros, es el de haberse reunido tumultuariamente con otros ciudadanos con perturbación del desarrollo pacífico de las actividades sociales y con temor y alarma para otras personas. Pero como lo observa la providencia consultada, en relación con esas actividades del sindicado, es de aplicación el artículo 1º de la Ley 82 de 1948, que concedió amnistía a los procesados por delitos contra el "Régimen Constitucional y la Seguridad interior del Estado", cometidos con ocasión de los sucesos del día nueve de abril de dicho año, disponiendo que los procesos que estuvieren en curso debían darse por terminados.

En cuanto al delito de abuso de autoridad, que pudiera deducírsele por intervención en asuntos políticos y consistente en la actuación de que habla en los apartes anteriores, ese hecho no configura la infracción antes mencionada, expresamente prevista en el artículo 180 del Código Penal. Ya ha dicho la Corte en varias ocasiones, que lo que la Constitución Nacional y la ley prohiben, es que los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, sean miembros activos de los partidos políticos o intervengan en debates de carácter electoral o político. Y esta situación existe, cuando forman parte de directorios políticos o cuando intervienen en debates electorales o políticos respecto de los actos preparatorios, coetáneos o posteriores al debate. Toda otra actuación que no tenga relación directa con esas actividades, puede ser censurable para el funcionario que las realiza y ser constitutiva de causal de mala conducta, pero no alcanza a ser un ilícito prohibido y sancionado por la ley penal.

Y en el caso de autos, la conducta del funcionario sindicado, no puede calificarse como intervención en debates electorales o políticos. Como lo dice la sentencia que se revisa, su actitud si bien fué imprudente, dada su calidad de Juez y las circunstancias anormales en que pronunció ese discurso o arenga, no alcanza a configurar el delito que se examina, porque los términos en que se expresó fueron conciliadores y prudentes y se dirigieron a calmar los ánimos, sin la finalidad de agravar la situación social que se contemplaba en esos momentos.

Los cargos relativos a demoras en la tramitación del proceso contra Patiño García, no tienen asidero en las constancias probatorias. La diligencia de inspección ocular practicada sobre dicho negocio, acredita que el Juez Superior actuó con diligencia y actividad en el perfeccionamiento de este asunto, dictando las providencias que correspondían y ordenando practicar aquellas que consideró necesarias a establecer la verdadera situación jurídica de aquél.

En cuanto a que hubiera tratado de entorpecer las investigaciones que otros funcionarios adelantaban por los sucesos del nueve de abril, este cargo es más bien aparente, pues lo que realmente ocurrió, fué que dicho Juez Superior, si se quiere en forma equivocada, consideró que la competencia para adelantar esos procesos no correspondía a los Jueces de Instrucción Nacionales, es decir, que entre éstos y el sindicado, hubo discrepancias en cuanto a la interpretación de los Decretos Ejecutivos sobre esa materia.

Finalmente, el cargo de prevaricato tampoco aparece demostrado. En el informativo obra en copia el auto de proceder que el doctor Libreros en su condición de Juez Superior de Buga, dictó contra Antonio José Patiño García, por el delito de homicidio. En esa providencia, se observa que dicho Juez estudió en forma amplia y minuciosa la situación jurídica del sindicado, el problema de la competencia para conocer de ese asunto y los motivos de orden legal y jurídico, que no permitían otorgarle la libertad incondicional ni aun siquiera la libertad provisional.

En la providencia de que antes se habla, no aparece que al proceder así ese funcionario, lo hubiera hecho en forma contraria a la ley, y a sabiendas de su violación, inspirado por sentimientos de animadversión hacia el procesado o hacia su representante legal. Es el mismo procesado Patiño García, quien desvirtúa dicho cargo, pues en la declaración que se deja transcrita, manifiesta que no tiene ningún motivo para decir que el Juez Superior doctor Libreros, le tenga rencor, odio o animadversión, pues durante el tiempo en que ha estado preso por su cuenta, no tiene queja ninguna.

El Procurador Delegado en lo Penal, en el concepto emitido sobre la legalidad de la providencia consultada, solicita su confirmación, porque encuentra que los autos reflejan la situación contemplada por el artículo 153 del C. de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, 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, CONFIRMA la sentencia de la revisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS ENTRE LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA MILITAR PARA CONOCER DE UN PROCESO POR DELITOS DE ASOCIACION E INSTIGACION PARA DELINQUIR Y OTROS

De acuerdo con el artículo 11 del Decreto 1231 de 1º de junio de 1951, a partir del 1º de junio del mismo año, la justicia militar sólo quedó con competencia para conocer de los delitos que le atribuía el Código de Justicia Penal Militar y, además, de aquellos procesos por delitos distintos de los contemplados por dicho Código, en los cuales, al entrar en vigencia el artículo en mención, ya se hubiera convocado Consejo de Guerra Verbal. Y como en el proceso de que aquí se trata, el primero de junio citado aún no se había convocado Consejo de Guerra Verbal, la justicia militar perdió la competencia para seguir conociendo de él, pues, de otro lado, los delitos a que el proceso se refiere no son de los contemplados por el Código de Justicia Penal Militar.

Lo estatuído por el artículo 4º del Decreto 1591 de 28 de junio de 1951, no cambió, en relación con la competencia para conocer del aludido negocio, la situación establecida por el mencionado artículo 11 del Decreto 1231, porque aunque en aquel artículo se dispone que la justicia militar seguirá conociendo de los delitos de asociación para delinquir, ese Decreto sólo entró a regir desde la fecha de su expedición, o sea desde el 28 de julio, sin efecto retroactivo para procesos iniciados con anterioridad a su vigencia, o lo que es lo mismo, que el Decreto 1591 sólo estatuyó la competencia de la Justicia Penal Militar para conocer de los procesos por delitos de asociación para delinquir que fueran cometidos a partir del mencionado 28 de julio de 1951.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

En el sumario en averiguación de los hechos delictuosos ocurridos en el Municipio de Belalcázar (Cauca), el Juzgado Militar de la Tercera Brigada, con residencia en Cali, con fecha 25 de julio de 1951, dispuso "...2º por la Secretaría sáquese copia de las piezas conducentes a los delitos de asociación e instigación para delinquir, hurto y robo, homicidios, incendios daño en cosa ajena, abuso de autoridad, omisión en el ejercicio de funciones, concusión y demás cometidos con anterioridad y con posterioridad al día veintiocho de enero de mil novecientos cincuenta en el Distrito Municipal de Páez o Belalcázar, jurisdicción del Departamento del Cauca enviándolas al Sr. Juez Superior de Popayán (Reparto), junto con los individuos que se encuentran provisionalmente detenidos por la comisión de tales delitos...".

En providencia del 17 de marzo del corriente año y a folio 513 expresa el Juzgado Superior Militar: "En el negocio principal se convocó consejo de guerra verbal... porque el delito... cometido fué de "contra el Régimen Constitucional y la Seguridad Interior del Estado", y otros conexos, tales como homicidios, robos, hurtos, incendios etc.... Tal negocio se falló con intervención de consejo de guerra verbal", de donde se infiere que el delito a que estas copias se refieren es el de asociación para delinquir u otros.

La Fiscalía del Juzgado Segundo Superior de Popayán a quien correspondió en reparto el negocio, con fecha 1º de febrero de este año dispuso devolver el expediente al Juzgado de su origen por considerar de competencia de la Justicia Militar el conocimiento de los hechos a que él se refiere.

A su vez el Juzgado Militar, con fecha 17 de marzo último, no aceptó lo resuelto por la Fiscalía y le propuso competencia negativa, que tampoco ésta aceptó, y dispuso enviar el expediente a la Corte, para que se dirima la colisión de competencia provocada.

Estima la Fiscalía que teniendo en cuenta la

conexidad íntima de los hechos y que no puede existir doble competencia de jurisdicción, su conocimiento corresponde a la justicia militar, porque resultan sucedidos o causados en asociación o banda constituída con el propósito de consumarlos y en actividades que se relacionan contra el orden público, y, si así fueron cometidos, no pueden considerarse delitos comunes.

El Juzgado Militar, por su parte, estima que la remisión del negocio a la justicia ordinaria se hizo con apoyo de lo dispuesto en el Decreto Nº 1231 de 1951, y, de otra parte, por cuanto se consideró que los delitos sucedidos con posterioridad al 28 de enero de 1950, en jurisdicción del Municipio de Belalcázar, no correspondía juzgarlos a la justicia militar.

Los hechos aquí relacionados se realizaron bajo la vigencia del Decreto Legislativo Nº 3562 de 1949, que dió a la Justicia Penal Militar la competencia para conocer de los delitos contra el régimen Constitucional, asociación e instigación para delinquir y apología del delito, contra la salud e integridad colectivas, contra la economía nacional, la industria y el comercio, hurto y robo y contra la vida y la integridad personal, advirtiendo que de estos dos últimos delitos sólo conocería cuando se cometieran en conexión con los antes enumerados.

Vino después el Decreto Nº 1534 de 9 de mayo de 1950, el cual dispuso en su artículo 2º, que los Consejos de Guerra Verbales debían juzgar a los particulares sindicados de los delitos de asociación e instigación para delinquir y apología del delito, contra la salud e integridad colectivas y de los delitos de hurto y robo de ganado mayor cometidos en las circunstancias previstas en el numeral 7º del artículo 398 del Código Penal y de cualquier otro delito del Código Penal y del Código Penal Militar, cometidos en conexidad con los delitos enumerados en ese Decreto.

Posteriormente se dictaron los Decretos números 1231 y 1591, de fechas 1º de junio y 28 de julio de 1951, respectivamente, que dispusieron:

"Artículo 11 (Decreto 1231). A partir del 15 de junio próximo la justicia penal militar sólo conocerá de los delitos que le están atribuídos por el Código de la materia.

"No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la justicia penal militar seguirá conociendo hasta su terminación, por el procedimiento especial vigente, de todos aquellos procesos en que al entrar en vigencia esta disposición se haya convocado Consejo de Guerra Verbal".

"Artículo 4º (Decreto 1591). La justicia penal militar seguirá conociendo de los delitos de asociación e instigación para delinquir de que tratan los artículos 208 y 209 del Código Penal (Ley 95 de 1936), cometidos por personas militares o civiles".

De otro lado el artículo 6º del Decreto antes mencionado, dispone que rige desde la fecha de su expedición, o sea, desde el 28 de julio de 1951.

De acuerdo con el artículo 11 del Decreto 1231 de 1º de junio de 1951, antes transcrito, la justicia militar en esta fecha sólo quedó con competencia para conocer de los delitos que le atribuía el Código de Justicia Penal Militar, y, además, de aquellos procesos por delitos distintos de los contemplados por dicho Código, en los cuales al entrar en vigencia el artículo en mención, ya se hubiera convocado Consejo de Guerra Verbal. Y como en el proceso de que aquí se trata, el primero de junio citado, aún no se había convocado Consejo de Guerra Verbal, la justicia militar perdió la competencia para seguir conociendo de él, pues de otro lado, los delitos a que el proceso se refiere no son de los contemplados por el Código de Justicia Penal Militar.

Lo estatuído por el artículo 4º del Decreto Nº 1591 de 28 de junio de 1951, no cambió, en relación con la competencia para conocer del aludido negocio, la situación establecida por el mencionado artículo 11 del Decreto 1231, porque aunque en aquel artículo se dispone que la justicia militar seguirá conociendo de los delitos de asociación para delinquir, ese Decreto sólo entró a regir desde la fecha de su expedición, o sea, desde el 28 de julio, sin efecto retroactivo para procesos iniciados con anterioridad a su vigencia, o lo que es lo mismo, que el Decreto 1591, sólo estatuyó la competencia de la Justicia Penal Militar para conocer de los procesos por delitos de asociación para delinquir que fueran cometidos a partir del mencionado 28 de julio de 1951.

El problema de la conexidad de los delitos a que se refiere la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior, no tiene ocurrencia en el caso presente. Para ello sería necesario que de acuerdo con los Decretos Ejecutivos en referencia, al Juzgado Superior Militar le correspondiera el conocimiento del delito de asociación para delinquir, pero ya se ha visto cómo de conformidad con esos Decretos no le está atribuído el conocimiento del hecho de que aquí se trata, por haberse cometido con anterioridad a la vigencia del mencionado Decreto 1591, y no ser la infracción de las contempladas por el Código Penal Militar.

Resulta de lo anterior, que el competente pa-

ra conocer de los delitos de que trata este negocio, es el señor Juez Superior de Popayán y la colisión de competencia surgida entre los funcionarios mencionados, debe resolverse en tal sentido, ordenando devolver el expediente al señor Fiscal de dicho Juzgado para los efectos legales pertinentes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —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 señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Popayán y el señor Juez Superior Militar de la Tercera Brigada de Cali, declarando que es al primero de dichos funcionarios y al Juez Segundo Superior de la misma ciudad, a quienes corresponde el conocimiento del presente negocio.

En consecuencia, remítase el proceso al señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Popayán y dése cuenta al Juzgado Superior Militar de la Tercera Brigada de Cali.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE PREVARICATO — POR NO HABERSE ABSTENIDO EL JUEZ DE CONOCER DE UN JUICIO EN EL CUAL ESTABA IMPEDIDO

Comete delito el juez o magistrado que no se abstiene de conocer de un juicio determinado cuando en él concurre alguno de los motivos previstos por el Código Judicial como causales de impedimento y de recusación y no se le ha prorrogado la jurisdicción, porque incurre en la omisión de un acto a que legalmente estaba obligado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el auto de fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, por el cual sobresee definitivamente en favor del doctor Emiliano I. Morillo como Juez ad-hoc del Circuito de Sabanalarga.

El señor Procurador Delegado en lo Penal pide revocatoria de la providencia consultada para que en su lugar se dicte auto de proceder contra el sindicado por abuso de autoridad y otras infracciones.

El proceso se adelantó por denuncio de Andrés Salcedo H. (fs. 9 del cuaderno primero), donde dice que en juicio ordinario que instauró contra el Municipio de Sabanalarga, ante el Juez único civil del mismo lugar, el 11 de junio de 1945 y en condición de administrador de la Comunidad de herederos y propietarios de las tierras de San José de Puerto Alegre (a) La Ponedera, de su madre Emilia Isabel de la Hoz y de Manuel de los Reyes de la Hoz, herederos éstos de Santamaría de la Hoz, uno de los compradores de esas tierras al Gobierno Español, el doctor Emiliano I. Morillo actuó como defensor del Municipio de Sabanalarga, al que también sirvió con el mismo carácter en otra demanda que por las mismas causas instauró Angel María Castro Rodríguez y que había sido presentada antes, demandas éstas que acumuladas siguieron su curso, "hasta que por hábil maniobra del Juez Llinás Vega, sin saber por qué archivó la demanda de nosotros". Que últimamente Emilia Isabel de la Hoz, su madre, Ana María de la Hoz y Manuel de los Reyes de la Hoz, presentaron nueva demanda ordinaria contra el Municipio de Sabanalarga, por la misma causa de la anterior, que fué acumulada a la que instauró Castro Rodríguez.

Que en el mismo Juzgado del Circuito cursaba la sucesión intestada de Santamaría de la Hoz y como fuera designado el doctor Morillo Juez ad-hoc del Circuito de Sabanalarga, para conocer de tal sucesión, aceptó éste el cargo y empezó a actuar como tal y agrega:

"El personero Municipal de Sabanalarga, por medio de apoderado, en su desesperación, promovió demanda ordinaria contra la Sucesión de Santamaría de la Hoz, a fin de conseguir la nulidad del juicio, declarar yacente la herencia y pedir que se le adjudicara al Municipio de Sabanalarga. Esta demanda empezó a tramitarla el Juez ad-hoc doctor Emiliano I. Morillo; el mismo apoderado del Municipio en la primera demanda instaurada el día 11 de junio de 1945, propuesta por mi señora madre Emilia Isabel de la Hoz, Manuel de los Reyes de la Hoz y el suscrito en su condición de administrador de la Comunidad, demanda ésta, acumulada a la propuesta por los señores Castro Rodríguez y otros, donde aparece como apoderado del Municipio el mismo doctor Morillo, y ha seguido actuando el doctor Morillo: en el negocio en que figura el Municipio de Sabanalarga como demandante como Juez y donde el Municipio de Sabanalarga es demandado, como apoderado del Municipio.

Clásico delito de prevaricato es el que está cometiendo el doctor Emiliano I. Morillo y ésta es la investigación que pido se abra...".

En ampliación posterior del denuncio dijo:

"El delito cometido por el doctor Emiliano I. Morillo que yo he considerado como prevaricato, consiste en el hecho o circunstancia de haber actuado primeramente como apoderado judicial del Municipio de Sabanalarga en demandas ordinarias promovidas por mí en mi condición de administrador de la Comunidad de San José de Puerto Alegre, alias La Ponedera, y después de

haber actuado en esa demanda, actuó como Juez en otra demanda intentada por mi señora madre Isabel de la Hoz, Manuel de los Reyes de la Hoz y Ana María de la Hoz, como herederos en las tierras de la Comunidad ya dicha en contra del Municipio de Sabanalarga y en esta ocasión actuó como Juez dictando providencias que favorecían al Municipio de Sabanalarga del cual es todavía apoderado judicial...".

De autos aparece que el doctor Emiliano I. Morillo actuó en calidad de apoderado del Municipio de Sabanalarga, en algunos negocios de los relacionados en el proceso, e igualmente que debido a impedimento manifestado por el Juez del Circuito de la misma ciudad, para conocer de algunos juicios en que aparecía como parte interesada ese Municipio, fué designado el doctor Morillo Juez ad-hoc del Circuito para que conociera, entre otros, del juicio de sucesión de Santamaría de la Hoz, como aparece a folios 12 y 13 del cuaderno principal.

Según diligencia de inspección ocular, se estableció la existencia del juicio ordinario promovido por Emilia Isabel de la Hoz y otros contra el Municipio de Sabanalarga, en que fué decretada la acumulación de los siguientes juicios ordinarios: "el seguido por medio de apoderado, por el señor Angel M. Castro R. y ortos, contra el Municipio de Sabanalarga sobre los frutos civiles producidos y que en el futuro se produzcan en el terreno denominado "Almadillo" y "Maná", el seguido, también por medio de apoderado, por el señor Manuel de los Reyes de la Hoz y otros, sobre los frutos civiles producidos y que en el futuro se produzcan del terreno denominado "San José de Puerto Alegre (A) La Ponedera, juicios seguidos contra el Municipio de Sabanalarga" (fs. 25v.).

De la providencia respectiva, que lleva fecha catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, se notificó el doctor Morillo como apoderado del Municipio y como interpusiera apelación, el negocio subió al Tribunal, el que la confirmó, de lo cual aparece igualmente notificado el doctor Morillo.

En el juicio ordinario adelantado por el doctor Ramón Castro González, como apoderado de Andrés Salcedo H. y otros, contra el Municipio de Sabanalarga resulta el poder del Personero Municipal, al doctor Emiliano I. Morillo para la representación de tal Municipio en el ordinario sobre restitución de arrendamientos iniciado por el doctor Castro González como apoderado de Andrés Salcedo H. y otros, poder presentado y aceptado en el Juzgado Cvil del Circuito de Sabanalarga el cinco de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, en cuyo negocio el doctor Morillo aparece actuando hasta septiembre de mil novecientos cuarenta y seis en que se ordenó archivar el juicio.

En el juicio ordinario seguido por el Municipio de Sabanalarga contra Manuel de los Reyes de la Hoz y otros, el Juez titular se declaró impedido, y entró a reemplazarlo el doctor Morillo, quien venía conociendo del juicio de sucesión de Santamaría de la Hoz, como Juez ad-hoc.

En síntesis, según la diligencia de inspección ocular de fs. 25 a 30, el doctor Emiliano I. Morillo intervino en varios negocios como apoderado del Municipio de Sabanalarga, y a la vez, como Juez en el juicio de sucesión de Santamaría de la Hoz, no obstante su anterior actuación en juicios que con éste tenían relación.

Se allegaron en copia las providencias dictadas por el doctor Morillo como Juez ad-hoc y las actuaciones suyas como apoderado del Municipio de Sabanalarga, en los negocios de que trata el proceso.

En la indagatoria el sindicado aceptó haber servido al Municipio de Sabanalarga en juicios como el de arrendamientos de globos de tierra de Almadillo y Maná y también el de las tierras de San José de Puerto Alegre, en los que representó al Municipio; el primero duró "hasta el año pasado" (1949) y el segundo fué de poca duración por declaratoria de ilegitimidad de la personería de uno de los demandantes. Manifestó también que por haberlo nombrado Juez ad-hoc el Tribunal, a instancias de algunas personas aceptó el cargo, teniendo que conocer, entre otros negocios del juicio de sucesión de Santamaría de la Hoz; que entre los negocios que el Tribunal le ordenó conocer figuró el ordinario propuesto por el Personero y que luego siguió el doctor Adalberto Reyes como apoderado del Municipio, para que se hicieran declaraciones sobre reconocimiento de herederos, etc., negocio que el Juez titular le pasó por estar conociendo de la sucesión de Santamaría de la Hoz; que la demanda fué rechazada y una vez corregida, le dió el curso legal, hasta abrir a prueba el juicio y entonces el doctor Reyes Olivares, apoderado del Municipio, pidió como prueba algunas providencias y actuaciones que figuraban en el juicio de sucesión de Santamaría de la Hoz, pero como no fuera encontrado este expediente en el Juzgado y hechas averiguaciones, el señor Registrador informó que el "señor Andrés Salcedo,

lo había retirado de la oficina a donde para los efectos legales del registro lo había llevado como recomendado del doctor Ramón Castro González, el señor Angel María Castro" y que como se le pidiera averiguar ante los Jueces Penales lo que hubiera sobre el particular así lo hizo. "Esta determinación mía, porque siempre me ha gustado como funcionario, cumplir con mi deber, dió pie al señor Salcedo para formarme el mamotreto este que me está formando" (fs. 34); que el negocio en referencia ni siquiera pasó al despacho para que las partes alegaran, ni menos para dictar sentencia. Se le preguntó si habiendo sido apoderado del Municipio de Sabanalarga en los juicios relacionados, no estaba impedido para actuar como Juez dentro de la demanda ordinaria que el Personero Municipal propuso contra la sucesión de Santamaría de la Hoz, habida cuenta de que los demandantes del Municipio tenían interés dentro de la demanda ordinaria que propuso el Personero Municipal, y expuso que el juicio principal seguido por algunos vecinos de Sabanalarga contra el Municipio comprendía el arrendamiento de vários globos de terreno acerca de los cuales existía el embargo de una suma de dinero, pero como lo fundamental estaba en las tierras de Almadillo y Maná, ese embargo se redujo posteriormente y cuando los interesados no hicieron reclamación alguna contra el desembargo de exceso, es claro que ellos no tenían interés en los dineros de que trata el juicio principal, por así decirlo. Y en cuanto al juicio propuesto por el Personero, seguido por el doctor Reyes, estaba desvinculado del otro juicio en que el sindicado había representado al Municipio como abogado y por consiguiente no había ningún impedimento de su parte para conocer como Juez de ese negocio. Además, si los interesados creían que estaba impedido el doctor Morillo, pudieron haber propuesto en oportunidad la tacha, y al no hacerlo, es porque consideraron que no había impedimento de su parte para tramitar ese negocio del Municipio contra Emilia Isabel de la Hoz, Manuel de la Hoz, Manuel de los Reyes de la Hoz y Ana María de la Hoz.

Considera la Corte:

El delito de prevaricato a que el denuncio se refiere no aparece establecido en la investigación adelantada. Para que exista éste se requiere qué el funcionario público dicte sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley o manifiestamente injustos o rehusare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, y tales aspectos o hechos sustanciales no aparecen demostrados en el proceso, de donde resulta procedente la apreciación que hace el señor Procurador Delegado en lo Penal, cuando expresa:

"Respecto a lo que el denunciante sostiene con tanto ahinco, o sea que el doctor Morillo procedió arbitrariamente al actuar como Juez y parte en algunos negocios, y que lo motivó en tal sentido una intención dañada de perjudicarlo, carece de demostración en el proceso, porque las providencias que dictó no reúnen las condiciones de ser contrarias a la ley, expresa o manifiestamente injustas, ni determinadas por simpatía a una de las partes, o animadversión hacia otra, como lo exige el artículo 168 del Código Penal para que haya prevaricato", en virtud de lo cual lo resuelto en tal sentido por el Tribunal, no merece reparo.

No sucede lo mismo en lo que se refiere al hecho de haber omitido el doctor Morillo declararse impedido para actuar como Juez ad-hoc en negocios que había gestionado en calidad de apoderado.

Consta en efecto que el doctor Morillo actuó como apoderado de la parte demandada o sea del Municipio de Sabanalarga en juicios promovidos contra éste, de que se ha hecho referencia y también que actuó como Juez ad-hoc en otros, de que igualmente se ha hecho mención, sin que se declarara impedido para conocer como Juez en los negocios que había gestionado como apoderado del Municipio.

En tratándose de impedimentos y recusaciones, la ley sustantiva señala los motivos en virtud de los cuales el Juez o Magistrado debe abstenerse de conocer de determinado negocio si concurre motivo alguno de los previstos por el Código Judicial y no se le ha prorrogado la jurisdicción, conforme a las normas legales.

Uno de esos motivos es precisamente el haber ejercido la defensa de alguna de las partes en el juicio como apoderado judicial. Como en este caso se encontraba el doctor Morillo, si no se declaró impedido para conocer como Juez en negocios en que había figurado como apoderado, incurrió en la omisión de un acto a que legalmente estaba obligado.

Al respecto dice la Procuraduría:

"Es evidente que el doctor Morillo, después de haber gestionado como apoderado del Municipio de Sabanalarga, aceptó el cargo de Juez ad-hoc y actuó como tal en determinados negocios, en los cuales se discutían intereses de su poderdante,

faltando, así, a los deberes que le imponían los artículos 434, 435 y 437 del Código Judicial.

"Es cierto —agrega— que la Corte y la Procuraduría han dicho en otros casos que la declaración de impedimento es tema que se relaciona con el fuero interno del funcionario y que éste es el mejor Juez para apreciar y poner de manifiesto sus propios sentimientos. Pero ésto se ha expresado tratándose de situaciones enteramente subjetivas, como son la amistad o la enemistad que pueda sentir el Juez o Magistrado por alguna de las partes. Mas cuando la causal, como ocurre aquí, es esencialmente objetiva y de hecho, como la de haber sido apoderado y luego Juez en el mismo negocio, ya no entra en juego la libre disposición del juzgador, sino que opera contra él el mandato de la ley, de declararse impedido".

Cuando un funcionario encuentre que alguna de las causales estatuídas lo comprende, en orden a considerarse imposibilitado psíquica o moralmente para decidir una controversia judicial de su competencia, debe provocar el incidente de excusa o inhibición para seguir conociendo del juicio en que ocurra el impedimento, función exclusiva del funcionario a quien corresponde su declaratoria expresa, a fin de que quede libre de decidir una cuestión en que su imparcialidad y rectitud puede estar interferida por cualquier motivo o causa que le impide la manifestación recta y justa del derecho que se controvierte.

Por lo demás, son tres las distintas hipótesis que presenta el artículo 172 del Código Penal, o sea de la norma violada en caso como éste, expresadas en las formas verbales que el texto contiene: **omitir, rehusar** o **retardar.**

La primera implica dejar de hacer algo que debe ejecutarse por cualquier causa. La segunda, manifiesta la voluntad de no querer hacer algo que debe realizarse. Y la última, significa el propósito de prolongar, diferir o entorpecer el cumplimiento de un acto, todo ello supeditado, desde luego, a que obligue legalmente en cada una de las hipótesis contempladas.

Es manifiesto que los dos primeros casos constituyen formas negativas, lo que hace que sea fácilmente reconocible la actividad del funcionario que debiendo ejecutar un acto propio de sus funciones, se abstiene de hacerlo, no siendo su negativa en tal sentido susceptible de interpretación y menos de duda en cuanto a su obligación de cumplir con los preceptos legales.

Como precisamente, en este proceso la imputación al Juez descansa sobre la omisión de una obligación legal, que el funcionario debía cumplir, sin pretexto alguno en contrario, es obvio que su responsabilidad aparece comprobada de conformidad con lo que surge del informativo.

Ante el hecho de haber representado el doctor Morillo al Municipio de Sabanalarga en los juicios de que se hizo relación y actuar luego como Juez ad-hoc en expedientes que se relacionaban con aquéllos, lo sitúan en condiciones que implican responsabilidad por abuso de autoridad, por lo cual habrá de procederse en la forma solicitada por el señor Procurador.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él, REVOCA el sobreseimiento definitivo consultado y en su lugar LLAMA a responder en juicio criminal al doctor Emiliano I. Morillo, de sesenta y seis años de edad, natural de Cartagena vecino de Barranquilla, de profesión abogado, por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones, a que se refiere el Título III, Capítulo VI, Libro II del Código Penal, por haber omitido, como Juez ad-hoc del Circuito Civil de Sabanalarga, declararse impedido para conocer como tal de algunos negocios en que figuró como apoderado de una de las partes.

No es el caso de adelantar investigación contra el denunciante, como se dispone en la providencia consultada, toda vez que ha sido aceptada la culpabilidad del procesado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

REQUISITOS PARA QUE PUEDA SER TENIDA COMO PRUEBA LA ACUSACION DEL PROCESADO A SUS COPARTICIPES

La acusación del procesado a sus copartícipes —"CHIAMATA DEL CORREO" en la clásica expresión italiana— exige (según los expositores de Psicología Judicial), para que se tenga como prueba, los siguientes requisitos:

a) Que la confesión que de su participación hace el indagatoriado sea cierta, esto es, que evidentemente haya concurrido al delito;

b) Que la inculpación no se inspire en sentimientos innobles (odio venganza, perversidad), ni tenga el propósito oculto de atenuar la responsabilidad del inculpante, descargándola sobre otros;

c) Que dicha inculpación sea "vestida", esto es, que se presente como parte central de la narración completa de las modalidades de la coparticipación, y

d) Que concuerde con otros indicios, esto es, que no sea la única prueba de la responsabilidad de los copartícipes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El doctor Carlos de la Cuesta Betancur, defensor de **Ramón Angel Diosa y Luis Angel García,** impugnó —apoyado en las causales segunda y primera de casación— la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del catorce de mayo del año pasado, por la cual —con aplicación del art. 404 del Código Penal— los condenó a la pena de cuatro años de presidio cada uno, como autores del delito de robo en perjuicio de Ramón Chica, cometido en la población de Santa Rosa de Cabal la madrugada del doce de septiembre de mil novecientos cincuenta.

Como premisas de la decisión del recurso, se hace a continuación la síntesis de los hechos imputados a Diosa y García, y de los razonamientos del Fiscal y el demandante.

A) El delito

Ramón Chica vivía en Santa Rosa de Cabal, en una casa de su propiedad, de dos pisos, cuya parte baja la ocupaban su almacén y la pieza contigua (pared de por medio) la familia de José Roque Sánchez, la cual, precisamente la víspera del delito, la había desocupado y entregado.

En las primeras horas de la mañana (tres a tres y media aproximadamente) Reinaldo Chica vió que del almacén de su hermano tres desconocidos sacaban algunos objetos y los llevaban a un carro allí mismo estacionado. Reinaldo gritó a la policía, pero en ese momento, ante el temor de ser aprehendidos, partieron a toda velocidad por entre las calles menos centrales sin que Reinaldo, que durante un trecho los persiguió a caballo, hubiera logrado identificarlos.

El robo, cometido mediante uso de llaves falsas y ruptura de muro interior, comprendió veinte gruesas de cigarrillos nacionales, seis mil cigarros finos y dos mil de inferior calidad, cinco gruesas de fósforos, diez libras de chocolate, dos machetes, varias joyas de oro, un revólver "Colt", un radio y una plancha eléctrica, avaluados —en total— en mil ochocientos noventa y ocho pesos.

B) El proceso

Realizada la investigación, en ella —mediante testimonios e interrogatorios de los procesados— se afirmaron los hechos que en seguida se resumen y que fueron, según la interpretación que les dieron los falladores, la base de la sentencia recurrida.

El menor William Silva, el carpintero Octavio Arias y el Subinspector de Policía Octavio Naranjo fueron quienes señalaron al investigador la vía que llevó a la identificación de los responsables, conforme al desarrollo siguiente:

Silva, vendedor nocturno de albóndiga, al regresar a su hogar después de media noche, vió un carro "color azulejo", que se detuvo frente

al almacén de Chica, del cual salieron tres individuos y, ya en la puerta, uno de ellos la empujó y como no pudiera abrirla, ensayaron varias llaves. Mientras tanto, otro "se paró en toda la esquina como a poner cuidado —afirmó Silva— de que nadie viniera".

Arias, despierto a aquella hora porque esa mañana viajaba a Cartago, desde la puerta de su casa vió llegar un carro ocupado por dos personas —entre éstas el chauffeur— al mismo tiempo "que salía un sujeto como de la calle, el cual le hacía señas al chauffeur con la mano, que lo cuadrara distinto", y vió también que "echaban al carro unas cajas de cartón y una maleta de cuero grande bastante abultada". Explicó Arias que a uno de los sujetos lo había visto anteriormente descargando un camión de la Trilladora Central, no sin añadir que los reconocería al verlos.

El Subinspector Naranjo, sabiendo que aquella mañana no había pasado carro alguno de Santa Rosa a Pereira, se dirigió a Chinchiná. Allí, Pedro José Vallejo, Rosa Jiménez y Blanca García, coperas del cabaret "Los Alpes", le informaron que de las cuatro a la cinco había llegado un carro azul, con el baúl o portamaletas casi abierto por exceso de equipaje, con seis hombres y una mujer —cuyas señales dieron aquéllas— los cuales estuvieron allí tomando y bailando, no sin que notaran en ellos algunas actitudes un poco extrañas.

Los datos de Silva, Arias y Naranjo dados al funcionario instructor culminaron —mediante las diligencias que en seguida se indican— en el descubrimiento e identificación de Roberto Pineda, Ramón Angel Diosa y Luis Angel García, como autores del delito.

Octavio Arias, en efecto, reconoció a Pineda como la persona que, desde la calle, indicaba cómo debían cuadrar el carro enfrente de Chica y como uno de sus ocupantes, Pineda, en su indagatoria, señaló a García como chauffeur del carro y a Diosa como el que pasaba los objetos de la casa o almacén de Chica al auto, no sin que explicara que, estando en la esquina, Diosa y García lo obligaron a meter en el carro unas cajas de cartón y unas maletas. Blanca García y Rosa Jiménez, las coperas de "Los Alpes", reconocieron a Diosa como la persona que, llegada en el carro, estuvo bailando con la primera aquella mañana.

Así como Arias sostuvo su acusación a Pineda, en careo entre los dos, en análogas diligencias Pineda sostuvo con firmeza las hechas a Diosa y García. Igualmente las coperas de "Los Alpes", ratificaron —en sendos careos— las imputaciones a Diosa. El veterinario Jesús María Parra (quien venía de la finca de Camila Botero) afirmó, además, que después de media noche llegó García en un carro verdoso a "La María", cantina de Miguel Muñoz, situada en la carretera entre Santa Rosa y Chinchiná, y que después sacaban del carro y llevaban a una pieza del interior objetos varios, cuya especie no pudo saber el declarante Parra. Este, en careo con Muñoz, hizo idéntica afirmación.

Los procesados, sin provecho alguno, se empeñaron en comprobar no sólo la coartada sino también el uso de medios indebidos (ofertas y amenazas) para que se les acusara; así, Nacianceno Salazar, Augusto Quinceno, Urbano Valencia y otros afirmaron, contrariamente a lo expuesto por las coperas de "Los Alpes", que a las cinco de la mañana Diosa se hallaba en un cafetín de Santa Rosa, y Luis Serna, Pedro Alvarez, Arturo Serna y Daniel García, que Luis Angel García a la misma hora aproximadamente recogía en Chinchiná pasajeros en su carro para un viaje a Pereira; Roberto Pineda, a su vez, acusaba a Roberto Ruíz Mejía (el funcionario instructor de Santa Rosa) y a Ramón Chica (el perjudicado) de que lo habían obligado —con ofertas de dinero y amenazas— a señalar a Diosa y García como autores del delito, lo que anteriormente el mismo Pineda había ya dicho a los Guardianes de las cárceles de Santa Rosa y Manizales Juan de la Cruz Sánchez y Luis Angel López y Pompilio Calderón y Juan Pablo Bernal, respectivamente, a los presos José López y Juvenal Alzate; y Jesús M. García, soledad Bedoya de Gaviria, Mario Ocampo, Darío López, Pedro Quintero, Eduardo Zuluaga y Angel María Sánchez, desmintieron a Jesús Parra, el testigo que vió a media noche al procesado García, en su carro, enfrente de la cantina de Muñoz, en la carretera a Chinchiná.

Cuando se consideró que tanto el delito como la responsabilidad estaban probados, sin admitir la retractación de Pineda ni la coartada, es decir, la presencia de Diosa y García en Santa Rosa, después de cumplidas las normas procesales que rigen esta especie de procesos (Ley 48 de 1936), se dictaron las siguientes providencias:

a) La del Juez 1º Superior, del quince de marzo del año pasado, por la cual Diosa, García y Pineda fueron condenados —con aplicación del art. 404— a la pena de tres años seis meses de presidio cada uno y se absolvió a Miguel Muñoz, y

b) La del Tribunal, del catorce de mayo del mismo año, por la cual se aumentó a cuatro años la pena impuesta en el fallo de primer grado.

C) La demanda

El recurrente objeta la sentencia por dos razones: "errada apreciación de los hechos que para este caso —dice— son circunstancias que han influído en la determinación de la sanción", y violación de la ley penal (art. 404) por la errónea interpretación o indebida aplicación que de ella se hizo.

Los hechos que —según la demanda— fueron equivocadamente apreciados, son los siguientes: en cuanto al procesado Diosa, el mayor valor dado a los testimonios de las "coperas" Rosa Jiménez y Blanca García, contradichos por los de Nacianceno Salazar, Augusto Quinceno, Urbano Valencia y doctor José Fernández Mejía; el desconocimiento del valor de la explicación de los motivos que indujeron a Pineda a señalar a Diosa y a García como autores del delito (oferta de Chica y amenazas del instructor), motivos que comunicó a guardianes de las Cárceles de Santa Rosa y Manizales y compañeros de detención en este último establecimiento; y en cuanto a García, el valor dado a la declaración de Jesús M. Parra, contradichos por las de Jesús Gaviria, Soledad Bedoya, Pedro Quintero, Angel María Sánchez; y el desconocimiento del valor de las de Daniel García, Luis Serna y Gustavo Herrera, quienes vieron a García en Santa Rosa a las cinco de la mañana.

La violación de la ley penal la concreta en la aplicación del art. 404 del Código Penal, ya que no se comprobó plenamente —dice— que se hubiera hecho uso de ganzúas o llaves falsas ni que la pared perforada correspondiera a pieza habitada; la norma aplicable es, por lo dicho, el art. 402 en vez del art. 404.

El Procurador Delegado, como resultado de su completo estudio de los elementos de prueba, especialmente de los testimonios de Pineda y las coperas de "Los Alpes", y de los rendidos para sustentar la coartada, esto es, la no presencia de los procesados en Chinchiná en la última hora de la madrugada, afirma que no es admisible la retractación de Pineda, dadas su actitud y su conducta firmes en la primera etapa de la instrucción, y que no habiendo explicado los procesados dónde se hallaban en la hora del delito, no han perdido su firmeza ni la confesión de Pineda, ni las imputaciones que les hizo a Diosa y García, ni las declaraciones de las "coperas" de Chinchiná.

El Procurador se opone, por lo tánto, a que se case el fallo.

D) Estudio del recurso

Siendo dos las causales de casación (segunda y primera) que el demandante alegó, una y otra por razones diferentes, dirigida la segunda a sustentar la irresponsabilidad y la primera la inexistencia de modalidades agravantes del robo, la Sala opta por seguir el mismo método y orden de la demanda.

a) Segunda causal.

Los temas que compete a la Corte examinar, según la demanda, son —en general— éstos: el valor de la inculpación de Pineda, en su indagatoria, a sus copartícipes Diosa y García (de que éstos abrieron la tienda de Chica y sustrajeron los objetos ya enumerados) en relación con su retractación posterior, el de las "coperas" del cabaret de Chinchiná en que aquéllos estuvieron en relación con el de las personas que afirman su presencia a la misma hora en Santa Rosa, y el de la afirmación de Parra contra García en relación con los que niegan la presencia del testigo en el sitio por él señalado.

El primer tema concierne al valor probatorio que la indagatoria puede tener, respecto a otro u otros concurrentes o copartícipes del delito. La acusación del procesado a sus copartícipes —**"chiamata del correo"** en la clásica expresión italiana— exige (según los expositores de Psicología Judicial), para que se tenga como prueba, los siguientes requisitos;

a) Que la confesión que de su participación hace el indagatoriado sea cierta, esto es, que evidentemente haya concurrido al delito;

b) Que la inculpación no se inspire en sentimientos innobles (odio, venganza, perversidad), ni tenga el propósito oculto de atenuar la responsabilidad del inculpante descargándola sobre otros;

c) Que dicha inculpación sea "vestida", esto es, que se presente como parte central de la narración completa de las modalidades de la coparticipación, y

d) Que concuerde con otros indicios, esto es, que no sea la única prueba de la responsabilidad de los copartícipes.

Estos requisitos se han aquí cumplido, como el siguiente análisis lo comprueba.

Pineda, en efecto, confiesa que concurrió a la ejecución del delito, y ésto es cierto. Octavio Arias percibió, entre los que sacaban objetos del almacén de Chica y metían al carro, a "uno" que había visto tres meses antes descargando café de un camión de la Trilladora Central. Ese "uno" Arias lo identificó en diligencia posterior en la persona de Pineda, y éste, en los careos con Diosa y García sostuvo su acusación con entereza. Otros detalles también revelados por Pineda, como el color del carro, la tapa del baúl trasero a medio cerrar por causa del volumen de los objetos robados, la presencia de una muchacha cuya filiación coincidió con la dada por las coperas de "Los Alpes", la identidad de los objetos guardados en el carro con los desaparecidos de la tienda de Chica, éstos y otros detalles —se repite— revisten de certeza, no sólo la confesión de Pineda (cuya explicación no fué comprobada) sino también y especialmente la concurrencia de Diosa y García, ésta —como se expresará luego— reafirmada aún más mediante otros indicios deducidos de testimonios tachados, sin que el motivo de tacha se fundara.

Ningún motivo innoble, además, sugirió Pineda la inculpación a Diosa y García, ni ella —al menos en forma explícita y clara— nació del propósito de modificar su posición procesal, ya que él, en ningún caso, eludió su responsabilidad, a pesar de que su coparticipación quiso explicarla —infructuosamente— como acto nacido del miedo a una muy hipotética amenaza hecha por uno de los ocupantes del carro. Se concluye de los anteriores razonamientos que la inculpación de Pineda a Diosa y García puede tenerse como elemento de prueba de la responsabilidad de los acusados.

La posición posteriormente adoptada, de que fueron el investigador Ruíz y Mejía y el perjudicado Chica quienes, mediante oferta y coacción, lo obligaron a señalar a Diosa y García como copartícipes del delito, no tiene firmeza alguna. Fuera de que, en general, es muy presumible que el testigo o procesado dijeron verdad en sus primeros interrogatorios, porque entonces no habían sentido aún las influencias de la vida carcelaria ni de otros intereses —como sería los de sus copartícipes, apoderados o amigos— los testimonios de los guardianes de la Cárcel de Santa Rosa (López y Sánchez), y Manizales (Calderón y Bernal) y de los presos López y Alzate (compañeros en esta última cárcel), sólo prueban que Pineda les contó que Ruíz y Chica lo habían coaccionado, pero no —lo que es muy distinto— que la coacción se hubiera cumplido en realidad. Pineda, fué, pues, sincero en sus categóricas inculpaciones iniciales contra Diosa y García, deducción ésta que priva de todo valor a la primera objeción del demandante.

La segunda objeción —concretada en el mayor valor que se dió a los testimonios de Blanca García y Rosa Jiménez, las "coperas" del cabaret de Chinchiná, en oposición de los de Nacianceno Salazar, Augusto Quinceno y José Fernández Mejía —según el análisis siguiente— no es más firme.

Aquéllas, como antes se expuso, sostuvieron a Diosa, después de reconocido, que fué uno de los que, en la madrugada del doce de septiembre, estuvieron en "Los Alpes", tomando cerveza y bailando con la García, sin que Salazar, Quiceno y Fernández Mejía lo hubieran libertado de tal imputación, pues que los dos primeros —aún admitiendo que no incurrieron en contradicción alguna— apenas se refieren a la presencia de Diosa en Santa Rosa a las cinco de la mañana, no antes, y el doctor Fernández, a su encuentro con Diosa después de las ocho, mas no a las actividades anteriores a la primera de aquellas horas.

La tercera objeción —tampoco admisible— concierne al mayor valor que —según la demanda— dió el Tribunal al testimonio del veterinario Jesús M. Parra en detrimento del que ha debido darle a los de Jesús Gaviria, Soledad Bedoya, Pedro Quintero por una parte y a los de Daniel García, Luis Serna y Gustavo Herrera por la otra. No acogió el Tribunal el dato de Parra, debido a la denuncia que Miguel Muñoz presentó contra aquél, porque ese dato —la llegada de García a la cantina de Muñoz momentos después del delito— complicaba a éste al menos en apariencia. Mas éllo no inhibe a la Corte a hacer una muy sencilla deducción: la de que si no fué cierto que Parra estuviera aquel día curando una vaca en la hacienda de Camilo Mejía ni que Muñoz jamás dejó de cerrar a las diez de la noche su cantina, no se despejó la contingencia de que aquella madrugada no la hubiera abierto extraordinariamente a instancias de García. Los chauffeurs Daniel García y Luis Serna vieron a García en Santa Rosa a las cinco de la mañana, lo mismo que el menor Gustavo Herrera cuando la noche anterior guardó su carro en el garage.

El análisis de los testimonios citados por el demandante como objeto de errada apreciación lleva a deducir —en resumen— lo siguiente:

a) Que la afirmación de Roberto Pineda, en cuanto a la concurrencia de Diosa y García al delito, hecha en una diligencia en la cual gozó de todas las garantías legales, y categóricamente ratificada en careos con los acusados, coincide —en su aspecto circunstancial— con múltiples testimonios cuya tacha no prosperó;

b) Que la posterior explicación dada por Pineda, relativa a la coacción que el investigador y el perjudicado ejercieron sobre él para que acusara a Diosa y García, no fué en modo alguno comprobada; y

c) Que los testimonios de quienes vieron a Diosa y García en Santa Rosa a las cinco de la mañana no destruyen la posibilidad de que antes de tal hora hubieran estado en Chinchiná, dada la corta distancia que existe entre las dos poblaciones.

b) Primera causal.

La objeción se dirige a la aplicación del art. 404 en vez del art. 402, uno y otro del Código Penal, por cuanto no hubo uso de llave falsa ni el delito se cometió en sitio despoblado.

No obstante que —con inobjetable acierto— el Procurador conceptúa que tal objeción es tema propio de la causal segunda, advierte la Sala que la disposición aplicable es el art. 404 y no el art. 402, por las siguientes razones:

a) Los peritos que examinaron el almacén de Chica, así como la habitación contigua, sin descartar el uso de llave falsa, afirmaron la ruptura reciente del muro que las divide, por donde los procesados entraron al almacén;

b) William Silva y Roberto Pineda, vieron que los responsables hicieron uso de llaves falsas o ganzúas, y

c) La dicha habitación fué ocupada, a título de inquilinos, hasta el día anterior al delito, por José Roque Sánchez y su familia, conforme lo acreditan aquél, lo mismo que Manuel Vargas, el empleado de Chica que recibió las llaves.

Así, pues, aunque la causal invocada hubiera sido la conducente, no habría prosperado. Menos la primera por las razones ya expuestas.

E) Fallo de la Corte

Como las razones expuestas por el demandante no fundaron las objeciones a la sentencia, es de obligada aplicación 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 concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del catorce de mayo del año pasado, por la cual condenó a ROBERTO PINEDA, RAMON DIOSA Y LUIS ANGEL GARCIA, como autores del robo a Ramón Chica.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RAZONES POR LAS CUALES NO PROCEDE DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVINO EL JURADO

La Corte, en ya numerosos fallos, ha repetido que la causal 2ª de casación no es procedente alegarla en juicios en que el Jurado ha intervenido, entre otras razones, por ser éste libre para apreciar las pruebas del proceso según su íntimo convencimiento y porque el examen de esas pruebas por parte de la Corte, conduciría a una posible declaración sobre ser contrario a la realidad procesal el veredicto del tribunal popular, declaración que está excluída de las causales de casación en el Código de Procedimiento Penal vigente. Por manera que la contraevidencia del veredicto en juicios con intervención del Jurado quedó, por lo tanto, como problema exclusivo de los juzgadores de instancia; y el recurso extraordinario de casación no puede considerarse como una tercera instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio once de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de fecha agosto dos del año próximo pasado, condenó a los procesados **Santiago Arredondo Trujillo** y **Luis Evelio Rivera Ospina, como** responsables del delito de homicidio —asesinato— en la persona de Roberto Trujillo, a la pena principal de doce años de presidio a cada uno.

Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación los procesados y su defensor, doctor Roberto Acevedo Gómez, quien oportunamente presentó la demanda ante la Corte, y como se hallan cumplidos los requisitos propios del recurso, se procede al estudio del libelo.

Demanda

El recurrente invoca y sustenta como única causal de casación la 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 2ª—Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Sostiene el demandante al sustentar esta causal que los indicios deducidos contra los acusados no tienen el carácter de tales y que ni siquiera alcanzan a formar "sospechas apreciables", ni "conjeturas de algún valor probatorio". Critica someramente dichos indicios y concluye pidiéndole a la Corte que invalide el fallo recurrido y declare contrario a la evidencia de los hechos el veredicto del Jurado.

Sobre esta causal —la 2ª— es suficiente observar que esta Sala de la Corte, en ya numerosos fallos, ha repetido que no es procedente alegarla en juicios en que el Jurado ha intervenido, entre otras razones, por ser éste libre para apreciar las pruebas del proceso según su íntimo convencimiento y porque el examen de esas pruebas —por parte de la Corte— conduciría a una posible declaración sobre ser contrario a la realidad procesal el veredicto del tribunal popular, declaración que está excluída de las causales de casación en el Código de Procedimiento Penal vigente. Por manera que la contraevidencia del veredicto en juicios con intervención del Jurado quedó, por lo tanto, como problema exclusivo de los juzgadores de instancia; y el recurso extraordinario de casación no puede considerarse como una tercera instancia.

Bastan las anteriores consideraciones para que la causal 2ª de casación alegada, no prospere.

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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE EL DELITO DE REBELION

El delito de rebelión, de acuerdo con el artículo 139 del Código Penal, incluye los siguientes elementos:

a) Haber participado en el alzamiento en armas; y

b) Que este alzamiento tenga en miras finalidades fundamentales en cuanto al régimen interno del Estado, como sería derrocar el Gobierno legítimamente constituído o modificar el régimen institucional en lo relativo a la formación, funcionamiento o renovación de los Poderes Públicos.

Estos requisitos son indispensables para que se configure la infracción y por su ausencia, el delito no existe o degenera en otro distinto. El hecho de que el agente activo haya tenido el papel de promotor o director del alzamiento o tome parte en él como empleado con mando o jurisdicción militar, política o judicial, o actúe en ese alzamiento sin tener ninguna de las categorías anotadas, no constituye elemento esencial del delito; la determinación del puesto que se haya ocupado en el movimiento subversivo, sólo sirve para fijar la situación jurídica del procesado en lo relacionado con la sanción penal que le corresponda, de acuerdo con las normas de la ley penal. Lo que quiere decir que cualquiera que haya sido el puesto que se hubiere desempeñado en el alzamiento, se deben reunir, para que se pueda responsabilizar por dichos delitos, los requisitos que lo integran.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio once de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Con fecha trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Comando de la Brigada de Institutos Militares confirmó la sentencia dictada por el Consejo de Guerra Verbal, fechada el diez del mismo mes de septiembre, por la cual condena a los señores Juan B. Canal Olarte, José María Montañez, Alfonso Delgado Zarama y otros, como responsables del delito de rebelión, a diversas penas.

El señor Juan B. Canal Olarte a quien se condenó en la sentencia mencionada a la pena principal de doce meses de prisión, fuera de otras penas accesorias, por medio de su apoderado doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola interpone el recurso de casación contra dicho fallo, basado en lo que dispone el Decreto Extraordinario Número 1197 de 29 de mayo de 1951, que 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 hayan conocido en primera Consejos de Guerra Verbales y contra las cuales cuando se profirieron no consagraba tales recursos extraordinarios ni fueron objeto de nulidad".

El demandante invoca contra la sentencia recurrida, las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las cuales se estudiarán en el orden antes indicado, es decir, siguiendo el escrito de demanda.

Hechos: Se deduce de los 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 el Presidente de la República y a otros funcionarios que se encontraban en el mismo lugar, pretendiendo sustituír a las autoridades legítimamente constituídas. Como consecuencia de estos sucesos, el Primer Designado se encargó del Poder Ejecutivo y por medio del Decreto 1632 de 10 de julio de dicho año, declaró turbado el orden público en todo el territorio nacional. Posteriormente por el Decreto Número 1640 de la misma fecha, 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 mis-

mo 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.

Con fundamento en lo dispuesto por el Decreto antes relacionado, la Brigada de Institutos Militares en providencia de fecha siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, dispuso:

"**Primero.**—Convocar como en efecto convoca, Consejo de Guerra Verbal para que juzgue a los señores **Juan B. Canal Olarte, José María Montañez, Alfonso Delgado Zarama, Carlos Guerrero Orbegoso** y **Nacor Bolaños,** por el delito de rebelión que define el Código Penal en su Capítulo I, Título II del Libro Segundo".

El Consejo de Guerra Verbal de que antes se habla, terminó sus labores con la sentencia fechada el diez de septiembre siguiente, que en su parte resolutiva, en lo pertinente, dice:

"Iº.—Condenar al señor **Juan B. Canal Olarte,** a la pena de doce (12) meses de prisión, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y a pagar la multa de **ochocientos** pesos ($ 800.00) al Tesoro Nacional".

Esta sentencia, como ya se ha expresado, fué confirmada en todas sus partes por el Comando de la Brigada de Institutos Militares y contra ella, se interpone el recurso de casación.

La demanda

Comienza el demandante, haciendo un relato de los hechos que se imputan al señor Canal Olarte, afirmando que cuando ocurrieron los sucesos de Pasto, este procesado ocupaba el cargo de Gerente del Banco de la República, en dicha ciudad, y el Coronel Gil, citó a los representantes de las entidades Bancarias, con el objeto de obtener de ellos ciertas disposiciones dirigidas a proporcionarse algunos fondos. Afirma que la intervención de Canal Olarte ni siquiera fué investigada, pues no se le recibió declaración indagatoria y únicamente con base en algunas informaciones se decidió de su resposabilidad por el delito de rebelión, consistente, según sus jueces, en haber asistido a la reunión de Banqueros convocada por el Coronel Gil y haber expresado en esta reunión, que como las comunicaciones con Bogotá estaban interrumpidas y no era posible recibir instrucciones sobre la conducta bancaria que debían observar con el Coronel Gil, y no teniendo autonomía para resolver el problema, debían obrar conforme a las instrucciones que de dicho Coronel recibieran, porque no había otro camino, y por órdenes de éste, redactó un proyecto de organización bancaria para implantar en el terreno dominado por la revolución, el cual tenía por objeto reglamentar el retiro de fondos de los Bancos por parte de los clientes y evitar así un pánico. Que sobre estos hechos escuetos que nada tenían que ver con el delito de rebelión, se juzgó al señor Canal Olarte y se le condenó.

Causal Primera.—"Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

El actor sustenta esta causal, afirmando que la sentencia es violatoria del artículo 139 del Código Penal por indebida aplicación, por cuanto que en ella se establece una sanción penal, por un hecho que no fué cometido por Canal Olarte, ya que dicho artículo se refiere a las personas que promuevan, encabecen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional, legalmente constituído, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional vigente, en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los poderes públicos u orgánicos de la soberanía.

Sostiene que examinado el proceso verbal, no aparece que Canal Olarte en su condición de Gerente del Banco de la República en la ciudad de Pasto, hubiera encabezado, promovido o dirigido un alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional y la intervención que se le atribuye, fué diversa a cualquiera actividad directora o subordinada en la rebelión y los hechos que se le imputan, por razón de las circunstancias vividas durante los días del alzamiento militar, carecen de todo contenido delictuoso y no guardan relación alguna con el delito de rebelión definido por el artículo 139 del Código Penal y de ahí, que la sentencia que lo condenó a cumplir una pena con base en este artículo, sea violatoria del mismo por indebida aplicación y también, del artículo 1° del mismo Código, que establece: "Nadie podrá ser condenado **por un hecho que no esté expresamente** previsto como infracción por la ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella". (Subraya el demandante).

Agrega que, el hecho atribuído al señor Canal Olarte, no se halla condicionado a la estructura del delito de rebelión, que tiene sus elementos es-

pecíficos que deben coincidir con el hecho ejecutado por aquel a quien se atribuye el delito y por lo tanto, dicha causal debe prosperar.

Concepto del Procurador General de la Nación.

Este funcionario, después de transcribir los cargos que en las sentencias de primera y segunda instancias se hacen al procesado Canal Olarte, estudia los elementos integrantes del delito de rebelión y los confronta con los hechos que se le imputan, con el objeto de establecer si sus actividades caen dentro de la represión del artículo 139 de nuestro estatuto penal. Después de puntualizar los elementos que integran el delito en mención, afirma que a juicio de la Procuraduría, las actividades que se cargan a la cuenta de Canal Olarte, fueron posteriores a la consumación del delito por parte de los militares rebeldes y para poder ser sancionado como partícipe del delito de rebelión, era preciso demostrar que posteriormente entró en el levantamiento en armas o que en alguna forma fué cómplice en el mismo. Que de los hechos imputados a Canal Olarte, sólo tres merecen atención, pues los dos restantes carecen de importancia y agrega:

"...En efecto: la asistencia a la Junta de Banqueros y el haber llevado el equipaje del Coronel al Seminario de Pasto, no tienen relación con el delito imputado. La simple asistencia a la Junta no es un cargo y tanto es así, que a los demás Gerentes que a ella asistieron ni siquiera se les siguió causa. El haber cumplido la recomendación de llevar el equipaje de Gil a un sitio determinado, tampoco incide ni inmediata ni remotamente en la participación que en la rebelión pudiera haber tenido el recurrente.

"Sólo quedan, de consiguiente, como puntos básicos de la acusación, los siguientes:

"1º—El haber expresado durante una reunión de Gerentes de Bancos que éstos debían obrar de acuerdo con las instrucciones que impartiera Gil, **por no existir otro camino.** (Subraya la Procuraduría).

"2º—El haber elaborado un proyecto, que sometió al Coronel Gil, con el objeto de reglamentar en el territorio a éste sometido el retiro de fondos bancarios, **con el fin de evitar un pánico,** (Subraya la Procuraduría).

"3º—El haber manifestado al Coronel Gil que a la orden del Contador Militar señor Pérez Plazas, sí había fondos en el Banco que gerenciaba y haber ofrecido una chequera para el servicio del citado contador.

"De estos tres hechos, los dos primeros fueron realizados con intención ajena al apoyo del movimiento rebelde, como la propia sentencia lo reconoce. Las medidas que se adoptaron **para evitar un pánico bancario** no iban ciertamente en beneficio de la rebelión sino primero y primordialmente en defensa de las instituciones bancarias. La declaración de que los Gerentes de Bancos debían acatar las órdenes del Jefe rebelde, **por no quedar otro camino,** podrá demostrar falta de carácter pero en manera alguna intención de adherir a la revolución. (Lo subrayado es de la Procuraduría).

"Para el suscrito Procurador es indiscutible que la actividad del entonces Gerente del Banco de la República en Pasto indica una clara simpatía por el golpe de cuartel que se había realizado. Pero encuentra también evidente que los hechos que consumó no conforman el delito de rebelión por el cual fué condendo, porque ninguno de ellos envuelve la participación en el levantamiento en armas realizado, ni contribuyeron a que los efectos de éste se hubieran prolongado. Es probable que si la rebelión hubiera tenido una más larga vida, el señor Canal Olarte, hubiese ejecutado actos propios del delito, por el cual se le juzgó, pero resulta medianamente claro que por meras posibilidades no es dable aplicar la sanción penal.

"El señor Canal Olarte demostró con sus hechos que en él había un rebelde en potencia, pero esa potencia no es susceptible de sanción penal sino cuando se convierte en acto.

"En síntesis, tenemos que, como bien lo puntualiza el Profesor Gutiérrez Anzola en su demanda, el recurrente fué condenado por hechos no previstos como delito por la ley penal, con lo cual se infringió el artículo 1º de nuestro estatuto penal".

Se considera:

Según se deja puntualizado, el demandante ataca la sentencia recurrida, en primer lugar, por ser violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Los cargos que se hacen en el fallo de segunda instancia contra el señor Canal Olarte, aparecen concretados en esta providencia en los siguientes términos:

"a) Asistió a una junta de banqueros promovida por el señor Coronel Gil;

"b) El Coronel Gil solicitó a los banqueros que le dijeran en qué forma podía retirar dinero de

los bancos, sin anunciar el monto de las sumas y los gerentes de los bancos de Bogotá y de Colombia le manifestaron que no teniendo ellos autonomía para resolver el problema necesitaban consultarlo previamente con las oficinas de Bogotá; entonces Canal Olarte, anticipándose al Coronel, les manifestó a los Gerentes de los Bancos que estaban en manos del Coronel Gil y por lo tanto tenían que obrar de acuerdo con las instrucciones de éste, porque no había otro camino, que Gil no les permitiría la comunicación con las oficinas centrales, porque éso no les serviría sino para obtener profundas negativas;

"c) A insinuaciones del Coronel Gil el señor Canal Olarte redactó y presentó a su consideración un proyecto de organización bancaria, para implantarlo en el territorito sometido por el Coronel Gil; organización que tenía por objeto reglamentar el retiro de fondos por los clientes con el fin de evitar un pánico;

"d) Por exigencias del Coronel Gil, Canal Olarte le informó que el Contador Pérez Plazas tenía fondos situados en el Banco de la República sin recordar la cantidad, y le ofreció al Coronel Gil darle una chequera al contador Pérez Plazas a fin de que pudiera hacer giros de los dineros situados a aquel contador en el Banco de la República.

"e) El día 11 de julio, el señor Canal Olarte sacó el equipaje del Coronel Gil de su alojamiento y lo llevó al Seminario Conciliar de Pasto, de donde fué enviado después a casa del señor Canal Olarte".

Examinada la situación jurídica del procesado Canal Olarte, en frente de los textos penales, se observa que el delito de rebelión, de acuerdo con el artículo 139, incluye los siguientes elementos:

a) Haber participado en el alzamiento en armas; y

b) Que este alzamiento tenga en miras finalidades fundamentales en cuanto al régimen interno del Estado, como sería derrocar al Gobierno legítimamente constituído o modificar el régimen institucional en lo relativo a la formación, funcionamiento o renovación de los Poderes Públicos.

Estos requisitos son indispensables para que se configure la infracción y por su ausencia, el delito no existe o degenera en otro distinto. El hecho de que el agente activo, haya tenido el papel de promotor o director del alzamiento o tome parte en él como empleado con mando o jurisdicción militar, política o judicial o actúe en ese alzamiento sin tener ninguna de las categorías anotadas, no constituye elemento esencial del delito; la determinación del puesto que se haya ocupado en el movimiento subversivo, sólo sirve para fijar la situación jurídica del procesado en lo relacionado con la sanción penal que le corresponda, de acuerdo con las normas de la ley penal. Lo que quiere decir, que cualquiera que haya sido el puesto que se hubiere desempeñado en el alzamiento, se deben reunir para que se pueda responsabilizar por dicho delito, los requisitos que lo integran.

En el caso de autos, como lo anota la Procuraduría, la asistencia a la Junta de Banqueros promovida por el Coronel Gil y el haber hecho llevar el equipaje de éste al Seminario Conciliar, no son hechos demostrativos de que el procesado Canal Olarte hubiera tenido participación en el levantamiento militar de Pasto. Lo primero, porque a esa Junta fueron los Gerentes de los Bancos por exigencia del Jefe revolucionario y no por iniciativa del procesado; lo segundo, porque el simple traslado del equipaje del Coronel Gil a un lugar determinado, después de que el golpe subversivo había tenido realización, nada tuvo que ver con el delito de rebelión; sólo constituye la prestación de un servicio de amigo, dadas sus viejas relaciones de amistad.

Los otros cargos que en la sentencia recurrida se hacen a Canal Olarte, consistentes en haber aconsejado a los otros dos Gerentes que obraran de acuerdo con las instrucciones del Coronel Gil en lo concerniente al retiro de fondos bancarios, para evitar el pánico entre los clientes; el haber elaborado un proyecto con tal finalidad; y por último, haber manifestado que en el Banco de la República en Pasto, tenía fondos el Contador Militar señor Pérez Plazas y haberle ofrecido una chequera para su servicio, tampoco demuestran la participación del procesado en el alzamiento militar. Esas actuaciones del procesado, fueron posteriores al golpe subersivo y no tienen fuerza probatoria, para implicarlo en el delito de rebelión porque lo juzgó el Consejo Verbal de Guerra.

Se hubiera acreditado en alguna forma, que Canal Olarte tuvo intervención directa o indirecta en el levantamiento militar y en el apresamiento del Jefe del Estado y de las demás autoridades y entonces, las actuaciones que se cargan a su cuenta, tendrían un valor probatorio que cambiaría su situación dentro de los autos.

Tampoco hay prueba en el proceso, de la cual se pueda deducir que tales actuaciones, se llevaran a cabo cumpliendo promesas hechas con ante-

rioridad a la realización del delito de rebelión, de suerte que, ni aún siquiera se puede sostener la participación del procesado en esa forma de complicidad.

Lo más que podría afirmarse en el caso presente, como lo sugiere la Procuraduría, es que el procesado con las actuaciones que se le imputan, puso de presente sus simpatías hacia el movimiento revolucionario, pero ésto no estructura el delito de rebelión en la forma prevista por el estatuto represivo. Además, no debe perderse de vista, que Canal Olarte dada la situación anormal que se vivía en Pasto, en la que el Coronel Gil tenía un Gobierno de facto y sus deseos eran órdenes que debían cumplirse sin réplica, pudo haber actuado bajo la influencia del temor, por el peligro que entrañaba el desobedecimiento a las órdenes del Jefe rebelde.

De todo lo anterior se concluye, que la causal primera invocada en la demanda, debe prosperar, porque en la sentencia recurrida, se impone al procesado Canal Olarte una sanción por hechos que no están erigidos como delito en la ley penal, lo cual implica la violación del artículo 139 del C. Penal por indebida aplicación y también del artículo 1º de la misma obra, por cuanto que a dicho procesado se le condenó por hechos que no estaban previstos como delito en la ley vigente al tiempo en que fueron cometidos.

Por lo tanto, debiendo ser aceptada la causal primera invocada en la demanda, no es el caso de estudiar los demás cargos formulados contra la sentencia de segunda instancia.

En conformidad con lo dicho antes y con el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, corresponde invalidar el fallo materia del recurso y absolver al procesado Juan B. Canal Olarte, por el delito de rebelión porque se le juzgó en este proceso.

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 el fallo materia del recurso y en su lugar, ABSUELVE al procesado Juan B. Canal Olarte del delito de rebelión porque se le juzgó en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDADES CONSTITUCIONALES—EN LOS CONSEJOS DE GUERRA VERBALES REGULADOS POR LA LEY 84 DE 1931 SE EXCLUYERON LOS CUESTIONARIOS Y EL VEREDICTO

1.—La nulidad de carácter constitucional no opera cuando los intereses de la parte lesionada con la informalidad no resultan perjudicados 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 menoscabado tales garantías consagradas por la Constitución y la ley, no puede hablarse de hecho ninguno constitutivo de nulidad.

2.—En el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales de la Ley 84 de 1931 —contrariamente al de los Consejos ordinarios y verbales— se excluyeron los cuestionarios y el veredicto, de modo que si el Consejo de Guerra Verbal falló con base en veredicto y el Comando de la Brigada lo declaró contraevidente, aplicaron un procedimiento inexistente, quebrantando así normas imperativas (art. 26 de la Constitución).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio once de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Comando de la Brigada de Institutos Militares, en sentencia de fecha treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, condenó a los señores Mayor Julio Millán, teniente Luis C. Gaitán y teniente Hernando Sicard a las penas principales de ocho años, siete años y seis años y un mes de reclusión militar, respectivamente, como responsables del delito de rebelión militar.

Contra dicha sentencia y con base en lo dispuesto en el Decreto Extraordinario Nº 1197 del 29 de mayo de 1951, los sentenciados por medio de su apoderado doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola, interpusieron recurso de casación, concedido el cual y surtida la tramitación correspondiente, es el caso de decidir.

En la demanda se alegan las causales primera y cuarta de casación.

Hechos

El diez de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, 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 Jefe de la Guarnición, Mayor Julio Millán para que tuviera una conferencia telefónica con el 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 fué ofrecido, y salió luego como si fuera a cumplir con su deber. Poco después llamó al Gobernador y le pidió que autorizara una conferencia con la Guarnición de Flandes, lo que obtuvo y más tarde dió aviso telefónico al mismo mandatario de que había cumplido lo dispuesto por el General Neira, y pidió nueva conferencia con el encargado de la Guarnición de Flandes, mas como ya tenía orden el Gobernador de que éstas se verificaran en su despacho, dió el aviso del caso a la telefonista para que se lo transmitiera al Mayor, quien no concurrió a la Gobernación. En cambio a las cinco de la tarde, se presentó allí el Capitán Juan López de Guzmán, a la cabeza de tropas armadas y allanó por la fuerza el Palacio de Gobierno, detuvo al 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 mismo edificio, ma-

nifestando que obraba en tal forma por orden del Mayor Millán. Simultáneamente, otras fuerzas militares intimaron y obtuvieron rendición del personal de la policía, y fueron extendiendo rápidamente su dominio violento 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 día citado, hora en que el Coronel Ernesto Buenaventura, enviado por el Gobierno central, tomó el mando de la Guarnición de Ibagué. detuvo en la Guardia al Mayor Millán y al Capitán 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, restablecidas las autoridades y en poder de éstas las oficinas y servicios que aquéllas habían usurpado.

Después de estas gestiones regresó al Cuartel el Coronel Buenaventura y fué apresado y detenido por el Mayor Millán y el Capitán López de Guzmán, quienes habían sido libertados por subalternos suyos. Procedieron luego los rebeldes a repetir su hazaña anterior, apresando nuevamente al Gobernador, a los Secretarios del despacho que estaban con él y a otras personas, y dominando la ciudad como al principio.

Así permanecieron las cosas más o menos hasta las cinco de la tarde del día 11, hora en que nuevamente se restituyó todo al estado anterior mediante entrega que de la guarnición hicieron los procesados a los superiores militares que acudieron con tropas a debelar la rebelión.

Actuación procesal

Convocado Consejo de Guerra Verbal para el Juzgamiento del delito de rebelión de que se sindicó al Mayor Julio Millán, al Capitán Juan López de Guzmán y a los tenientes Hernando Sicard y Luis C. Gaitán, con fecha 23 de julio de 1944, en que se verificó el juicio, absolvió a los procesados estimando justificado el hecho de conformidad con el inciso 3º del artículo 25 del Código Penal, en concordancia con el 121 del de Justicia Militar (ley 84 de 1931).

El Comando de la Brigada de Institutos Militares, que por consulta revisó la sentencia del Consejo de Guerra Verbal, con fecha 28 de julio de 1944, no encontró acertada su determinación, entre otras razones, por estimar que al ocurrir los hechos, los oficiales tuvieron conocimiento horas antes, de lo acontecido en Pasto, relativo a la rebelión y apresamiento del Jefe del Estado; que Millán pidió y obtuvo del Gobernador apoyo para cumplir órdenes impartidas entonces por el Ministro de Guerra y que ante la actuación del pueblo donde se presentaba oportunidad para conciliar los grupos que se decían hostiles, y ante la necesidad de salvaguardiar las instituciones y respaldar las autoridades legítimas, sin embargo los militares obraron como queda relatado. En tal virtud revocó la sentencia y convocó un nuevo Consejo de Guerra Verbal para que fallara la causa, aduciendo como razón que conforme a lo dispuesto en el artículo 110 de la ley de Justicia Militar (ley 84 de 1931), el juzgador de segunda instancia puede reformar el fallo, sin reagravarlo, o confirmarlo simplemente, sin embargo "nada se expresa sobre la manera como debe proceder cuando lo considera injusto o ilegal, sea condenatorio o absolutorio". Y agrega:

"Este vacío de la ley militar ha de llenarse, por mandato expreso de la misma, contenido en los artículos 1º y 121, con las disposiciones del derecho penal común. En consecuencia, y dado que el Consejo de Guerra sustituye en lo militar al Jurado de derecho penal común, habrá de aplicarse al primero las normas referentes al segundo, en cuanto no se opongan a las contenidas en la ley militar.

"En otros términos, el juzgador de segunda instancia tiene facultad legal suficiente para revocar la sentencia si estima que el veredicto en que se apoya es claramente contrario a la evidencia, en cuyo caso han de seguirse las reglas que sobre el particular contiene el Código de Procedimiento Penal ordinario". (fs. 12, cuaderno 3.)

El nuevo Consejo de Guerra Verbal, el 29 de julio del mismo año citado halló demostrado que los acusados habían dirigido el alzamiento en referencia y que por ser militares en servicio activo del Ejército, tenían el calificativo de autores principales del delito de rebelión militar definido y sancionado por el artículo 139 del Código Penal y 157 de la ley de Justicia Militar (84 de 1931), y condenó a los procesados a las penas relacionadas al principio. De esta providencia conoció en segunda instancia el Comando de la Brigada de Institutos Militares, entidad que con fecha 31 de julio de 1944, confirmó en todas sus partes lo resuelto por el Consejo de Guerra Verbal.

Causal primera

La demanda se encamina a sostener que la

sentencia materia del recurso, carece de valor puesto que con ella se violaron los artículos 26 de la Constitución Nacional y 110 del Código de Justicia Penal Militar (ley 84 de 1931), toda vez que fué dictada como consecuencia del fallo de fecha 28 de julio de 1944, según el cual se revocó la sentencia proferida por el Consejo de Guerra Verbal con fecha 23 de julio del mismo año y dispuso convocar un nuevo Consejo de Guerra; que al anular la segunda instancia la absolución dada por éste, no se observó la plenitud de las formalidades propias del juicio sui-géneris y especialísimo por su naturaleza, en el cual el fallador no puede apartarse de su finalidad y aplicación, y la orden de convocar nuevo Consejo de Guerra es arbitraria y viola los principios constitucional y legal citados, pues que no podían aplicarse reglas del Código común, cuando existía el procedimiento a seguir en la ley militar.

Que la sentencia quebrantó, además del artículo 26 de la Constitución, el 1º del Código Penal y 5º del de Procedimiento Penal, por cuanto se condenó a los procesados por hechos no contemplados como delitos por la ley vigente al tiempo de su comisión y también ser violatoria la sentencia del artículo 139 del Código Penal que fué aplicado indebidamente.

Explica que el juzgamiento que se realizó en virtud de la convocatoria a nuevo Consejo de Guerra Verbal, es acto no previsto en la ley preexistente y violatorio del principio de la aplicación de la ley permisiva o favorable, en primer lugar porque la primera sentencia, según la ley militar sólo podía ser susceptible de reforma, sin reagravarla, o mandarse ejecutar, y al obrar en otra forma se violó la ley (artículo 110); en segundo lugar porque era más favorable la aplicación del artículo 110 que efectuar la interpretación que se hizo para declarar la contraevidencia. En la audiencia pública sostuvo sus puntos de vista a que en forma detallada se refiere en la demanda.

A folio 57 del cuaderno cuarto dice textualmente:

"Si, pues, es evidente que en los fallos producidos por los Consejos de Guerra Verbales no existe diferencia alguna entre veredicto y fallo, porque no se puede separar el fallo de conciencia y el fallo de derecho, tenemos como demostración irrefutable que en cuanto hace al primitivo Consejo de Guerra Verbal no existió el veredicto y en consecuencia no existiendo no podía declararse contrario a la evidencia conforme lo hizo el superior. Con este resultado tenemos que a más de violarse la ley militar, se violó la ley penal común que no autoriza declarar contraria a la evidencia de los hechos la sentencia de primera instancia sino el veredicto en que ella se fundó".

Se violó el artículo 139 del Código Penal vigente —agrega— porque al fundamentarse el fallo en la Justicia Militar (ley 84 de 1931), se pone como cimiento el Código Penal de 1936 que no regía cuando se expidió aquél y si se procedió así, se impuso sanción por hechos no previstos como delitos, error grave, y a equivocación también al aplicar penas que tampoco estaban previstas al tiempo de la condena.

Concepto de la Procuraduría

Solicita el señor Procurador General de la Nación no se case la sentencia recurrida.

En cuanto a la sanción impuesta a los procesados por hechos no contemplados como delitos, violación del artículo 139 del Código Penal y nulidad del juicio, la Procuraduría manifiesta que son cuestiones ya estudiadas en otros fallos. Por lo que hace a la infracción de los artículos 26 de la Constitución Nacional y 110 de la ley militar citada, planteados en contra de la providencia del 28 de julio de 1944, es cuestión ajena al recurso de casación. En su concepto no hubo reagravación porque al declarar contraria a la realidad procesal la primera providencia del Consejo de Guerra Verbal, sólo se dispuso la realización de un nuevo examen de los hechos, pudiendo haber ocurrido una nueva absolución, en cuyo caso no ocurría la agravante alegada. No se ve aplicación por analogía de las normas de derecho común, porque los artículos 1º y 121 de la ley Militar preven que los vacíos de esta ley se llenan con disposiciones de la ley penal común.

Causal cuarta

La Corte examinará de preferencia esta causal, porque de prosperar ella, no existe necesidad de estudiar la primera, también alegada, y que en casos similares no ha prosperado, como en varios fallos lo ha decidido esta Sala de la Corte, que no es menester reproducir, por no ser necesario para las conclusiones de esta providencia.

El actor impugna en primer término la sentencia por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad por infracción de los artículos 52 y 54 del Código de Procedimiento Penal, porque

los militares comprometidos en la rebelión del 10 de julio de 1944, no fueron juzgados en un sólo proceso, por cuanto se trataba de un delito cometido como resultado de un designio colectivo que obedecía a una sola intención criminosa, y la sentencia materia del recurso era nula porque cuando se profirió, la causa se encontraba ya viciada de nulidad consistente en haberse dictado una providencia anulando el primer Consejo de Guerra Verbal.

Sobre ese primer aspecto del problema basta ratificar lo mismo que se decidió cuando idéntico razonamiento se hizo en varios procesos semejantes:

"Es cierto que según las voces del artículo 52 del Código de Procedimiento Penal, para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso y que idéntica norma se seguira 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 pretermitirse cualquiera de las formalidades exigidas en ellos acarrea responsabilidad, 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, cuando se trata de las relativas o subsanables.

Otro tanto ocurre con la nulidad de carácter constitucional. Ella no opera cuando los intereses de la parte lesionada con la informalidad no resultan perjudicados 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 menoscabado 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 de 13 de julio de 1944 tiene fuerza legal bastante para suspender la legislación existente antes de su expedición, como se desprende del texto del artículo 121 de la Constitución. De esta suerte y para el juzgamiento de los militares comprometidos en el delito de rebelión que dió 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 dió motivo a su expedición" (Sentencia del 22 de febrero de 1952, en el proceso contra el Coronel Eurípides Márquez y otros, por rebelión).

En cuanto al segundo aspecto de la demanda, Considera la Corte

Como ya quedó dicho al aludir a las tesis de la demanda otro aspecto de impugnación lo hace consistir el actor, en el hecho **sui géneris** que presenta este proceso, que lo separa de los demás casos hasta ahora juzgados por la Corte, en relación con los Consejos de Guerra Verbales seguidos a los militares por los sucesos del 10 de julio de 1944.

En efecto, el problema vertebral de este proceso puede sintetizarse en el siguiente punto fundamental. ¿Dentro de los principios que informan la legislación penal militar aplicable al caso (ley 84 de 1931), los preceptos de la legislación común pueden servir para corregir las deficiencias que se observen y suplir con sus mandatos lo que no está previsto en la primera de aquellas legislaciones?

Para responder conviene, ante todo, hacer un examen comparativo de los textos legales que gobiernan el juicio por Consejos de Guerra Verbales y los que rigen cuando se trata del juicio penal con la intervención del Jurado. De esta comparación resultan necesariamente las diferencias sustanciales entre ambas formas de justicia, y, por ende su antagonismo para aplicar preceptos de una u otra, con el pretexto de su inexistencia en la legislación militar penal.

Al Consejo de Guerra Verbal lo caracteriza la forma sumarísima como se administra justicia, cuando se juzga de conformidad con los preceptos que la rigen. Son éstas sus modalidades específicas:

1º—No todos los delitos son susceptibles de juzgarse con este procedimiento. Traición, sedición, insubordinación, incendio, pillaje, cobardía y otros de mayor e igual gravedad podrán juzgarse por Consejos de Guerra Verbales, siempre que se reúnan las siguientes condiciones: a) Que el hecho sea cometido en campaña; b) Que el procedimiento sirva para contener los excesos de la tropa; corregir la moral del ejército con medios de extraordinaria energía o restablecer prontamente el orden público. Todo ello a juicio del alto Comando o Jefe Superior (artículo 104 de la ley 84 de 1931).

2º—Reunidas estas condiciones, el Comandante en Jefe de la Unidad Superior dispondrá la convocatoria del Consejo, ordenará la detención del sindicado o sindicados y hará los nombramientos de Fiscal y los Vocales, quienes deberán reunirse inmediatamente por medio de órdenes verbales (artículo 105, inciso 1º).

3º—Los Vocales de que se compone el Consejo son tres, a menos que la gravedad del caso requiera el número exigido para los Consejos ordinarios (5), siempre que haya personal de oficiales suficiente (artículo 105, inciso 2º).

4º—En el momento de instalarse el Consejo el procesado tiene derecho a nombrar defensor. Una vez posesionado éste, comienza el término probatorio, pues los testigos —que deberán ser citados de antemano— se harán comparecer ante el Consejo, junto con las demás pruebas pertinentes. El defensor tendrá que ser un Oficial de cualquier grado, siendo el cargo de obligatoria aceptación (artículo 106).

5º—Corresponde al Fiscal de la causa, nombrado al convocar el Consejo de Guerra Verbal (artículo 105), examinar por separado a cada testigo. De la declaración se deja un extracto en forma que ni se consigne lo inútil ni se omita lo esencial, que hará el Secretario. La defensa tiene también facultad de interrogar y repreguntar, de todo lo cual se hará también un extracto, pero de los puntos esenciales, que será leído al exponente. Aprobado por éste, se firmará por el testigo, el Fiscal, el defensor, en aquello que hubiere intervenido, y el Secretario (artículo 107).

6º—El hecho de que resulte probado el delito, porque los testigos estuvieren contextes en las circunstancias esenciales en favor o en contra del acusado, permite que se limite la prueba en la proporción de tres a cinco declaraciones de testigos hábiles (artículo 108).

7º—La indagatoria del procesado tiene lugar después de que se practique la recepción de los testimonios, conforme a la regla anterior. Entonces comienza el término de prueba en su favor, para recibir las declaraciones de los testigos que citare, con las formalidades ya establecidas (artículo 108).

8º—La recepción de la prueba tiene que hacerse en sesión permanente, la que apenas se suspenderá por tres horas, para que el Fiscal y el defensor formulen sus alegatos de conclusión. Transcurrido este plazo, el Consejo oirá la acusación del Fiscal y la exposición del defensor, después de lo cual fallará como en los demás Consejos de Guerra y se hará la notificación del fallo (artículo 109).

Al decir este artículo que el fallo se someterá a las prescripciones que rigen para los demás Consejos de Guerra, es porque hace explícita referencia a los artículos 90 y 91, principalmente, en los cuales se dan las normas a seguir una vez terminada la vista oral, y que son: sesión secreta para deliberar, imposibilidad de suspenderla una vez comenzada, que durante ella ninguno de los Vocales pueda tener comunicación con persona extraña al Consejo, y, por último, el cuestionario que en el momento de entrar en la deliberación, el Presidente del Consejo propondrá al mismo, formulado en la escueta forma contenida en el artículo 91.

9º—En cuanto al procedimiento que debe seguirse una vez dictado el fallo del Consejo de Guerra Verbal, el artículo 110 preceptúa que la sentencia será revisada, por apelación o consulta, por el Comandante superior de las tropas, si lo hubiere, o por el Comandante de la Unidad Superior respectiva, quien puede reformar el fallo, sin reagravarlo, o mandarlo ejecutar bajo su responsabilidad.

Corresponde ahora señalar las diferencias sustanciales entre el procedimiento señalado y el que compete en la justicia ordinaria.

Como se ha visto en la Justicia Militar, en los Consejos de Guerra Verbales, no hay sumario propiamente dicho. Como consecuencia, ni la indagatoria ni las pruebas de cargo y de descargo quedan escritas en las diligencias que el artículo 271 del Código de Procedimiento Penal define como las propias para comprobar el cuerpo del delito, descubrir a los autores o partícipes, conocer su personalidad y averiguar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados por la infracción.

Toda la mecánica procedimental difiere profundamente, en cuanto al modus operandi del juicio oral y al nombramiento de vocales en los dos procedimientos que se contraponen. Los vocales de los Consejos se distinguen del Jurado —fuera de la calidad de oficiales del ejército que deben tener necesariamente— en la manera de designarlos y en las funciones que ejercen, pues mientras que en aquéllos los Vocales mismos dictan el fallo que prepara el asesor jurídico, en el Jurado ordinario ello es privativo del Juez Superior.

En lo concerniente al derecho de defensa, la diferencia puede fácilmente medirse contrastando la forma como se garantiza ese derecho en el procedimiento común y se limita en el de los Consejos de Guerra Verbales, hasta no otorgar a las partes sino el término mínimo de tres horas para la lectura del proceso, lo que en manera alguna sucede en el procedimiento ordinario, donde la amplitud de los términos en el particular garantiza con exceso los derechos del procesado y los fueros de la defensa.

En líneas generales son éstas las más notables diferencias entre ambas formas procesales. El examen minucioso de todas ellas llevaría a proporciones innecesarias para el caso, que no precisa sino la contraposición de ambos sistemas para destacar su fundamental disparidad.

De nada serviría paragonar ambos procedimientos, si ello no condujera a una consecuencia práctica en este proceso, a efecto de demostrar si se ha incurrido en uno de los extremos que señala la causal cuarta de casación.

En efecto, si la justicia militar por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales tiene características inconfundibles que lo separan fundamentalmente de la justicia ordinaria, es necesario concluír que ambos sistemas se rigen por normas contrapuestas y exclusivas de cada uno, ante las cuales no puede haber reglas que en calidad de préstamo se apliquen para solucionar situaciones no previstas en uno de los dos procedimientos.

Se arguye a este razonamiento diciendo que la conclusión no es completamente exacta, porque de conformidad con el artículo primero de la ley 84 de 1931, la Justicia Penal Militar, que en esa ley se rige, tiene por base, en su conjunto, los mismos principios que la justicia penal de derecho común.

La objeción se contesta diciendo que la norma del artículo primero contempla en su mismo texto dos excepciones que se refieren: a) a la organización especial del Ejército; y b) al interés de la disciplina del mismo. Por consiguiente, cuando actúan u operan estas dos circunstancias, es preciso afirmar, con el mismo artículo en cita, que existen modificaciones que impiden tener aquella norma como criterio absoluto para resolver todas las dificultades y llenar todos los vacíos que surjan en la aplicación de la justicia penal militar.

Ahora, para cuáles casos están instituídos los Consejos de Guerra Verbales? El artículo 104 de la ley 84 contesta, señalándolos taxativamente: 1º Cuando se trata de los delitos de traición, sedición, insubordinación, incendio, pillaje, cobardía y otros de mayor o igual gravedad; 2º Cuando a juicio del alto Comando o Jefe Superior sea preciso tal procedimiento; y 3º Cuando sea necesario para contener los excesos de las tropas, para restablecer prontamente el orden público, o corregir la moral del Ejército con medios extraordinarios de energía.

Por manera que sólo en los casos exhaustivamente señalados y de extrema gravedad puede hacerse uso del procedimiento extraordinario y sumarísimo de los Consejos de Guerra Verbales.

¿Ahora bien, constituyen estas situaciones forma alguna de modificación que se relacione con la organización especial del Ejército y el interés que su disciplina hacen necesaria? Indudablemente. Luego es obvio que los principios de derecho común están excluídos cuando se trata de absolver situaciones que por corresponder a un régimen especial no pueden ser incorporados en otra forma de justicia, creada para casos determinados, cuando se encuentra alguna deficiencia o vacío.

El señor Procurador cita en apoyo de sus conclusiones el artículo 121 de la ley 84 de 1931, según el cual en materia militar son aplicables las disposiciones del Código Penal común y de las leyes que lo complementen, reformen o sustituyan, en cuanto no se opongan a las contenidas en la presente ley.

La sola lectura del texto pone de manifiesto que su aplicabilidad se limita a las disposiciones del Codigo Penal. Si, pues, como en este caso la impugnación del fallo de la Brigada de Institutos Militares se basa en que fueron incorporadas normas de procedimiento penal común, a un caso decidido por un Consejo de Guerra Verbal, que no admitía más trámite posterior a la sentencia ab-

solutoria, dictada por unanimidad, que reformar el fallo, sin reagravarlo, o mandarlo ejecutar bajo su responsabilidad (artículo 110), es preciso concluír que la cita del artículo 121 no es procedente, porque ese principio podrá tener aplicación cuando se relacione con la materia propia del Código Penal, pero no es lícito extender tanto su contenido como para incluír en él también las normas procedimentales. Ya se ha dicho que los Consejos de Guerra Verbales se rigen por disposiciones expresas, de inconfundible sello y muy diferentes de las reglas ordinarias del derecho común. Hacer éstas extensivas a un procedimiento extraordinario, es sin duda alguna producir una violación de un principio superior, de orden constitucional, que quiere que el juzgamiento se acomode a la **plenitud de las formas propias de cada juicio,** con lo cual la Ley de Leyes indica que resulta injurídico y anticonstitucional tomar formas procesales de distintos códigos o leyes, mezclarlos o confundirlos para formar un procedimiento ad-hoc que permita resolver una situación no contemplada. La arbitrariedad del sistema se percibe con su simple enunciación, y esta tacha, aunque fuera única, bastaría para rechazar su empleo.

Que existe un vacío en la ley 84, en lo referente la materia de que se trata, se pone de manifiesto con la comparación de las demás leyes posteriores de justicia penal militar, en las cuales se proveyó expresamente cómo debía procederse en esos casos. Así, el artículo 139 de la ley 3ª de 1945, dice: "La sentencia es revisada, en apelación o consulta, por la autoridad militar que haya convocado el Consejo, la cual puede reformarla, o declarar injusto el veredicto cuando sea contrario a la evidencia de los hechos. En este último caso convoca a un nuevo consejo de guerra, cuyo veredicto es definitivo".

Esta disposición es la última del Título IX, en el cual se dan las normas a seguir cuando se trata de los Consejos de Guerra Verbales. De manera que se estatuyó expresamente que podía declararse contraevidente el veredicto del Consejo de Guerra.

El argumento no carece de importancia, porque si podía apelarse en esos casos a la legislación común, sobraba el artículo por inútil. En la discusión del proyecto, que vino luego a ser la ley 3ª de 1945, en el Acta número 61, correspondiente a la sesión del día 3 de agosto de 1943, puede leerse sobre el particular lo siguiente:

"Como ya se dijo en ocasión anterior al estudiar la constitución de los Tribunales Militares, la injusticia notoria debe ser declarada únicamente por el juez, no por el Tribunal Superior; es al primero a quien compete tal función por haber estudiado el expediente, haber dirigido el juicio y obrar dentro del ambiente militar; pero el Tribunal que sólo falla sobre lo escrito no tiene las mismas bases para declarar notoriamente injusto el veredico. Dice el doctor Cárdenas además, que de esta manera se deja constancia de que la Junta se aparta del procedimiento sentado en el artículo 554 del Código de Procedimiento Penal al aplicarlo a la justicia militar; este artículo quedó modificado así por el Presidente de la Junta: "Artículo... El Tribunal Superior de Distrito Judicial carece de la faculad de declarar injustos los veredictos pronunciados en materia penal militar". "Código Penal Militar" (Actas de la Comisión que lo elaboró, primera parte, pág. 228).

Sobre el mismo tema se dijo en la Introducción de la obra antes citada, en donde se explicaron las innovaciones introducidas en la nueva legislación proyectada, que culminó con la ley 3ª de 1945:

"La segunda instancia ha sido reglamentada en forma que garantiza no sólo los intereses generales de la justicia militar, sino también los privados de la defensa. En la legislación vigente (se refiere a la ley 84 de 1931, que se aplicó en este proceso) esa segunda instancia no existe; sólo se concede recurso de nulidad ante los tribunales, el que por su naturaleza es muy limitado en su alcance, y por tanto, contra las sentencias pronunciadas por entidades formadas de un modo ocasional y desprovistas de los conocimientos más elementales en materia de derecho penal militar, no existe un amplio recurso de apelación o de consulta que corrija los errores o equivocaciones cometidos en primera y casi única instancia" (Obra antes citada, pág. 7).

La cita que se hace del artículo 554 del Código de Procedimiento Penal ilustra en sumo grado el punto debatido. En efecto, preceptuando esa disposición dentro del procedimiento común la facultad del fallador de segundo grado para declarar contraevidente el veredicto cuando el Juez no lo hubiere hecho, no cabe la menor duda de que tal atribución confiere a la segunda instancia un arbitrio de innegable oportunidad para corregir los errores de la justicia ejercida con la intervención del Jurado.

De manera que para que tal atribución pudiera ejercerse en la segunda instancia cuando se trata de juicios de qué conoce el Consejo de Gue-

rra Verbal, se necesitaría que un texto expreso de la ley le confiriera esa facultad, como lo hace la ley 3ª de 1945 —que derogó la 84 de 1931— en la cual se observa un silencio, que fué colmado en este proceso con un procedimiento que no se compadece con la índole propia de la justicia militar ni con la naturaleza misma de esta clase de juicios, en los cuales se limita en forma completa el alcance de la segunda instancia, hasta reducir las funciones del fallador en tal grado de jurisdicción a unas pocas atribuciones, en las que por cierto no hay ninguna que comprenda, ni remotamente, la muy grave y delicada de decretar contraevidente el veredicto del Consejo de Guerra Verbal.

Se explica que esa atribución no pueda otorgarse al mismo Consejo por la índole peculiar de él, según la cual los vocales rinden el veredicto y sobre esa decisión dictan el fallo. Este doble carácter hace que el veredicto así proferido no pueda ser modificado por los mismos que lo profirieron, porque de otra manera ello implicaría un manifiesto contrasentido.

Mas, la segunda instancia carece de atribuciones para abrogarse facultades que la ley explícitamente le ha negado, ni tampoco puede entrar a saco en otros Códigos para llenar deficiencias de la justicia penal militar, que en realidad y estudiada su peculiar contextura, no existen, porque resultaría un procedimiento que desarmoniza y no encaja en esa forma sui géneris de administrar justicia, que por su propia y especial naturaleza repugna de procedimientos dilatorios y quiere que aquélla se ejerza de manera que produzca sus resultados específicos con la rapidez que le es indispensable para cumplir las finalidades que le señala el artículo 104 de la ley 84 de 1931.

Entre los principios fundamentales del Derecho Penal está el que sus leyes se sustraen a la aplicación analógica. Se llama así —expresa Florián— "cuando una disposición de la ley dictada para un caso, se trasporta a otro no contemplado en esa ley; el supuesto de la interpretación por analogía es la ausencia de una disposición expresa, es una laguna. En realidad, por consiguiente, no se trata de investigar el sentido de una ley; se trata de ver si es lícito aplicar la ley penal a casos no contenidos expresamente en la misma; esto es, se trata de llenar los vacíos de la ley, derivando el precepto de casos afines legislativamente regulados. Como se ha dicho, la analogía consistiría en formular un principio jurídico latente.

"Los confines —agrega el mismo autor— entre la interpretación extensiva y aplicación de una norma penal por analogía son sutiles. Ante todo, puede decirse que en la primera se realiza la extensión del significado de las palabras según la voluntad del legislador; en la analogía se extienden pensamiento y palabras a un caso no contemplado expresamente en la ley. Así, pues, de un modo más preciso, si en el primer caso falta la expresión literal, existe la voluntad del legislador; en el segundo, por el contrario, falta también ésta".

La doctrina distingue dos especies de analogía: la llamada analogía legal (analogía legis) y la analogía jurídica o de derecho (analogía juris), consistiendo la primera en que el caso no contemplado en la ley se resuelve con una norma que regula un caso afín, siempre que exista el supuesto de la identidad de razón y concurrencia de la voluntad del legislador; y la segunda, en que la norma para el caso omitido se deduce del espíritu y del sistema del derecho positivo considerado en su conjunto. Surge entonces el problema de conocer cuál de las dos fué aplicada en el proceso.

Dada la forma de procedimiento seguido por el superior para declarar contraevidente el veredicto del Consejo de Guerra Verbal, cuando existía apenas una disposición que lo autorizaba, únicamente y de modo exclusivo, a reformar el fallo producido, pero sin reagravarlo o a mandarlo ejecutar bajo su responsabilidad, parece claro que se aplicó el sistema de la analogía legal, porque se suplió el vacío de la legislación militar con una disposición afín de la legislación común, pero con la diferencia, que en el caso es fundamental, de que no se tuvo en cuenta la identidad de razón y la concurrencia de la voluntad del legislador, que son las dos condiciones exigidas por la doctrina para que pueda hacerse uso de un procedimiento que se rechaza en su aplicación absoluta, y precisa para su ejercicio ciertas condiciones, que de no cumplirse o cumplirse imperfectamente, debe ser descartado del Derecho Penal, considerado en general, es decir como ley formal y ley sustantiva.

En cuanto a esta última, fueron ya explicados los principios que informan la interpretación analógica. En lo que respecta a aquélla, puede decirse que no se vé razón para que sean distintos entre una y otra ley. Pero suponiéndolo, es evidente que el procedimiento regula materias que tienen muchos puntos de contacto con principios fundamentales de la organización po-

lítica de cada país; sus formas democráticas garantizadas en la Constitución tienen que integrar como fundamentales las bases mismas del procedimiento penal; las garantías procesales que la misma Constitución consagra deben tener expresión en el Código adjetivo penal, para que se conviertan en formas vivas de protección al derecho individual, que establece el derecho de la defensa como intangible, ya que cuando es desconocido o violado la misma ley erige en nulidad los actos que patentizan ese desconocimiento o violación.

Siendo ello así, es manifiesto que en forma alguna fueron reconocidos estos principios cuando a un procedimiento regido por normas especiales de aplicación exclusiva, se le agregaron disposiciones no contenidas en esas normas, para buscar en otro procedimiento regido por reglas diferentes, la solución de un caso no contemplado en la ley especial y que por lo mismo debía regirse por ésta.

Cuando dos legislaciones obedecen a principios distintos es anticientífico formar un Código ad-hoc, combinando disposiciones de uno y otro, porque aparte de constituír tal sistema un quebrantamiento de la lógica articulación que debe contener cada estatuto cuando reglamenta procedimientos distintos, rompe también el orden técnico en que están inspirados haciendo de lo que es por naturaleza homogéneo, algo heterogéneo y desarticulado.

Resulta de este proceder un Código mixto, falto de unidad y expuesto al arbitrario capricho del fallador, quedando de esta suerte el procesado en circunstancias de desconocer con cuál ley en definitiva se le hace justicia.

El señor Procurador sostiene como tesis central de su concepto en el proceso que por cuanto el artículo 110 del estatuto militar responsabiliza al juez **ad quem** para mandar a ejecutar la sentencia proferida por un Consejo de Guerra Verbal, implícitamente lo autoriza para declarar contraevidente el veredicto en que se hubiere apoyado la sentencia que revisa.

El planteamiento así escueto del problema lo reduce a investigar si porque al Juez **ad quem** se le dice cuáles son las únicas atribuciones que tiene como fallador de segundo grado, en forma **implícita** puede arrogarse otras. La expresión que emplea el texto legal en cita "mandarlo ejecutar bajo su responsabilidad" no implica, como lo considera la Procuraduría, que si obra en forma distinta el Juez de segunda instancia, adquiere responsabilidad por ello. Esa expresión significa que el fallador no tiene sino dos caminos a seguir en tales casos: reformar el fallo, sin reagravarlo o mandarlo ejecutar. Es claro que si obra en este segundo extremo, es porque bajo la responsabilidad de que está investido no encuentre otra manera de cumplir su cometido. Dar a ese término el sentido que pretende la Procuraduría conduciría a conferir al fallador **ad quem**, en los casos de Consejos de Guerra Verbales, un poder arbitrario, ya que patente la responsabilidad por lo que se considera un error del Consejo, el superior tendría que ir en busca de normas legales en donde quiera que las encontrara para protegerse de esa responsabilidad. Lo que ésto significa es que obrando de esa suerte, no queda otra autoridad que pueda interferir el cumplimiento de la sentencia, porque quien tenía la facultad de mandarla ejecutar, lo hizo bajo su exclusiva y única responsabilidad. Este es el verdadero espíritu de la ley y el más acorde con la justicia, porque protege los derechos que ampara y los procesados no quedan expuestos a procedimientos no regulados en la legislación que se les aplica.

La objeción de fondo la formula la demanda contra la sentencia que condenó a los procesados Mayor Julio Millán, Teniente Luis C. Gaitán y Teniente Hernando Sicard. Aunque la nulidad que prospera con base en la causal cuarta, por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional surge del auto interlocutorio que declaró la contraevidencia del veredicto, de fecha veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, ello no es obstáculo alguno, como lo sustenta la Procuraduría, para la decisión de la Corte, porque en estos casos se aplica idéntico procedimiento que cuando la nulidad recae v. gr. por error en la denominación jurídica del delito (ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal), puesto que también aquí el recurso se interpone contra la sentencia, de conformidad con la parte final del artículo 201 de la misma obra y en consecuencia el proceso debe retrotraerse desde la actuación procesal viciada de nulidad, esto es, el auto de proceder, el cual por tener carácter de auto interlocutorio no por eso impide que el recurso de casación prospere, ya que precisamente en tales ocurrencias el objetivo que con él se persigue es conseguir que se decrete la invalidez de lo actuado desde que la nulidad se produjo.

Además de la limitación taxativa de facultades que el artículo 110 de la ley 84 —única aplicable al caso— impuso al Comando de la Briga-

da, como entidad de segunda instancia de los Consejos de Guerra Verbales, su incompetencia para declarar contraevidente el veredicto se sustenta también en la exclusión que de cuestionario y veredicto hizo el legislador en el procedimiento extraordinario que rige el funcionamiento de tales Consejos. Esto se deriva del examen comparativo de dicho procedimiento con el de los Consejos de Guerra Ordinario y Superior de la misma ley 84 y con el de otras leyes.

Aquélla, en efecto, mediante normas expresas (arts. 91 a 95 y 100), establece las formas de los cuestionarios y los modos como deben absolverse en los Consejos Superiores y Ordinarios, normas omitidas en cuanto a los Verbales. Los Códigos posteriores al de 1931 crearon expresamente los cuestionarios y el veredicto en el procedimiento de estos últimos —los Verbales—. Los artículos 130 y 131 de la ley 3ª de 1945 en efecto fijan la forma de los cuestionarios y del veredicto y el artículo 139 da a la autoridad que convocó el Consejo no sólo la facultad de reformar la sentencia sino también la de **declarar notoriamente injusto el veredicto** cuando fuere contrario a la evidencia de los hechos. Los artículos 426 a 430 del Decreto 1125 de 1950 sobre Consejos de Guerra Verbales también establecen cuestionario y veredicto, aunque su sistema es distinto al de los otros procesos (398 a 404), ya que se concretan en preguntas y respuestas verbales posteriores a la deliberación, por la esencia y forma orales del procedimiento; y los fallos pueden ser reformados o revocados por las autoridades de segunda instancia (arts. 367 y 435), sin que estas facultades comprendan la declaración de contraevidencia del veredicto, como sí la comprende el artículo 404 en los procesos llamados "Mayores".

Este breve análisis comparativo, lleva a la conclusión lógica de que en el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales de la ley 84 —contrariamente al de los Consejos ordinarios y verbales— se excluyeron los cuestionarios y el veredicto, de modo que si el Consejo de Guerra Verbal falló con base en veredicto y el Comando de la Brigada lo declaró contraevidente, aplicaron un procedimiento inexistente, quebrantando así normas imperativas (art. 26 de la Constitución).

Para el caso, y de conformidad con lo anterior, todo lo actuado en el proceso desde el auto que declaró contraevidente la decisión del primer Consejo de Guerra Verbal, resulta afectado de nulidad, por lo cual debe disponerse la devolución del proceso, para que se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 110 de la ley 84 de 1931, que dejó de cumplirse entonces.

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, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, INVALIDA la sentencia recurrida y en su lugar declara nulo lo actuado en este proceso desde el auto de fecha 28 de julio de 1944, inclusive, en virtud del cual se declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto dado por el Consejo de Guerra Verbal que juzgó a los procesados Mayor Julio Millán, Teniente Luis C. Gaitán y Teniente Hernando Sicard, y dispone devolver el expediente al Comando de la Brigada de Institutos Militares, a efecto de que se dé cumplimiento al artículo 110 de la ley 84 de 1931 (Código de Justicia Penal Militar).

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS PARA CONOCER DE UN PROCESO POR EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA

El delito de abuso de confianza se tipifica en el hecho de que el agente del ilícito se apropie en provecho suyo o de un tercero una cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio.

Si, pues, en Bogotá fué donde el sindicado resolvió apropiarse parte del dinero producto de la venta del automóvil que en Bucaramanga se le había entregado para que vendiera en Bogotá, es evidente que la competencia para conocer del negocio corresponde a los jueces de este Distrito, porque los actos externos en los cuales se puede apreciar la estructuración del delito de abuso de confianza que se investiga, tuvieron lugar en la última de dichas ciudades, y nada importa que la posible ideación del abuso la hubiera tenido el procesado en el momento en que surgió la convención del negocio, esto es, en la ciudad de Bucaramanga.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio quince de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

Corresponde a esta Sala de la Corte dirimir de plano la colisión de competencias que ha surgido entre el Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y la Fiscalía del Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en relación con el conocimiento del proceso que, por abuso de confianza, se adelanta contra **Leopoldo Azuero Soto.**

La competencia de la Corte se desprende de lo dispuesto en los artículos 42 ordinal 4º y 67 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos

Dan cuenta los autos que en los primeros días del mes de junio de 1947, el Coronel Gregorio Duarte en asocio del Teniente José Rosario Hernández compraron, en la ciudad de Bucaramanga, a la firma comercial "Automotriz Silva S. A.", un automóvil "Chrysler" por la suma de nueve mil quinientos pesos ($ 9.500.00), aportando el Coronel Duarte cinco mil pesos y su socio Hernández los cuatro mil quinientos restantes. El automóvil en referencia fué entregado, en la ciudad de Bucaramanga, al señor Leopoldo Azuero Soto, en comisión, para que lo vendiera al Ministerio de Relaciones Exteriores. En efecto, el comisionista Azuero Soto en compañía del señor Hernández, copropietario del automóvil, vinieron a Bogotá y Azuero Soto vendió el carro permutándolo por una camioneta "Ford", recibiendo, además, dos mil quinientos pesos en dinero, suma ésta que entregó al Teniente Hernández. Posteriormente, el comisionado Azuero Soto vendió, en esta ciudad de Bogotá, la camioneta a Foción Vargas y en vez de entregar el dinero recibido por ella a Hernández o al Coronel Duarte, se lo apropió indebidamente, hecho que se verificó en esta ciudad.

La colisión

Iniciada la investigación en el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de Bucaramanga, en donde el denuncio fué presentado, pasó el proceso para su conocimiento al señor Juez Tercero Superior de dicha ciudad. Este Juzgado por auto de diez de ju[illegible] año en curso, dispuso remitir el negocio al Juzgado Superior de Bogotá (reparto), por considerar que es a este Juzgado a quien corresponde conocer del proceso, por razón de competencia, y para el caso de que no aceptara las razones en que se funda, le provoca competencia negativa.

El Fiscal del Juzgado Primero Superior de Bogotá, a quien correspondió en reparto el negocio, no aceptó las razones dadas por el Juez Tercero Superior de Bucaramanga, y de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal dispuso —por auto de primero de los corrientes— el

envío del proceso a la Corte en donde debe resolverse de plano la colisión.

Considera el Juez Tercero Superior de Bucaramanga que fué en Bogotá y no en aquella ciudad, en donde se configuró con actos reales y positivos la consumación del hecho punible, pues, fué en Bogotá en donde el procesado dispuso en provecho propio del dinero proveniente de la venta del automóvil que le había sido entregado para su realización, consumando así el delito de abuso de confianza.

Por su parte, el señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Bogotá considera que el delito de abuso de confianza tuvo su ejecución en la ciudad de Bucaramanga, lugar éste donde el procesado estaba obligado a entregar el dinero producto de la venta del automóvil para que había sido comisionado.

Se considera:

El delito de abuso de confianza se tipifica en el hecho de que el agente del ilícito se apropie en provecho suyo o de un tercero una cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio.

En este proceso se halla establecido que el procesado Azuero Soto recibió en la ciudad de Bucaramanga de los señores Coronel Duarte y Teniente Hernández un automóvil de la propiedad de éstos para que lo vendiera en Bogotá y su valor le fuera entregado inmediatamente a sus dueños. Azuero Soto hizo la venta del automotor y recibió el dinero producto de ella, dinero que solamente una parte —dos mil pesos— entregó al señor Teniente Hernández aquí en Bogotá, y dispuso del resto arbitrariamente en perjuicio de los intereses del Coronel Duarte y del mismo Teniente Hernández, y era en esta ciudad de Bogotá en donde debía entregar a Hernández todo el valor del automóvil vendido —descontando la comisión que por la venta le hubiera sido asignada— porque en esta ciudad se encontraba el condueño Hernández esperando recibir de manos del procesado el dinero proveniente de la venta del automóvil, cosa que cumplió en parte Azuero Soto, —como ya se dijo— pero dispuso ilícitamente aquí en Bogotá del resto del dinero producto de la venta. Es decir que el sindicado recibió una cosa mueble ajena, a título no traslaticio de dominio, para su venta, pero en Bogotá, en donde la vendió, resolvió no cumplir con lo convenido y en cambio optó por apropiarse parte del dinero producto de esa venta, en su propio provecho.

Así las cosas, no hay necesidad de mayor esfuerzo dialéctico para llegar a la conclusión de que fué en la ciudad de Bogotá en donde el delito tuvo su plena consumación, pues, fué en esta ciudad donde el agente activo del delito exteriorizó su voluntad delictuosa, en forma precisa y clara, como se desprende del hecho de haber vendido en dicha ciudad el automóvil recibido en las condiciones conocidas y haberse apropiado parte de su valor que debía entregar al Teniente Hernández que se encontraba en Bogotá para el efecto. No importa que la posible ideación del abuso la hubiera tenido el procesado en el momento en que surgió la convención del negocio, esto es, en la ciudad de Bucaramanga; pues, fué en Bogotá en donde —como ya se dijo— se reveló la intención delictuosa del sindicado, claramente exteriorizada con la apropiación del dinero producto de la venta del automóvil que le había sido confiado en su calidad de comisionista.

De consiguiente, es preciso aceptar que los actos externos en los cuales se puede apreciar la estructuración del delito de abuso de confianza que se investiga, tuvieron lugar en la ciudad de Bogotá de la jurisdicción del Distrito Judicial de la misma ciudad, y por lo tanto es a este Distrito Judicial al que corresponde el conocimiento del negocio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —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 Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga y la Fiscalía del Juzgado Primero Superior de Bogotá en el sentido de definir que es al Juzgado Primero Superior de Bogotá, y Distrito Judicial de la misma ciudad, al que corresponde el conocimiento del presente proceso, que deberá remitírsele por conducto de su Fiscal, dando cuenta previamente al Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA PARTE CIVIL NO PUEDE ACUSAR EN CASACION UN FALLO POR HABERSE DESESTIMADO UNA PRUEBA SOBRE EL CUERPO DEL DELITO O SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ACUSADO, CON MIRAS A OBTENER UNA PENA MAS GRAVOSA EN SU CANTIDAD O EN SU ESPECIE — VALOR DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA CIVIL — COMPETENCIA DE LOS JUECES PENALES PARA CONOCER DEL INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUICIOS

1.—Estando delimitada la actividad de la parte civil exclusivamente a lo relativo a la indemnización de los perjuicios, no puede dicha parte impugnar en casación un fallo alegando haberse desestimado una prueba sobre el cuerpo del delito o sobre la responsabilidad penal del acusado, con miras a obtener una pena más gravosa en su cantidad o en su especie, porque ello equivaldría a intervenir en los motivos de la casación penal que, por mandato expreso de la ley, le está negada tal intervención.

2.—En numerosas decisiones de la Sala de Casación Civil de la Corte se ha sentado la jurisprudencia de que la prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la valuación jurídica del Juez, que es al que en definitiva corresponde determinar el valor probatorio del peritazgo, pues no es éste un elemento de convicción judicial que obra automáticamente, sino un factor de orden legal que sirve al fallador para fundar sus conclusiones.

3.—La estimativa de los perjuicios teniendo como base la supervivencia tiene especial cumplimiento cuando se trata de la muerte de la víctima. Cuando son lesiones personales, esa estimación debe gravitar principalmente sobre el tiempo de duración de la incapacidad o de las demás secuelas que dejen aquéllas.

4.—La práctica de remitir al juez civil el incidente sobre regulación, mediante el trámite establecido por el artículo 553 del Código Judicial, no se ajusta a los principios sobre jurisdicción y competencia.

Sobre el particular, la Corte, en Sala Plena, dijo lo siguiente:

"Cómo es desacertada por contraria a los principios expuestos y a los que rigen el procedimiento para casos que no han sido expresamente previstos, la práctica generalizada —cuando la condena por juicios ha sido hecha en abstracto— de declararse el Juez Penal incompetente para hacer posteriormente la respectiva regulación, con el pretexto de estar finalizada su función por virtud del fallo que hizo dicha condena, pues el artículo 7º del C. de P. P. enseña que "son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código y en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el Código de Procedimiento Civil". Y el artículo 550 de esta última obra establece que "El juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponde el conocimiento, conforme a las reglas generales. En el caso de que para cumplir el fallo no se requiere otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o segunda instancia". Pero como en el caso de condena en abstracto, la regulación del QUANTUM no requiere un nuevo juicio, sino la simple tramitación de un incidente (artículo 553 del C. de P. C.), síguese entonces que es el propio Juez penal que pronunció la condena, el llamado para hacer la correspondiente regulación, y el Juez Civil es competente para conocer del juicio ejecutivo que haya de seguirse posteriormente para el cobro de la suma correspondiente".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio quince de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en sentencia de veinticuatro de enero del año próximo pasado, condenó al señor **Walter Lewinsky** a la pena principal de un año de prisión y a las accesorias que ordena la ley, entre éstas a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que hubiere ocasionado con el delito, previa cuantiación de ellos en juicio civil aparte y mediante el trámite establecido en el artículo 553 del Código Judicial.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de la parte civil, y ante la Corte oportunamente se formuló la correspondiente demanda.

Hechos

El Tribunal relata los hechos diciendo que según documento suscrito por el doctor Enrique A. Becerra y el señor Walter Lewinsky se celebró un contrato en virtud del cual el primero de los nombrados, como propietario de las fincas conocidas con los nombres de "Las Colmenas" y "El Pensil", ubicadas en el municipio de Quinchia, las entregó al segundo "para su expoltación agrícola y ganadera", por el término de cinco años a partir del primero de enero de mil novecientos cuarenta y dos. De acuerdo con las condiciones estipuladas en el contrato, la participación que debía corresponder a Lewinsky, según la cláusula 7ª del mismo, se especifica así: "Como compensación de la industria que Lewinsky aporta a la explotación mencionada en este contrato, Becerra se compromete a ceder a Lewinsky parte de los productos líquidos de la tierra, de los semovientes y de las aves de corral así: el cincuenta por ciento (50%) de los productos líquidos de toda clase de cosechas; el cuarenta por ciento (40%) de los productos líquidos del ganado porcino y de las aves de corral; y el treinta y tres por ciento (33%) de los productos líquidos del ganado vacuno y caballar; entendiéndose por productos li (sic) los que queden una vez deducidos todos los gastos necesarios hechos en producirlos, con referencia a las tres especies de productos de que aquí se trata".

Pero cuando aun faltaban unos dos años para vencerse el término de la duración del contrato, el doctor Becerra exigió a Lewinsky la entrega de las fincas y demás bienes comprendidos en la convención, arguyendo que Lewinsky no había dado cumplimiento a las condiciones estipuladas en el contrato. Pero Lewinsky se opuso a las pretensiones de Becerra, manifestando que se acogía a los términos del referido contrato y que, en último caso, "estaba listo a que el Juzgado resolviera lo que fuere legal".

Así las cosas y situados los interesados en tal plano de posición, surgió entre ellos el incidente que dió origen al presente proceso, pues, el día veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y cinco como a eso de las siete de la mañana encontrándose los señores Enrique A. Becerra y Walter Lewinsky en la casa de la finca "Las Colmenas", tratando de las cuentas que tenían pendientes en relación con el contrato de que se ha hablado, con motivo de la exigencia que le hiciera Becerra a Lewinsky para que le entregara inmediatamente todos los bienes de su propiedad, hubo entre ellos una acalorada discusión dentro de la cual Lewinsky con un disparo de revólver hirió al doctor Becerra causándole las lesiones que le fueron reconocidas por la pericia médica, escena que tuvo lugar en la pieza o dormitorio del ofendido.

El Juzgado del Circuito Penal de Riosucio, en providencia de 20 de octubre de 1947, abrió causa criminal contra Walter Lewinsky por el delito de lesiones personales ocasionado al doctor Enrique A. Becerra. Consideró el Juzgado en la parte motiva del auto de proceder que el acusado había obrado al cometer el delito en la circunstancia contemplada por el artículo 28 del Código Penal, es decir, en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación. Este auto fue apelado, tanto por el defensor del procesado como por la parte civil, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en auto de primero de abril de 1948, confirmó en todas sus partes la providencia en cuestión.

La causa siguió su curso legal hasta ponerle fin, en su segunda instancia, con la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales que es materia del recurso extraordinario de casación.

Demanda

El apoderado de la parte civil interpuso recurso de casación —como ya se dijo— contra la sentencia del Tribunal, y el doctor Enrique A. Becerra reconocido como representante de ella ante la Corte, presentó oportunamente la demanda en la cual invoca y sustenta las causales 1ª, 2ª y 7ª del artículo 520 del Código Judicial que rige para estos casos por mandato del artículo 559 —inciso 2º— del Código de Procedimiento Penal.

La Sala estudiará conjuntamente las causales 1ª y 2ª alegadas, por tener íntima relación los cargos que el demandante —con fundamento en estas causales— hace al fallo recurrido.

Causales 1ª y 2ª—Violación de la ley sustantiva, y no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Primer cargo.—Mala aplicación de la ley penal.

El demandante, ataca el fallo del Tribunal porque ha hecho errada y falsa apreciación de los hechos, atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen, "para concluír que el delito de lesiones personales de que aquí se trata está atenuado por haber sido ejecutado en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación".

Luego de hacer un extenso estudio de las pruebas referentes al cuerpo del delito y a la responsabilidad penal del acusado, sostiene el demandante que la violación de la "ley probatoria" generó la violación de la ley sustantiva penal, sancionando el Tribunal la responsabilidad del acusado Lewinsky con una pena que no le corresponde, por error en la aplicación del artículo 28 del Código Penal y por falta de aplicación del artículo 374 —inciso 2º—, que fija como pena la de presidio por dos a seis años y multa de doscientos a cinco mil pesos. Consecuencialmente —dice el demandante— la mala aplicación del artículo 28, incidió también en las penas accesorias y el haberse suspendido la ejecución de la sentencia, de acuerdo con el artículo 80 del estatuto represivo. En síntesis, pretende el recurrente, que se invalide el fallo recurrido en el sentido de condenar al acusado con aplicación del artículo 374, inciso 2º, del Código Penal, sin la modalidad del artículo 28 ibidem, que dedujo el Tribunal en su fallo.

Se considera:

Establecen los artículos 558 y 559 del Código de Procedimiento Penal que el Agente del Ministerio Público, el procesado, personalmente, o por su representante o defensor y la parte civil podrán interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557 en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos.

En este caso, regirán las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación en asuntos civiles.

De tal suerte que la parte civil sólo puede interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias de que tratan los artículos 556 y 557 citados y cuando la cuantía se haya estimado en tres mil pesos o más. Siguiendo el procedimiento que indican los artículos 530 y siguientes del Código Judicial, y en cuanto a las causales de casación las señaladas por el artículo 520 del mismo estatuto.

Por medio de las causales civiles no puede atacarse en casación el fallo del Tribunal en cuanto se refiere a la prueba sobre el cuerpo del delito o sobre la responsabilidad penal del acusado, pues en tales eventos la casación necesariamente tiene que fundarse en las causales señaladas por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Y en estas causales penales tampoco puede la parte civil fundamentar la demanda de casación que sólo puede ser interpuesta —en este caso— por el Ministerio Público, por el procesado o su defensor (artículo 558 del Código de Procedimiento Penal).

La parte civil tiene derecho, en la instrucción del sumario y aún en las instancias del juicio de solicitar pruebas para el esclarecimiento de la verdad sobre el cuerpo del delito, los autores o partícipes, y la naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado. Pero en tratándose del recurso extraordinario de casación sólo puede interponerlo en las condiciones de que trata el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal, y únicamente para lo referente a la indemnización de perjuicios.

"Si la acción civil —ha dicho la Corte— sólo persigue la reparación de los perjuicios causados por el delito, la parte civil —es decir, la que tiene derecho para incoarla— no puede tener actividades que tiendan a finalidades distintas de las de aquella acción ni derechos iguales a las partes que intervienen en la acción penal.

"La ley es clara y explícita en este sentido, y si sólo el Ministerio Público y el procesado —personalmente o por medio de un representante o defensor— puede interponer el recurso de casación, a la parte civil le dá análogo derecho, es cierto; pero —conforme al artículo 559 Código de Procedimiento Penal— únicamente a lo referente a la indemnización de perjuicios y sólo cuando su cuantía es de tres mil pesos o excede de ella".

Estando delimitada la actividad de la parte civil exclusivamente a lo relativo a la indemnización de los perjuicios, no puede —dicha parte— impugnar en casación un fallo alegando haberse desestimado una prueba sobre el cuerpo del delito o sobre la responsabilidad penal del acusado, con miras a obtener una pena más gravosa en su cantidad o en su especie, porque ello equivaldría a intervenir en los motivos de la casación penal

que por mandato expreso de la ley le está negada tal intervención.

Lo anterior, indica claramente que no es viable la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial alegada por el demandante para impugnar la sentencia del Tribunal por motivos que son propios de la casación penal, por incidir directamente sobre la responsabilidad del acusado.

El cargo carece, pues, de fundamento.

Segundo cargo.—Error de hecho en la apreciación del dictamen pericial.

"El ordinal 6º del art. 159 del C. de P. P. —dice el demandante— manda al Juez que la sentencia imponga la obligación de indemnizar los daños y perjuicios a los que resulten responsables, fijando la cuantía de la indemnización...". Y agrega: "Y como lo tengo dicho y lo repito, la condenación en abstracto al pago de los perjuicios, y la falta de fijación concreta de los mismos, aún de los morales subjetivos que autoriza el art. 95 del C. P. como "una simbólica satisfacción para la justicia" y que el juzgador en ningún caso puede omitir, así mismo como la fijación de los perjuicios morales objetivados y los materiales que la ley reconoce con fundamento en los arts. 2341 y 1494 del C. C. y que el Tribunal se abstuvo de hacer, reformando la sentencia de primera instancia que hacía tal condenación y tal fijación de modo completo, hace que la sentencia acusada no esté en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. porque para realizar la reparación, en el proceso aparecen demostradas legalmente las condiciones que le sirven de fundamento, a saber: a) Que Lawinsky cometió el delito de lesiones personales en la persona del suscrito; b) Que el delito le causó perjuicios; c) Que el suscrito con personería legítima, constituyéndose. parte civil, demandó tales perjuicios, y d) Que el Juez ha condenado a Lewinsky al pago de tales perjuicios en la cantidad de sesenta mil pesos, condena que el Tribunal reformó para mandar a la parte civil a un juicio también civil, en que se hiciera la tasación completa".

El Tribunal consideró en su sentencia que no habiendo fundamento legal para condenar concretamente al resarcimiento de los perjuicios que se hubieran ocasionado con el delito, tal condenación debía hacerse en abstracto, a fin de que en juicio civil aparte y mediante el trámite establecido en el artículo 553 del Código Judicial se estableciera en cuanto a su cuantía.

Esta decisión del Tribunal se debió a no haber sido aceptado, por no estar debidamente fundamentado, el dictamen que sobre la cuantía de los perjuicios materiales y morales objetivados, rindieron los peritos que los justipreciaron dentro del proceso penal.

El demandante considera que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba pericial, porque —dice— que siendo el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado, constituye plena prueba.

"Si según el art. 256 del C. de P. P. —dice el demandante— en tratándose de avalúos la prueba pericial es la única admisible, y si de acuerdo con el artículo 268 de allí, el dictamen debe ser apreciado por el Juez o el funcionario instructor, quienes para acogerlo o desecharlo, ya en todo, ya en parte, deben expresar clara y precisamente los hechos y las razones en que se fundan, "esto no quiere decir que el funcionario pueda obrar caprichosamente, exigiendo a los peritos determinados medios de prueba para llegar al conocimiento que funda su dictamen; pues, si son peritos, ellos saben lo que van a hacer, y sus medios de conocimiento ni la ley se los fija, ni el Juez puede ponerles medios determinados; pues la capacidad del perito acerca de la materia sujeta a su técnica está, según la ley, sobre la del Juzgado, de quien el perito es medio para que el Juez conozca, en lo relativo a esa técnica; máxime cuando, como en el presente caso, los propios Jueces, en el auto de proceder se manifestaron sabedores de que el ofendido "es un prestigioso jurista de larga y brillante trayectoria en las actividades del Derecho", y en la sentencia declaran que "se dice en el dictamen de la relievante personalidad del ofendido, jurista de alto vuelo y nombre de este país"; que ha ocupado destacadísimas posiciones. Todo ello es verdad y sobre lo mismo obra prueba completa de los autos; y sin embargo, todo ésto no sirvió al Tribunal para apreciar el dictamen de los peritos, sino sólo para insultar al ofendido, haciéndose partícipe de los conceptos interesados del defensor del reo.

"Si el Tribunal hubiera querido satisfacer las exigencias de la ley para que dictara una sentencia completa, le habría bastado, si el dictamen pericial no le satisfacía recordar que el suscrito había sido Magistrado de la Corte Suprema y Procurador General de la Nación y con estos datos, que son públicos, fijar el lucro cesante con base en los emolumentos que devenga en la actualidad cada uno de dichos funcionarios; teniendo en cuenta también que un abogado de mis condiciones en el ejercicio de su profesión gana mucho más que un Magistrado de la Corte, como vosotros por experiencia propia lo sabéis. Y acerca de la supervivencia de diez años; sépase que ya la he disfrutado por más de seis años; todo

ello debido a la sanidad de mis costumbres, etc. etc., que los peritos, con base en su observación personal reconocen en su dictamen".

Los peritos señores Carlos Delgado Morales y Roberto Ordóñez Peralta, con fecha de 18 de septiembre de 1948, rindieron el siguiente dictamen pericial sobre los perjuicios materiales y morales objetivados ocasionados con el delito al ofendido doctor Becerra.

"Para conceptuar sobre este segundo punto hemos de partir de la base de que la depresión moral sufrida por el doctor Becerra, como consecuencia directa de sus propias lesiones, ha producido el resultado inmediato de que éste se encuentre en imposibilidad de dedicarse a sus habituales ocupaciones profesionales y entonces consideramos que es preciso convenir en que además del perjuicio material resultante de la disminución de sus capacidades productivas —lo que se traduce en una merma de su renta de trabajo— se hace necesario, además, el reconocimiento a que daría lugar la absoluta desaparición de sus actividades de producción con motivo de la pena moral sufrida, o sea indemnizar la pérdida patrimonial entre aquel límite —el de la inhabilidad parcial reconocida como daño material— y el de la absoluta como resultante del **daño moral objetivado.**

"El doctor Becerra al sufrir las lesiones que rezan los autos, sufrió necesariamente una alteración que vino a proyectarse en su capacidad de trabajo. Nadie puede negar que respecto a la persona que sufre unas lesiones, natural es que experimente un daño netamente moral; pero si las lesiones con que queda, como ha quedado el doctor Becerra, le producen abatimiento, postración, y en consecuencia disminución de su capacidad, menoscabo en ella, habrá un daño moral objetivado por cuanto es innegable que en estos casos la alteración espiritual o psíquica se habrá transformado en agravio patrimonial.

"Consideramos, igualmente, que la calidad misma de esta clase de perjuicios hace que ellos puedan ser fácilmente deducibles por cuanto la disminución de la capacidad de trabajo, la falta de aptitud física y psíquica para continuar produciendo un beneficio económico, así como el rebajamiento mismo de la potencialidad productora, son factores susceptibles de demostración y que pueden traducirse en guarismos capaces de reflejar la disminución patrimonial del individuo, presente y futura.

"Al emitir los conceptos anteriores, no hemos pretendido hacer cosa distinta, que dar a conocer al señor Juez y a las partes, nuestro criterio jurídico en torno a la materia sobre la cual rendimos a usted el presente dictamen pericial.

"Los suscritos conocemos personalmente al damnificado señor doctor Becerra y por este conocimiento nos consta que es un **profesional distinguido**, catedrático en varias Universidades de Derecho, autor de un tratado de pruebas judiciales obra ésta que se halla reputada como la más completa que se haya elaborado en Colombia sobre la materia. Por otra parte el doctor Becerra dadas sus excepcionales dotes de jurista, venía ejerciendo su profesión con indiscutible éxito, manteniendo una clientela numerosa y selecta.

"Con estos conocimientos y con los datos que arrojan las diligencias procesales que hemos tenido para nuestro estudio, juzgamos que el lesionado doctor **Enrique A. Becerra** ha sufrido un lucro cesante que avaluamos en la suma de **diez y ocho mil pesos, m/c.** ($ 18.000.00). Suma ésta que responde expresamente al lucro cesante habido durante su enfermedad de seis meses a que se refieren los médicos legistas.

"Respecto al lucro cesante debido al carácter permanente de la lesión ya descrita y teniendo como base su edad la sanidad de sus costumbres y el prestigio a que nos permitimos hacer referencia con anterioridad, lo avaluamos en la suma de **ciento veinte mil pesos, m/c.** ($ 120.000.00).

"Suma ésta que además de los datos anteriores, se basa en el cálculo aproximado que nos hemos permitido hacer respecto a su supervivencia, o sea de diez años más a partir de la fecha en que vencieron los seis meses de incapacidad fijada por la pericia médico-legal".

El Juzgado del Circuito en lo Penal de Riosucio, por auto de 22 de octubre de 1948, puso por el término de cinco días, en conocimiento de las partes el anterior dictamen pericial.

Dentro de dicho término, el señor defensor del acusado Walter Lewinsky en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, solicitó una ampliación del dictamen pericial sobre algunos puntos claramente expuestos en el escrito petitorio.

Decretada por el Juez la ampliación solicitada, los peritos doctores Delgado Morales y Ordóñez Peralta, ampliaron el dictamen y en su parte esencial manifestaron:

"A pesar de lo anterior y en consideración al hecho natural, seguimos convencidos de que el doctor Becerra dadas sus condiciones también personales y propias de un gran jurista, de profesional distinguido, dueño de una clientela nu-

merosa y selecta (situación, desde luego, muy distinta a la del apoderado del sindicado), no podía menos de ganar un promedio de **tres mil pesos** ($ 3.000.00) mensuales, lo que implica en los seis meses la cantidad anunciada por nosotros en nuestro concepto pericial no sea exagerada y apenas responde a honorarios módicos en un abogado que ejerce en la Capital y goza del prestigio dentro de sus conciudadanos.

"b) Respecto al segundo punto y en lo que hace relación a nuestro avalúo de $ 120.000.00 no tenemos reato alguno en reformar dicho concepto, pues valiéndonos del cálculo aproximado de su supervivencia, o sea de diez años (10) a partir de la fecha en que vencieron los seis meses de incapacidad fijados por las pericias médico-legales anteriormente expuestas, no es menos cierto que dada su edad y el avance de ella durante ese lapso, es lógico que se produzca una disminución en su capacidad productiva y entonces es necesario que consideremos **un promdedio mensual** durante todo este tiempo, el cual nos permitimos avaluar en la suma de **cuatro cientos pesos** ($ 400.00) mensuales o sea una cantidad de **cuarenta y ocho mil pesos** ($ 48.000.00) en los diez años a que hemos hecho referencia".

La anterior ampliación del dictamen pericial fué puesta en conocimiento de las partes por el término legal (5 días), dentro del cual el señor defensor del acusado manifestó que no aceptaba la peritación por no aparecer ajustada a la realidad.

El Juez del Circuito Penal de Riosucio, en su sentencia de 27 de julio de 1949, aceptó el dictaden pericial, sin dar razones o fundamentos para su aceptación y, en consecuencia, condenó al acusado a pagar al ofendido doctor Becerra, "el valor de los daños y perjuicios ocasionados con el delito, cuyo valor fué fijado en la suma de sesenta y seis mil pesos".

El Tribunal no aceptó el dictamen en referencia por considerar que no estaba debidamente fundamentado. En consecuencia revocó la estimación hecha por el juzgado y condenó en abstracto al pago de tales perjuicios.

El Tribunal fundamenta la no aceptación del dictamen así:

"...Los peritos no fundan su experticia en elementos obrantes en el proceso, pues se refieren a alguna de las actividades del ofendido, por su mero conocimiento personal, sin respaldo probatorio, para justificar las cifras que indican como lucro cesante sufrido por el doctor Becerra.

"Se dice en el dictamen de la relievante personalidad del ofendido, jurista de alto vuelo y nombre en este país; que ha ocupado destacadísimas posiciones. Todo ello es verdad y sobre lo mismo obra prueba completa en los autos. Pero las bases ciertas y fundamentales para calcular que mensualmente tiene un producido de tres mil pesos, no existe en este informativo. No se ha practicado examen sobre sus libros de cuentas para saber sus entradas ordinarias; no se ha establecido la calidad de juicios que le ha tocado gestionar como apoderado de las partes, ni la cuantía en que los honorarios se hayan acordado. Muchos detalles se echan de menos a este respecto y por estar ausentes en estos autos, la Fiscalía estima que esa indemnización debe buscarla el ofendido doctor Becerra mediante la acción civil correspondiente.

"La carencia tan absoluta de basamento indujo a los mismos a variar su peritación (fs. 145 y 146 C. P. C.), reduciendo la cantidad de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00), en que justipreciaron un segundo lucro cesante, a la suma de cuarenta y ocho mil pesos (48.000.00), sin expresar mayor fundamento para tomar esa determinación.

"Lo anterior quiere decir, en sentir de este Ministerio que el dictamen carece de las exigencias legales ántes indicadas. En efecto, ¿cuál es la renta devengada por el doctor Becerra con anterioridad a las lesiones causadas por Lewinsky?; ¿cuál fué la disminución de su capacidad de trabajo?; ¿cuál es la productividad económica a que quedó sometido definitivamente el ofendido?; ¿dónde aparece demostrada su edad?; ¿cuál su posible supervivencia? De estos hechos, que constituyen el fundamento de la experticia, no hay prueba en los autos, y, por ello, como se dijo, que el dictamen aparezca carente de todo fundamento legal y deba desestimarse".

Dice el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal que en todos los casos en que el Juez penal haya de decidir cuestiones civiles o administrativas, calificará las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación civil.

El artículo 716 del Código Judicial establece que el dictamen pericial debe expresar con precisión, exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que lleguen los peritos.

Cuando se trata de avalúo o de cualquier regulación de cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba (artículo 721).

Cuando en casación civil se alega la violación

de la ley sustantiva por apreciación errónea de una prueba es necesario demostrar que se incurrió en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

El demandante le atribuye al Tribunal un error de hecho al no darle el valor de plena prueba al dictamen pericial de los señores Delgado Morales y Ordóñez Peralta, porque afirma que siendo uniforme, explicado y debidamente fundamentado, constituye plena prueba.

En numerosas decisiones de la Sala Civil de la Corte se ha sentado la jurisprudencia de 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, quien es a quien en definitiva corresponde determinar el valor probatorio del peritazgo, pues no es éste un elemento de convicción judicial que obra automaticamente, sino un factor de orden legal que sirve al fallador para fundar sus conclusiones.

"El dictamen pericial, cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado —ha dicho la Corte— hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado, y ésta es condición que aprecia libremente el juzgador y que el superior no puede variar sino en tanto que se compruebe que en esta apreciación se incurrió en verdadero error de hecho, que aparezca de bulto o manifiesto en los autos".

Y ese error de hecho no aparece cometido por el Tribunal al desestimar el dictamen pericial, por no estar debidamente fundamentado. Pues, en realidad los peritos no basan su concepto en pruebas irrefutables del proceso, sino a las condiciones personales del ofendido, por el conocimiento personal que de él tienen los peritos, hechos que por sí solos no pueden dar fundamento para deducir que el doctor Becerra tenía un producido de tres mil pesos mensuales durante diez años en que los peritos estimaron su supervivencia.

El demandante para demostrar que el dictamen pericial se encuentra debidamente fundamentado, se expresa así: "Considero, según mi escaso criterio, que el dictamen de los peritos, es suficientemente explícito acerca de los fundamentos en que se apoya: ellos, los peritos, dan como razón de estos fundamentos el uniforme y personal conocimiento que tienen de la persona del ofendido, y los datos que arrojan las diligencias procesales que han tenido en su estudio; y con estas bases, señalan el lucro cesante por enfermedad de seis meses y el producido por el carácter permanente de la lesión. Al estimar el lucro cesante los peritos afirman que el ofendido tiene cualidades que no son patrimonio moral común a todos los colombianos, tales como ser profesional distinguido, catedrático en varias Universidades de Derecho, autor de un tratado sobre pruebas judiciales, y que por sus dotes de jurista ha tenido éxito indiscutible en el ejercicio de su profesión, manteniendo una clientela numerosa y selecta. Que de otro lado, aseguran, que por su edad, la sanidad de sus costumbres y su prestigio hacen su apreciación, calculándole una supervivencia de diez años más, contados desde la fecha en que vencieron los seis meses de la enfermedad o incapacidad absoluta".

Los anteriores datos sobre la personalidad del demandante y sobre los altos cargos que desempeñó como servidor del Estado no se discuten, pero ello no dá base cierta para deducir como evidente que durante el tiempo de su incapacidad ganara determinada suma de dinero que dejará de percibir a consecuencia del mal sufrido. Fijar ese lucro cesante, como lo pretende el demandante, "con base en los emolumentos que devengan en la actualidad cada uno de dichos funcionarios (se refiere a los Magistrados de la Corte Suprema y al Procurador General de la Nación); teniendo en cuenta también que un Abogado de mis condiciones en el ejercicio de su profesión gana mucho más que un Magistrado de la Corte, como vosotros por experiencia propia lo sabéis", sería absolutamente arbitrario, pues, aun cuando sea verdad que el demandante gana en su profesión una suma mayor que la que devengan los funcionarios aludidos, tal hecho debe ser demostrado plenamente en el proceso, pues, la fijación de los perjuicios sufridos con el delito, no puede basarse sobre hipótesis o conjeturas, sino sobre la certeza de ellos, porque la condena no puede fundarse sino sobre su verdadera realidad, so pena de pronunciar una sentencia injusta, vale decir que el deber de resarcir daños no surge ni puede surgir sino de que se hayan ocasionado, de la disminución cierta y probada del patrimonio material o moral, y no de conjeturas o suposiciones más o menos probables o admisibles.

Ya se ha dicho que el valor del dictamen pericial lo subordina la ley a que los peritos expresen con precisión, exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que lleguen, de tal suerte que si el Juez o Tribunal dan valor de plena prueba a un dictamen que carece de esas condiciones, se le ha dado el que no tiene e incurrido en la violación de la

ley sustantiva por error de hecho en la apreciación de la prueba pericial.

Al examinar el dictamen de los señores Delgado Morales y Ordóñez Peralta, frente a las doctrinas antes referidas, se llega a la conclusión de que no tiene las condiciones que para su validez exige la ley; los peritos se limitaron a fijar, caprichosamente, una suma a título de perjuicios materiales y morales objetivados, sin la incidencia procesal de que la estimación por ellos deducida fuera la que en realidad correspondiera al perjuicio sufrido por el ofendido, el Tribunal no podía, por lo tanto, darle el valor de plena prueba a un dictamen que carece de la debida fundamentación en sus conclusiones. En consecuencia, en la sentencia recurrida no se incurrió —al no aceptar el dictamen pericial— en un error de hecho que llevara a la violación de la ley sustantiva.

Por otra parte, la estimativa de los perjuicios teniendo como base la supervivencia tiene especial cumplimiento cuando se trata de la muerte de la víctima. Cuando son lesiones personales esa estimación debe gravitar principalmente sobre el tiempo de duración de la incapacidad o de las demás secuelas que dejen aquéllas. Extraña por consiguiente, que en los peritazgos se haya tenido en cuenta lo primero y no lo segundo, por lo cual merecen severa tacha a parte de las que se han hecho anteriormente.

Por lo tánto, el cargo no está probado y debe desecharse.

Tercer cargo.—Haberse condenado, en relación con los perjuicios, en abstracto debiendo ser en concreto.

Para sustentar la acusación contra la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, alega el demandante que el fallo no está en consonancia con las pretensiones de la demanda, y esta circunstancia la desprende de errores que imputa al Tribunal en la apreciación de la prueba pericial y de violaciones de la ley sustantiva; pero alegaciones de esta índole son impertinentes dentro de la causal 2ª de casación, que es meramente formal, y que sólo se presenta cuando se resuelve sobre puntos ajenos a la litis: cuando se deja de decidir sobre algunos de los que han sido materia de la controversia, cuando se condena en más de lo pedido, o cuando no se falla sobre las excepciones oportunamente alegadas, siendo el caso de hacerlo.

Ninguno de estos puntos tiene lugar en el proceso, porque no hubo resolución sobre puntos ajenos a la litis, ni se dejó de decidir sobre las que fueron materia del debate, ni se condenó a más de lo pedido, ni hubo excepciones alegadas sobre las cuales pudiera recaer una decisión. Y en cuanto a lo relacionado con el dictamen pericial es cuestión que ya se dejó analizada al estudiar el cargo sobre el particular.

Causal 7ª—Haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo.

El demandante al sustentar esta causal ataca el fallo del Tribunal por dos motivos; a saber: 1º—Porque el Tribunal se abstuvo de fijar los perjuicios en concreto, al revocar la fijación hecha por el Juez de primera instancia, para condenar en abstracto al pago de dichos perjuicios; y 2º—Porque el Tribunal rompió la unidad del proceso penal, "e hizo a un lado su primitiva competencia para conocer de la acción única penal, que incluye todas las consecuencias y sanciones del delito para atribuír esa competencia a un juez a quien le corresponde".

El primer cargo carece de fundamento, pues, por el hecho de que el Tribunal no hubiera condenado, en relación con los perjuicios, al pago de una cantidad líquida de dinero, como lo hizo el Juez de primera instancia, no quiere decir que se hubiera abstenido de conocer de un asunto de su competencia, pues, la sentencia indica que sobre perjuicios sí se falló, condenando al acusado al pago de los perjuicios ocasionados con el delito, sólo que la condenación se hizo en abstracto, in genere, por la imposibilidad de hacerla en concreto, como atrás se dijo.

En cuanto al segundo cargo, tiene razón el demandante.

En efecto, el Tribunal impuso al acusado la obligación de resarcir los daños y perjuicios que hubiere ocasionado con el delito "previa cuantiación de ellos en el juicio civil aparte, y mediante el trámite establecido en el art. 553 del Código Judicial".

Esta práctica ha venido aplicándose por los jueces penales, quienes no se consideran competentes para regular los perjuicios ocasionados con el delito —cuando ha habido condenación en abstracto sobre ellos— y optan por enviar al Juez Civil el incidente sobre su regulación, mediante el trámite establecido por el artículo 553 del Código Judicial. Práctica que no se ajusta a los principios sobre jurisdicción y competencia.

Sobre el particular la Corte, en Sala Plena, dijo lo siguiente:

"Como es desacertada por contraria a los principios expuestos y a los que rigen el procedimien-

to para casos que no han sido expresamente previstos, la práctica generalizada —cuando la condena por perjuicios ha sido hecha en abstracto— de declararse el Juez penal incompetente para hacer posteriormente la respectiva regulación, con el pretexto de estar finalizada su función por virtud del fallo que hizo dicha condena, pues el artículo 7° del C. de P. P. enseña que "Son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código y en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el Código de Procedimiento Civil". Y el articulo 550 de esta última obra establece que "El juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponde el conocimiento, conforme a las reglas generales. "En el caso de que para cumplir el fallo no se requiere otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o segunda instancia". Pero como en el caso de condena en abstracto, la regulación del **quantum** no requiere un nuevo juicio, sino la simple tramitación de un incidente (artículo 553 del C. de P. C.), síguese entonces que es el propio Juez penal que pronunció la condena, el llamado para hacer la correspondiente regulación, y el Juez Civil es competente para conocer del juicio ejecutivo que haya de seguirse posteriormente para el cobro de la suma correspondiente".

Lo anterior indica que es el Juez Penal del Circuito de Riosucio el llamado a hacer la correspondiente regulación mediante el trámite establecido en el artículo 553 del Código Judicial. Por este solo aspecto la sentencia recurrida en casación, debe reformarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— 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 por ella se ordena la regulación de los perjuicios "en juicio civil aparte", y en su lugar se dispone que tal regulación debe hacerse por el Juez Penal del Circuito de Riosucio, mediante el trámite establecido en el artículo 153 del Código Judicial.

En todo lo demás, el fallo recurrido queda en firme.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO SE TRATA DE ENFERMEDAD GRAVE DEL PROCESADO, SE PUEDE CAMBIAR LA RADICACION DEL PROCESO SOLO CUANDO ESTE ES DE COMPETENCIA DE LOS JUECES SUPERIORES Y EL PROCESADO ESTA DETENIDO

Los términos empleados por el inciso segundo del artículo 58 del C. de P. P. indican que el motivo determinante del cambio de radicación del proceso en el evento a que esta disposición alude, es la circunstancia de que el procesado padezca de enfermedad grave que exija cambio de clima o de residencia, lo cual supone que ese cambio de radicación procede cuando el sindicado se encuentre detenido. De otra manera no tendría explicación esa medida, pues cuando el procesado se encuentra en libertad, el cambio de clima o de residencia no es cuestión atañadera al resorte de la justicia, sino al interés personalísimo del paciente, quien puede hacerlo sin tropiezo alguno de parte de la justicia, lo que no ocurre cuando se halla privado de su libertad y la única manera de conseguir ese cambio de clima, es la radicación del proceso en un lugar conveniente para su salud.

Se exige, pues, para casos de cambio de radicación como el que se estudia, que se esté en presencia de un proceso de conocimiento de los Jueces Superiores de Distrito Judicial, por el que se halle detenido un sindicado que padezca de enfermedad grave, que exija cambio de clima o de residencia.

El hecho de que los sindicados, cuando no están detenidos no puedan vivir, por razones de salud, en el mismo lugar donde se les adelante el proceso respectivo, para atender personalmente a su defensa. no ha sido consagrado por la ley, como causa que justifique el cambio de radicación; es la salud del procesado detenido, cuando se trata de enfermedad grave, la que hace necesaria esa medida, para evitarle todo peligro contra su vida o integridad personal. La defensa del procesado ausente del lugar donde se le sigue el proceso, puede hacerse por medio de apoderado o defensor, quien puede ejercitar a su favor todas aquellas medidas que juzgue conducentes al reconocimiento de sus legítimos derechos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, quince de julio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Ministerio de Justicia, remite a la Corte la solicitud presentada por el doctor Guillermo Fonnegra Sierra para que se cambie de radicación el Proceso que se adelanta en el Juzgado Primero ro Superior de Bogotá contra el doctor Jaime Dangond O., por homicidio, a fin de que emita el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Para sustentar su solicitud, el peticionario aduce las siguientes razones:

a) Que en el Juzgado 10º de Instrucción Criminal de esta ciudad, se instruye por comisión del juzgado 1º Superior de Bogotá un sumario contra el doctor Jaime Dangond O., por homicidio en la persona del doctor Alvaro Navarro L.;

b) Que su poderdante Dangond O., padece en la actualidad de una grave pielonefritis que le impide vivir en climas fríos como el de la ciudad de Bogotá, y por esta causa, no puede atender personalmente al perfeccionamiento del proceso en mención; y

c) Que su poderdante con posterioridad a la tragedia se graduó en Derecho y ejerció el cargo de Juez Civil del Circuito de Valledupar, el cual renunció para dedicarse a sus actividades profesionales, estableció su oficina de abogado en dicha ciudad y contrajo matrimonio en esta misma ciudad.

Para acreditar las razones antes apuntadas, el doctor Fonnegra Sierra, presenta los siguientes documentos:

1º—Una certificación de la Secretaría del Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá, según la cual en este Juzgado se encuentra radicado un proceso contra Jaime Dangond Ovalle, por homicidio, proceso que en la actualidad se halla en comisión en el Juzgado 10º de Instrucción Criminal;

2º—Una certificación del Juzgado 10º de Instrucción Criminal, en la que se dice que en esta Oficina se encuentra el proceso contra el doctor Jaime Dangond Ovalle, por homicidio, en vía de perfeccionamiento, por comisión del Juzgado Primero Superior de Bogotá;

3º—Una certificación del Secretario del Juzgado 10º de Instrucción Criminal, en la que se afirma que el peticionario doctor Guillermo Fonnegra Sierra, es apoderado del sindicado Jaime Dangond Ovalle, en el sumario que a éste se le adelanta por el delito de homicidio en la persona del doctor Alvaro Navarro Lozano;

4º—Tres certificaciones de los doctores Rafaél Valle Mesa, Médico Director del Centro de Salud del Ministerio de Higiene en Valledupar, José Antonio Socarrás, Médico del Hospital Nacional Rosario Pumarejo de López en la misma ciudad de Valledupar, y Ciro Pupo Martínez, médico y cirujano en la nombrada ciudad de Valledupar, cuyas firmas al pie de aquellas certificaciones están autenticadas por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Valledupar, quienes dicen que el doctor Jáime Dangond Ovalle sufre en la actualidad de una pielonefritis y esta enfermedad lo incapacita para vivir en climas fríos, lo cual podría acarrearle consecuencias fatales;

5º—Una certificación del Alcalde Municipal de Valledupar, quien afirma que en esta ciudad no funciona oficina Médico Legal; que los doctores José Antonio Socarrás y Rafaél Valle Mesa, médicos graduados de la Universidad Nacional, ejercen los puestos de Médico Jefe del Hospital Nacional Rosario Pumarejo de López y Director del Puesto de Salud, respectivamente, que funcionan en Valledupar; y que el doctor Jaime Dangond, abogado titulado e inscrito, es vecino de esta ciudad donde tiene montado su bufete;

6º—Copia de la diligencia de posesión del doctor José Antonio Socarrás para el cargo de Director del Hospital Nacional de Valledupar, por nombramiento del Ministerio de Higiene; y

7º—Las declaraciones juramentadas, rendidas ante el Juzgado del Circuito de Valledupar, por los señores doctores Roberto Pavajeau, Pedro Castro Montalvo y Luis Napoleón Cabello, quienes testifican que el doctor Jaime Dangond, es vecino de Valledupar, donde tiene instalada su oficina de abogado; que los doctores Ciro Pupo Martínez, José Antonio Socarrás y Rafaél Valle Mesa, son vecinos de la nombrada ciudad de Valledupar y ejercen su profesión de médicos con gran moralidad; que en Valledupar no existe Oficina Médico Legal; y que el doctor Socarrás ejerce el puesto de médico Jefe del Hospital Nacional y el doctor Valle Mesa, el de médico Jefe del Puesto de Salud en la misma ciudad.

Se considera:

El artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, dispone que en cualquier estado del proceso y antes de que se pronuncie sentencia de segunda instancia, podrá el Gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, disponer que los procesados o sindicados por delitos de la competencia de los Jueces Superiores de Distrito Judicial, sean juzgados en otro Distrito Judicial, distinto de aquel donde se cometió el delito, medida que puede tomar de oficio o a solicitud de parte, en dos casos:

Primero.— Cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que crea conducentes, los motivos del traslado; y

Segundo.—Cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave, debidamente comprobada que exija cambio de clima o de residencia.

En el caso presente, no se trata del primer evento contemplado por el artículo 58 de la ley procesal penal, porque el peticionario no alega como motivos del cambio de radicación, razones de conveniencia para la recta administración de justicia. Es el segundo de tales eventos el que se alega, es decir, que el sindicado padece de grave enfermedad, que le impide vivir en climas fríos y ésto, le impide atender personalmente al perfeccionamiento del proceso que por homicidio se le adelanta en el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las pruebas presentadas por el interesado, acreditan su personería legítima para pedir el cambio de radicación del proceso seguido contra el doctor Dangond Ovalle, es decir, que obra como personero legítimo de éste; que el delito investigado es uno de aquellos cuyo conocimiento corresponde a los Jueces Superiores de Distrito Judicial; y que el sindicado padece en la actualidad de una grave enfermedad, que le impide vivir en climas fríos, por el peligro de consecuencias fatales para su salud.

El inciso segundo del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, que es la norma que debe tenerse en cuenta, para determinar si es el caso de que la Corte emita concepto favorable o desfavorable a la solicitud de cambio de radicación de que aquí se trata, dice textualmente:

"También podrá el Gobierno ordenar el traslado de un Distrito Judicial a otro, cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave

debidamente comprobada que exija cambio de clima o de residencia del inculpado".

Los términos empleados por esta disposición, indican que el motivo determinante del cambio de radicación del proceso en el evento a que ella alude, es la circunstancia de que el procesado padezca de enfermedad grave que exija cambio de clima o de residencia, lo cual supone que ese cambio de radicación procede, cuando el sindicado se encuentra detenido. De otra manera, no tendría explicación esa medida, pues cuando el procesado se encuentra en libertad, el cambio de clima o de residencia no es cuestión atañadera al resorte de la justicia, sino al interés personalísimo del paciente quien puede hacerlo sin tropiezo alguno de parte de la justicia, lo que no ocurre cuando se halla privado de su libertad y la única manera de conseguir ese cambio de clima, es la radicación del proceso en un lugar conveniente para su salud.

Se exige, pues, para casos de cambio de radicación como el que se estudia, que se esté en presencia de un proceso de conocimiento de los Jueces Superiores de Distrito Judicial, por el que se halle detenido un sindicado que padezca de enfermedad grave, que exija cambio de clima o de residencia.

Pero en el caso de autos, el sindicado doctor Dangond Ovalle no se encuentra detenido y la circunstancia de que padezca de enfermedad grave que no le permita vivir en climas fríos, como el de Bogotá, para poder atender personalmente el proceso que se le sigue en esta ciudad por el delito de homicidio, no constituye razón valedera para el cambio de radicación del proceso en referencia, pues ello sería tanto como extender las causales señaladas por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, a casos no previstos por esta disposición.

El hecho de que los sindicados, por razones de salud, cuando no están privados de su libertad personal, no puedan vivir en el mismo lugar donde se les adelanta el proceso respectivo para atender personalmente a su defensa, no ha sido consagrado por la ley, como causa que justifique el cambio de radicación; es la salud del procesado detenido, cuando se trata de enfermedad grave, la que hace necesaria esa medida para evitarle todo peligro contra su vida o su integridad personal. La defensa del procesado ausente del lugar donde se le sigue el proceso, puede hacerse por medio de apoderado o defensor, quien puede ejercitar a su favor todas aquellas medidas que juzgue conducentes al reconocimiento de sus legítimos derechos.

En consecuencia, no es el caso de que la Corte, emita concepto favorable al cambio de radicación del proceso que contra el doctor Jaime Dangond Ovalle, se adelanta en el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por el delito de homicidio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, EMITE CONCEPTO DESFAVORABLE, al cambio de radicación del proceso que en el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se adelanta contra el doctor Jaime Dangond Ovalle, por el delito de homicidio.

Cópiese y devuélvanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NUNCA SE CONFUNDEN LA INCAPACIDAD PARA TRABAJAR Y LA PERTURBACION FUNCIONAL — REQUISITOS DE LA DEMANDA CUANDO SE INVOCA LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION — TECNICA DE CASACION

1.—La tesis de que la incapacidad para trabajar se confunde con la perturbación, cuando ésta es transitoria o de corta duración, no puede aceptarse en la exégesis de la legislación penal que rige, porque de ser de otra manera, las demás secuelas de la lesión perderían su existencia autónoma, que la ley consagra, para reducirlas arbitrariamente a un común denominador, que sería la simple incapacidad de trabajo que todas ellas comportan, en mayor o menor grado, y que no impide tenerlas en cuenta para graduar la penalidad, según se manifiesten en cada caso particular.

De no ser ello así, habría que formar un cuadro de incapacidades, clasificándolas por categorías, señalando cuáles pueden admitir dicha confunsión, porque no sobrepasaron en mucho la duración de la simple incapacidad para trabajar, y cuándo sucede lo contrario, porque el tiempo que duró la perturbación o cualquiera otra de las consecuencias de la lesión, resulta igual o más largo que la incapacidad, dosimetría de las lesiones que no autoriza el Código Penal.

El fenómeno de la incapacidad funcional debe considerarse independientemente de cualquiera otra consecuencia proveniente de la lesión. Como se ha visto, los dos términos son diferentes desde el punto de vista científico y también jurídico, y, por lo mismo, no es posible confundirlos por la simultaneidad de resultados frente a cada caso penal. De otra suerte, sería fácil confundir conceptos distintos que obedecen a una clasificación diferente dentro de la ciencia médico-legal.

2.—Los peritos están obligados a rendir su dictamen sin otra norma que la verdad descubierta a través de la ciencia que posean, para auxiliar al Juez en el descubrimiento objetivo de los hechos que son materia del proceso penal. Cuando afirman conclusiones que no se compadecen con el criterio que informa la cuestión sobre que se les interroga, quiere decir que no cumplen con la misión que se les confía.

3.—En el recurso extraordinario de casación no basta decir simplemente que determinadas pruebas establecen una situación jurídica especial y privilegiada en favor del procesado, sino que es menester concretar los hechos que esas pruebas contienen y luego adaptarlos a las respectivas normas sustantivas. Esto, porque la casación no es una tercera instancia, sino una controversia entre la sentencia definitiva de segunda instancia y la ley, de tal suerte que pesa sobre el recurrente la obligación de probar las tesis que enuncia. Si así no lo hace, la Corte carece de facultad para suplir las deficiencias del libelo.

4.—La causal segunda de casación exige que la demanda no se limite a una simple enunciación de los hechos en que se considera que fué erróneamente apreciada la prueba o se le dió un valor probatorio distinto del que le corresponde por ministerio de la ley. Es menester confrontar cada uno de los hechos que se afirman con las pruebas que se dicen desconocidas en la sentencia, y sólo cuando de esa confrontación aparece que en realidad fueron mal apreciadas o equivocadamente interpretadas, es cuando la causal segunda cumple su objetivo de enmendar los errores del fallador, invalidando lo que, por estar fundado en falsos hechos, no puede tener consistencia para condenar a un procesado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Contra la sentencia de fecha veintiseis de junio de mi novecientos cincuenta y uno, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, que impuso al procesado Alejandro Vásquez Trujillo la pena de dos años de presidio y accesorias legales, interpuso el apoderado del mismo el recurso de casación.

Surtido el trámite correspondiente del recurso extraordinario interpuesto, entra la Corte —Sala Penal— a decidir.

Dos causales alega el libelo: la causal del numeral primero del artículo 567 del Código Procesal Penal, consistente en ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma; y la causal segunda, con fundamento en que hubo mala interpretación y apreciación de los hechos en virtud de los cuales se encontró prueba para condenar al procesado.

La demanda plantea la causal primera sobre dos aspectos distintos:

a) Hubo en el fallo acusado errónea apreciación de la prueba pericial producida por los dictámenes periciales de los médicos legistas de Medellín, equivocación determinante de que al tiempo de imponer la pena al procesado se dió aplicación a un mandato legal que no correspondía al caso, ya que debió ser otra la disposición pertinente para sancionar al reo.

b) Que la causa determinante de la agresión de Vásquez Trujillo contra la víctima la produjo una grave e injusta provocación, susceptible de causar un estado de ira o intenso dolor que el fallador debió tener en cuenta para aplicar al procesado una pena modificada por el estado emocional del delincuente al tiempo de producirse el hecho, circunstancia aducida por él en la indagatoria y no desvirtuada en el proceso.

La Corte estudiará ambas causales, por separado, pues si bien existe una íntima ligación entre ellas, el orden lógico de la demanda así lo indica.

Hechos y actuación procesal

Conviene para mejor entender las tesis de la impugnación que se formulan en la demanda, hacer una breve reseña de los hechos y de las diversas fases del negocio en sus distintas instancias, para apreciar el desarrollo que tuvo el proceso y las decisiones sobre él recaídas.

La demanda acepta como hechos los que señala la sentencia de primera instancia, proferida por el Juez Segundo del Circuito Penal de Medellín, que es como sigue:

"El veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, Alejandro Vásquez Trujillo y Jesús Humberto Villa, compañeros de trabajo en la Empresa ferroviaria de este Departamento, el primero como maquinista y el segundo como ayudante de aquél, se dedicaron a apurar licor; Vásquez se hallaba un más embrigado que Villa, según constancias procesales. Siendo aproximadamente las nueve de la noche del mencionado día, ambos sujetos, en compañía de Guillermo de la Calle, empleado de la misma entidad, se encaminaron en dirección a Robledo de esta jurisdicción, hacia la casa del señor Vásquez, ocupando el automóvil manejado por el chofer Jaime Naranjo. Durante el trayecto, y por insinuación de Vásquez, el vehículo se detuvo en una casa de recreo, donde hicieron algunas libaciones. Habiendo continuado el viaje, en el camino recogieron al agente de policía Gabriel Antonio Marín, llegando todos hasta el frente de la casa de Vásquez, en el barrio San Germán. El dueño de la casa se bajó del carro, en lo cual fué seguido por Villa; luego de un transcurso que no pasó de cinco minutos y de alguna conversación o discusión entre éstos, se oyó un disparo proveniente del revólver que Vásquez portaba, quedando gravemente lesionado Villa, habiéndole sido reconocida una herida "de ocho milímetros de diámetro, situada a nivel del epigastrio, de carácter penetrante a la cavidad abdominal, por lo cual se le hizo laparatomía...; herida del epiplón gastro hepático y hematoma retro_peritoneal" (fs-23); la radiografía localizó el proyectil entre la apófisis espinosa de la segunda y tercera vértebras lumbares (fs. 32). Las consecuencias de la lesión fueron las siguientes: incapacidad de cincuenta días y una perturbación funcional transitoria del miembro inferior derecho "la cual consiste en una cojera del lado derecho" (fs. 42 y 50)".

En cuanto al proceso mismo, su actuación tiene los siguientes desarrollos:

1º—Correspondió la iniciación del sumario a la Inspección de Policía de la Fracción de "Robledo", en el Municipio de Medellín, con fecha junio 25 de 1948.

2º—Completa la investigación, correspondió calificar el mérito del informativo al señor Juez 2º del Circuito Penal de Medellín, previo repartimiento de rigor. Este funcionario halló prueba legal bastante para llamar a responder en juicio criminal al procesado, en providencia de fecha 29 de noviembre de 1948. Pedida reposición del enjuiciamiento, el Juez con fecha 16 de marzo de 1949, resolvió no reponerla y concedió, en cambio, la apelación solicitada en subsidio (fs. 54 y 55 - 66 y 67 del cuaderno principal).

3º—El Tribunal por auto del 14 de junio de 1949, impartió su aprobación en todas sus partes al proveído del inferior. Pedida reposición de esa providencia, la Corporación no la modificó sino en lo tocante a la libertad del procesado, a quien con un razonamiento que por cierto no se compadece con las normas legales vigentes, concedió mantener excarcelado "mientras tanto", posiblemente

mientras se adelantaba el juicio. (fs. 74 a 79 y 86 a 88 del mismo cuaderno).

4º—La audiencia pública se celebró el día señalado, o sea el 18 de julio de 1950. A ella concurrieron las partes y se repreguntó nuevamente a los testigos de cargo (fs. 24 a 29).

5º—Con fecha 27 de septiembre de 1950, el Juez del conocimiento dictó sentencia de primer grado e impuso al reo la pena de dos años de presidio y las accesorias correspondientes, por violación del artículo 374 del Código Penal por cuanto al ofendido le quedó fuera de la incapacidad para trabajar, un defecto funcional, reconocido en los peritajes médico-legales (fs. 143 a 149 vto.).

6º—El Tribunal confirmó en todas sus partes el fallo aludido, contra el cual se interpuso el recurso que resuelve ahora la Corte, en providencia que lleva fecha 26 de junio del año próximo pasado (fs. 159 a 169).

La demanda

Son fundamentos de la objeción por el primer aspecto contenido en la demanda:

"La sentencia es violatoria de la ley penal, porque el sentenciador estimó infringido el art. 374 del C. P., y condenó al acusado a la pena mínima que señala dicha disposición, o sea a la de **dos años** de presidio considerándolo como autor responsable del delito de lesiones personales que tuvieron como consecuencia **perturbación funcional transitoria,** cuando en realidad, y de conformidad con el dictamen médico-legal producido en el término probatorio de la causa, resulta que es más científico y jurídico estimar el tiempo corto de 37 días que duró la cojera del ofendido después de los cincuenta días que duró el proceso de cicatrización de las lesiones, como comprendido en un término de incapacidad total de 87 días, como única consecuencia natural.

El precepto aplicable sería, pues, no el artículo 374 del C. P., sino el artículo 372, inciso tercero, que contempla las penas para el delito de lesiones personales cuando la incapacidad o la enfermedad pasare de treinta días. La pena señalada por este artículo es la de **prisión** de seis meses a cuatro años; como al acusado se le aplicó la pena de **presidio** que no está señalada en dicha disposición, se **violó la ley penal sustantiva** perjudicando con ello los intereses del acusado. Existió indebida aplicación de la ley, pues se aplicó el artículo 374 en lugar del indicado, que era el artículo 372 del C. P.".

Fundamenta el actor esta parte de su alegación con lo que en seguida se transcribirá que en concepto de la Sala es pertinente destacar sobre la tesis de la demanda:

"A folios 5º del informativo obra el último reconocimiento que se practicó durante la etapa sumarial al lesionado Jesús Humberto Villa. En dicho dictamen dicen los médicos que la perturbación cesó en el ofendido y que fué, pues, transitoria Rectifica también en el sentido de que la cicatriz del abdomen, consecuencia de la laparatomía que se le practicó, no constituye perturbación funcional. Este reconocimiento tiene fecha 20 de septiembre de 1948.

En el dictamen pericial rendido por los mismos peritos con fecha 3 de junio de 1950 (fl. 112 del expediente), dicen los médicos que no encuentran inconveniente alguno desde el punto de vista médico-legal, en incluír dentro de la incapacidad general el lapso de 37 días que duró la cojera y concluyen en que la **incapacidad sufrida por Villa** fué de 87 días como **única consecuencia natural**" (Todas las subrayas son del texto).

Antes de entrar al fondo de la cuestión planteada, conviene hacer mención de los distintos reconocimientos médico-legales que obran en autos, los cuales constituyen la base del problema que se estudia por este primer aspecto de la demanda en orden a la causal primera.

El primer reconocimiento de los peritos legistas de la Oficina Médico-Legal de Medellín, dice textualmente:

"...En esta fecha (2 de julio de 1948) fué reconocido Jesús Humberto Villa, quien presenta: herida causada al parecer por proyectil de arma de fuego de cañón corto (revólver o pistola), de ocho milímetros de diámetro, situada a nivel del epigastrio, de carácter penetrante a la cavidad abdominal, por lo cual se le hizo laparatomía; no se le encontró lesión visceral, pero sí hemorragia de unos mil centímetros cúbicos; herida del epiplón gastro-hepático y hematoma retroperitoneal; no hay orificio de salida del proyectil, ni se sabe su localización. Ha presentado, además, una monoplegía del lado derecho que está regresando. Su pronóstico es reservado..." (fs. 23 cuaderno 1º).

Siguen después reconocimientos periódicos, como lo manda la ley, dada la especial gravedad de la herida, hasta el seis de julio, cuando expiden dictamen de que en la fecha cesó el pronóstico reservado y agregan que "la incapacidad será mayor de quince días, salvo complicaciones. Las demás consecuencias que le queden, se detallarán en el último reconocimiento" (fs. 31).

Con fecha diez del mismo mes y año, los expertos exponen que Villa "continúa incapacitado" y

que la radiografía localizó el proyectil entre la apófosis espinosa de la segunda y tercera vértebras lumbares (fs. 32).

Siguen distintos reconocimientos, uno de los cuales de fecha veintidos de julio afirma que el herido continúa incapacitado y que se practicó intervención quirúrgica para extraer el proyectil (fs. 38).

En esta etapa de la investigación existen por último en el proceso los reconocimientos de fechas 14 de julio y 20 de septiembre de 1948 (fs. 42 y 50), en los cuales los peritos médicos dictaminan sobre las distintas consecuencias de la lesión sufrida por el ofendido.

En el primero se dice:

"...En esta fecha fué reconocido Jesús Humberto Villa, en quien cesó la incapacidad, la que fué en definitiva de cincuenta (50) días. Le quedó como consecuencia, una perturbación funcional permanente de órgano, que consiste en el debilitamiento de la pared abdominal a nivel de la cicatriz de quince centímetros de longitud proveniente de la laparatomía que fué necesario practicarle; y otra perturbación funcional del miembo inferior derecho, cuya calificación de transitoria o permanente no es aún posible, la cual consiste en una cojera del lado derecho, consecutiva a trastornos nerviosos ocasionados por el proyectil al interesar la columna vertebral...".

En el segundo y último de los dictámenes de la etapa sumarial, los expertos dicen:

"...En esta fecha fué reconocido Jesús Humberto Villa, en quien cesó la cojera del miembro inferior derecho, anotada en nuestro reconocimiento de fecha catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, como una perturbación funcional, la que fué, pues, transitoria. En cuanto a la cicatriz del abdomen, proveniente de la laparatomía que hubo necesidad de practicarle, y que le fué calificada en el reconocimiento citado como una perturbación funcional permanente, debemos agregar hoy que en el reciente Congreso Nacional de Médicos Legistas, se resolvió que tales cicatrices abdominales sólo constituirían perturbación funcional en ciertos casos, que no es el de Jesús Humberto Villa, motivo por el cual rectificamos hoy en el sentido de que esa perturbación funcional no debe ser tenida en cuenta...".

Ya durante la etapa del juicio, y por pedimento de la defensa, aparece a fs. 112 y vto. un dictamen en el que se exponen sobre el caso algunas apreciaciones de los médicos legistas. Es con base en este concepto en el que la demanda hace especial hincapié para sustentar las tesis que propugna en relación con el recurso de casación. Dice:

"...Tal perturbación fué de carácter transitorio, según se expresó en reconocimiento del veinte de septiembre siguiente. Ahora pregunta el señor apoderado si esa cojera que constituyó una perturbación funcional transitoria fué consecuencia directa de la lesión, o de la laparotomía que hubo de practicarse al herido. Claramente expresamos ya que tal secuela fué resultante de trastornos nerviosos ocasionados por el proyectil al interesar la columna vertebral. Al ofendido Villa fué necesario practicarle una laminectomía dorsal, es decir, una operación en la región dorsal de la columna vertebral, justamente porque el proyectil interesó esa columna y penetró hasta la médula espinal; y la cojera que tuvo fué ocasionada, repetimos, por la lesión vertebral y medular, y no por la laparotomía u operación que se le hizo también en el abdomen.

"En cuanto a que, como bien lo dice el señor apoderado de Vásquez Trujillo, aparece como más justo y científico incluír dentro de la incapacidad el lapso de treinta y siete (37) días que duró la perturbación funcional de Jesús Humberto Villa, no vemos inconveniente en ello desde el punto de vista médico-legal, pero corresponde al señor funcionario decidir tal cuestión, teniendo presente que el peritaje médico no es de forzosa aceptación ante el Código de Procedimiento Penal. Nosotros teníamos que clasificar esa cojera como una perturbación, porque la mayoría de las veces es imposible prever cuánto va a durar un trastorno semejante al que presentó Humberto Villa después que sus lesiones habían cicatrizado, y era menos científico prolongar indefinidamente una incapacidad que en la terminología penal y médico-legal ya no debía llamarse así.

"Caso de que el señor funcionario acepte dentro de la incapacidad, y como incapacidad, el número de días que duró la cojera en Villa, aquélla sería de ochenta y siete (87) días, como única consecuencia natural, y no de cincuenta (50), como se dijo en reconocimiento de fecha catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho...".

Conocidas estas premisas, el problema por resolver puede sintetizarse así: se confunde con la incapacidad una perturbación funcional transitoria cuando el lapso que media entre la duración de la una y de la otra es corto o por lo menos no muy largo, a tal punto que la pena se imponga no en consideración a esta última circunstancia, sino de la primera?

Según la medicina legal los términos incapacidad para trabajar y perturbación funcional son distintos. Por la primera ha entendido siempre aquella ciencia que es el tiempo necesario para

que la parte orgánica que ha sido afectada por las lesiones, recupere su antigua vitalidad, en forma tal que pueda dedicarse al ejercicio de todas aquellas actividades que tenía antes de ser herida.

El organismo humano siempre que sufre alguna lesión lo primero que padece es una merma, completa unas veces, incompleta otras, pero siempre existente, de sus capacidades para trabajar como antes de ser lesionado. Mientras no se presente esa recuperación en forma que vuelva al ejercicio de sus labores ordinarias, subsiste la incapacidad y es a este concepto al que atiende la medicina legal para señalar su verdadero significado.

En cambio, la perturbación funcional implica otro criterio. Aquí entra el concepto de alteración, aunque sea en mínima parte, como lo afirma el Profesor Uribe Cualla, y el de supresión de una función orgánica, sin que criterio distinto, como la imperfección estética o la modificación de las formas propias de la euritmia corporal, tenga que ver nada para fijar su alcance, porque no se trata de deformidad física ni de desfiguración facial, en las que se atiende preferentemente a aquel criterio.

Señalados los términos precisos de los dos conceptos dentro de la medicina legal y viniendo al Código Penal Colombiano, también cabe afirmar que la diferencia entre incapacidad para trabajar y deformidad física se encuentra claramente determinada en sus normas, pues que en el artículo 372 las hipótesis de su aplicabilidad se refieren siempre al concepto de incapacidad para trabajar, mientras que los artículos siguientes dicen relación con la desfiguración facial, deformidad física y perturbación psíquica, distinguiendo en este caso, como en lo relativo a la perturbación funcional, si se trata de algo transitorio o permanente, pues ambos supuestos se gobiernan por principios diferentes en lo tocante a la cuantía de la pena que corresponde a cada caso.

La clasificación del Código Penal debe contener esa diversa gama y variedad de consecuencias, porque no siempre las lesiones personales dejan una especial en sus distintas manifestaciones materiales. En efecto, muchas veces aparte de la simple incapacidad para el trabajo, quedan secuelas de diverso orden que van desde la desfiguración facial, la deformidad física, hasta el defecto funcional o la perturbación psíquica, sin olvidar las más graves de todas, como son las que aparejan la pérdida de un órgano o miembro.

De esta distinta clasificación de las lesiones surge precisamente la base jurídica del artículo 377 del Código Penal, que es aplicable cuando se presentan distintas secuelas a causa de una herida, que dejan manifestaciones diferentes en el organismo lesionado y que no sería justo castigar con un criterio uniforme.

Sobre dicha disposición el doctor José Antonio Montalvo, miembro de la Comisión revisora del Código Penal expedido en 1922, y autor de la fórmula que constituye ese artículo, hizo el siguiente comentario, que sin duda alguna contiene la mejor fijación de su alcance y significado:

"Puede suceder que las lesiones inferidas a una persona produzcan al propio tiempo que la incapacidad para trabajar, una deformidad física irreparable y una perturbación funcional permanente o irremediable, y hasta la pérdida completa de un órgano o miembro. Sería injusto en tal caso acumular materialmente las sanciones, sumando penas que por cada uno de los delitos hubieran de aplicarse; pero también sería extremar la benignidad el aplicar algo así como un sistema de **absorción legal**, semejante al que ha solido observarse en el caso de concurso de delitos. Parece lo más equitativo y también lo que consulta mejor los intereses de la defensa social, tener en cuenta el efecto más grave que las lesiones hayan producido, pero dejarle al Juez la facultad de aumentar esa pena en un término prudencial, para cuando la gravedad de los hechos lo requiera. Cortarle a un individuo una oreja es producirle una deformidad permanente, al propio tiempo que una incapacidad; pero si al cortarle la oreja se le causa una lesión tal que lo prive del sentido del oído, es preciso tener en cuenta, por una parte, la deformidad física, y por la otra, el defecto o deficiencia funcional irremediable".

El aumento de penalidad no fué aceptado por la Comisión, el cual fué combatido por el vocal doctor Cárdenas, aduciendo como razón principal para no participar de aquel criterio, "que las penas que se han establecido en los artículos aprobados, permiten acomodarlas a los distintos casos, según la incapacidad o enfermedad que hayan producido las lesiones, o según la gravedad de los resultados que esas mismas lesiones puedan dejar".

El mismo comisionado doctor Cárdenas presentó una fórmula sustitutiva del artículo propuesto por el doctor Montalvo, que fué acogida y que en sustancia, salvo una pequeña diferencia de redacción, es la que constituye el artículo 377 del Código Penal vigente.

Se ve, pues, que el principio allí consignado permite no involucrar para los fines de la pe-

nalidad las distintas consecuencias que una lesión pueda dejar y que todas ellas determinan una sanción diferente, según se trate de mera incapacidad, o deformidad, desfiguración, perturbación funcional o pérdida de órgano o miembro.

De consiguiente la tesis de que la incapacidad para trabajar se confunde con la perturbación, cuando ésta es transitoria o de corta duración, no puede aceptarse en la exégesis de la legislación penal que rige, porque de ser de otra manera las demás secuelas de la lesión perderían su existencia autónoma, que la ley consagra, para reducirlas arbitrariamente a un común denominador, que sería la simple incapacidad de trabajo que todas ellas comportan, en mayor o menor grado, y que no impide tenerlas en cuenta para graduar la penalidad, según se manifiesten en cada caso particular.

De no ser ello así, habría que formar un cuadro de incapacidades, clasificándolas por categorías, señalando cuáles pueden admitir dicha confusión, porque no sobrepasaron en mucho la duración de la simple incapacidad para trabajar, y cuándo sucede lo contrario porque el tiempo que duró la perturbación o cualquiera otra de las consecuencias de la lesión, resulta igual o más largo que la incapacidad, dosimetría de las lesiones que no autoriza el Código Penal.

En el caso, como anota la Procuraduría, los dictámenes médicos hablan separadamente de incapacidad y de perturbación funcional, esto es de dos hechos inconfundibles y distintos.

Nada modifica lo anterior el hecho de que los peritos médicos, en el último dictamen dado en el término probatorio del juicio, a petición de la defensa, hayan rendido un concepto sibilino, que por cierto en nada contradice los anteriores, porque dichos funcionarios lejos de exponer la tesis científica, basada en los datos de la ciencia que conocen, se limitan a insinuar un criterio que podría ser acogido por el Juez "teniendo presente que el peritaje médico no es de forzosa aceptación ante el Código de Procedimiento Penal". Mas, al agregar que "nosotros teníamos que clasificar esa cojera como una **perturbación funcional,** porque la mayoría de las veces es imposible prever cuánto va a durar un trastorno semejante al que presentó Humberto Villa después de que sus lesiones habían cicatrizado, y era menos científico prolongar indefinidamente una incapacidad que en la terminología penal y médico-legal ya no debía llamarse así", están dando la verdadera razón fundada en la ciencia en que son expertos de que existió una perturbación funcional, que sobrepasó el tiempo de la incapacidad, con lo cual no están diciendo nada distinto de que ésta tuvo el carácter de transitoria. Como tal es el criterio a que el Código Penal se atiene para señalar la disposición violada en caso de lesiones personales, prescindir de él sería desconocer la ley.

"Es de la esencia de lo transitorio —anota con todo acierto la Procuraduría—, desaparecer en un tiempo corto o largo. Lo importante en tales eventos es demostrar, con la prueba adecuada —que es la pericial— que la perturbación es reparable y que, por lo mismo, desaparecerá tarde o temprano. El tiempo que ello demande es algo accidental que no destruye la sustancia del hecho ni impide la aplicación de la norma respectiva, sino que apenas sirve para tasar la cuantía de los perjuicios causados por el delito".

El fenómeno de la incapacidad funcional debe considerarse independientemente de cualquiera otra consecuencia proveniente de la lesión. Como se ha visto, los dos términos son diferentes desde el punto de vista científico y también jurídico, y, por lo mismo, no es posible confundirlos por la simultaneidad de resultados frente a cada caso penal. De otra suerte sería fácil confundir conceptos distintos que obedecen a una clasificación diferente dentro de la ciencia médico-legal.

Es verdad que el Juez no puede poseer conocimientos universales en toda ciencia o arte y de ahí deriva la excelencia y razón de ser de la prueba pericial para complementar aquella posible deficiencia. Pero de ello a dar categoría de axioma o de única verdad a la manifestación subjetiva o no basada en los datos de la ciencia contenida en un dictamen pericial hay una fundamental diferencia.

Los peritos están obligados a rendir su dictamen sin otra norma que la verdad descubierta a través de la ciencia que posean, para auxiliar al Juez en el descubrimiento objetivo de los hechos que son materia del proceso penal. Cuando afirman conclusiones que no se compadecen con el criterio que informa la cuestión sobre que se les interroga, quiere decir que no cumplen con la misión que se les confía.

El dictamen pericial rendido en este proceso durante el término probatorio del juicio admite la tacha de que no contiene una afirmación categórica sobre el punto concreto de la controversia, para precisar las distintas tesis que se han discutido en autos. Con todo, no destruye los de-

más conceptos emitidos por los mismos peritos, pues sobre las insinuaciones que dejan al arbitrio del Juez, mantienen la aseveración de que fué transitoria la perturbación funcional.

Como estos conceptos fueron los tenidos en cuenta para aplicar la pena, con base en la disposición infringida, que es el artículo 374, inciso 1º, quiere decir que el primer cargo de la demanda no puede prosperar.

En cuanto al segundo aspecto, en relación con la circunstancia modificadora de la provocación que aduce la demanda, basado en que se negó el valor probatorio a la confesión del procesado, en el sentido de que Vásquez Trujillo obró en la circunstancia contemplada en el artículo 28 del Código Penal, es decir, en estado de ira o de intenso dolor determinado por grave e injusta provocación, porque fué objeto en el momento de la agresión de un epíteto denigrante por parte del ofendido, la Corte acoge las conclusiones del Procurador Delegado en lo Penal.

Este funcionario, después de transcribir apartes de la demanda, dice:

"...se concluye que el recurrente apenas planteó el problema, pero omitió analizar, separadamente, cada uno de los elementos que integran la excusa de la provocación, a fin de hacer ver que las pruebas traídas al informativo la demuestran a cabalidad. Tampoco hizo un análisis, como era del caso, de cada una de las deposiciones de los testigos presenciales del hecho, para llegar a la conclusión de que su defendido obró bajo el estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación.

"En el recurso extraordinario de casación no basta decir simplemente que determinadas pruebas establecen una situación jurídica especial y privilegiada en favor del procesado, sino que es menester concretar los hechos que esas pruebas contienen y luego adaptarlos a las respectivas normas sustantivas. Esto, porque la casación no es una tercera instancia, sino una controversia entre la sentencia definitiva de segunda instancia y la ley, de tal suerte que pesa sobre el recurrente la obligación de probar las tesis que enuncia. Si así no lo hace, la Corte carece de facultad para suplir las deficiencias del libelo".

Pero agrega, además, la Sala, que aún partiendo de la base de que la demanda adujera lo que echa de menos el Colaborador, la realidad procesal es que una discriminación minuciosa de la prueba, tal como está contenida en la sentencia del Tribunal, lleva a la conclusión ineludible de que de parte de la víctima no hubo provocación alguna. Un respeto casi reverencial, por la sujeción producida en razón de la categoría de trabajo que cada uno de los protagonistas desempeñaba, pues el procesado era maquinista en el Ferrocarril de Antioquia y el ofendido su ayudante, impedía que el último agrediera de palabra a su jefe y amigo.

Si se quiere buscar un motivo determinante de los hechos el único demostrable es la embriaguez, en que se hallaba Vásquez Trujillo al tiempo de producirse aquéllos. Pero como esta circunstancia no es factor excusante ni menos eximente, se quiso establecer una aminorante de la pena en un supuesto inexistente. El procesado agredió a Villa porque éste, en un cordial acto de compañerismo quiso conducirlo a su casa en vista de su embriaguez. Esa es la realidad del proceso que la Corte ha encontrado y por ello tampoco prospera la segunda objeción de la demanda con base en la causal primera.

Causal segunda

Basta reproducir el libelo en lo tocante con esta causal para concluír que los temas sobre que la fundamenta el actor están estudiados al tratar de la primera.

En efecto dice la demanda:

"En la sentencia se interpretó el dictamen de los médicos legistas como prueba de que Jesús Humberto Villa había sufrido una perturbación funcional transitoria. Esta prueba forma parte del cuerpo material del delito de lesiones. No se tuvo en cuenta el dictamen rendido por los mismos peritos en el término probatorio de la causa, de conformidad con el cual Jesús Humberto Villa sufrió como única consecuencia natural, ochenta y siete días de incapacidad, sin que le hubiera quedado deformidad alguna ni se le hubiera reparado artificiosamente la ligera perturbación. La errónea apreciación de aquel hecho probatorio, llevó al sentenciador a violar la ley penal, puesto que estimó infringido el artículo 374, mucho más grave en penalidad para el acusado, y no el artículo 372 como era lo jurídicamente indicado.

"También se violó la ley penal por errada interpretación o apreciación de los hechos, puesto que en la sentencia se le negó el valor probatorio que tiene la calificación de la confesión en el sentido de que Jesús Humberto Villa lanzó a Vásquez el epíteto de "hijueputa", cuando con las mismas consideraciones que hace el Tribunal sobre los tres testimonios del proceso que son:

el del guardia Marín, el de Jaime Naranjo y el de Guillermo de la Calle, se demuestra que entre Vásquez y Villa sí hubo cambio de expresiones instantes antes de la causación del disparo, pero sin que ninguno de los otres testigos pueda precisar el contenido literal ni más o menos preciso de tales expresiones. Como lo reconoció el mismo testigo Marín en el acto de la audiencia, la expresión "hijo de puta" lanzada por Villa a Vásquez según éste, bien pudo haber existido y no ser percibida por el declarante" (fs. 10 y 11 del cuaderno 3).

Como se ve el planteamiento corresponde a idénticos motivos. Y como ya se han examinado con detenimiento dichos argumentos, lo anterior es bastante para concluír que la causal segunda no prospera.

Aparte de que esta causal exige que la demanda no se limite a una simple enunciación de los hechos en que se considera que fué erróneamente apreciada la prueba o se le dió un valor probatorio distinto del que le corresponde por ministerio de la ley. Es menester confrontar cada uno de los hechos que se afirman con las pruebas que se dicen desconocidas en la sentencia y sólo cuando de esa confrontación aparece que en realidad fueron mal apreciadas o equivocadamente interpretadas, es cuando la causal segunda cumple su objetivo de enmendar los errores del fallador invalidando lo que por estar fundado en falsos hechos no puede tener consistencia para condenar a un procesado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín, de fecha veintiseis de junio de mil novecientos cincuenta y uno, por la cual fué condenado Alejando Vásquez Trujillo a la pena principal de dos años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de lesiones personales en Jesús Humberto Villa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.



REQUISITOS DE LOS CUESTIONARIOS QUE SE PROPONEN AL JURADO. — IRA O INTENSO DOLOR POR GRAVE E INJUSTA PROVOCACION. — CUANDO PROCEDE LA CAUSAL QUINTA DE CASACION

1.—Ha sido doctrina constante de la Corte que en los juicios con intervención del Jurado, el cuestionario que ha de sometérsele debe contener todo lo relacionado con los elementos materiales del delito imputado, con los de la responsabilidad del acusado y con las circunstancias modificadoras que influyen en la determinación. De ahí que el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 disponga que el interrogatorio que el Juez someta al Jurado, debe versar sobre el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica. Es decir, que el auto de proceder viene a constituir una pauta definitiva dentro de la cual debe moverse el Juez y que no tiene otra compensación que la facultad otorgada por el artículo 29 de aquella ley, en virtud de la cual los jueces de conciencia pueden, "si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas de las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación". Por otra parte, la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o constitutivas del delito, corresponde al Juez de derecho (artículo 499 del C. de P. P.); y dispone el artículo 480 del mismo estatuto que la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate.

De manera que, en esta clase de negocios, hay tres actuaciones procesales de la mayor importancia, en que cada una de ellas sirve de base o sostén a la siguiente, guardando entre sí una íntima relación de dependencia: el auto de proceder, que formula los cargos contra el procesado; el cuestionario, que sintetiza ese pliego de cargos del enjuiciamiento; y la sentencia, que desarrolla el veredicto del Jurado.

Si esta armonía se rompe, porque el Juez formula los cuestionarios arbitrariamente, saliéndose del auto de proceder y consignando circunstancias distintas a las allí determinadas, sencillamente viola con ello el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, que indica de manera clara cómo debe redactarse el interrogatorio que han de absolver los Jurados. Y en esa forma impide que éstos puedan calificar los hechos punibles materia del debate, como lo manda el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.

Y al condenar a una persona en tales condiciones, sin el lleno de las fórmulas propias del juicio, se infringe el artículo 26 de la Constitución Nacional, encaminado a tutelar las garantías que deben darse al procesado en su juzgamiento.

2—Repetidas veces ha dicho la Corte cuáles son las condiciones que exige el artículo 28 del Código Penal para que se acepte la circunstancia allí contemplada: a) que haya habido una provocación, esto es, gestos, palabras o actos que agravien, que lesionen material o espiritualmente e inciten a reaccionar; b) que esa provocación sea grave, o sea, de tal entidad que justifique o al menos explique el rechazo violento de la injuria; c) que la provocación sea injusta, es decir, contra derecho, porque no puede admitirse que la ley quiera otorgar un privilegio a los sujetos dóciles a la ira, o poco resistentes ante las fuerzas perturbadoras del equilibrio psíquico. Pues, ni la emoción ni la pasión son, por sí solas, circunstancias atenuantes, sino que pueden serlo por los estímulos o motivos que les han dado nacimiento; o mejor, no basta obrar en estado de ira o de intenso dolor, sino que tales situaciones se hayan producido por agravios de magnitud que se hayan hecho injustamente.

3.—Para que un fallo se invalide por virtud de la causal quinta de casación, es indispensable que en la sentencia recurrida no se determinen en manera alguna los he-

chos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue su autor, para luego exigirle resposnabilidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

VISTOS:

Por sentencia fechada el día veintiseis de marzo del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, condenó al señor Angel Emilio Suárez Atencia a la pena principal de ocho años y quince días de "prisión", más las accesorias consiguientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Pedro Eduardo Consuegra.

Contra esta sentencia, tanto el procesado como su defensor, interpusieron recurso de casación, y en su debida oportunidad se formuló la correspondiente demanda.

El demandante invoca y sustenta como causales de casación la tercera, cuarta y quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Se procede a estudiar de preferencia la causal 4ª por afectar radicalmente el proceso y porque en primer término la sustenta el demandante.

Causal 4ª—Nulidad del juicio.

El demandante al sustentar esta causal alega una nulidad constitucional, derivada del artículo 26 de la Carta, por cuanto, según el recurrente, el cuestionario sometido al Jurado no está en armonía con el auto de proceder, pues en éste se consignó la circunstancia modificadora de la provocación no incluída en aquél.

Los cargos sobre el particular los sintetiza el demandante, así:

"1º — En el auto de proceder se formularon a Suárez cargos de homicidio genéricamente hablando; homicidio que podía ser calificado de preterintencional según los razonamientos del Juez inferior no desvirtuados en verdad por el Tribunal; o de intencional, según el razonamiento del Tribunal, pero sólo a condición de que la situación probatoria se modificara en el plenario en contra del procesado, ya que, en último extremo, para el Tribunal no estaba siquiera plenamente probada la *intención de herir* del agente;

"2º—El Tribunal le formuló al procesado en el auto de proceder, el cargo de homicida intencional, pero en circunstancias excepcionales, o sea, las de haber ejecutado el hecho —posiblemente eso lo comprobaría posteriormente el plenario— con la intención de matar, pero 'al recibir ofensas' que determinaron un estado anímico de dolor, de ira, o de vengar la ofensa"; esas circunstancias, de haber sido anotadas por el Juez en el cuestionario y de haber sido aceptadas por el Jurado, habrían determinado una mejor situación para el procesado, por cuanto enmarcaban su caso en el artículo 28 del Código Penal, lo que significa menos pena, cuando menos.

"3º—El Juez estaba obligado, por las disposiciones que he citado, y por lo establecido en el primer inciso del artículo 26 de la Constitución, a observar la plenitud de las formas procesales, que le imponían la necesidad de acomodar el cuestionario al auto de proceder, a fin de que el veredicto se acomodara a su vez a la realidad del proceso. No era posible exigirle al Jurado que hiciera constar las circunstancias exculpativas, si en el cuestionario no se incluían esas circunstancias.

"4º—Se violaron, pues, las formas procesales; el Tribunal en el fallo que acuso, al decir que el proceder del inferior estaba ajustado a la ley, aprobándolo, violó la Constitución y las leyes que he citado, por cuanto refrendó como legítimo el procedimiento que desconocía las garantías esenciales que la Constitución otorga a los procesados".

Se considera:

El Juzgado Primero Superior de Barranquilla, por auto de 9 de abril de 1949, llamó a responder en juicio criminal por la vía en que interviene el Jurado, al procesado Angel Emilio Suárez Atencia, imputándole un homicidio ultraintencional en la persona del señor Pedro Eduardo Consuegra.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, quien conoció en segunda instancia del auto de enjuiciamiento dictado por el Juzgado, en providencia de 31 de agosto de 1949, consideró que el homicidio imputado al procesado no era ultraintencional, sino simplemente intencional, "con las circunstancias de las provocaciones y de las ofensas", y en tal sentido reformó el auto de proceder apelado.

En lo relativo a las circunstancias de las provocaciones y de las ofensas, el Tribunal dijo:

"...Del detenido e imparcial análisis de todos los elementos probatorios que informan al sumario, el

Tribunal saca la conclusión de que evidentemente *los protagonistas se lanzaron ofensas inmediatamente antes de la tragedia.*

"...Si la versión del sindicado se acepta en aquello que encuentra respaldo lógico, probatorio, aún desatendiendo aquellos testimonios que como el de Becerra y las meretrices son inveraces en algunos pasajes y además contradictorios, tenemos que éste descargó el botellazo *al recibir ofensas que determinaron un estado anímico de dolor, de ira, o de vengar la ofensa*, pero a la vez esta aceptación descarta en principio, y dadas las realidades que ostentan los autos, la aceptación de la tesis de que su intención fue la de herir únicamente". (Subraya la Sala).

El auto de proceder quedó ejecutoriado en la forma antes expresada, sin que en el curso del juicio fuera modificada la situación jurídica en que en dicha providencia quedó colocado el acusado.

Teniendo en cuenta el enjuiciamiento, al Jurado se le propuso la siguiente cuestión:

"¿El acusado *Angel Emilio Suárez Atencia*, de las condiciones civiles conocidas en los autos, es responsable de haber causado la muerte al señor *Pedro Eduardo Consuegra* mediante una lesión producida con un botellazo de coca-cola, lesión determinada y descrita por los señores Médicos Legistas en la diligencia de autopsia que obra al folio veintisiete (27) del cuaderno principal del expediente, hecho ejecutado con el propósito de matar, en las horas de la madrugada del diez y nueve (19) de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), en un establecimiento público situado en la calle 41, número 26-16 de esta ciudad, todo conforme al auto de proceder?"

El tribunal popular contestó: "Sí es responsable, con la intención de matar; pero mediante ofensas mutuas".

Teniendo en cuenta el anterior veredicto, el Juzgado, dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 362 del Código Penal, condenó al acusado Suárez Atencia a la pena principal de ocho años de "prisión" en vez de presidio, que es la calidad de la pena que trae aquella norma. El Tribunal, en la sentencia recurrida en casación, no corrigió el error y confirmó la de primer grado, "pero modificándola en el sentido de que en vez de ocho (8) años sean ocho años (8) y quince días (15), lo que debe cumplir como pena principal el enjuiciado".

El cargo fundamental contra la sentencia se basa en que se pretermitieron las formalidades propias del juicio penal, lo que de ser cierto constituiría una nulidad de carácter constitucional, toda vez que la violación de ese principio invalida el proceso por infringir aquella norma de carácter sustantivo.

Como lo dice el señor Procurador Delegado y como ha sido doctrina constante de esta Sala de la Corte, en los juicios con intervención del Jurado, el cuestionario que ha de sometérsele debe contener todo lo relacionado a los elementos materiales del delito imputado, a los de la responsabilidad del acusado y a las circunstancias modificadoras que influyen en la determinación de la sanción. De ahí que el artículo 28 de la ley 4ª de 1943 disponga que el interrogatorio que el Juez someta al Jurado, debe versar sobre el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denomición jurídica. Es decir, que el auto de proceder viene a constituír una pauta definitiva dentro de la cual debe moverse el Juez y que no tiene otra compensación que la facultad otorgada por el artículo 29 de aquella ley, en virtud de la cual los jueces de conciencia pueden, "si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas de las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación". Por otra parte, la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o constitutivas del delito, corresponde al Juez de derecho (artículo 499 del C. de P. P.); y dispone el artículo 480 del mismo estatuto que la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate.

De manera que, en esta clase de negocios, como con tanta razón lo anota el Procurador Delegado, "hay tres actuaciones procesales de la mayor importancia, en que cada una de ellas sirve de base o sostén a la siguiente, guardando entre sí una íntima relación de dependencia: el auto de proceder, que formula los cargos contra el procesado; el cuestionario, que sintetiza ese pliego de cargos del enjuiciamiento; y la sentencia, que desarrolla el veredicto del Jurado.

"Si esta armonía se rompe, porque el Juez formula los cuestionarios arbitrariamente, saliéndose del auto de proceder y consignando circunstancias distintas a las allí determinadas, sencillamente viola con ello el artículo 28 de la ley 4ª de 1943, que indica de manera clara cómo debe redactarse el interrogatorio que han de absolver los Jurados. Y en esa forma impide que éstos puedan calificar los hechos punibles materia del debate, como lo manda el artículo 480 del Código de Procedimiento.

"Y al condenar a una persona en tales condiciones, sin el lleno de las fórmulas propias del juicio, se infringe el artículo 26 de la Constitución Na-

cional, encaminado a tutelar las garantías que deben darse al procesado en su juzgamiento".

Como en el presente caso el auto de proceder guarda perfecta armonía con la cuestión única formulada al Jurado, no se observa razón alguna para que prospere el cargo en que fundamenta el demandante la violación de los fueros constitucionales en perjuicio de su patrocinado.

En cuanto a que en el cuestionario no se incluyó lo referente a la excusa de la provocación, se tiene lo siguiente:

En el auto de proceder dictado por el Juez de primera instancia se analizó la tesis de la defensa sobre la riña imprevista y el estado de ira e intenso dolor en que actuara el acusado al cometer el delito, y al respecto se expuso:

"...Relacionando en su diversidad acumulativa las declaraciones de los señores Insignares, Becerra y Bermúdez, dos de los cuales por lo menos son de insospechable imparcialidad, quienes abarcan en su conjunto testimonial todas las fases del hecho investigado desde su comienzo hasta su culminación, se establece que si bien es cierto que medió una discusión entre los dos protagonistas, el señor Pedro Eduardo Consuegra no provocó grave e injustamente al sindicado por medio de ultrajes de palabra o actos de agresión, ni suscitó una riña que resultara imprevista para éste último. Según estos testimonios Suárez acometió a la víctima cuando la discusión en que participaron, no provocada ni iniciada por Pedro Eduardo Consuegra y sí orientada por Suárez hacia tópicos inconvenientes por cuanto se referían a actuaciones oficiales de un funcionario público celoso de su reputación, comportamiento que resulta menos justificable si se tiene en cuenta el vil escenario en que actuaba, aunque por otra parte no debe perderse de vista para que la justicia no sufra quebrantos, que obró bajo el influjo de una embriaguez voluntaria".

El Tribunal —como ya se dijo— admitió que los protagonistas "se lanzaron ofensas inmediatamente antes de la tragedia", y que el acusado "descargó el botellazo al recibir ofensas que determinaron un estado anímico de dolor, de ira o de vengar la ofensa".

Pero es lo cierto que no obstante estas afirmaciones del Tribunal, ellas no configuran jurídicamente la circunstancia modificadora de la provocación a que se refiere el art. 28 del Código Penal.

Repetidas veces ha dicho esta Sala cuáles son las condiciones que exige el artículo 28 del Código Penal para que se acepte la circunstancia allí contemplada: a) que haya habido una provocación, esto es, gestos, palabras o actos que agravien, que lesionen material o espiritualmente e inciten a reaccionar; b) que esa provocación sea grave, o sea, de tal entidad que justifique o al menos explique el rechazo violento de la injuria; c) que la provocación sea injusta, es decir, contra derecho, porque no puede admitirse que la ley quiera otorgar un privilegio a los sujetos dóciles a la ira, o poco resistentes ante las fuerzas perturbadoras del equilibrio psíquico. Pues, ni la emoción ni la pasión son, por sí solas, circunstancias atenuantes, sino que pueden serlo por los estímulos o motivos que les han dado nacimiento; o mejor, no basta obrar en estado de ira o de intenso dolor, sino que tales situaciones se hayan producido por agravios de magnitud que se hayan hecho injustamente.

En el presente caso el Tribunal, en el auto de proceder, se limitó a reconocer las ofensas mutuas que se infringieron los protagonistas —agresor y víctima—, lo mismo que el estado de "dolor, de ira" o de venganza de parte del homicida, pero no le atribuyó a esas ofensas la calidad de graves e injustas, como lo exige el artículo 28 del Código Penal. Y ya se ha repetido que lo que excusa en tales eventos no es la ira simplemente, sino que ésta haya sido causada por la gravedad y la injusticia de las ofensas. De tal suerte que el Juez del conocimiento estuvo acertado al no incluir en el cuestionario la modalidad concerniente al "estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación", circunstancia que no fue considerada en el auto de proceder de segunda instancia.

Lo anterior indica que el cargo por este aspecto no está probado. En consecuencia, la causal 4ª de casación no tiene fundamento.

Causal 3ª — Desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder y con el veredicto del Jurado.

Al sustentar el demandante el primer motivo de la causal 3ª —desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder— afirma que en el auto de proceder del Tribunal se reconoció a favor del acusado la excusa de la provocación y la sentencia dejó de tenerla en cuenta. Es decir que a Suárez se le condenó, "no por un homicidio atenuado, sino por un homicidio simplemente intencional, discordancia que provino, no simplemente de que el Jurado hizo así su veredicto, sino de que el cuestionario no le presentó al Tribunal de Honor (sic) los cargos con la lealtad que la ley exige".

Este cargo ya se analizó al estudiar la causal 4ª.

No puede prosperar tampoco con base en la causal 3ª —primer motivo— sencillamente porque en los juicios con intervención del Jurado, la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto, y no en consonancia con el auto de proceder, ya que el Ju-

rado tiene facultad legal para apartarse del pliego de cargos formulados en dicha providencia y para consignar en su veredicto "circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario". (Artículo 29 de la ley 4ª de 1943).

Por manera que en tales negocios, es improcedente el motivo de casación fundado en estar la sentencia en desacuerdo con el auto de proceder.

Por otra parte, ni el auto de proceder —como atrás se dijo— ni el veredicto configuran el estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, "Pues una y otra piezas procesales apenas se refieren a ofensas recíprocas que se lanzaron el homicida y la víctima, pero sin asignarles el sustancial calificativo de "graves e injustas", como lo requieren la doctrina y el texto del artículo 28 del Código Penal". De ahí que el sentenciador no hubiera consignado la excusa de la provocación, por la simple razón de que el veredicto no la contempló en los términos que le asigna la ley.

Estando claramente establecido que el cuestionario se redactó conforme al auto de proceder, y que la sentencia se halla de acuerdo con el veredicto del Jurado, la causal 3ª alegada no tiene fundamento.

Causal 5ª—No expresar la sentencia, clara y terminantemente, cuáles son los hechos que se consideran probados.

Al respecto dice el demandante:

"Considerando en su conjunto los dos fallos, el del Juez a *quo* y el del Tribunal que lo modificó para agravar la pena, tenemos que ellos son en extremo antitécnicos y no se ajustan a lo establecido en la norma del artículo 159 del C. de P. P. No determinaron esos fallos qué hechos se consideran probados contra Suárez; bien es verdad que la Corte tiene establecido que en los procesos en que interviene el Jurado y en que el fallo se funda en su veredicto, es difícil aplicar esta causal quinta de casación por cuanto la prueba de los hechos la adquiere el jurado conforme a su conciencia, y al Juez debe bastarle que el Jurado se declare convencido...".

Se considera:

Ha sido doctrina de esta Sala la de que para que un fallo se invalide por virtud de esta causal, es indispensable que en la sentencia recurrida en casación no se determine en manera alguna los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue su autor, para luego exigirle responsabilidad.

No puede desconocerse que el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, no se ajusta estrictamente a los requisitos que señala el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal para la elaboración de una sentencia. Pero aún así se llenan en él todos los requisitos legales, en orden a la discriminación de los hechos, al establecimiento del cuerpo del delito y a la responsabilidad del acusado, como también al estudio del veredicto pronunciado por el Jurado, las disposiciones que se consideran infringidas por el reo según los términos mismos del fallo popular.

Tanto la Constitución Nacional como la ley exigen que el proceso penal culmine con una providencia en donde todos los hechos y circunstancias que sea necesario dilucidar para la conclusión definitiva que constituye la parte resolutiva de la sentencia, sea objeto de un análisis completo a fin de considerarlos todos, ya que ellos mismos sirven para determinar la responsabilidad y para fijar la pena en cuanto a su especie y cantidad. Disponiéndose así, como en efecto se dispone, en la sentencia del Tribunal se sabe —como lo dice la Procuraduría— cuál fue el delito cometido, cuál la víctima, en qué circunstancia la eliminó, qué veredicto pronunció el jurado, y cuál la pena que merece el delincuente. Es decir, se reúnen en la sentencia recurrida todos los presupuestos de un fallo definitivo que en esta clase de juicios por jurados, tiene su sustento en el veredicto.

Lo anterior indica que la causal 5ª tampoco tiene fundamento.

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, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre. Luis Gutiérrez Jiménez — Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

TERMINACION DE CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO. — SUS DIFERENCIAS CON LA RESOLUCION

En contratos destinados a producir una serie de efectos escalonados y llamados por eso de tracto sucesivo, lo jurídico no es declarar la resolución que produce efectos hacia el futuro y hacia el pasado, sino hablar de TERMINACION, denominación que ha aceptado la doctrina, considerando que en estos casos los efectos de la declaración sólo pueden operar hacia el futuro.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio cuatro de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

El señor Rogerio Velásquez M., mayor y vecino de Quibdó, celebró el 1º de diciembre de 1946 con la Intendencia Nacional del Chocó un contrato, mediante el cual se estipuló: "Entre los suscritos a saber: Saulo Sánchez Córdoba, mayor y vecino de este municipio, con cédula de ciudadanía número 1894445 de Quibdó, debidamente autorizado por el señor Intendente, quien obra en su carácter de Director de Educación del Chocó y en adelante se denominará LA INTENDENCIA, y ROGERIO VELASQUEZ M., también mayor de esta vecindad, con C. de C. número 1212107 de Bogotá y L. M. número 21, se ha celebrado el contrato contenido en las siguientes cláusulas: *Primera.* La Intendencia se compromete a enviar al Profesor Rogerio Velásquez como maestro en comisión para hacer estudios de especialización en el Instituto Etnológico y Arqueológico de Popayán, anexo a la Universidad del Cauca. — *Segunda.* La Intendencia se compromete a pagar mensualmente al profesor Rogerio Velásquez M., la suma de *cien pesos* ($ 100) m./cte. en los meses de diciembre de 1946 y enero, febrero y marzo de 1947 y *ciento cincuenta pesos* ($ 150.00) m./cte. del primero de abril de 1947 hasta la terminación del contrato. — *Tercera.* La Intendencia se compromete a emplear al profesor Rogerio Velásquez una vez terminados sus estudios de especialización, con un sueldo no inferior al que devengan los Profesores Especializados. — *Cuarta.* El profesor Rogerio Velásquez se compromete a enviar a la Intendencia la constancia de su matrícula y los certificados mensuales de calificaciones y asistencia al Instituto debidamente refrendados por los superiores. — *Quinta.* El profesor Rogerio Velásquez se compromete, al terminar sus estudios, a proponer a la Intendencia un plan para la organización del Museo Etnológico y Arqueológico del Chocó. — *Sexta.* El término de duración del presente contrato es de dos años, contados a partir del primero de diciembre de 1946 y terminará el 30 de noviembre de 1948. — *Séptima.* Para el caso de que el profesor Velásquez deje de cumplir una o algunas de las cláusulas del presente contrato se compromete a pagar al Tesoro Intendencial, como multa, la suma de *trescientos pesos* ($ 300.00) m. cte. para responder por los perjuicios que la Intendencia reciba por el incumplimiento, la cual puede hacerse efectiva administrativamente. — *Octava.* Las sumas que la Intendencia se compromete a pagar al profesor Velásquez se pagarán sujetándose a la apropiación del Capítulo 11, Departamento de Educación, artículo 5º del Presupuesto Extraordinario de la actual vigencia, en lo que se refiere a esta vigencia y a las apropiaciones correspondientes de las vigencias sucesivas y las reservas se sujetarán a lo prescrito por el artículo 73 del Código Fiscal Intendencial (Acuerdo número 7 de 1945). *Novena.* Para garantizar el cumplimiento de este contrato, el profesor Rogerio Velásquez, prestará fianza personal y para ello será acompañado al presente contrato el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en que conste que el fiador posee bienes con valor mayor de *seiscientos pesos* ($ 600.00). — *Décima.* Este contrato necesita para su validez la aprobación del señor Intendente Nacional del Chocó. — *Undécima.* En caso de incumplimiento de una o alguna de las cláusulas de este contrato la Intendencia po-

drá declarar administrativamente resuelta esta convención, según los artículos 254 a 256 de la Ley 167 de 1941, en los siguientes casos: a) por incumplimiento de las cláusulas del contrato; b) por falta de asistencia al Instituto y descenso en las calificaciones de conformidad con las normas establecidas por la Dirección de Educación y el Gobierno Nacional; c) por muerte del profesor Velásquez, todo esto sin perjuicio de hacer efectiva la fianza".

El prenombrado señor Velásquez M., demandó, mediante apoderado, al Departamento del Chocó ante el Tribunal Superior de Quibdó por los trámites del juicio ordinario, suplicando lo siguiente:

"PRIMERO.—Que se declare resuelto, el contrato celebrado entre la extinguida Intendencia Nacional del Chocó, de la cual es cesionario el Departamento del mismo nombre, con mi poderdante, señor Rogerio Velásquez M., el cual es de fecha 1º de diciembre de 1946. Y "SEGUNDO. Que como consecuencia de la petición anterior, sea condenado el Departamento del Chocó a pagar al señor Rogerio Velásquez M., la indemnización de perjuicios provenientes del incumplimiento del contrato que celebró con la extinguida Intendencia Nacional del Chocó, el 1º de diciembre de 1946".

Surtida la primera instancia, el Tribunal falló la litis negándose a hacer las declaraciones impetradas por el demandante. Apelada dicha sentencia, se surtió la tramitación correspondiente en este segundo grado del juicio, sin que se hubiese fundamentado el recurso, pues no se hizo uso del término para alegar.

Para resolver lo que fuere legal, la Sala CONSIDERA:

El Tribunal Superior de Quibdó, fundamentó su decisión en consideraciones que, como se verá en seguida, no pueden ser acogidas por la Corte. En efecto, aceptando el Tribunal que: *"en la demanda no se precisó, y por el contrario en términos vagos y casi indefinidos se enuncia, el hecho o los hechos que sirven de base a las peticiones* que se formulan". (F. 34 v. C. 1). Reconociendo "...la forma imprecisa como se demandó..." (f. 35, v. del mismo cuaderno), entra en el campo de las suposiciones declarando que "...*dos pueden ser los hechos* en que funda el actor el derecho que lo asiste para solicitar, de este Tribunal las declaraciones pedidas...". Y de acuerdo con esto procede a estudiar la acción con base en el hecho "F" de la demanda, o con base en la cláusula 3ª del contrato, para llegar a la conclusión de que en ambos casos, se impone la no declaración de las peticiones.

Estima la Sala, que el Tribunal erró en la técnica al plantear la litis. El Juzgador de Instancia, como todo juzgador debe fallar (en el campo civil especialmente) en consonancia con los hechos aducidos y probados en juicio, y no puede jamás entrar en el campo de las suposiciones acerca de lo que el demandante hubiese podido solicitar. Es muy cierto que el Juzgador debe investigar e interpretar el contenido de las peticiones cuando ellas son obscuras, pero esa facultad no llega al extremo de estudiar y resolver algo que *suponga* como base de la litis. Por otra parte el C. J. prescribe que "las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás oportunamente deducidas por las partes" (inciso final del artículo 471).

La acción y sus fundamentos

De las peticiones se deduce sin mayor esfuerzo que la acción ejercitada es una de las alternativas que brinda el artículo 1546 del Código Civil al contratante que ha cumplido contra el que no ha hecho y que pueden resumirse en la petición de la resolución del contrato o en la del cumplimiento del mismo, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

En el caso *sub judice* el demandante, señor Velásquez M., escogió la acción de resolución del contrato con indemnización de perjuicios. Para fundamentar esta acción, expresa en la demanda los hechos, en el distinguido con la letra "F" hace consistir el incumplimiento de la entidad demandada, así:

"Hasta la presente fecha el Gobierno del Chocó, sin que se sepan las causas, no ha tomado las medidas indispensables a la creación, organización y funcionamiento del Museo Etnológico en esa sección del país, no obstante que mi mandante señor Rogerio Velásquez M., ha estado, permanentemente, en capacidad de prestar sus servicios como Etnólogo y, además, ha dado estricto cumplimiento a todas las obligaciones que contrajo con la extinguida Intendencia del Chocó, al suscribir el contrato a que se hizo alusión en el hecho a) de la demanda". (El subrayado es de la Corte).

Para la Sala, tanto las peticiones configurativas de la acción ejercitada como los hechos en que se fundan, son perfectamente claros y determinados. El incumplimiento se funda precisamente en que "hasta la presente fecha el Gobierno del Chocó... no ha tomado las medidas indispensables a la creación, organización y funcionamiento del Museo Etnológico en esa sección del país...".

Para acceder a las declaraciones impetradas,

...mana ...
...Coros del ...
...fin de ...
...con ...
...del jueves, ...
...actuar ...
...viernes, sá... ...
...vo de la Semana Santa en la vigilia ...
...de Cristo Rey. La venida de estos famosos coros contribuirá a hacer mucho más solemne la celebración de los días santos en aquella iglesia.

Comisión

Se encuentra actualmente en Manizales la comisión de la Armada Nacional que se encargará de practicar los exámenes a los aspirantes a ingresar en la escuela naval de Cartagena. Muchos aspirantes de Manizales han concurrido a los e...

...ublicar mañana ...bl...
...las 6 en ...

...ecreto de la alcaldía municipal ...
...retario ...

...MITADOS POR PALABRA

preciso sería demostrar que el hecho que se señala como base del incumplimiento corresponde exactamente a una obligación a cargo del contratante demandado. Siendo pertinente observar, además, que en contratos de la naturaleza del presente destinado a producir una serie de efectos escalonados y llamados por eso de tracto sucesivo, lo jurídico no sería declarar la resolución que produce efectos hacia el futuro y hacia el pasado, sino hablar de *terminación*, denominación que ha aceptado la doctrina, considerando que en estos casos los efectos de la declaración judicial sólo pueden operar hacia el futuro.

Después de un cuidadoso análisis del contrato en referencia, se tiene que llegar a la conclusión de que en ninguna de las tres primeras cláusulas, que son las que establecen las obligaciones a cargo de la extinguida Intendencia del Chocó, se consagró una igual, ni siquiera semejante, a la aducida por el demandante. En la única cláusula donde se menciona la "organización del Museo Etnológico del Chocó", es en la cláusula quinta, pero estableciendo una obligación a cargo del Profesor Velásquez M., y no a cargo de la extinguida Intendencia, y concretizándose dicha obligación en la presentación o proposición de un "Plan para la Organización del Museo Etnológico y Arqueológico del Chocó".

No existiendo a juicio de la Sala, una obligación concreta de la extinguida Intendencia Nacional del Chocó "de tomar las medidas indispensables a la creación, organización y funcionamiento del Museo Etnológico" en que fundamentar el incumplimiento del mencionado contrato, no es dable acceder a lo solicitado.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, RESUELVE, confirmar, aun cuando por razones diferentes, la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Quibdó, con fecha 17 de abril de 1950, adicionándola en el sentido de absolver al Departamento del Chocó de todos los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Rafael Leiva Charry—**Luis A. Flórez**—**Agustín Gómez Prada**—**Luis Rafael Robles**—**Jorge García Merlano**, Secretario.

CUALES PROVIDENCIAS SON AUTOS INTERLOCUTORIOS Y, POR TANTO, PROCEDE CONTRA ELLAS EL RECURSO DE APELACION

Según los artículos 487 y 491 del Código Judicial, contra los autos interlocutorios procede el recurso de apelación, mientras que contra los de sustanciación apenas puede interponerse el de reposición.

Los primeros, según el código, son los que resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de alguna de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas; los segundos, los que se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación (artículo 466 del C. J.).

El auto que resuelva no oír a una de las partes mientras no revalide el papel común empleado, no es interlocutorio, sino de mera sustanciación, puesto que apenas resuelve un trámite para dar curso progresivo a la actuación, y contra él no procede, por tanto, el recurso de apelación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, seis de junio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 5 de febrero del año pasado, resolvió lo siguiente:

"Por cuanto la parte demandada no ha revalidado todo el papel común que ha empleado en la actuación, en la forma legal, o sea, con el doble del valor en estampillas de timbre nacional, inclusive las hojas escritas en una sola cara, según aparece del expediente y del informe anterior rendido por la Secretaría, no se accede a declarar que la Compañía demandada pueda ser oída en el juicio.

"Como aún no ha llegado la oportunidad legal, no se accede a lo solicitado por el señor apoderado de la parte demandante".

De esta providencia apelaron las partes, por lo cual debe resolverse lo que se estime ajustado a las disposiciones legales.

Pero para mejor entendimiento del problema debe hacerse un breve recuento de las principales actuaciones adelantadas en este juicio.

1.—En escrito de 13 de junio de 1946 el Departamento del Tolima, por medio de apoderado, demandó a The Dorada Railway Company Limited, en juicio de rendición de cuentas, de que hablan los artículos 1120 y siguientes del Código Judicial, y en auto de 9 de julio se ordenó correr traslado de la demanda por tres días (fls. 1 y 131 del c. 1).

2.—El doctor Jaime Rodríguez Fonnegra, en escrito de dos páginas contestó la demanda oponiéndose a que se decretara la rendición de cuentas, y en escrito de más de setecientas páginas propuso excepciones (cuaderno 1-bis).

3.—En auto de 15 de febrero de 1947 dijo el Tribunal que con el anterior escrito daba por contestada la demanda, y que como la compañía demandada se oponía y formulaba excepciones, se abría a pruebas el juicio por el término de quince días (fl. 704 v. c. 1-bis).

4.—El apoderado del Departamento suscitó debate sobre el uso del papel común, que la Compañía venía empleando en la actuación, y el Tribunal dictó con tal motivo su proveído de 6 de marzo de 1947 en que declara sin valor ni efecto legal los cuatro autos de 15 de febrero de 1947, y ordena a la parte demandada que en tres días y empleando papel competente constituya apoderado, conteste la demanda y ejercite los recursos que estime pertinentes (c. 1, fl. 161). Uno de los autos declarados sin valor era el que daba por contestada la demanda.

5.—Del proveído anterior apeló la parte demandada, y esta Sala de la Corte, en providencia de 9 de abril de 1949, después de expresar que no es admisible en el proceso el uso del papel común, declara que no por ello han de anularse "las actuaciones adelantadas" y revoca la parte final del auto apelado. Volvió, pues, a cobrar valor el auto en que se dio por aceptada la demanda.

6.—Como la parte demandada pidió reposición de ese auto, se revocó todo el proveído dictado por el Tribunal, y se expresó que la Compañía se hallaba

obligada a revalidar el papel común empleado por ella, y a continuar usando papel competente, so pena de incurrir en la sanción del artículo 351 del Código Judicial.

7. — Pidió aclaración de aquella providencia el apoderado de la Compañía, y, al mismo tiempo, pidió reposición de ella el apoderado del Departamento por considerar que se trataba de un punto nuevo, cual era la orden de validar el papel que se usó en la contestación de la demanda. Pero la Corte no cambió su proveído.

8. — En estas condiciones bajó el expediente al Tribunal, donde se dictó el auto de obedecimiento a lo resuelto por la Corte, de fecha 16 de octubre de 1950, acerca del cual hizo una solicitud de adición el apoderado de la Compañía, planteando cuestiones que ya había planteado ante la Corte, por lo cual el Tribunal no accedió a adicionar aquel auto que fue dictado en Sala.

9.—Con memorial de 21 de noviembre último la parte demandada presentó estampillas por valor de $ 151.20, y pidió que se declarara que ella podía ser oída en el juicio, y que se ordenara distribuír esas estampillas en los cuadernos correspondientes.

10.—El Tribunal, en auto de 23 de noviembre de 1950, firmado por la Sala ordenó dar cumplimiento por el Secretario a la última parte del artículo 351 del Código Judicial, y éste certificó que había adherido las estampillas a los cuadernos correspondientes.

11.—En seguida, sin dar razón acerca de que con las estampillas suministradas no se había alcanzado a cubrir todo el papel común empleado, dictó el Tribunal un auto firmado, no como los anteriores, por la Sala, sino por el magistrado sustanciador, en el cual se dice que para que pueda ser oída la parte demandada, previamente debía revalidar el papel común empleado en la actuación con el doble de su valor en estampillas de timbre nacional, de conformidad con las leyes 20 de 1923 y 69 de 1946.

12.—Sin ejecutoriarse este auto, el apoderado de la Compañía hizo nuevo suministro de estampillas por valor de $ 12.60, para una revalidación de acuerdo con la ley 69 de 1946, vigente cuando se empleó el papel común, según lo dice aquél, e insistió en que se declarara que la Compañía podía ser oída en el juicio.

13.—La parte demandante planteó ante el Tribunal la aplicación del artículo 1124 del Código Judicial, esto es, que se procediera a fallar la demanda de rendición de cuentas presentada, teniendo en cuenta que el demandado había presentado su oposición a la demanda en papel común y no había revalidado dicho papel dentro de la ejecutoria del auto que tal cosa ordenaba.

14.—En providencia de 15 de enero de 1951 ordenó el magistrado ponente que el secretario informara si la parte demandada había dado cumplimiento, dentro del término legal, a lo resuelto por la Corte en relación con la revalidación de cada una de las hojas de papel común que había empleado en la actuación; a lo cual informó el secretario que en los diferentes cuadernos se encontraban 728 hojas de papel común, en que ha actuado el demandado, y que para revalidarlas habían sido suministradas estampillas por valor de $ 163.80, pero que "para la revalidación no aparece que se haya señalado término".

Como se ve, no informa el secretario si se revalidaron o no todas las hojas de papel común.

15.—No obstante esta falla del informe, el Tribunal, con la firma de la Sala, dictó el auto de 5 de febrero del año pasado, que es el apelado, en el que se expresa, como ya se anotó al principio, que como la parte demandada no ha revalidado todo el papel común, con el doble del valor en estampillas, inclusive las hojas escritas en una sola cara, no se accede a declarar que esa parte pueda ser oída en el juicio; y que como aún no ha llegado la oportunidad legal, no se accede a lo solicitado por el apoderado de la parte demandante en el sentido de resolver la demanda, haciendo a un lado la oposición.

16.—No se conformaron con este auto las partes, y pidieron reposición de él, o en subsidio apelación. Y como el Tribunal no aceptó la reposición, accedió a conceder la apelación de su proveído, y los autos han llegado por esto a la Corte.

17.—El Tribunal no accedió a la solicitud de reposición de la parte demandada, porque de acuerdo con claras disposiciones legales, la revalidación debe hacerse adhiriendo a cada hoja de papel común estampillas por el doble del valor del papel sellado que ha debido emplearse, así se hubiera usado una sola cara o plana del papel o ambas. Y no accedió a la de la parte demandante, porque considera que el hecho de no haberse revalidado todo el papel común no permite considerar como inválida la oposición hecha a la demanda y porque se halla pendiente el recurso de reposición de la parte demandada contra el auto de 15 de febrero de 1947, que resolvió sobre la denuncia del pleito y sobre el trámite de las excepciones dilatorias propuestas, esto es, porque considera que "aún no ha llegado la oportunidad legal de resolver sobre la rendición de cuentas pedida".

Se considera:

Según los artículos 487 y 491 del Código Judicial, contra los autos interlocutorios procede el recurso de apelación, mientras que contra los de sustanciación apenas puede interponerse el de reposición.

Los primeros, según el código, son los que resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de alguna de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas; los segundos, los que se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación (artículo 466 del C. J.).

En el caso de que se trata no procede el recurso de apelación, puesto que la providencia recurrida apenas resuelve un trámite para dar curso progresivo a la actuación, o sea, es un auto de mera sustanciación.

En efecto, lo que el Tribunal resuelve en el auto de que se trata es no oír a la parte demandada mientras no revalide todo el papel común que ha empleado y no proceder a fallar sobre la rendición de cuentas, porque no ha llegado la oportunidad legal.

Sobre revalidación ya había dicho la Corte en este juicio, en su providencia de 9 de abril de 1949, que la parte demandada no podía ser oída en el juicio mientras no revalidara el papel común, pues eso significa el expresar que la parte demandada debía usar "papel competente", es decir, sellado, "quedando sujeta en caso de renuencia a lo que dispone el inciso segundo del artículo 351 del Código Judicial". Esto es, a no ser "oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplear", que así reza el citado inciso.

Lo propio quedó ordenado en el auto de la Corte, de 22 de junio de 1950, que resolvió la reposición interpuesta contra el anterior.

Así bajó el expediente al Tribunal para obedecer lo dispuesto por la Corte.

Las actuaciones posteriores apenas han sido, pues, trámites para ver de cumplir o de darle eficacia a aquella providencia, nada más, sin que ningún punto nuevo que pueda considerarse como interlocutorio se hubiera resuelto después de aquella decisión.

Así, saber si han de computarse dos caras o planas de papel como una sola hoja, esto es, saber qué valor en estampillas corresponde al papel es tarea tan fácil, que sólo el propósito de prolongar y hacer interminable un juicio puede llevar a hacer lucubraciones y doctrinas sobre lo que en forma tan obvia expresan las disposiciones que cita el Tribunal, a saber, los artículos 6º y 8º de la ley 20 de 1923 y el 351 del Código Judicial. Es un trámite para cumplir lo ordenado y no una decisión interlocutoria.

De otro lado y como razón definitiva que obliga a que no se entre a decidir sobre la providencia apelada, cabe alegar que si lo resuelto desde el auto de abril a que se viene haciendo referencia fue el no oír a la parte mientras no se revalide el papel común empleado, se estaría oyéndola al concederle apelación contra el auto del Tribunal.

Ahora, la segunda parte de la providencia apelada, que dice que "aún no ha llegado la oportunidad legal" de fallar sobre la rendición de cuentas, tampoco constituye una decisión interlocutoria, sino un simple trámite, un auto de sustanciación, parecido al que expresara que, por no haberse vencido un término de prueba, por ejemplo, no podía todavía darse traslado para alegar.

La cuestión de si es eficaz la revalidación del papel hecha fuera del término está decidida también de modo claro por la Corte, al expresar que las actuaciones adelantadas en papel común no eran nulas, pero que para ser oída en lo futuro la parte renuente debía revalidarlo y seguir empleando el competente.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia declara que no es el caso de resolver sobre la apelación propuesta, por no estar sometido el auto recurrido a tal recurso.

En consecuencia, vencido el término de ejecutoria de este auto, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

LAS REGLAS DE INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS CONTENIDAS EN EL CODIGO CIVIL SON APLICABLES A LAS CLAUSULAS ESTRICTAMENTE PATRIMONIALES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.—Es regla de hermenéutica contractual, aplicable también a los contratos administrativos, la contenida en el artículo 1622 del Código Civi, según la cual "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad".

2.—La Corte, en sentencia de la Sala de Negocios Generales de fecha 30 de noviembre de 1943 (G. J., n. 2001, pág. 655), dijo: "Cuando rigiendo un contrato celebrado con el Gobierno Nacional el contratista reclama por la forma de ejecución o la interpretación que se le está dando, o, expirado solicita el cumplimiento de prestaciones que estima pendientes a su favor, el Gobierno no tiene que dar contestación a esas solicitudes por medio de una resolución administrativa, que es la forma de darle expresión a la voluntad de la Nación, en que acepta o deniega la prestación. En el primer caso la Nación y el particular coinciden en la forma de dar ejecución o de cumplir el contrato, y entonces ese acuerdo de voluntades es como un desprendimiento del contrato, que obliga de consuno a las dos partes, al igual de lo que entre los particulares ocurre, según la última parte del artículo 1622 del Código Civil".

3.—Tratándose de las cláusulas de carácter estrictamente patrimonial de un contrato administrativo, cuales son todas aquellas que establecen el régimen económico del contrato, no son ni pueden ser extrañas, en orden a desentrañar su verdadero sentido, las reglas de interpretación establecidas por el C. Civil para los contratos de derecho privado, especialmente la contenida en el artículo 1622, inciso tercero, que consagra la llamada interpretación auténtica.

Esta doctrina sentada en numerosos fallos anteriores, fué reiterada por la Sala de Negocios Generales de la Corte en su sentencia de 10 de marzo de 1951 (G. J., n. 2098, pág. 458), después de acoger la opinión de los expositores que distinguen, en los contratos administrativos, las cláusulas propiamente reglamentarias de las de carácter estrictamente patrimonial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintidos de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

Llegado a su etapa final, después de recibir la tramitación que le es propia, el juicio ordinario de única instancia propuesto por el apoderado de las compañías denominadas The Tropical Oil Company y The Andian National Corporation, Limited, contra la Nación representada por el Procurador Delegado en lo Civil, juicio dentro del cual ésta demandó en reconvención a las compañías expresadas, se ocupa la Sala en dictar el fallo que habrá de decidir en forma definitiva sobre las opuestas pretensiones de las partes contendoras.

En orden a metodizar el estudio de cada una de las cuestiones que constituyen la materia principal del pleito, y con el fin también de establecer las bases para la acertada solución del mismo, conviene ante todo hacer el recuento lo más sintetizado posible de los antecedentes que le dieron origen, fielmente extractados de los hechos expuestos como fundamentales de las correspondientes acciones instauradas y que aparecen establecidos a través de la muy copiosa prueba documental traída a los autos. En seguida se transcribirán las alegaciones de una y otra parte, y en último término habrá de concretarse la Sala a deducir, frente a las súplicas de las respectivas demandas, las conclusiones de rigor.

Los antecedentes del pleito

De acuerdo con lo alegado en los hechos de cada uno de los libelos de demanda y con lo que de autos aparece plenamente acreditado, son éstos los antecedentes del presente litigio cronológicamente relacionados, a saber:

1º—Por escritura Nº 1329 de 25 de agosto de 1919, otorgada ante el Notario 3º de este Circuito

(Fols. 1 a 4v., Cuaderno Nº 2), entre el señor Roberto De Mares, en su propio nombre y como representante de la sociedad comercial Justo M. de la Espriella, el doctor Carmelo Arango, Ministro de Obras Públicas, debidamente autorizado por el Exmo. señor Presidente de la República y en representación del Gobierno Nacional, y el doctor Marcelino Uribe Arango como apoderado de The Tropical Oil Company, se efectuó el traspaso a favor de dicha Compañía del contrato de concesión que el Gobierno de la República había celebrado el 6 de diciembre de 1905 con el señor de Mares, para explotar minas de petróleo en terrenos nacionales, en el departamento de Santander.

2º—En la estipulación 5ª del punto **sexto** del expresado contrato de traspaso se convino: "El tanto por ciento que se pague a la Nación por la Compañía cesionaria, como precio del arrendamiento, será el diez por ciento (10%) del producto bruto que se explote, extraído de las minas, pagadero en dicho producto o en su equivalente en los distintos productos que se obtengan de la empresa, o en dinero, por el precio de venta en el lugar de producción de dichos productos o en la refinería, a voluntad del Gobierno, y por semestres vencidos. Para calcular el producto bruto extraído, se deduce el petróleo crudo que la empresa consuma en la misma explotación y beneficio. Para el efecto de la liquidación del porcentaje, el Gobierno por medio de un Agente o Comisionado especial, podrá examinar las cuentas de la Empresa. **Parágrafo.** La contabilidad de la Empresa deberá llevarse dentro del país y de acuerdo con el Código de Comercio Colombiano".

3º—El día treinta (30) de agosto de mil novecientos veintitres (1923), se suscribió entre el doctor Aquilino Villegas, Ministro de Obras Públicas, debidamente autorizado por el señor Presidente de la República, y el señor James Wainwright Flanagan como apoderado de Andian National Corporation, Limited, el contrato por medio del cual "el Gobierno reconce a la Compañía el derecho de construír, mantener y administrar un oleoducto que partiendo de un punto de la Costa Atlántica, entre "Bahíahonda" y la Bahía de Gispatá, termine en un punto del río Magdalena a una distancia de ochocientos (800) kilómetros aproximadamente del punto de partida". Tal contrato que el Consejo de Estado declaró ajustado a las autorizaciones legales, fué elevado a escritura pública bajo el Nº 1463 de 1º de octubre de 1923, otorgada ante el Notario 4º de este Circuito (Fols. 5 a 24 v., ibid).

4º—Por el Artículo 41 del contrato expresado se estipuló: "La Compañía se obliga a tener el número de tanques de almacenamiento suficientes para atender a las necesidades del transporte de los productos del público y a recibir éstos en dichos depósitos. Por el almacenamiento en dichos tanques del petróleo transportado por el oleoducto, no se cobrará nada durante los primeros quince días, y por cada día de exceso cuando la demora no sea por culpa de la Compañía, podrá cobrarse una cuota hasta de medio centavo diario por tonelada o fracción de tonelada. El trasegamiento de los productos del público de los tanques de la Compañía a los buques que estén en los muelles de la misma, se hará mediante el pago de una tarifa que se fijará de acuerdo entre el Gobierno y la Compañía, en consonancia con las estipulaciones de este contrato".

5º—El Gobierno siempre optó por recibir en dinero el 10% del producto bruto que le corresponde como precio del arrendamiento de los terrenos de la concesión, haciendo uso del derecho que le concede la transcrita cláusula 5ª del contrato con la Tropical para elegir uno de los tres medios de pago en aquélla pactados.

6º—Desde los comienzos de la explotación surgió la primera diferencia en torno a la interpretación de la referida cláusula 5ª, pues ya en el año de 1922 el doctor Miguel Jiménez López, en su carácter de Ministro de Gobierno encargado del Despacho de Obras Públicas, considerando que al tenor de lo estipulado en aquélla, era potestativo del Gobierno percibir el porcentaje en productos crudos o refinados o su equivalente en dinero "por el precio de venta en el lugar de producción", quiso exigir el pago de la participación nacional teniendo en cuenta los precios de los productos refinados y no los del petróleo crudo, interpretación a la cual se opuso la Compañía. En el año de 1923 el entonces Ministro de Obras Públicas doctor Aquilino Villegas insistió nuevamente en aquella interpretación, sin que en ese entonces se hubiera llegado a ningún acuerdo entre las partes.

7º—Fué en marzo de 1924 cuando el Ministro de Industrias Gral. Diógenes A. Reyes suscribió con la Compañía un pacto de carácter transitorio, según el cual "en lo sucesivo, y mientras no haya en el país compras y ventas, en mercado corriente, de petróleo crudo, o un oleoducto a la Costa Atlántica, la Compañía pasará al Gobierno los precios que asigne al petróleo crudo en el lugar de producción, a fin de que el Gobierno los estudie y acepte si son equitativos en relación con los precios de su similar en Nueva York y con los de los derivados en la refinería y al ser así, el Gobierno resolverá si recibe su participación en dinero. Es

entendido que esta condición se refiere únicamente al petróleo de la participación que le corresponde a la Nación". Tal fué, en síntesis el sistema adoptado hasta el primer semestre del año de 1926 para la determinación, en dinero, del valor de la participación nacional, siendo de advertir que no son materia de este litigio las liquidaciones hasta entonces practicadas.

De todo lo dicho en el punto anterior dan testimonio numerosos documentos de origen oficial, traídos en copia por el adoperado de la Compañía y visibles a folios 111 y siguientes del cuaderno Nº 2.

8º Por Resolución Ejecutiva Nº 158 de 28 de noviembre de 1928, el Presidente de la República dispuso "Autorizar al Ministerio de Industrias para que teniendo en cuenta las consideraciones hechas en la parte motiva de esta Resolución, acuerde con la Tropical Oil Company el recibo de una cantidad de dinero por razón de la participación que al Estado corresponde en las explotaciones que dicha Compañía ha llevado a cabo en terrenos nacionales y en el tiempo transcurrido del 1º de julio de 1926 al 30 de junio de 1928".

Allí mismo se dispuso también facultar al señor Procurador General de la Nación para promover las acciones conducentes a obtener que el Poder Judicial resuelva sobre la interpretación de la cláusula 5ª del contrato con la Trópical, a efecto de determinar en cuanto al pago de la participación que al Estado le corresponde en las explotaciones petrolíferas adelantadas por dicha compañía, el saldo a favor de la Nación, por lo que hace a los cuatro semestres corridos en el mismo lapso, esto es, entre el 1º de julio de 1926 y el 30 de junio de 1928.

Con base en esta autorización del Ejecutivo, se suscribió el 15 de diciembre del mismo año (1928) la siguiente **acta de acuerdo:** ... ...

"Los suscritos, a saber: José Antonio Montalvo, Ministro de Industrias, debidamente autorizado por el Excelentísimo señor Presidente de la República, por una parte, que se llamará el Gobierno, y H. A. Metzger, Representante Ejecutivo en Colombia de la Tropical Oil Company, debidamente autorizado por la Compañía, por la otra parte, que se llamará la Tropical, hacen constar lo siguiente:

"**Primero.**—El Gobierno, de acuerdo con el derecho que tiene por razón de la cláusula quinta del artículo sexto del contrato de 25 de agosto de 1919, sobre traspaso de la Concesión de Mares, elige recibir en dinero su participación en las explotaciones petrolíferas de dicha concesión, en los cuatro semestres comprendidos entre el 1º de julio de 1926 y el 30 de junio de 1928, y la Compañía conviene en entregar por medio de una consignación a favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro del término de veinticuatro horas (24) después de firmada la presente acta, la suma de dos millones seiscientos veintiun mil doscientos cuarenta pesos con treinta y dos centavos ($ 2.621.240.32), como precio de tres millones ocho mil sesenta y uno y medio (3.008.061.-5) barriles de petróleo crudo, cantidad ésta que las partes convienen en que es el número completo de barriles de petróleo crudo que representa la participación del Estado en petróleo crudo en aquellos cuatro semestres. Para fijar el precio de cada barril de petróleo crudo se ha tenido en cuenta la declaración que hace la Tropical de que a ella le cuesta sesenta y cinco centavos ($ 0.65) el transporte de cada barril de petróleo de los lugares de producción al puerto de Mamonal, precio de transporte que las dos partes aceptan, sin que ésto implique que el Gobierno varíe de modo alguno su concepto sobre el asunto de que tratan las resoluciones del Ministerio de Industrias de fecha 30 de marzo de 1926 y 8 de enero de 1927, referentes a una solicitud de la Andian National Corporation, Ltd. Además, han convenido las partes en que la Compañía reconozca y pague el precio que el petróleo crudo tuvo en cada uno de los semestres comprendidos en la época ya dicha...

"Esta forma de hacer el pago no implica que en lo sucesivo deje de hacerse el pago y recibo de la participación por semestres vencidos.

"**Segundo.**—El Gobierno acepta la entrega de la mencionada suma de dos millones seiscientos veintiun mil doscientos cuarenta pesos con treinta y dos centavos ($ 2.621.240.32) como precio de la participación en la forma de petróleo crudo a que tiene derecho el Estado en las explotaciones de la Concesión De Mares, durante los semestres anotados; pero como el Gobierno no está de acuerdo con la Compañía en la interpretación de la cláusula quinta del contrato de 25 de agosto de 1919, deja expresamente a salvo su derecho de ocurirr al Poder Judicial en demanda de la interpretación que el mismo Gobierno estima debe asignársele a dicha cláusula de acuerdo con las leyes, interpretación consistente en sostener que el pago de la participación correspondiente al Estado del 1º de julio de 1926 al 30 de junio de 1928, así como la que se cobre en lo futuro, pueda exigirse en el valor de los productos refinados que se obtengan al transformar en tales productos el

diez por ciento (10%) del petróleo crudo que corresponde al Estado.

"**Tercero.**—La Tropical no acepta esta interpretación, que el Gobierno dá a la cláusula quinta del contrato, pero respeta el derecho del Gobierno de ocurrir al Poder Judicial. El Gobierno, por su parte, conviene en que la presente acta no implica que la Compañía modifica la interpretación que ella ha dado y dá a la cláusula quinta del contrato ni los derechos que ella afirma tener por razón de dicha interpretación.

"**Cuarto.**—Ambas partes convienen en que si el Gobierno ocurre al Poder Judicial, y el fallo que éste profiera está de acuerdo con la interpretación sostenida por la Tropical, el pago que ahora se hace se considerará como final y en liquidación definitiva y total de la participación del Estado hasta el 30 de junio de 1928; pero si aquel fallo fuese favorable a la interpretación del Gobierno, y por consiguiente la Nación, de acuerdo con tal fallo, tuviese derecho, por los cuatro semestres mencionados, a más dinero de la suma que ahora recibe de la Tropical, ésta pagará inmediatamente el saldo que reste a deber, para lo cual ambas partes aceptan que el precio del petróleo crudo en los cuatro semestres hasta el 30 de junio de 1928 es el que se ha fijado en el punto primero, y que el de los productos refinados será el que han tenido dichos productos en Barrancabermeja al fin de cada uno de los cuatro semestres citados". (Fols. 42 a 43 v. Ibid).

9º—Para la liquidación de las participaciones correspondientes a los semestres comprendidos entre el 1º de julio de 1928 y el 30 de junio de 1929; 1º de julio y 31 de diciembre del mismo año (1929); 1º de enero y 30 de junio; y 1º de julio y 31 de diciembre de 1930, se adoptó el mismo procedimiento indicado en el punto anterior. Los Ministros de Industrias doctores Montalvo y Cháux suscribieron con el señor Metzger nuevas actas de acuerdo que, excepción hecha de las naturales variaciones en cuanto al monto de la participación, y, en algunas de aquéllas, respecto también del precio de transporte de cada barril de petróleo de los lugares de producción al puerto de Mamonal, declarado por la Tropical, son una textual reproducción de los términos literales de la primera acta antes transcrita. (Fols. 43 v. a 50, ibid.).

10º—En las liquidaciones efectuadas para hallar la participación correspondiente a todo el año de 1931, primero y segundo semestres de 1932 y primero y segundo semestres de 1933, el sistema adoptado no fué ya el de suscribir actas de acuerdo para cada caso sino que por medio de simples notas el Ministro de Industrias comunicaba al representante de la Compañía cuál era la suma total liquidada como valor de la participación nacional y una vez que la Compañía expresaba su conformidad procedía ésta a hacer la respectiva consignación. (Fols. 50 a 59, ibid.).

11º—Siguiendo este mismo procedimiento el Ministro doctor Cháux, en nota Nº 37 de 12 de enero de 1934 (Fols. 57 v. y 58, ibid.), comunicó al representante de la Compañía la suma que correspondía a la Nación por su participación durante el segundo semestre de 1933, liquidación que el señor Matzger objetó en su nota de respuesta al Ministro, la cual lleva fecha 26 de febrero siguiente. Vale la pena transcribir parte de tal comunicación, porque es en ella en donde por primera vez el representante de la Tropical alude al "trasegamiento" al hacer la discriminación de las deducciones hechas a la cotización en Mamonal. Dice así la nota de que se trata:

"...Después de algunas conferencias se ha notado que el sistema desarrollado por ese Despacho, para hacer los cálculos arriba fijados, adolece de algunos pequeños errores, entre ellos el calcular el valor de la regalía por el promedio mensual en lugar del promedio semestral. En los datos suministrados con el oficio número 37 hubo también diferencias respecto a las fechas de los cargamentos despachados de Mamonal y a los tipos de cambio correspondientes, pero en las discusiones que hemos tenido con el señor Jefe del Departamento de Minas y Petróleos se han arreglado estas discrepancias y se han acordado conjuntamente que el precio promedio en Mamonal por el semestre de que se trata fué de $ 1.1818 moneda colombiana el barril. La compañía desde un principio ofreció liquidar la regalía a razón de 52 centavos por barril de petróleo crudo en El Centro, y sólo queda para reconciliar la diferencia de 6.18 centavos, deducción por la cual la compañía rebaja la cotización en Mamonal en la misma forma que se deduce el transporte y el trasegamiento, o sea:

Valor en Mamonal	$ 1.1818 moneda colombiana.	
transporte	.55	
trasegamiento	.05	
otros gastos 0618...		.6618
		0.52

"...Ahora se presenta la oportunidad de demostrar a su señoría que la diferencia de 6.18 centavos moneda colombiana no tiene nada de nuevo, y más bien, es representativa de las deducciones invariables hechas en las liquidaciones desde

tiempo atrás". Cita entre otras las correspondientes al segundo semestre de 1928, y primer semestre de 1929, en las cuales la diferencia entre el precio del petróleo crudo en Mamonal y el costo por concepto de transporte y trasegamiento, dió por gastos generales una suma mayor. Y termina la comunicación del señor Metzger anotando que "en el caso actual la cifra de 6.18 centavos es más baja que en tiempos anteriores, debido al menor valor del petróleo crudo en Mamonal".

12º—En su oficio-respuesta Nº 190 de 1º de marzo de 1934 (Fols. 61 y v. ibid.), el doctor Cháux manifiesta al representante de la Tropical que ha estudiado cuidadosamente las razones por éste aducidas para fijar el valor promedio por barril de petróleo crudo en El Centro y que acepta las cifras totales de la liquidación hecha por el representante de la Compañía. En otros términos, el Ministerio dió su aceptación a la deducción por concepto de trasegamiento que por primera vez le fué planteada en forma expresa por la Compañía, no sin que al final de su nota le exprese al Ministro:

"Aprovecho la oportunidad para manifestar a usted que de conformidad con las conversaciones que tuvimos sobre las deducciones por transporte, trasegamiento y otros gastos, el Ministerio tiene el propósito de acordar con la Compañía bases fijas para encontrar semestralmente el precio promedio del barril neto del petróleo crudo en El Centro a fin de procurar que en las liquidaciones futuras exista una norma clara y precisa para que tanto el Gobierno como la Compañía obtenga las mismas cifras en el cómputo de la participación nacional. En consecuencia, me permito sugerirle que se proceda al estudio de los factores que deben determinar las deducciones mencionadas".

13º—Tal sugerencia del señor Ministro Cháux no llegó a concretarse en el respectivo acuerdo, pues si algún mérito probatorio pudiera asignársele al documento sin fecha y sin firmas que obra a los folios 62 v. a 64, ibid., de él apenas podría deducirse que las diferencias surgidas entre el Ministerio y la Compañía sobre la cuestión propuesta por el primero a la segunda, referente a las deducciones por transporte, trasegamiento y otros gastos que según el señor Metzger había venido afectando de tiempo atrás las liquidaciones de la participación nacional, quedaron en el mismo pie, esto es, sin solución. Se refiere la Sala al siguiente documento, que como ya se dijo no aparece autorizado ni por el Ministro ni por el representante de la Tropical. Dice así en su parte pertinente:

"**(Proyecto)**

"**Acta.**

Del acuerdo a que han llegado el Gobierno y la Tropical Oil Company, en relación con el procedimiento para liquidar la participación que tiene el Estado por razón de las explotaciones petrolíferas de la Concesión de Mares.

"Los suscritos, a saber, Francisco José Cháux, Ministro de Industrias, debidamente autorizado por el Excelentísimo señor Presidente de la República, por una parte, que se llamará el Gobierno, y H. A. Metzger, Representante Ejecutivo en Colombia de la Tropical Oil Company, debidamente autorizado por la Compañía, por la otra parte, que se llamará La Tropical, hacen constar lo siguiente:

"**Primero.—El** Gobierno, de acuerdo con el derecho que tiene por razón de la cláusula quinta del artículo sexto del contrato de 25 de agosto de 1919, sobre traspaso de la concesión De Mares, dará aviso por escrito a la Tropical dentro de un término no menor de cuarenta y cinco (45) días antes del 30 de junio y del 31 de diciembre de cada año, de la forma cómo desee recibir la participación, entendiéndose que a falta del aviso ésta se liquidará en dinero.

"**Segundo.**—Cuando la participación se liquide en dinero, se seguirá el siguiente procedimiento, partiendo de la base de los precios del petróleo crudo colombiano en dólares americanos, en Mamonal F. O. B. barco-tanque.

"a) DETERMINACION DEL PROMEDIO PONDERADO DEL TIPO DE CAMBIO POR DOLAR CON RELACION AL PESO COLOMBIANO. DURANTE EL SEMESTRE.

. . . . . .

"b) DETERMINACION DEL VALOR, EN PESOS COLOMBIANOS, DEL BARRIL NETO DE PETROLEO CRUDO F. O. B. BARCO TANQUE EN MAMONAL.

. . . . . .

"c) DEDUCCIONES QUE SE HARAN PARA ENCONTRAR EL PRECIO EN PESOS COLOMBIANOS DEL BARRIL NETO DEL PETROLEO EN EL CENTRO.

"1.—El transporte por el oleoducto, de conformidad con la tarifa vigente;

"2.—Los recargos a que tiene derecho la Andian National Corporation Limited, de acuerdo con el artículo 41 del contrato celebrado entre el

Gobierno Nacional y dicha Compañía, elevado a escritura pública el 1º de octubre de 1923 en la Notaría Segunda de Bogotá, con número 1463;

"3º—**Otros gastos.** Por concepto de esta deducción se entienden todas aquellas cantidades descontables por razón de evaporación, seguros, pérdidas por transportes, gastos de manejo en Mamonal, etc....".

14º—Aunque —se repite— este acuerdo no fué tal sino un simple "proyecto", es la verdad que el Ministerio y la Compañía le reconocieron ciertos efectos. Así en la liquidación efectuada por aquél en la participación correspondiente al primer semestre de 1934 y comunicada al representante de la Tropical en oficio número 579 de 24 de julio del mismo año (Fols. 64 y 65v.), le dice el Ministro:

"Este Despacho acepta el precio de $ 0.86 por barril neto de petróleo crudo, ofrecido por la Compañía que usted representa, precio que es ligeramente superior al hallado por el Departamento de Minas y Petróleos **ciñéndose al procedimiento indicado en el proyecto de Acta** que se redactó en mayo del presente año con el fin de determinar la manera de hacer la liquidación semestral de la participación nacional en las explotaciones petrolíferas de la Concesión De Mares". Y termina el Ministro manifestando que "la deducción que se hizo al precio del petróleo crudo en Mamonal para calcular el valor del barril neto a boca de pozo fué una suma que comprende los gastos de transporte por el oleoducto y trasegamiento en la terminal, más una cifra que cubre el aseguro, pérdidas por evaporación y gastos de manejo; esta cifra fué calculada **por el procedimiento esbozado en el mencionado proyecto de acuerdo**". (Subraya la Sala).

Y en oficio número 59 de 30 de enero de 1935, por medio del cual el Ministro comunica a la Compañía la liquidación referente al segundo semestre del año anterior (1934), afirma que "el cálculo hecho para deducir el precio del barril de petróleo crudo en boca de pozo, **siguiendo el procedimiento que se adoptó al hacer la liquidación correspondiente al semestre anterior** (primero de 1934), —vuelve a subrayar la Sala— dá como precio promedio del barril a boca de pozo, en este segundo semestre, la suma de $ 1.0023 moneda corriente".

Mas es de advertir en este punto que en la expresada comunicación para el representante de la Tropical, el Ministro insiste por segunda vez en su deseo manifestado un año antes, de "llegar a suscribir con la Compañía un acuerdo en que se fije de una manera precisa y clara el procedimiento equitativo y justo que deba seguirse para deducir el precio del petróleo a boca de pozo y que como base para estudiar y procurar tal acuerdo, bien podría servir el proyecto de acta que se discutió en el año próximo pasado, cuyas indicaciones se han seguido en las dos últimas liquidaciones".

15º—A tal comunicación respondió el representante de la Compañía señor Metzger con la suya de 5 de febrero siguiente (Fol. 67), en la cual expresa al Ministerio que ha tomado nota de sus deseos para llegar a suscribir el acuerdo en referencia, y, además, que "tendremos mucho gusto en emprender conversaciones con ese Ministerio para llegar a nuevo acuerdo sobre el particular, aunque el sistema actualmente empleado ha sido aceptado como justo y equitativo después de largos estudios por ese Ministerio". (Fol. 67).

16º—No consta de autos que aquel propósito insistentemente expresado por el Ministerio, en el sentido de acordar con la Compañía una fórmula para determinar las deducciones por concepto de transporte, trasegamiento y otros gastos, hubiese cristalizado por medio del convenio respectivo. Lo que aparece, en cambio, de la correspondencia traída en copia al expediente, es que tanto el Ministerio como la Compañía continuaron ajustándose en las liquidaciones subsiguientes hasta el segundo semestre, inclusive, de 1942, a las bases del acuerdo que no llegó a firmarse.

17º—Con fecha 9 de junio de 1943 y por Oficio Nº 752 (Fols. 91 v.) el Ministro de Minas y Petróleos doctor Néstor Pineda se dirigió al Ingeniero Director de la Oficina de Fiscalización, comunicándole instrucciones sobre la manera como debía proceder a efectuar las futuras liquidaciones semestrales. Es conveniente transcribir lo pertinente de esa comunicación, porque el cambio que con ésta se produjo en el sistema hasta entonces seguido en las anteriores liquidaciones, fué el punto de partida de las diferencias que dieron origen a este litigio. Dice así el oficio de que se trata:

"Ministerio de Minas y Petróleos. Número 752. Bogotá, junio 9 de 1943. Señor Ingeniero Director de Fiscalización. E. S. D. Conforme a la cláusula 5ª del contrato vigente entre The Tropical Oil Company y el Gobierno Nacional (escritura 1329 de 25 de agosto de 1919, Notaría 3ª de Bogotá), corresponde a la Nación una participación del 10% del producto bruto que se explote, pagadera por semestres vencidos, en una de las siguientes formas, a opción del Gobierno: 1º, en especie; 2º en su equivalente en los distintos productos que se obtengan de la empresa; o 3º en dinero por el pre-

cio de venta en el lugar de producción o en la refinería.

"No señalando el contrato el modo de determinar el valor comercial de la participación nacional, cuando el Gobierno reciba el 10% en dinero, ha venido adoptándose para ello sucesivos sistemas en busca de equitativas soluciones en la efectividad de los derechos del Estado en la explotación de su riqueza petrolífera.

"Estudiados detenidamente los contratos respectivos y teniendo en cuenta los métodos usados en otros países de América con la aceptación de las Compañías de petróleos, he llegado a la conclusión de que hay necesidad de introducir algunas modificaciones al sistema que actualmente se practica para liquidar la regalía. En consecuencia, la Oficina de Fiscalización procederá a hacer las futuras liquidaciones semestrales de acuerdo con las siguientes instrucciones:

"A.—Determinación del precio del petróleo crudo en Mamonal FOB barco tanque.

"....

"B.—El precio en pesos colombianos del barril neto de petróleo en el lugar de producción se obtendrá deduciendo del precio FOB barco-tanque Mamonal, el costo de transporte de cada barril por el oleoducto, de conformidad con la tarifa vigente".

18º—Fué ésta la única modificación substancial al procedimiento que venía siguiéndose a partir del primer trimestre de 1934 para la liquidación de la participación nacional, pues las demás instrucciones comunicadas por el Ministro doctor Pineda a la Oficina de Fiscalización, son una textual reproducción de los puntos contenidos en el proyecto de acta propuesta por el Ministerio como base para estudiar y procurar el acuerdo solicitado por éste a la Compañía desde varios años antes. Aquella modificación consistió en suprimir o prescindir de las deducciones por concepto del trasegamiento y demás gastos, las cuales se habían venido haciendo hasta entonces para hallar el precio del barril neto de petróleo crudo a boca de pozo.

19º—Con base en esta nueva determinación del Ministro doctor Pineda se liquidó la participación durante el primer trimestre de 1943, liquidación que fué aceptada por el representante de la Tropical señor L. P. Maier como resultado de la conferencia celebrada entre el señor Ministro y el apoderado de la Compañía doctor Villegas Restrepo, "con la sola reserva de que la partida por "trasegamiento" queda subordinada al concepto que emita el Consejo de Estado, según lo sugirió el señor Ministro. Si el Consejo de Estado conceptúa que el Gobierno no está comprendido en la expresión "público" de que habla el artículo 41 del contrato entre el Gobierno Nacional y la Andian National Corporation, el pago será definitivo, y en adelante no habrá deducción alguna por ese renglón; en caso contrario, se deducirá esa suma de la regalía correspondiente al próximo pago, y se seguirá la misma norma en las ilquidaciones sucesivas". (Fols. 90 a 96).

20º—Con posterioridad a esta aceptación condicional dada por la Compañía y convenida también por el Ministerio, se suscribió entre los dos una nueva "Acta de Acuerdo a que han llegado el Gobierno Nacional y la Tropical, en relación con el procedimiento para liquidar el valor en dinero de las participaciones del Estado Colombiano en las explotaciones de la Concesión de Mares". Los términos de este segundo acuerdo firmado el 13 de diciembre de 1943 por el Ministro doctor Pineda y el señor Maier, apenas difieren de los del primitivo proyecto no suscrito, en que en aquél se señaló la cantidad fija de tres centavos de peso por el trasiego de cada barril de petróleo de los tanques del terminal marítimo a los buques-tanques, pero siempre con subordinación al concepto que sobre el particular emitiera el Consejo de Estado al absolver la consulta convenida con la Compañía; y, además, en que por este nuevo acuerdo se determinó el costo del transporte del petróleo por el oleoducto de la Andian, fijándolo en la suma de $ 0.25 centavos moneda colombiana por barril neto.

21º—En acatamiento al convenio expresado, el Ministro de Minas y Petróleos doctor Pineda, en comunicación Nº 1720 de 14 de diciembre de 1943, dirigida al señor Presidente del Consejo de Estado, hizo la consulta en los términos siguientes:

"En la escritura pública número 1463 de primero de octubre de 1923, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, consta el contrato celebrado por el Gobierno con la Andian National Corporation sobre construcción y explotación del oleoducto. Es éste un contrato administrativo de concesión y se refiere a la prestación de un servicio público. Sin embargo, en él no se pactó expresamente reversión ni otras prestaciones en favor del Gobierno, distintas de la consignada en el artículo 4º, abstracción hecha del punto materia de la presente consulta. La Empresa tampoco está sujeta al impuesto establecido por el artículo 42 de la Ley 37 de 1931 según conocida sentencia de la Corte.

"Los petróleos que corresponden al Gobierno como participación en las explotaciones de la Tropical se transportan en el oleoducto de la Andian

y entre otros costos, se venía pagando a esta última compañía: cincuenta y cinco centavos por el transporte de cada barril desde El Centro a Mamonal, según la tarifa vigente, y cinco centavos más por trasiego de los tanques del terminal de Mamonal al buque tanque marítimo.

"Al hacer la liquidación correspondiente al primer semestre del año en curso, el Ministerio no hizo la deducción del trasiego fundándose en que el artículo 41 del contrato faculta a la Compañía para cobrar una tarifa por "el trasegamiento de los productos del público de los tanques de la Compañía a los buques que estén en los muelles de la misma...".

"Sostiene el Ministerio que el Gobierno no es "público", sino parte contratante y, por tanto, la citada cláusula contractual contiene una ventaja o exoneración para la Nación, no por tácita menos clara.

"Me permito hacer al honorable Consejo, como supremo cuerpo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, al tenor de lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 24 de la Ley 167 de 1941 la siguiente consulta: ¿El Gobierno está o no comprendido en la palabra "público" de que habla el artículo 41 del contrato celebrado por el Gobierno con la Andian National Corporation?"

22º—La Sala Plena del Consejo de Estado, en sesión de fecha 17 de diciembre de 1943, aprobó por unanimidad el siguiente concepto:

"Consulta el señor Ministro de Minas y Petróleos, por medio del anterior oficio, si el Gobierno está en la obligación de pagar a la Andian National Corporation, el trasegamiento de que habla la última parte del artículo 41 del contrato consignado en la escritura 1463 de 1º de octubre de 1923, concretando al efecto su pensamiento así:

"...El Gobierno está o no comprendido en la palabra "público" de que habla el artículo 41 del contrato celebrado por el Gobierno con la Andian National Corporation...". Los términos en que está concebido el aludido artículo 41, único que de la materia se ocupa, en la parte que motiva la consulta, son éstos:

"...**El trasegamiento de los productos del público** de los tanques de la Compañía a los buques que están en los muelles de la misma, se hará mediante el pago de una tarifa que se fijará de acuerdo entre el Gobierno y la Compañía, en consonancia con las estipulaciones de este contrato".

"Como se vé, nada dice esta disposición de que pueda deducirse para el Gobierno la obligación de pagar el trasegamieno de que allí se habla, o sea el transporte del petróleo y sus derivados de propiedad de la Nación, de los tanques de propiedad de la Compañía en Mamonal a los buques que están en los muelles de la misma Compañía, desde luego que en ninguna parte de la cláusula transcrita se le menciona con el nombre con que en el contrato es conocido y que sirve para puntualizar sus obligaciones y derechos, que no es otro que el del "Gobierno" al tenor del preámbulo del contrato mismo, que es éste:

"Los suscritos, a saber: Aquilino Villegas, Ministro de Obras Públicas, debidamente autorizado por el señor Presidente de la República, por una parte, **que en el texto de este contrato se llamará el Gobierno** y James Wainwright Flanagan, apoderado de la Andian National Corporation, Limited, Sociedad domiciliada en Ottawa, provincia de Ontario, dominio de Canadá, por otra parte, que en el texto de este instrumento se llamará la Compañía, hemos celebrado el siguiente contrato...".

"Y desde luego, también, que se trata de un contrato administrativo de concesión de un servicio, contratos éstos que en los derechos y obligaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, distintas de los contratantes que se distinguen siempre por el nombre con que contratan, se expresa generalmente con el vocablo "público" o "del público", cuya acepción gramatical no puede ser otra, en tal caso, que la de persona de una determinada región, de un determinado país, que solicitan la prestación del servicio a que el contrato se refiere.

"A lo dicho en pro de la tesis sustentada, o sea de que el Gobierno no está comprendido en la palabra "público" de que habla la última parte del artículo 41, bien puede agregarse, como razón de más, la que proviene del hecho de no haberse fijado en el contrato mismo la tarifa de trasiego, como era de elemental prudencia hacerlo, si en el ánimo de los contratantes y en el de las personas que por razón de su oficio intervinieron entonces en su confección, hubiera estado hacer pesar sobre la Nación la obligación de pagar el referido trasiego, pues, a nadie se le oculta, ni a los contratantes de entonces podía ocultársele, las dificultades que podrían surgir en su señalamiento posterior, existiendo por una parte el interés muy natural desde luego, de que la tarifa fuera lo más alta posible y por otra que en ningún caso pasara de determinado límite.

"Confirma lo anterior la circunstancia, muy significativa por cierto, de que en todas las cláusulas destinadas a señalar los derechos y obligaciones del concedente, se hace uso, en forma sistemáti-

ca, de la palabra "Gobierno" que como se dijo, es el nombre con que se le conoce en el contrato.

"Sirve lo dicho para concluír que el Gobierno no está comprendido en la palabra 'público' de que trata el artículo 41 del contrato celebrado con la Andian National Corporation, o en otros términos, que el Gobierno no está obligado a pagar el trasegamiento de que allí se habla" (Fols. 99 a 100 v.).

23º—En oficio número 464 de 15 de marzo de 1944 (Fols. 101 a 102 v.), el señor Ministro doctor Pineda comunicó al representante de la Compañía señor Maier el concepto anterior, y con base en él procedió el Ministro a liquidar lo que se le ha descontado al Gobierno por trasiego desde la iniciación de las operaciones en el oleoducto hasta el segundo semestre de 1942, inclusive, según los cuadros que sirvieron para el pago de la regalía correspondiente a la Nación, y concluye así el oficio expresado:

"Al Gobierno se le han descontado, pues, sin causa conforme al concepto del Consejo de Estado la suma de un millón cuatrocientos ochenta y siete mil novecientos un pesos con setenta y seis centavos ($ 1.487.901.76) del valor real de su participación.

"De la manera más atenta me dirijo a usted para que las Compañías que usted representa se sirvan manifestar su conformidad con las cifras anotadas y hagan la consignación correspondiente en la Tesorería General de la República".

24º—En su respuesta al señor Ministro el representante de la Compañía, luego de manifestarle a aquél la muy penosa sorpresa que le produjo la lectura de la comunicación ministerial, le expresa también que en el memorandum del doctor Villegas Restrepo que se permite acompañarle, se contienen las principales razones que obligan a la Tropical a negar su conformidad al oficio en cuestión.

25º—No compartió el Ministerio los puntos de vista expresados por la Compañía concesionaria para oponerse al pago o reintegro a la Nación de las sumas deducidas por concepto de trasegamiento y, en consecuencia, dictó la Resolución número 286 de 21 de junio de 1946, cuyo tenor literal es el siguiente:

"El Ministerio de Minas y Petróleos en uso de sus atribuciones legales, y

Considerando:

"Que desde el segundo semestre del año de 1926 hasta el segundo semestre, inclusive, del año de 1942, al pagar a la Nación la participación que le corresponde en la explotación de petróleos que adelanta la Tropical Oil Company en Barrancabermeja, esta empresa descontó del valor de la participación nacional, en cada semestre, cinco centavos ($ 0.05) por cada barril como gasto del trasegamiento de su petróleo.

"Que como este Despacho no se hallara conforme con la deducción referida, al hacerse la liquidación correspondiente al primer semestre de 1943 no se hizo tal deducción; por lo cual el representante de las Compañías Tropical Oil Company y Andian National Corporation aceptó que el Ministerio sometiera a consulta con el honorable Consejo de Estado el punto preciso de si el Gobierno puede o no considerarse comprendido en la palabra "público" de que se sirve el artículo 41 del contrato con la Andian National Corporation, que es la norma que autoriza a la empresa para cobrar derechos por el trasegamiento del petróleo que transporte.

"Que el Consejo de Estado emitió concepto favorable a la tesis del Ministerio, en los siguientes términos: "Sirve lo dicho para concluír que el Gobierno no está comprendido en la palabra "público" de que trata el artículo 41 del contrato celebrado con la Andian National Corporation, o en otros términos, que el Gobierno no está obligado a pagar el trasegamiento de que allí se habla".

"Que, por consiguiente, al Gobierno se le han descontado, sin causa, conforme al concepto del Consejo de Estado, las siguientes sumas, de acuerdo con la liquidación hecha por la Sección de Fiscalización de este Ministerio: (aquí la relación pormenorizada de las cantidades deducidas a partir del segundo semestre de 1926 hasta el segundo semestre, inclusive, de 1944).

"Es decir, en total, la suma de **un millón cuatrocientos ochenta y siete mil novecientos un pesos con setenta y seis centavos** ($ 1.487.901.76) del valor real de la participación nacional en la explotación de petróleo referida; y

"Que, por tanto, es el caso de cobrar a las dos compañías citadas la suma que acaba de indicarse.

"RESUELVE:

"1º—Las sociedades Tropical Oil Company y Andian National Corporation deben consignar en la Tesorería General de la República, dentro de los seis días siguientes a la notificación de esta providencia, la suma de un millón cuatrocientos ochenta y siete mil novecientos un pesos con setenta y seis centavos ($ 1.487.901.76) que dichas empresas han descontado sin causa al Gobierno al pagarle en dinero su participación en las explota-

ciones de petróleos de la Tropical en Barrancabermeja entre el 3 de julio de 1926 y el 31 de diciembre de 1942, por concepto de gastos de trasegamiento.

"2º—Si no se cubriere por las Sociedades dichas la suma arriba indicada dentro del término que en la presente providencia se les fija al efecto, la cobranza de aquélla se adelantará por las autoridades competentes". (Fols. 26, ibid).

26º—Contra esta providencia interpuso el apoderado de las dos compañías expresadas el recurso de reposición pero el Ministerio se negó a acceder a lo pedido, en Resolución número 309 de 22 de julio de 1946 (Fols. 28 a 34), en la cual se analizaron las razones alegadas por el reclamante, razones que con antelación a las providencias ministeriales de que se trata, habían sido ya expuestas en el memorandum redactado por el doctor Villegas Restrepo a que arriba se hizo alusión.

Tal es, en síntesis, la historia de este negocio a través de los hechos alegados por una y otra parte, y que, como antes se dijo, se encuentran respaldados en las pruebas traídas a los autos.

Peticiones de las demandas

Son cuatro las formuladas por el apoderado de las compañías Tropical Oil Company y Andian National Corporation, a saber:

1ª—Que el concepto emitido por el Consejo de Estado el 17 de diciembre de 1943, en el sentido de que el Gobierno no está comprendido en la palabra "público" de que trata el artículo 41 del contrato con la Andian, o en otros términos, que el Gobierno no está obligado a pagar el trasegamiento de que allí se habla, no obliga a tales compañías sino para el futuro, es decir "en adelante", conforme a la intención y términos en que éstas convinieron someterse al parecer de esa entidad.

2ª—Que los sistemas adoptados por medio de actas, notas y cartas cruzadas entre el Ministerio del Ramo y la Tropical, para liquidar la participación nacional en las explotaciones petrolíferas de la Concesión de Mares entre el 1º de julio de 1926 y el 31 de diciembre de 1942, son normas de ejecución del contrato, y, por consiguiente, firmes y de plena eficacia.

3ª—Que, en consecuencia, no hay lugar a revisar ni a modificar tales liquidaciones semestrales.

4ª—Que, en tal virtud, no se justifican y carecen de causa, valor y efecto las Resoluciones números 286 de 21 de junio y 309 de 22 de julio de 1946, dictadas por el Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de las cuales se dedujo a cargo de las Compañías y a favor de la Nación una obligación de $ 1.487.901.76, y que, por lo tanto, dichas Compañías, ni individual ni conjuntamente, son deudoras de aquélla.

Como fundamentos del derecho invocado, citó el apoderado de las Compañías todas las disposiciones del título que trata de las obligaciones alternativas, las contenidas en los artículos 1602 y 1603 y 1624 sobre interpretación de los contratos, todos del Código Civil; el artículo 3º de la Ley 53 de 1909 que señala el plazo de seis meses para intentar las acciones civiles contra las decisiones definitivas de los Ministros del Despacho; el artículo 4º de la Ley 53 de 1918 que prohibe a las empresas públicas de transporte hacer a un cliente de mejor condición que otros, por medio de rebajas u otros favores especiales; 3º de la Ley 42 de 1919 que declara sin validez legal los contratos privados que con sus clientes celebren las mismas empresas con el fin de concederles descuentos o rebajas sobre las tarifas aprobadas por el Gobierno; 8º de la Ley 68 de 1870 que prohibe al Gobierno y a los particulares con quienes contrate, novar por sí solos, anular y desconocer las obligaciones contraídas por medio de los contratos que celebren en conformidad con las leyes civiles; los artículos 38, 40, 734 y siguientes del Código Judicial, 8º de la ey 37 de 1931 y 2º de la Ley 67 de 1943, disposiciones éstas que atribuyen a la Sala la competencia para conocer de las acciones propuestas.

Por su parte el señor Procurador Delegado en lo Civil, en la representación de la parte demandada formuló demanda de reconvención contra las expresadas Compañías, para que en la misma sentencia se hicieran las declaraciones que en seguida se sintetizan, a saber:

1ª—Que las sociedades Tropical Oil Company y Andian National Corporation, Limited, están obligadas solidariamente a pagar a la Nación, la suma de pesos que por concepto de trasegamiento le han descontado sin causa al pagarle en dinero la participación o regalía que le corresponde en las explotaciones de petróleos, efectuadas por la primera de tales Compañías durante el lapso comprendido entre el 3 de julio de 1926 y el 31 de diciembre de 1942.

2ª — Que igualmente están obligadas dichas Compañías a pagarle a la Nación, los intereses correspondientes de las sumas de que se trata a partir del 3 de julio de 1926, o a partir del 29 de julio de 1946 (fecha de la ejecutoria de la Resolución Ministerial), o a partir de la fecha en que se notificó el auto admisorio de la contrademanda.

Subsidiariamente se pidió que se hicieran tales declaraciones en contra de la Tropical Oil Compa-

ny, y en subsidio, de la Andian National Corporation, Limited.

Fundó el señor Procurador Delegado su demanda en las mismas disposiciones del Código Civil invocadas por el señor apoderado de las Compañías, así como en las del título que trata de la compensación y en las del capítulo de la misma obra sobre pago de lo no debido; en los artículos 36 y siguientes de la Ley 37 de 1931, en el 2º de la Ley 67 de 1943; y finalmente, en los preceptos del Código Judicial sobre competencia de la Sala, atribuciones del Ministerio Público y especialmente las que reglamentan el juicio ordinario de mayor cuantía.

Las razones de las partes

En el mismo orden de su exposición, va la Sala a resumir los principales argumentos que de una y otra parte se han hecho valer en favor de sus opuestas pretensiones, comenzando por los del señor apoderado de las Compañías.

En primer término ataca éste las resoluciones ministeriales que dedujeron a cargo de aquéllas la obligación de pagar una determinada suma de dinero, por concepto de las deducciones efectuadas por la Tropical Oil Company al liquidar la regalía o participación nacional en las explotaciones de la Concesión de Mares, en el lapso transcurrido entre el 3 de julio de 1926 y el 31 de diciembre de 1942, por cuanto considera el señor apoderado que la adopción por el Gobierno del sistema de dictar providencias de autoridad sobre interpretación de cláusulas contractuales, desconociendo la validez de acuerdos celebrados en desarrollo o ejecución de los contratos, subvierte el orden jurídico de nuestro régimen contractual y está en abierta pugna con numerosos antecedentes doctrinales sentados por esta Corte. Para el señor apoderado, una declaración ministerial de tal naturaleza sobre estipulaciones contractuales, no pasa, en suma, de ser un simple concepto de una de las partes que no obliga a la otra parte.

Esto en cuanto al aspecto puramente objetivo o procedimental del presente litigio. Por lo que toca con el intrínseco o de fondo, se aducen estas otras razones:

1ª—En las Actas de Acuerdo suscritas entre el Ministerio de Industrias, debidamente autorizado por el Exmo. Sr. Presidente de la República, y el Representante de la Tropical, para liquidar en dinero la regalía o participación nacional desde el segundo semestre de 1926 hasta el segundo semestre, inclusive, de 1930, se estipuló que cada uno de esos pagos hechos por la Tropical "se considerará como final y en liquidación definitiva y total de la participación del Estado en esos semestres, si el fallo de la Corte Suprema de Justicia fuere favorable a la tesis de la Compañía en la interpretación de la cláusula 5ª del contrato de 25 de agosto de 1919", relacionada con el significado del término "equivalente", empleado en dicha cláusula. Fallado el litigio entablado por la Nación en torno a la interpretación de la expresada cláusula, en forma desfavorable para aquélla, los pagos hechos por la Compañía deben considerarse como finales y en liquidación definitiva y total de la participación del Estado en los semestres en cuestión, de acuerdo con lo expresado en las referidas actas.

2ª—En el convenio posterior celebrado entre las compañías y el Ministro de Minas y Petróleos para someter al Consejo de Estado la consulta sobre si el Gobierno estaba o no comprendido en la palabra "público", empleada en la cláusula 41 del contrato con la Andian National Corporation, quedó expresamente sentado que en caso de una solución favorable al Gobierno, la prescindencia del descuento del valor del trasiego sería "en adelante"; pero nunca se entendió ni las Compañías convinieron en que, en tal evento, se procedería a rectificar todas las liquidaciones anteriores al 1º de enero de 1943. Así aparecen nítidamente y sin lugar a duda de lo expresado por el señor Maier en su memorandum de 9 de diciembre de 1943 para el señor Ministro doctor Pineda y del oficio de respuesta de éste, oficio distinguido con el número F. 1151 datado cuatro días después.

En efecto, en el primero de estos documentos el representante de la Tropical señor Maier ofrece al Ministro el pago inmediato de la regalía correspondiente al primer semestre de 1943, con la sola reserva de que la partida por concepto de "trasegamiento" quede subordinada al concepto que emita el Consejo de Estado sobre la consulta que le hará el Ministerio. Y si aquél conceptúa que el Gobierno no está comprendido en la palabra "público" de que habla el artículo 41 del contrato con la Andian, el pago será definitivo, y en **adelante** (subraya el señor apoderado) no habrá deducción alguna por ese renglón. Por su parte, en el oficio del Ministro se expresa al señor Maier la conformidad del Ministerio con el contenido del memorandum.

De donde se concluye que el Ministerio sí convino expresamente que el sistema adoptado con base en la opinión del Consejo de Estado solamente tendría operancia para el futuro, tanto más cuanto que ni la Tropical ni el Gobierno, al convenir en la consulta, nunca pensaron dilucidar pro-

blema alguno de interpretación del contrato de traspaso de la Concesión De Mares, sino simplemente eliminar una dificultad de ejecución del mismo, hallar un nuevo sistema, tan ajustado al contrato como los anteriores, para encontrar teóricamente, en el lugar de producción, el precio ponderado del barril de petróleo crudo, en general y no precisamente el de la Nación dado que ésta no recibía petróleo, con el fin de liquidar en dinero la participación nacional. Esa consulta se relacionó únicamente con el contrato del oleoducto, respecto del cual la Tropical Oil es un tercero.

Por lo demás, en cuanto a la Andian carece de importancia la cuestión de la no retroactividad del concepto del Consejo de Estado, pues aún admitiendo que deba aplicarse desde la fecha del contrato del oleoducto, ninguna consecuencia práctica traería, por cuanto que jamás se ha trasegado por él petróleo alguno de propiedad nacional, ni la Andian ha recibido por dicho concepto pago alguno del Gobierno.

3ª—El convenio de que se viene hablando sobre consulta al Consejo de Estado, al dejar en pie las liquidaciones anteriores a él, no implica una violación de la cláusula 5ª del contrato con la Trópical, ya que en éste nada se dijo sobre la manera de hacer el avalúo de la participación nacional cuando no hubiere precio por falta de mercado de petróleo crudo en el lugar de producción. Quedaba, por tanto, abierto completamente a las partes el campo de la interpretación y de la aplicación de tal cláusula, y éso fué lo que tanto el Gobierno como la Compañía hicieron.

4ª—Los acuerdos legítimamente formalizados en desarrollo y ejecución del contrato con la Tropical, acuerdos en los cuales se convino que para hallar el precio del petróleo a boca de pozo se deducirían, entre otros gastos, el valor del trasegamiento, obligan de consuno a las dos partes como un desprendimiento del contrato, al igual de lo que entre particulares ocurre y al tenor de lo dispuesto en la última parte del artículo 1622 del C. C.

5ª—Según la expresada cláusula 5ª del contrato con la Tropical, el Gobierno tiene tres opciones para el cobro de su participación del 10% del producto bruto de la explotación, a saber: en especie, o en su equivalente en los distintos productos que se obtengan de la empresa, o en dinero por el precio de venta en el lugar de producción. Es, pues, una obligación alternativa en que la elección corresponde al Gobierno. Por tanto, si éste exige que se le pague su participación en dinero, se le dará dinero, pero entonces la totalidad del petróleo extraído será de la Tropical, sin que por un momento le haya pertenecido, ni en mínima parte, a la Nación. En tales circunstancias, habiendo el Gobierno exigido siempre el pago de su participación en dinero, todo el petróleo procedente de la Concesión de Mares y llegado al puerto de embarque, ha sido de propiedad particular de la Tropical, y, por lo tanto, la Andian debía considerarlo, para los efectos del cobro del transporte y trasiego, como petróleo de un particular o "productos del público", sin que, por otra parte, le fuese permitido a aquélla transportarlo y trasegarlo gratuitamente, porque le estaba vedado hacerlo tanto por la ley como por el propio contrato.

6ª—Aún en el supuesto de que al exigir la Nación el pago en dinero del petróleo de su regalía, se operaba una venta del mismo a la Tropical, por determinado precio, como el contrato de 1919 (cláusula 5ª) no fijó ese precio, la Compañía y el Gobierno tenían facultad para fijarlo y así lo hicieron mediante convenios posteriores en la forma y con las bases puestas en función durante más de 17 años.

7ª—La Compañía aceptó la proposición de consulta al Consejo de Estado, en la inteligencia del alcance que tendría: de aplicación para el futuro. Si hubiera pensado que el concepto que sobre tal consulta se emitiera habría de tener efectos retroactivos, la Tropical no habría aceptado aquella proposición, o, al menos, habría pedido que se le permitiera intervenir en la confección de la consulta, pero el Ministerio la formuló unilateralmente y en términos que daban a entender que la Nación recibía la regalía en petróleo y que como petróleo de su propiedad era llevado al puerto. No es, pues, razonable ni fundada la interpretación hecha por el Gobierno del convenio sobre consulta, y la contradicen el texto del memorandum y de las notas sobre el particular.

8ª—La cláusula 41 del contrato con la Andian emplea la palabra "público" en dos pasajes: 1º al referirse a los tanques de almacenamiento que debe tener la empresa en cantidad suficiente para atender a las necesidades del transporte "de los productos del público"; y 2º al establecer el pago por el trasegamiento de los "productos del público" de tales tanques a los buques. Es obvio que el vocablo "público" debe tener en esos dos pasajes el mismo alcance y sentido, porque sería ilógico que en el primero sí se aplicara al Gobierno, mas nó en el segundo; y porque de lo contrario, la Andian no habría contraído nunca la obligación de mantener tanques para depositar los productos del mismo Gobierno, pues en ninguna otra parte del contrato se establece esa obligación. De todo lo cual se infiere que el Consejo de Estado no

contempló este argumento de la necesaria unidad de interpretación de los dos pasajes de la expresada cláusula 41 de que se trata.

9ª—El argumento central del Consejo de Estado consiste en que el Gobierno no está obligado a pagar el trasegamiento, porque en parte alguna de la cláusula 41 se le menciona con el nombre con que en el contrato es conocido, que no es otro que el de "el Gobierno", se contesta con la sola lectura de la cláusula 12, en la cual se hace especial referencia a la número 4, que consagra el derecho de aquél al transporte gratuito de su petróleo durante 18 horas mensuales, y en donde expresamente se refiere al Gobierno; y sin embargo en la citada cláusula 12 sólo se le nombra con la expresión "otras personas jurídicas".

10ª—Tampoco es de mayor entidad el segundo argumento del Consejo de Estado sobre que en los contratos administrativos de concesión de un servicio público, los contratantes se distinguen siempre con el nombre con que contratan, mientras que los derechos y obligaciones de personas naturales o jurídicas, distintas de aquéllos, se señalan por lo general con la expesión "público" o "del público", cuya acepción gramatical tiene que ser la de personas de una determinada región o país que solicitan la prestación del respectivo servicio; porque ésto no quiere decir que si el Estado concedente va a usarlo también, el Gobierno no esté sometido a los reglamentos generales. Tanto más si se ha estipulado, como lo estipula la cláusula 12 que no habrá "excepciones ni preferencias".

11ª—Aun suponiendo acertada la interpretación dada por el Consejo de Estado a la cláusula 41 del contrato con la Andian, tampoco hay lugar al cobro por parte del Gobierno de las sumas deducidas a cargo de las Compañías, pues por el oleoducto nunca se ha transportado petróleo de propiedad de aquél, sino de la Tropical y de la Condor, según lo ha certificado el mismo Ministerio.

Y finaliza así el señor apoderado su alegato ante esta Sala:

"¿Será posible una falta de causa más evidente en las pretensiones de la Nación?

"Al estudiar antes el aspecto intrínseco del asunto, transcribí el artículo 34 de la Ley 37 de 1931 que permite deducir el valor del trasiego cuando la regalía se paga en dinero a la Nación y hay que buscar un mercado regulador. Pero hay más: el Gobierno Nacional que en relación con la Andian y la Tropical sostiene que el petróleo nacional no debe pagar el trasiego, ni deducirse su valor al liquidarse la regalía, contradice su posición al autorizar dicho cobro en el artículo 100 del "Proyecto de Ley del Petróleo de 1947" que presentó a la consideración del Congreso, y que en lo pertinente dice: "Cuando el concesionario preste al Gobierno servicios de embarque (trasiego), podrá cobrarle el costo de los mismos". Es decir, que ahora el Gobierno sí considera lógico, justo y conveniente no exigirle al concesionario los servicios de embarque (trasiego) gratuitos, dejando de lado la tesis que ha venido sosteniendo el Ministerio de Minas y Petróleos sobre el particular en frente de la Andian y de la Tropical. ¿Por qué? Pues debido a que si la Nación hiciera regla general la conducta adoptada por el Ministerio con mis poderdantes, se le infligiría grave quebranto económico al desarrollo y fomento de la industria del petróleo".

Las razones de la Nación

En su alegato de conclusión el señor Procurador Delegado se concreta a referirse únicamente a los argumentos presentados por el apoderado de las Compañías, pero al formular su demanda de reconvención, aquél consignó en tres numerales las razones en que la fundamentaba, las cuales pueden resumirse así:

1ª—Según los hechos alegados, la Nación recibió una participación inferior a la que realmente le correspondía en las explotaciones petrolíferas de Barrancabermeja, efectuadas por la Tropical entre el 3 de julio de 1926 y el último de diciembre de 1942, pues las liquidaciones referentes a ese lapso adolecen del error consistente en que del valor de tal participación se dedujo, sin causa, la suma de $ 0.05 por barril, por concepto de gastos de trasegamiento.

Como la Nación no desembolsó suma alguna por dicho concepto sino que el valor de tales gastos le fué descontado o deducido al pagarle, en dinero, su participación, en el fondo lo que hubo fué un pago de lo no debido efectuado por medio de una compensación que carecía de causa. Por tanto, la Nación tiene derecho a repetir las sumas de dinero que en esa forma pagó indebidamente, o le fueron indebidamente retenidas o descontadas.

Están obligadas, solidariamente, a pagar a la Nación aquellas sumas de dinero las dos sociedades demandadas en reconvención. En efecto, la Tropical, de una parte, pagó a la Nación, en el lapso indicado, una suma inferior a la que debía pagar realmente con lo cual esta empresa se enriqueció sin causa y se benefició con las sumas indebidamente retenidas o deducidas a la Nación. Pero por su parte, la Andian cobró tam-

bién indebidamente por conducto de la Tropical y recibió las sumas de que se trata, no obstante que en el artículo 41 del contrato con la primera de las nombradas compañías, el Estado quedó exento de todo pago por concepto del trasegamiento del petróleo de la participación nacional. Dedúcese de lo expuesto que las dos sociedades mencionadas están obligadas a restituír a la Nación las sumas ya indicadas, por el mismo concepto y, por consiguiente, su responsabilidad es conjunta y solidaria. Más aún, en el caso de no aceptarse esa solidaridad, es evidente que una de las dos empresas —bien la Tropical o bien la Andian— está obligada a pagar a la Nación el valor de aquellas sumas de dinero.

2ª—Contra lo sostenido por las compañías sobre que el concepto del Consejo de Estado referente al artículo 41 del contrato con la Andian, tiene operancia en relación con las liquidaciones posteriores al año de 1942, porque a ello se comprometieron en un pacto firmado de buena fé; pero que al mismo concepto no puede dársele efecto retroactivo y aplicarse, por consiguiente, al lapso comprendido entre el 3 de julio de 1926 y el último de diciembre de 1942, cree la Procuraduría que los derechos de la Nación provienen de los contratos celebrados con las dos Compañías mencionadas y no directamente del concepto del Consejo de Estado. Tal concepto tenía por objeto hallar una interpretación precisa y justa a la cláusula en cuestión, y hallada aquélla, es incuestionable que la cláusula, así interpretada rectamente, debe surtir sus efectos desde la fecha en que se celebró el contrato.

3ª—Sostienen las Compañías que durante el largo lapso de treinta y cuatro semestres continuos, el Gobierno aceptó la deducción de las partidas correspondientes a "'trasegamiento" y que, por tanto, ésa es la interpretación correcta de los contratos celebrados por la Nación con las dos empresas, ya que, según el artículo 1622 del Código Civil, las cláusulas de un contrato se interpretan "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra".

"Este argumento —continúa el Procurador Delegado— fué refutado por el Ministerio de Minas y Petróleos en su Resolución Nº 309 de 22 de julio de 1946, a la cual pertenecen los siguientes apartes:

"...Dentro del sistema de libertad contractual de nuestro derecho privado, es evidente que al aplicar esta regla (la del Art. 1622) de interpretación, al legislador no le interesa hasta donde vayan las partes, pues en último análisis pueden ellas modificar explícita o implícitamente el contenido del contrato primitivo.

"Muy otra es, empero, la situación en que se encuentra el Estado en los contratos celebrados por el Gobierno. En éstos, se distinguen tres etapas principales: su celebración, su aprobación por el Congreso y su ejecución por las partes. Las dos etapas extremas tienen su órbita trazada en la aprobación por el Congreso. Los contratos en los cuales sea parte la Nación pueden ser celebrados por el Gobierno y sometidos a la aprobación del Congreso o puede esta Corporaición autorizar al Gobierno para celebrarlos en los términos que consten en la Ley respectiva. En ambos casos, ya sea por aprobación o por autorización, el Gobierno no puede salirse de los límites impuestos por la ley.

"Estas normas rigen indiscutiblemente en lo referente al perfeccionamiento del contrato y no sería admisible jurídicamente que dejasen ellas de tener aplicación durante la vida del pacto".

"Por este aspecto y considerando por ahora el contrato de concesión que liga al Gobierno y a la Tropical Oil Company, a la luz únicamente del derecho civil, es incuestionable que los Representantes del Estado no pueden, al hacer aplicaciones prácticas del contrato, modificar en manera alguna el pacto original celebrado con autorización del Congreso. Si se admitiera la tesis contraria, la misión constitucional de la Rama Legislativa del Poder Público quedaría real y prácticamente anulada ya que el Gobierno por pactos posteriores podría imprimirles los rumbos y modalidades que quisiese a los contratos.

"En el caso concreto en estudio, de acuerdo con los principios que se han reseñado, no puede sostenerse que la aplicación práctica hecha por las partes constituya una auténtica interpretación de cierta cláusula del contrato que pudiera considerarse como un principio inmodificable en perjuicio de la Nación (persona relativamente incapaz), porque, de un lado, el Presidente de la República no ha aprobado aquellas liquidaciones deficitarias y ese alto Magistrado con el Ministro del ramo forman el **Gobierno,** y porque, de otra parte, al aceptar las liquidaciones que representan aprovechamientos menores de los a que la Nación tiene derecho por el contrato, so pretexto de facilitar la ejecución de éste; se estaría introduciendo al pacto original modificaciones sustanciales, que requerirían para su validez la aprobación del Congreso".

En su alegato ante esta Sala, estudia además el señor Procurador Delegado alguno de los aspec-

tos tratados por el personero de las Compañías y al referirse a la primera petición de la demanda principal, comienza aquél haciendo un recuento acerca de cuál era la situación que en un principio se creó tanto para el Gobierno como para la Tropical, en presencia de estas dos especiales circunstancias: la falta de una estipulación expresa en el contrato de traspaso de la Concesión De Mares para determinar en un momento dado el precio ponderado del barril de petróleo crudo en el lugar de producción, de un lado; y del otro, la voluntad manifestada por el Gobierno de recibir la participación nacional en el valor de los productos refinados que se obtengan al transformar en tales productos el diez por ciento (10%) del petróleo crudo que corresponde al Estado, punto este último en el cual estaban en desacuerdo las partes, ya que el Gobierno consideraba que el término "equivalente" empleado en la cláusula 5ª del contrato de que se habla se refería a cantidades, es decir, que si al Estado le correspondían 100 barriles de petróleo crudo y el Gobierno optaba por productos refinados, podía exigir la cantidad que resultara de refinar esos 100 barriles; al paso que la Compañía estimaba que aquella equivalencia era ad-valorem, y, por tanto, que al optar el Gobierno por recibir la participación en tales productos refinados, sólo tenía derecho a la cantidad que equivaliera al precio de los 100 barriles de petróleo crudo.

Fué a esa contraria interpretación, que se refería a algo esencial del contrato, hasta el punto de que según se aceptara una u otra, el monto de la participación sería distinto, a la cual se contraen los acuerdos parciales de que dan cuenta las actas suscritas por el señor Ministro y el representante de la Compañía, acuerdos en los cuales las partes convinieron en que si el Gobierno ocurre al Poder Judicial, y el fallo que éste pronuncie está de acuerdo con la interpretación sostenida por la Tropical, el pago se considerará como final y en liquidación definitiva y total de la participación del Estado.

Que el punto de discrepancia entonces era el que se deja dicho, se comprueba con la misma sentencia dictada por la Corte. Mas como en el litigio actual no se está tratando el mismo problema sino otro muy distinto, hay que concluír que el argumento del señor apoderado de las Compañías sobre que con dicha sentencia se cumplió la condición estipulada en los expresados acuerdos para que los pagos hechos se consideraran como finales, y en liquidación definitiva y total de la participación del Estado en esos semestres, no tiene ningún valor para sostener que tales liquidaciones no pueden ser revisadas y modificadas, por causas distintas no contempladas entonces ni propuestas a la decisión de la Corte.

Se refiere en seguida el señor Procurador a la afirmación que hizo al contestar uno de los hechos fundamentales de la demanda de las compañías, en el sentido de que para efectuar la liquidación en dinero "se suponía" que el Gobierno hubiera recibido su participación en especie, afirmación que el señor apoderado de aquéllas encuentra sin respaldo en las pruebas del expediente e ideada a última hora para tratar de justificar en cualquier forma las infundadas pretensiones de la Nación, y razona así el representante de ésta:

Demasiado vehemente la crítica del señor apoderado, y por vehemente injusta, infundada y un tanto habilidosa. Porque es evidente que a falta de una estipulación contractual sobre la manera de computar el precio del 10% del producto bruto a boca de pozo, cuando no hubiera allí mercado abierto para tal producto, en presencia de ese vacío las partes resolvieron idear algún procedimiento para fijar aquel precio, procedimiento que por fuerza debía basarse desde luego no en la realidad, esto es, en la existencia de mercado libre en el lugar de producción, sino en algo supuesto o hipotético. Y así sucedió pues se tomó como punto de partida el precio, ése sí real, de cada unidad-barril en el puerto de embarque, y se convino que a ese precio real había que deducirle gastos de transporte, de trasiego y otros para obtener un precio rebajado que se consideraba sería el que podría obtener cada barril en el lugar de producción. Sólo que entre los gastos deducidos se incluyó una suma por valor de trasiego, igual a $ 0.05 por barril, suma que si la Nación hubiera transportado petróleo de su propiedad, no habría tenido que pagar, y de consiguiente tampoco tenía por qué reconocerlo como deducción para hallar el precio del barril en aquel lugar, pues ello equivalía a que la Nación pagara el trasiego de un petróleo ajeno, sin compensación alguna.

Por lo demás, el señor Procurador Delegado acepta que todo el petróleo llegado al puerto de embarque, ha sido siempre de propiedad particular de la Tropical, y que la Andian podía y debía tratarlo como petróleo de un particular o "productos del público" para los efectos del trasiego; pero considera que no era procedente la deducción por tal concepto ya que si la Nación hubiese tenido que trasegar el petróleo de su participación la Andian no habría podido cobrarle el respectivo derecho, y por ese cobro-deducción que le hacía la Tropical, aquélla —La Nación— nada recibía en compensación.

Termina el señor Procurador esta primera parte de su alegato ante la Sala afirmando que el respaldo y fundamento de la contrademanda es el hecho de que las sumas de dinero que la Tropical ha pagado al Gobierno como precio de cada barril de petróleo en el lugar de producción han sido menores de las que realmente ha debido pagarle, porque fueron disminuídas o rebajadas en cuantía igual al derecho de trasiego que aquella Compañía ha deducido para pagarlo a la Andian, cuando la Nación no sólo no estaba obligada a permitir tal deducción sino que aceptarla era ir contra el mismo contrato que se pretendía cumplir.

Entra en seguida el señor Procurador a examinar en concreto los antecedentes inmediatos del concepto emitido por el Consejo de Estado y luego de referirse a las comunicaciones dirigidas al señor Ministro por el señor Maier (Memorandum de 11 de diciembre de 1943 y oficio de esa misma fecha), en las cuales éste le "ofrece el pago inmediato de la regalía correspondiente", con la sola reserva de que la partida por "trasegamiento" quede subordinada al concepto que emita el Consejo de Estado y de que si tal concepto fuere favorable a las pretensiones del Gobierno, "el pago será definitivo", afirma el representante de la Nación que esa calificación de "definitivo" no podía referirse a otro pago distinto de aquél del cual se venía hablando.

"Pero ni por la letra de las comunicaciones citadas —continúa el señor Procurador— ni por la intención de las partes puede afirmarse que la voluntad de éstas fuera dejar con el carácter de definitivas e intocables las liquidaciones anteriores; y es que aún en la remota hipótesis de que las Compañías hubieran expresado la intención de convenir en tal cosa, que no se expresó, el Gobierno no habría podido aceptarla por las siguientes razones:

"1ª—Porque a ello se oponían el texto mismo del contrato y el contenido en especial de la cláusula 5ª, cuya aclaración, si de eso se trataba, tenía que suponerse incorporada al mismo, desde su iniciación.

"2ª — Porque habría sido renuncia transaccional de una suma de dinero a la cual tenía derecho la Nación y para ello carecía de facultad el Gobierno.

"3ª—Porque al deferir al Consejo de Estado esa interpretación aclaratoria se estaba aceptando que podía haber habido un error que viciaba, aunque no se expresara, todas las liquidaciones anteriores, las cuales habrían sido hechas sobre una base errada.

"4ª—Porque el Gobierno habría estado aceptando la modificación de una estipulación contractual, sin facultad para ello y sin el lleno de las formalidades propias de esa clase de contratos, lo cual habría hecho nula esa modificación.

"5ª—Finalmente, porque el argumento sacado de la sentencia proferida por la Sala Civil de Unica Instancia no tiene ningún valor, ya que ella se refirió a otros puntos de discrepancia, distintos del actual".

Sobre el punto referente a la competencia del Consejo de Estado, sostiene en primer término el señor Procurador que la afirmación hecha por el apoderado de las Compañías, sobre que a aquella entidad no se le sometió consulta alguna relacionada con el contrato de la Concesión De Mares, carece de fundamento y eficacia para el resultado del litigio. Porque si el Gobierno consideró que no estaba obligado a pagar el costo del trasiego, y por tanto, que no podía admitir esa deducción para fijar el precio del barril de petróleo en el lugar de producción, al convenir con la Tropical en someter el punto al Consejo de Estado, su concepto sobre el particular tenía que influír, en forma indirecta, en la interpretación del contrato de la Concesión del oleoducto.

Acepta, además, el Procurador que el Consejo de Estado no tenía jurisdicción para interpretar el contrato de que se habla, pues esa competencia corresponde a la Corte; pero que como cuerpo consultivo del Gobierno sí tenía y tiene competencia el Consejo de Estado para resolverle a aquél las consultas que le formule sobre cualquiera de las materias de la administración. La Compañía convino con el Gobierno que el punto en discusión fuera resuelto por el Consejo, y si entonces aquélla creía que esta entidad no tenía competencia para resolver el punto, ha debido oponerse, para que el problema fuera decidido por quien la tuviera. Lo que en realidad sucede —continúa el Procurador— es que se pretende desconocerle todo valor a lo conceptuado por el Consejo de Estado. cuando lo que se trata es de precisar su alcance, en el tiempo.

Por lo que hace al reparo hecho por el apoderado de las Compañías sobre la forma unilateral como se hizo la consulta de que se trata, responde el Procurador que según los términos del convenio celebrado entre el Ministro y el señor Maier, quien debía formular la consulta era el primero, de modo que éste no tenía por qué llamar a las Compañías a que coadyuvaran; y que, siendo el Consejo de Estado cuerpo consultivo del Gobierno y no de las Compañías, no habría podido el Consejo aceptar que éstas intervinieran y convirtieran en litigio lo que era una simple consulta.

Por lo demás, se agrega, la consulta se hizo respecto del punto en que había discrepancia, sin cambios ni modificaciones, pues para efectos de su absolución, no era necesario hacerle saber al Consejo si la Nación estaba transportando petróleo suyo o no.

De todo lo anterior y en cuanto dice relación con la primera petición de la demanda, concluye el señor Procurador afirmando que la consulta formulada por el Ministerio de Minas y Petróleos al Consejo de Estado, obliga a las Compañías demandantes y tiene fuerza suficiente para fundar la revisión de las liquidaciones anteriores, por estas razones:

"a) Al deferir al concepto del Consejo de Estado la solución del problema no se hizo salvedad expresa ni tácita, sobre limitación de su alcance al pasado;

"b) El pago que se consideraba definitivo era el referente al primer semestre de 1943; y

"c) Aunque las Compañías hubieran expresado que ésa era su intención, el Gobierno no habría podido aceptarlo y si lo hubiera aceptado, tal acto habría sido nulo".

En cuanto a la segunda súplica de la demanda, el señor Procurador sostiene, en primer término, que los acuerdos a que llegaron las partes y las liquidaciones cumplidas en virtud de aquéllos, no tienen la calidad jurídica de aplicaciones prácticas del contrato, pues con tales acuerdos no se estaba aclarando ninguna cláusula oscura o confusa sino incurriendo en una lamentable equivocación por parte de los funcionarios respectivos; y en segundo lugar, que aún suponiendo que dichos acuerdos y liquidaciones fuesen una aplicación práctica del contrato, no tendrían valor alguno. Y razona así el representante de la Nación:

La cláusula 5ª del contrato con la Tropical nada tiene de confusa u oscura, hasta el punto de que para entenderla sea preciso acudir a las reglas legales sobre interpretación de los contratos. En efecto, de modo muy claro se estipuló en dicha cláusula que la Compañía pagaría a la Nación, como precio del arrendamiento, el 10% del producto bruto que se explote, y, además, se acordó la forma como la Nación podía exigir el pago de ese porcentaje. En todo caso no hay estipulación alguna oscura o confusa.

Lo que sucedió fué que al liquidar en dinero la participación nacional, las partes se encontraron ante una situación de hecho no prevista en el contrato: la falta de mercado libre de petróleo en el lugar de producción y por consiguiente la dificultad de saber cuál era el precio que debía tenerse en cuenta. Entonces se convino en deducir del valor que tuviera el petróleo en el puerto de embarque, los costos del transporte hasta allí, para hallar en esa forma el precio en el lugar de producción.

En principio, esta forma de solucionar el problema es perfecta e inobjetable y con ella se cumplía en su letra e intención el contrato respectivo. Empero entre las partidas que se venían deduciendo, además de la correspondiente al transporte, se incluyó la referente al trasegamiento, la cual no obliga a la Nación si ella hubiera transportado el petróleo de su participación hasta el puerto de embarque.

Por lo que respecta a los acuerdos celebrados entre el Ministerio y la Compañía para liquidación de las participaciones de que se trata, acuerdos cuya obligatoriedad se álega por estimarse como una aplicación práctica del contrato con la Tropical, el señor Procurador funda su argumentación sobre la nulidad de los mismos en las razones por él expuestas al final de su demanda de reconvención, que ya quedaron transcritas.

No halla tampoco el representante de la Nación procedente la tercera petición de la demanda, tendiente a obtener la declaración, consecuencial de las dos primeras, de que no hay lugar a revisar las liquidaciones anteriores al concepto del Consejo de Estado, porque ese concepto tiene valor tanto para el pasado como para el futuro, pues con él lo único que se buscó fué saber si la Andian podía cobrarle a la Nación derechos de trasiego; y porque las Compañías no limitaron expresa ni tácitamente el alcance de dicho concepto ni pusieron como condición que no se aplicara a las liquidaciones ya hechas, pues sólo se refirieron al pago de la participación correspondiente al primer semestre de 1943.

Finalmente, considera también el señor Procurador desprovista de todo fundamento la cuarta y última petición de la demanda principal, porque encuentra sin ningún valor de convicción el razonamiento del señor apoderado de las Compañías sobre que "una declaración ministerial referente a estipulaciones contractuales, no pasa de ser un simple concepto que emana de una de las partes y que no obliga a la otra", pues en momento alguno la Nación ha pretendido deducir su derecho del contenido de esas Resoluciones, las cuales son apenas la culminación de un proceso anterior y el derecho de aquélla a pedir el reembolso de las sumas de dinero erradamente deducidas, nace del contrato celebrado con la Tropical, concretamente de la cláusula 5ª de su artículo 6°.

Consideraciones de la Sala

Según la anterior relación de autos, lo que en este litigio se controvierte principalmente, es el derecho que alega tener la Nación para repetir de las compañías Tropical Oil Company y Andian National Corporation, o de una de ellas, las sumas que por concepto de trasegamiento fueron deducidas, indebidamente o sin causa, en opinión del Procurador Delegado, al liquidar en dinero la participación nacional en las explotaciones petrolíferas de la llamada Concesión De Mares, en el lapso comprendido entre el 3 de julio de 1926 y el último de diciembre de 1942, sumas que ascienden a la no desapreciable cantidad de $ 1.487.901.76 moneda colombiana. Pues si de un lado la Nación afirma no hallarse vinculada a ninguna de las Compañías por estipulación alguna contractual, que la obligue a pagar el trasegamiento de sus petróleos de los tanques de la Andian a los buques surtos en los muelles de la misma, las Compañías, en cambio, afirman que de acuerdo con la cláusula 41 del contrato con la Andian, el Gobierno sí contrajo la obligación de pagar tal trasegamiento.

Ello impone como cuestión de indispensable y previa solución, el estudio e interpretación de la cláusula expresada, frente a la cual las partes se han situado en posiciones diametralmente opuestas, para deducir de ese estudio si en realidad están, o no, configurados los requisitos que estructuran la acción consagrada por los artículos 2313 y 2315 del Código Civil.

Sin entrar por ahora a fijar el pensamiento de la Sala sobre la obligatoriedad del acuerdo a que llegaron los litigantes cuando en el curso de sus diferencias respecto de la manera como debería liquidarse la participación nacional, convinieron en someterse al concepto que emitiera el Consejo de Estado cuestión que se tratará más adelante, conviene recordar las razones en que esta alta entidad se fundó para llegar a la conclusión de que el Gobierno no estaba comprendido en la palabra "público", empleada en la cláusula 41 de que se habla, ni obligado por lo mismo a pagar el trasegamiento por ésta establecido; y cuáles los puntos de vista de las Compañías en relación con ese concepto.

En cuanto a lo primero, fueron éstos los fundamentos del Consejo de Estado:

1º—Que en parte alguna de la cláusula en cuestión se menciona al Gobierno con el nombre con que en el contrato es conocido y que sirve para puntualizar sus obligaciones y derechos.

2º — Que en los contratos administrativos de concesión de un servicio, el vocablo "público" se emplea para referirse a los derechos y obligaciones de las personas naturales o jurídicas, distintas de los contratantes, que solicitan la prestación del mismo servicio.

3º—Que no se fijó en el contrato la tarifa de trasiego, como era de elemental prudencia hacerlo, si en el ánimo de los contratantes hubiera estado hacer pesar sobre la Nación la obligación de pagar dicho trasiego, dadas las dificultades que en su señalamiento posterior podrían surgir entre aquéllos. Y

4º—Que en todas las cláusulas destinadas a señalar los derechos y obligaciones del concedente, sistemáticamente se emplea la palabra "Gobierno", que es el nombre con que se le conoce en el contrato.

A tales razones opone el representante de las Compañías estas otras:

1ª—Que en varias cláusulas del contrato con la Andian no se designa al Gobierno con este nombre sino con la expresión general de "otras personas jurídicas".

2ª—Que si el vocablo "público" de que se vale la cláusula 41 para referirse tanto a la obligación contraída por la Andian de mantener tanques para atender a las necesidades del transporte de los productos del público, como al derecho que le fué reconocido a la misma Compañía para cobrar una tasa por concepto del trasegamiento de tales productos, no se aplicara también al Gobierno, se estaría en presencia de este dilema que califica de inexorable que la Andian no habría contraído nunca la obligación de tener tanques para depositar los productos del Gobierno, porque en ninguna otra parte del contrato con dicha Compañía se establece aquella obligación.

3ª—Que si es verdad que en los contratos administrativos de concesión de un servicio se menciona a los usuarios con la palabra "público", esto no quiere decir que si el Estado concedente va a usarlo no esté sometido a los reglamentos generales, tánto más si expresamente se ha estipulado, como lo estipula la cláusula 12, que no habrá "excepciones ni preferencias". Y

4ª—Que por su misma naturaleza, la tarifa de trasiego no podía fijarse por todo el plazo del contrato (50 años), debido a los factores que seguramente habrían de afectar el costo del mismo trasegamiento; y, además, porque esa indefinición de la tarifa no podía prestarse a conflicto alguno, dotada como está la Administración de facultades que le permiten imponer la llamada "ecuación económica de la convención", es decir

evitar cualquier abuso del concesionario respecto al precio del servicio.

La Sala considera;

Es regla de hermenéutica contractual, aplicable también a los contratos administrativos, la contenida en el artículo 1622 del Código Civil, según la cual "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad".

Síguese de allí que para descubrir el contenido y alcance de la cláusula 41 de que se viene hablando, no resulta jurídico considerarla aisladamente en su tenor literal, sino que es necesario armonizarla con la que más estrechamente se relaciona con ello. Alude la Sala especialmente al artículo o cláusula 4ª del contrato con dicha Compañía, que dice:

"Artículo 4º—La Compañía transportará mensualmente por el oleoducto, a título gratuito, una cantidad de petróleo y sus derivados de propiedad del Gobierno equivalente a la capacidad transportadora del Oleoducto hasta por dieciocho (18) horas, las cuales no serán acumulables de un mes a otro".

Por esta cláusula de carácter estrictamente privado, pues se relaciona con el régimen económico del contrato, se reconoció al Gobierno el derecho a que la Andian le transporte, en forma enteramente gratuita, cierta cantidad de petróleos y derivados de su propiedad. Fue ésa, sin duda, una prestación a cargo de dicha Compañía, pactada como retribución o compensación de las obligaciones que, a su turno, contrajo el Gobierno a favor de ésta, tales como las de que tratan las cláusulas 2, 8, 10, 13, 14, 15 y 16.

Pero tal derecho apenas le fue reconocido al Gobierno con algunas restricciones, desde luego que según los términos de la expresada estipulación contractual, aquél sólo puede usar gratuitamente de los servicios del Oleoducto dentro de estos límites: que los petróleos y derivados sean de propiedad del mismo Gobierno, y, además, que el transporte de ellos se efectúe en las condiciones de tiempo previstas, esto es, durante dieciocho horas cada mes.

Luego si los productos no son suyos, o si, aún siéndolos, se transportan durante mayor número de horas, la Andian tiene también derecho para cobrarle al Gobierno el servicio del oleoducto, porque en esas circunstancias no podría invocarse contra aquélla una cláusula contractual que la vincula al Gobierno en términos absolutamente distintos.

A su vez, ese derecho surge para la Compañía en virtud de que el contrato mismo, por la cláusula 40, la autorizó para cobrar de acuerdo con la tarifa allí señalada, el transporte de los petróleos y derivados, pues aunque en esta otra cláusula tampoco se menciona al Gobierno con el nombre con que en el contrato es conocido y que sirve para determinar sus obligaciones y derechos, tratándose de una empresa pública de transportes como lo es la del oleoducto, nada obsta para que en cualquier momento, al igual que los particulares, o el público, el Gobierno pueda también demandar la prestación de los servicios del mismo oleoducto en condiciones distintas de las pactadas en la cláusula 4ª, esto es, ya sea para transportar sus propios productos fuéra de las dieciocho horas mensuales de que antes se habló, o aquellos de propiedad particular que se obligue a entregar en el puerto de embarque. Entonces no es dudoso que el Gobierno está obligado a pagar el valor del transporte, porque la voluntad de la Compañía fue libertarlo de todo pago pero únicamente en las condiciones previstas en la cláusula 4ª.

Indudable es, por otra parte, que la intención de los contratantes al convenir que el Gobierno transportara por el oleoducto, a título gratuito, una determinada cantidad de petróleos y derivados del mismo, perseguía esta doble finalidad íntimamente vinculada al interés económico y fiscal de la Administración: abrir mercado a tales productos, ya que en el lugar de producción no lo había al menos para el petróleo crudo, y buscar para ellos mejores precios, todo eso sin gravamen alguno para el Gobierno.

Mas "como el petróleo no se vende en los tanques sino ya trasegado, operación que prácticamente hace parte del transporte hasta el propio puerto", como el mismo apoderado de las Compañías lo reconoce, es claro que en el único sentido en que la dicha cláusula 4ª produce el efecto perseguido con ella, es dándole el alcance que en realidad debe tener: el de que en el transporte gratuito de los productos del Gobierno se comprende también el trasegamiento de ellos hasta el propio puerto de embarque.

Forzoso es, por tanto, concluir que si hubiera de darse a la clánsula 41 la interpretación sostenida con tanta insistencia por las Compañías, esto es, que la tasa por aquélla establecida para los productos del público, rige también respecto de los del Gobierno, a los cuales se refiere la cláusula 4ª, prácticamente se haría nugatorio el derecho que allí se le reconoció para transportar

en forma gratuita los petróleos y derivados de su propiedad hasta donde —según el sentido y alcance de dicha estipulación 4ª— habría de obtener mercado libre para esos productos, esto es, hasta el propio puerto de embarque.

A estas por demás sencillas consideraciones puede agregarse una última, y es la siguiente: el hecho mismo de que la susodicha cláusula 41 empleara la expresión "productos del público", está dando a entender, sin lugar a duda, que había otros productos que podían o debían ser trasegados y que, sin embargo, no eran del público ni estaban gravados con tasa alguna por concepto de trasegamiento. Tales eran los petróleos y derivados de propiedad del Gobierno, de que trata la cláusula 4ª, respecto de los cuales realmente no existe en ese contrato estipulación alguna de la cual pueda deducirse lo contrario.

Basta lo dicho para dejar nítidamente expuesto el pensamiento de esta Sala respecto del sentido y alcance de las dos cláusulas que se examinan. Para ella, en efecto, el derecho del Gobierno a trasegar gratuitamente los productos de su propiedad, surge no propiamente del hecho de que la tasa de trasegamiento rige solamente para los "productos del público" y el Gobierno no es tal, sino de los términos en que quedó concebida la cláusula 4ª, dado que el trasegamiento es apenas una forma del transporte de que allí se habla.

Por tanto, mientras el Gobierno actúe en el transporte y trasegamiento de sus petróleos y derivados dentro de las condiciones estipuladas en dicha cláusula, no está obligado a pagar tasa ninguna por ese concepto. En otras circunstancias, nada obsta para que la Compañía pueda cobrarle la tarifa correspondiente de acuerdo con el derecho a ella reconocido por la cláusula 41. Lo contrario sería dejar prácticamente sin efecto la primera de tales estipulaciones.

Se alega, sin embargo, por el Procurador que son violatorios del contrato con la Tropical los acuerdos sobre ejecución de la cláusula 5ª del mismo, y al respecto concreta así el representante de la Nación las razones de su demanda contra las Compañías:

"Lo que se ha sostenido y sostiene y lo que no ha podido infirmar el demandante, y lo que sirve de respaldo y fundamento a la defensa del demandado y a la contrademanda, es que las sumas de dinero que la Tropical ha pagado al Gobierno como precio de cada barril de petróleo en el lugar de producción han sido menores de las que realmente, y según los términos del contrato, ha debido pagarle, porque fueron disminuídas en cuantía igual al derecho de trasiego".

Ante todo, es oportuno observar que no es materia de controversia la cuestión referente a las otras deducciones por concepto tanto del propio transporte como las referentes a aseguros, pérdidas por evaporación y manejo en las ventas, todas las cuales se tuvieron también en cuenta en las liquidaciones de la participación nacional a virtud de los expresados acuerdos. Por ello son extrañas a este fallo cualesquiera consideraciones sobre las incidencias que puedan tener estas otras deducciones, ya respecto del contrato con la Tropical, o en relación con el de la Andian.

Se dijo antes cuál fue el modo como actuaron el Ministerio y la Tropical en la ejecución material de la cláusula 5ª citada, pero conviene repetirlo en orden a precisar exactamente los fundamentos de las acciones propuestas tanto en la demanda principal como en la de reconvención, dado que en ambas la cuestión controvertida es en el fondo la misma: si la Nación está, o no, obligada a pagar el trasegamiento deducido en las liquidaciones hechas con base en los acuerdos referidos.

Por la cláusula 5ª de que se trata se pactó, en efecto, que la Tropical pagaría a la Nación como precio del arrendamiento de los terrenos de la primitiva Concesión de Mares, el 10% del producto bruto que se explote de las minas, precio que el Gobierno podía exigir alternativamente en una de estas tres formas: en petróleo crudo, en su equivalente en productos refinados, o en dinero por el precio de venta en el lugar de producción respecto del primero, o en la refinería en relación con los segundos. Para calcular el producto bruto extraído se convino, además, deducir el petróleo crudo consumido en la misma explotación y beneficio.

No obstante los términos de absoluta claridad de la cláusula en referencia, en su aplicación práctica surgió para las partes contratantes la dificultad de saber cuál era, en cifras numéricas, el precio de cada barril de petróleo en el lugar de producción, pues no había allí mercado para tal producto y en parte alguna del contrato se fijó ese precio ni se dieron las bases para determinarlo.

En presencia de este vacío, que ciertamente no podía ser óbice para que el Gobierno hiciera uso de su facultad de elegir el pago de su participación en dinero, se impuso la necesidad de un acuerdo sobre la manera cómo, dentro de una razonable intepretación de la voluntad de las partes, debía operar la cláusula 5ª. Así surgió el con-

venio consignado en las actas parciales suscritas por el Ministro del ramo y el representante de la Tropical, convenio desarrollado posteriormente por medio de simples notas, en las cuales el primero comunicaba al segundo el monto de la liquidación en cada semestre, y la Compañía, si la hallaba conforme, procedía a efectuar el pago respectivo.

De los términos de tal acuerdo da fehaciente testimonio la certificación expedida por el Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos (fols. 114 v. a 117, c. número 4), traída como prueba por el apoderado de las Compañías y que en lo pertinente dice así:

"**Al punto segundo.**—Que según aparece en los archivos de la Sección de Fiscalización, durante los semestres comprendidos entre el 1º de enero de 1931 y el 31 de diciembre de 1942, con excepción del año de 1931 en que se tomó todo el año, por ofrecimiento de la Compañía de un precio mayor, el procedimiento para liquidar la participación nacional se basó en los precios del petróleo crudo colombiano en dólares americanos en Mamonal, F. O. B. buque-tanque, de la siguiente manera: el valor de las exportaciones en dólares se reducía a pesos colombianos y dicha cifra se dividía por el número de barriles netos exportados para obtener el precio F. O. B. Mamonal en pesos colombianos. Al precio resultante se le hicieron tres deducciones, así: 1° De transporte por el Oleoducto según la tarifa vigente; 2º Cinco centavos ($ 0.05) de trasiego; y 3° La de "otros gastos", que corresponden a seguro, pérdidas por evaporación y manejo en las ventas. El total de dichas deducciones se restaba del precio en pesos F. O. B. Mamonal y se obtenía así el precio del barril neto de participación nacional".

En presencia de esta certificación y de las actas que la respaldan, la Sala no se explica ciertamente cómo puede sostenerse siquiera con mediano fundamento que el sistema acordado entre el Ministerio y la Compañía para hacer operante la cláusula 5ª del contrato con la Tropical, en cuanto por ella se estipuló un determinado precio —el del lugar de producción— en caso de que el Gobierno optara por el pago en dinero de su participación, no se ajustó estrictamente a los términos de la misma cláusula.

Porque lo que están diciendo muy claramente esas mismas actas y la certificación transcrita, es que las deducciones por trasegamiento se hicieron no del precio del petróleo en El Centro sino del que tenía a bordo de buque-tanque, en Mamonal, esto es, una vez transportado y trasegado por la Compañía. Luego lógico es que aquellas deducciones no afectaron en lo más mínimo el primero de tales precios, y, consecuencialmente, tampoco se afectó la cuantía de la participación nacional. En otros términos, el Gobierno en ningún caso dejó de recibir lo que le daba derecho el contrato: el equivalente, en dinero, de los petróleos que le correspondían, por el precio en el lugar de producción.

Siendo ello así —como en realidad lo es— puede entonces afirmarse con el Procurador Delegado que de parte de la Nación hubo un pago indebido de las sumas deducidas y que ésta tiene derecho a repetir de las Compañías lo pagado, una vez que ése fue el resultado final de las deducciones de que se habla? Porque toda la argumentación que en orden a fundamentar su demanda contra aquéllas construye el Procurador, descansa sobre esa errada apreciación: que no fue la Tropical sino la Nación la que en último término se gravó con la tasa de trasegamiento, puesto que se le dedujo de lo que debía recibir por concepto de su participación.

Para la Sala es sencillamente equivocado el razonamiento anterior, porque si la Tropical hizo transportar hasta el buque-tanque los petróleos de su propiedad, es apenas razonable aceptar que los gastos de ese transporte los pagó dicha Compañía a la Andian. Por ello, la Tropical tenía derecho a que esos gastos se le dedujeran al liquidar el precio en el lugar de producción. Pretender lo contrario, esto es, que aquélla, después de haberse gravado con el costo de transporte hasta el buque-tanque, reconociera el valor que tenían los petróleos allí y no en el lugar de producción, hubiera sido sin duda un admirable negocio para la Nación, pero violatorio del contrato, pues se obligaría a la Tropical a pagar un precio mayor del estipulado en éste.

Mas no sólo por este aspecto falla en sus fundamentos la acción instaurada contra las Compañías. Hay otras consideraciones de no menor importancia que confluyen a la misma conclusión y que se exponen para mayor abundamiento.

En efecto, aparece también de autos que por virtud del acuerdo a que llegaron el Gobierno y la Andian, ésta ha venido reconociéndole al primero el valor de las dieciocho horas gratuitas concedidas por la cláusula 4ª, para el transporte de los productos de propiedad del mismo Gobierno. Este hecho lo acepta el Procurador y está demostrado con la certificación del Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos, a la

cual se aludió antes, certificación que en lo pertinente se transcribe. Dice así:

"**Al punto séptimo**—De acuerdo con lo que aparece en los archivos de la Sección de Fiscalización, hasta la fecha el Gobierno Nacional no ha transportado por el Oleoducto de la Andian National Corporation, Ltd., petróleo o derivados de éste en las diez y ocho horas mensuales gratuitas a que tiene derecho y, en su defecto, ha recibido el equivalente en dinero de esas diez y ocho (18) horas mensuales liquidadas de acuerdo con las tarifas de transporte vigente en cada fecha y la distancia recorrida por los productos transportados".

Inaceptable es, por tanto, la afirmación del Procurador Delegado sobre que con el acuerdo pactado entre el Gobierno y la Tropical, en desarrollo y ejecución de la cláusula 5ª del contrato con la misma Compañía, se desconoció el derecho que la Nación tiene al trasegamiento gratuito de los productos de su propiedad, pues si como lo certifica el Ministerio, el Gobierno jamás ha transportado por el oleoducto petróleos y derivados suyos, mal puede habérsele desconocido un derecho que no ha tenido oportunidad de ejercitar. Y si a ello se agrega que el Gobierno recibió siempre en dinero el valor de sus dieciocho horas mensuales de transporte gratuito, más infundado resulta el cargo formulado contra el acuerdo de aplicación práctica de que se trata, salvo que se pretenda sostener, contra la manifiesta intención de los contratantes expresada en la cláusula 4ª del contrato con la Andian, que su obligación es no sólo transportar en forma gratuita los petróleos de la participación nacional, sino también pagar al Gobierno el valor de tal transporte.

Sin que pueda argüirse, por otra parte, que en el convenio con la Andian no quedó incluído el valor del trasegamiento, porque a falta de toda prueba sobre esta afirmación, pues de la certificación transcrita —única prueba traída a los autos— nada al respecto se deduce, no es presumible que se prescindiese de tomar en cuenta aquel valor al hacer estimación en dinero de las dieciocho horas dichas, si el Gobierno creía —como debió creerlo— que su derecho al trasegamiento gratuito surgía de los términos mismos de la expresada cláusula 4ª.

Todavía más. Está plenamente demostrado también en este juicio que el Gobierno exigió y recibió siempre en dinero la participación nacional en las explotaciones de la Concesión de Mares. Era ése uno de los medios de pago alternativamente convenidos con la Tropical, y la elección correspondía al mismo Gobierno. Pues bien, desde el momento en que éste optó por tal forma de pago, la obligación, de alternativa que era, se tornó en pura y simple para la Compañía, dado que ése es el efecto inmediato de la elección: limitar a una sola cosa debida simplemente, el objeto de la obligación, desde luego con las consecuencias legales que de tal afectación se derivan, en los casos de pérdida o destrucción de la misma cosa. Por tanto, una vez notificada la Compañía de esa elección, ella no debía sino dinero y la Nación, por su parte, no podía demandarle cosa distinta. Pero a su turno, con la elección expresada se produjo también el efecto inmediato de extinguir para la Tropical la obligación de pagar la participación nacional en petróleos o productos refinados, los cuales consecuencialmente vinieron a ser de propiedad de la Tropical.

Por ello, bien pudo certificar el Ministerio que por el oleoducto no transportó el Gobierno productos de su propiedad, y de ahí también que la Andian no se considerase obligada al trasegamiento gratuito de petróleos pertenecientes a la Tropical, tanto más cuanto que de acuerdo con el mismo contrato de concesión del Oleoducto y con el terminante precepto del artículo 4º de la Ley 53 de 1918, a la primera de tales Compañías le estaba vedado hacer a un cliente o cargador de mejor condición que otros, por medio de rebajas o favores especiales.

Finalmente, el Procurador admite que la forma adoptada por los acuerdos, consistente en deducir el costo del transporte para hallar el verdadero precio en el lugar de producción, es perfecta e inobjetable y que con ella se cumplía en su letra e intención el contrato respectivo. Mas lo que sí no acepta son las deducciones por trasegamiento, que no obliga a la Nación, "porque si ella hubiera recibido petróleo crudo y lo hubiera transportado por el Oleoducto, no habría tenido que pagar suma alguna por dicho concepto".

Tal argumentación, que apenas tiene respaldo en simples suposiciones o hipótesis inaceptables, por consiguiente, para las conclusiones finales del presente fallo, tampoco es exacta por dos razones: 1ª Porque ya está dicho que según la cláusula 4ª del contrato con la Andian, el derecho allí reconocido al Gobierno para el transporte y trasegamiento gratuitos de sus petróleos y derivados, está condicionado en su ejercicio a determinadas horas mensuales, que ni siquiera son acumulables de un mes a otro, de tal manera que la hipotética afirmación del Procurador parte de este otro supuesto, igualmente sin comprobación en

los autos: el de que el trasegamiento que se dice cobrado a la Nación, se efectuó en los términos y condiciones pactados en la expresada cláusula 4ª; y 2ª Porque —como está dicho también— si la Nación recibía en dinero el valor de sus dieciocho horas de transporte y trasiego gratuitos, mal podría pretender que no se le cobrase este último aún en la hipótesis planteada por el Procurador.

De lo expuesto hasta aquí, es forzoso llegar a las siguientes conclusiones:

Primera.—Los acuerdos suscritos entre el ministerio del ramo y el representante legal de la Tropical Oil Company, con base en los cuales se redujo la tasa de cinco centavos ($ 0.05), por concepto del trasegamiento de cada barril de petróleo crudo, durante los semestres comprendidos entre el 3 de julio de 1926 y el 31 de diciembre de 1942, no son violatorios de la cláusula 5ª del contrato ajustado con dicha Compañía, una vez que esas deducciones no llegaron a afectar la participación nacional.

Segunda. — Esos acuerdos en cuanto a las expresadas deducciones se contraen, tampoco inciden sobre lo estipulado en las cláusulas 4ª y 41 del contrato con la Andian National Corporation, comoquiera que la Nación recibió siempre en dinero el valor del transporte gratuito que le reconoció la primera de las estipulaciones antedichas.

Tercera.—La Nación no se gravó en forma alguna con las deducciones hechas al liquidar su participación en las explotaciones de la llamada Concesión De Mares, por cuanto que no fue aquélla sino la Tropical la que pagó efectivamente a la Andian las sumas deducidas por trasegamiento. Y

Cuarta. — No están cumplidas las condiciones que conforman y hacen viable la acción de repetición, propuesta por el Procurador en su demanda de reconvención contra las Compañías antes nombradas: un error de hecho o de derecho y un pago efectuado como consecuencia de ese error.

Súplicas de la demanda principal

Por la primera de éstas se pide la declaración de que el concepto del Consejo de Estado, recaído a la consulta formulada por el Ministerio de Minas y Petróleos sobre el verdadero alcance de la cláusula 41 del contrato con la Andian, no obliga a las Compañías demandantes sino para el futuro, desde luego que su intención clara y manifiesta fue la de que la solución que diera aquella alta entidad al problema sometido a su decisión, sólo podría surtir efectos respecto de las liquidaciones que "en adelante" se efectuaran.

Entiende la Sala que a través de los términos de aparente claridad en que fue formulada esta primera súplica, en ellos va implícita la pretensión de que se declare que el acuerdo a que llegaron las Compañías y el Gobierno en el sentido de someter sus diferencias al Consejo de Estado, no tiene ni puede tener efecto retroactivo, esto es, en relación con las liquidaciones hechas antes de tal consulta.

Aún así interpretada la petición que se examina, considera la Sala que es procedente, demostrado como está que no hay fundamento legal alguno para atacar la validez de tales liquidaciones, y que nada obsta tampoco para reconocer al concepto del Consejo de Estado el valor que las partes convinieron darle cuando de común acuerdo defirieron al parecer de la misma entidad.

En el punto segundo de la demanda pide el apoderado de las Compañías se declare "que los sistemas adoptados por medio de actas, notas y cartas cruzadas entre el Ministerio del Ramo y la Tropical Oil Company para liquidar la regalía o participación del Estado en la Concesión De Mares en los semestres comprendidos entre el 1° de julio de 1926 y el 31 de diciembre de 1942, son normas de ejecución del contrato, acordadas legítimamente por las partes y, por consiguiente, son firmes y de plena eficacia.

Considera el apoderado de la parte demandante que de las expresadas actas y comunicaciones aparece cuál fue la aplicación práctica dada por el Gobierno, con el consentimiento de la Compañía a la cláusula 5ª del contrato con la Tropical, interpretación que obliga al mismo Gobierno al tenor de lo dispuesto en el artículo 1622, inciso 1º, del C. Civil.

Ya se vio que el Procurador no acepta como interpretación auténtica de la expresada cláusula, la aplicación práctica de que se habla; y no la acepta, en primer término, porque el Presidente de la República no dio su aprobación a las liquidaciones hechas con base en los tantas veces referidos acuerdos; y en segundo lugar, porque al aceptar éstas, so pretexto de facilitar la ejecución del contrato, se introducen a él modificaciones substanciales para cuya validez se requiere la aprobación del Congreso.

En cuanto a lo primero, cabe observar que si de las constancias procesales apenas aparece la autorización ejecutiva dada al entonces Ministro de Industrias doctor José Antonio Montalvo, para que "acuerde con la Tropical Oil Company el recibo de una cantidad de dinero por razón de la participación que al Estado corresponde en las explotaciones que dicha Compañía ha llevado a cabo entre el 1º de julio de 1926 y el 30 de junio de 1928", no es posible sostener razonablemente que las liquidaciones efectuadas después, ya por medio de actas similares a la que recogió este primer acuerdo, ora por medio de notas cruzadas entre el Ministro y el señor Metzger, no recibieron la aprobación del Presidente de la República. Porque no es dable admitir, contra lo que en las mismas actas se expresa, que el Ministro del Ramo no hubiese sido autorizado por aquél para proveer en todas las medidas adecuadas a la cumplida ejecución de los contratos de los cuales se ha venido hablando, así fuesen éstas de carácter jurídico o simplemente material.

Para la Sala no es dudoso que los acuerdos pactados entre el Gobierno y la Tropical en orden a llenar el vacío de la cláusula 5ª tantas veces citada, vinculán jurídicamente a ambas partes, porque fueron celebrados por quienes tenían plena capacidad para cumplir el contrato, ya también porque como resultado de tales acuerdos, el Gobierno pudo usar libremente de su faculatd opcional para exigir el pago de los petróleos de su participación por el precio que tenían en el lugar de producción, respetándose así en toda su integridad la voluntad de las partes; y finalmente, porque tal modo de actuar éstas en la ejecución de la ameritada cláusula contractual, constituye una típica aplicación práctica, que como criterio de interpretación es aplicable al caso de autos, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1622, inciso 3º, del C. Civil.

Al respecto, esta misma Sala en sentencia de 30 de noviembre de 1943 (G. J. número 2001, página 655), dijo:

"Cuando rigiendo un contrato celebrado con el Gobierno Nacional el contratista reclama por la forma de ejecución o la interpretación que se le está dando, o, expirado solicita el cumplimiento de prestaciones que estima pendientes a su favor, el Gobierno tiene que dar contestación a esas solicitudes, por medio de una resolución administrativa, que es la forma adecuada de darle expresión a la voluntad de la Nación, en que acepta o deniega la prestación. En el primer caso la Nación y el particular coinciden en la forma de dar ejecución o de cumplir el contrato, y entonces ese acuerdo de voluntades es como un desprendimiento del contrato, que obliga de consuno a las dos partes, al igual de lo que entre los particulares ocurre, según la última parte del artículo 1622 del Código Civil".

También esta Sala, en sentencia de 10 de marzo del presente año (G. J. número 2098, página 458), después de acoger la opinión de los expositores que distinguen, en los contratos administrativos, las cláusulas propiamente reglamentarias de las de carácter estrictamente patrimonial —cuales son todas aquellas que establecen el régimen económico del contrato— reiteró una vez más la doctrina sentada en numerosos fallos de esta misma Sala, de que tratándose de estas últimas cláusulas, no son ni pueden ser extrañas, en orden a desentrañar su verdadero sentido, las reglas de interpretación establecidas por el C. Civil para los contratos de derecho privado, especialmente la contenida en el artículo 1622, inciso tercero, que consagra la llamada interpretación auténtica, respecto de la cual vale la pena repetir las siguientes palabras del tratadista Giorgi:

'Antes de que el intérprete haga uso de estos preceptos, deberá asegurarse de que las partes no hayan interpretado por sí mismas la voluntad propia. La interpretación auténtica, en efecto, aún en materia de convenios, es la reina de todas las interpretaciones, y no hay que creer a aquéllos tratadistas que rechazan esa especie de interpretación en materia contractual. Tal error nace de la mala aplicación de un principio muy verdadero, el cual dice que después de concluído el contrato, ninguna de las partes tiene libertad para modificar a su capricho la voluntad ya declarada e interpretarla a su guisa. Pero este principio no es, ciertamente, atacado, si las dos partes se ponen de acuerdo para interpretar su voluntad. Del mismo modo que en materia de leyes prevalece la interpretación del legislador sobre la doctrinal, así en la hermenéutica de los contratos, la inteligencia, el sentido que le dan los contratantes es el faro más seguro para conocer la voluntad.

"...Cuando las partes contratantes hayan realizado un convenio, la forma de actuarlo aclara o descifra su voluntad, y si lo han ejecutado en parte o por algún tiempo, el convenio deberá ajustarse del mismo modo con el resto y para el porvenir". (**Teoría de las Obligaciones,** pág. 186).

Necesario es, por tanto, concluir, que los acuerdos de aplicación práctica de que se ha venido hablando, como expresivos de la inteligencia que

tanto el Gobierno como la Tropical dieron a la cláusula 5ª en referencia, obligan a éstos en tal forma que no es legalmente posible pretender la revisión de las liquidaciones hechas con base en los mismos acuerdos.

En relación con la validez de las resoluciones ministeriales, por las cuales se dedujo a cargo de las Compañías la suma de un millón cuatrocientos ochenta y siete mil novecientos un pesos con setenta y seis centavos ($ 1.487.901.76), a que ascienden los descuentos por concepto de trasegamiento en el lapso comprendido entre el 3 de julio de 1926 y el 31 de diciembre de 1942, basta repetir lo que esta misma Sala tiene resuelto, en el sentido de que "hay que abandonar por equivocada la creencia de que el contrato administrativo es como un reglamento dictado por la administración, que ésta unilateralmente puede interpretar, modificar o terminar, sin sujeción a las normas civiles de todo contrato. Semejante error ya ha sido combatido varias veces por la Corte en diversos fallos, especialmetne en los ya citados de 6 de septiembre de 1935 y 9 de mayo de 1938, en donde con el mayor abundamiento se ha establecido por todos sus aspectos la diferencia entre contratos civiles y administrativos". (G. J. números 2001 a 2005, pág. 596).

No constituyen, por tanto, las resoluciones ministeriales de que se habla un título a favor de la Nación y contra las Compañías. Ella por sí sola no podía creárselo. Tales providencias son apenas la interpretación unilateral hecha por el Gobierno de los contratos celebrados con la Tropical y la Andian, interpretación que en forma alguna obliga a éstas, por lo cual es procedente también la última súplica.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, FALLA:

Primero. — El concepto emitido por el Consejo de Estado con fecha 17 de diciembre de 1943 sobre interpretación de la cláusula 41 del contrato con la Andian National Corporation, Limited, no obliga a las Compañías demandantes sino para el futuro, esto es, de aquella fecha en adelante.

Segundo.—Los sistemas adoptados por medio de actas, notas y cartas cruzadas entre el Ministerio del Ramo y la Tropical, para liquidar la participación nacional en las explotaciones petrolíferas de la Concesión de Mares, en el lapso comprendido entre el 3 de julio de 1926 y el 31 de diciembre de 1942, son normas de ejecución del contrato, y, por consiguiente, firmes y de plena evidencia.

Tercero.—En consecuencia, no hay lugar a revisar ni a modificar tales liquidaciones semestrales.

Cuarto.—Carecen de causa, valor y efecto las Resoluciones números 286 de 21 de junio y 309 de 22 de julio de 1946, por medio de las cuales el Ministerio de Minas y Petróleos dedujo a cargo de la Tropical Oil Company y de la Andian National Corporation, Limited, la obligación de pagar a la Nación la suma de un millón cuatrocientos ochenta y siete mil novecientos un pesos con setenta y seis centavos ($ 1.487.901.76), por concepto de las deducciones a que dichas providencias se refieren. Y

Quinto.—Se absuelve a las nombradas Compañías de los cargos formulados en la demanda de reconvención.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Rafael Robles — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN OCUPACIONES DEFINITIVAS DE LA PROPIEDAD PRIVADA, POR CAUSA DE TRABAJOS PUBLICOS

1.—Estima la Sala que la Constitución de 1886, al exigir para las enajenaciones forzosas MANDAMIENTO JUDICIAL, no se refirió con esta expresión sino a la justicia ordinaria o común, que era el poder judicial por antonomasia, y no a jurisdicciones de carácter especial como la de lo contencioso-administrativo: en primer lugar, porque esta jurisdicción no se instituyó en aquel Estatuto, donde apenas se le dejó a la ley la facultad de establecerla (artículo 164); y en segundo término, porque el artículo 1° de la Ley 105 de 1931, que es reproducción casi exacta del artículo 1º de la Ley 100 de 1892, estatuyó lo siguiente:

"La administración de justicia se ejerce de modo permanente por los Tribunales ordinarios, que son: la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores y de Circuito, los Jueces Municipales y los Jueces de Menores.

"En casos especiales se ejerce por el Senado, el Consejo de Estado, los Tribunales Militares, las autoridades administrativas y aún por personas particulares, en calidad de jurados, árbitros, etc., que participan en las funciones judiciales, sin que el ejercicio transitorio de esas funciones ni la participación ocasional en ellas incluya a tales entidades, ni a los empleados que las componen, en la jerarquía llamada por la Constitución Poder Judicial".

De otro lado, si en la reforma de 1945 se establece que "son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional", incluyendo dentro de esta última rama a las entidades de lo contencioso-administrativo, no por ello es menos cierto que la expresión JUDICIAL se mantuvo o reservó únicamente para los organismos de la justicia ordinaria o común, como se desprende de las disposiciones de dicha reforma incorporadas como artículos 5º y 159 de la actual codificación constitucional, que en lo pertinente dicen:

Artículo 5º, inciso final: "La ley podrá crear y suprimir Intendencias y Comisarías, anexarlas total o parcialmente a los Departamentos, darles estatutos especiales, reglamentar su organización electoral, judicial y contencios-administrativa".

Artículo 159, inciso 1º: "Las calidades exigidas a los funcionarios del Orden Judicial, del Ministerio Público y de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se acreditarán en la forma que la ley determine".

Pero si de acuerdo con la Constitución, tratándose de expropiaciones, la transferencia de la propiedad y consiguiente indemnización requieren la intervención de la justicia civil u ordinaria (una vez cumplida la fase administrativa previa), ¿cómo no ver también en ese principio la competencia judicial cuando se trata de la indemnización o pago de zonas incorporadas por la administración a obras de interés público, siendo así que lo que se busca en estos casos, en el fondo, es el cumplimiento de la garantía constitucional?

Es claro que en la ocupación de terrenos privados por razón de trabajos públicos no hay traspaso de propiedad sino solamente desposesión; pero si esa desposesión va acompañada de incorporación definitiva a un servicio público, el verdadero dueño no pierde únicamente el goce de su inmueble, sino que queda imposibilitado para recuperarlo. Como lo dice Marcel Waline, en estos casos "el propietario no puede ejercer las acciones posesorias, por ejemplo, la de restitución, pues esto entorpecería el funcionamiento de un servicio público".

De aquí que de las acciones sobre indemnización o pago, que tienden a legalizar esa situación de hecho, haya de conocer la justicia a quien corresponde constitucionalmente la garantía de la propiedad privada.

2—Como lo dijo la Corte: "Cuando el lote de terreno que demanda el actor en acción reivindicatoria contra el poseedor, hace parte de otro mayor que pertenece en su totali-

dad al demandante, nada impide que éste solicite como primera petición de la demanda la declaración de ser dueño de todo el globo de tierra. Tal declaración de ser dueño de todo el globo entraña una acción petitoria, o más bien, un hecho fundamental necesario para reclamar la entrega de la porción poseída. La acción reivindicatoria no recae sino sobre este lote, sobre él versa exclusivamente la petición de entrega en razón de estar los demandados en posesión de él y pertenecer al demandante todo el globo...". (G. J., Tomo XXXV, pág. 298).

3.—Estando demostrado que el terreno de la litis está situado dentro del área urbana de la ciudad de Barranquilla, y que respecto de él existen títulos inscritos con anterioridad a la Ley 200 de 1936, en que constan tradiciones de dominio por un lapso mucho mayor de veinte años, no puede menos de admitirse como de propiedad privada ese terreno, a la luz del artículo 7º de la expresada Ley 200.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez (10) de junio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Con fecha 30 de junio de 1947 el doctor Antonio José Pantoja, en calidad de apoderado del señor Julio Angulo B., presentó demanda contra la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a fin de que por los trámites de un juicio ordinario, y con audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público, se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.—Que el demandante, señor don Julio Angulo B., tiene la propiedad o el dominio de la superficie de un lote de terreno que está situado en jurisdicción de este Municipio, en el lugar llamado 'La Loma', del perímetro urbano de esta ciudad, el cual tiene la situación, medidas y linderos con que lo individualizo en el hecho 1º de esta demanda, cuyo derecho comprueba plenamente el demandante con títulos inscritos otorgados con anterioridad a la expedición de la Ley 200 de 1936 (artículo 7º) en que constan tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria; terreno del cual está actualmente en posesión material la Nación.

"SEGUNDA.—Que el demandante, señor don Julio Angulo B., ha ganado por prescripción el dominio o propiedad de la superficie del lote de terreno que individualizo en el hecho 1º de esta demanda, pues mi poderdante comprueba, además de otros requisitos legales, haberlo poseído materialmente con explotación económica del suelo y conservar sobre él la posesión inscrita por un lapso muchísimo mayor del término que señalan las leyes para prescribir, sumando a su posesión la de todas las personas que le antecedieron en ella. Esta petición la hago como subsidiaria de la anterior.

"TERCERA.—Que se condene a la Nación, actual poseedora material, a restituírle *in corpore* al demandante, señor Angulo B., el lote de terreno que, por su situación, medidas y linderos individualizo en el hecho 1º de esta demanda, dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, o por la situación, medidas y linderos que se comprueben en el juicio.

"CUARTA.—En subsidio de lo que dejo impetrado en la súplica tercera y anterior, pido: Que se condene a la Nación, actual poseedora material, a restituírle *in corpore* al demandante, señor Julio Angulo B., dentro del término legal o el que se fije en la sentencia y por la situación, medidas y linderos que aparezcan comprobados en el juicio, las partes o porciones del lote de terreno que individualizo en el hecho 1º de esta demanda, que la Nación no haya deteriorado o transformado aún en canales permanentemente ocupados por las aguas al servicio de las obras del Terminal Fluvial del puerto local de Barranquilla o para cualquiera otra obra del Gobierno Nacional; y que del mismo modo se condene también a la Nación a pagarle en dinero al mismo demandante, por la situación, medidas y linderos y con los avalúos que aparezcan comprobados en el juicio, las otras partes o porciones del lote de terreno que es objeto de esta demanda, que la Nación deterioró o transformó en canales hechos con dragas y otros elementos modernos, que ha puesto al servicio de las citadas obras del Terminal Fluvial de Barranquilla o de otras entidades públicas nacionales, y también el valor de las mejoras que existían en todo el terreno, dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, por haberse puesto la entidad demandada en imposibilidad de hacer la restitución *in corpore* a su legítimo dueño de dichas partes o porciones deterioradas.

"QUINTO.—En subsidio de lo que dejo suplicado en la cuarta y anterior súplica, pido: Que en el

caso de que la Nación por su hecho, culpa y en su provecho, se haya puesto en imposibilidad de restituírle *in corpore* al demandante las partes o porciones no deterioradas por ella y del terreno que individualizo en el hecho 1º de este libelo, de las cuales trata la primera parte del anterior pedimento, pido que se condene a la entidad demandada a pagarle en dinero al demandante, señor Julio Angulo B., el valor o precio de todo el terreno sobre que versa esta demanda y de las mejoras que allí existían, por la situación, medidas y linderos fijados en la demanda o que se compruebe en el juicio, con los avalúos que se haga en la forma legal, y que se fije el cumplimiento de esta condena dentro del término legal o el que se indique en la sentencia".

El demandante invocó como fundamento de sus peticiones los hechos que pasan a sintetizarse:

a) Por instrumento número 1460 de 24 de abril de 1928, otorgado en la Notaría Segunda del Circuito de Barranquilla, el señor Julio Angulo B. adquirió de la señora María C. Bula de Palacio y del señor José Manuel Palacio, previa licencia judicial, un lote de terreno que "está situado en el lugar llamado La Loma, del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla, cuyos linderos y medidas son los siguientes: 'Por el Norte, 146 metros con 40 centímetros, y linda con lotes números uno (1), que fue de los herederos de Manuel María Bula y Victoria Ojeda de Bula y que posteriormente es o fue de Amelia Bula de Welpley, en una extensión de noventa y tres (93) metros, y con el número dos (2), de Rafaela Bula de Armenta, en una extensión de cincuenta y seis (56) metros cuarenta (40) centímetros; por el Sur, sesenta y un (61) metros sesenta y siete (67) centímetros, y linda con el caño de Los Tramposos; por el Este trescientos metros setenta y tres centímetros (300 mts. 73 cmts.), linda en una parte con predio de Aníbal Segundo Bula, y en otra con terrenos de la Empresa de Vapores H. Lindemayer S. A.; y por el Oeste, en línea quebrada, linda en una parte que tiene ciento cuarenta y dos (142) metros, con predio de Candelaria Bula de Manjarrés, en otra, en línea de oriente a occidente, que tiene ochenta (80) metros, linda con terreno de la compañía de Transportes Fluviales, S. A.; y en la otra parte occidental que tiene ciento ochenta (180) metros linda con los mismos terrenos de la compañía de Transportes Fluviales, S. A. La línea de 80 metros señalada en el lindero occidental que se extiende de oriente a occidente, también puede tenerse como un segundo lindero sur y linda con terrenos de la Compañía de Transportes Fluviales S. A.". (hecho 1º).

b) El expresado lote de terreno fué objeto de sucesivas tradiciones de dominio por más de treinta años, desde antes de adquirirlo su actual propietario señor Angulo B. (hechos 2º, 3º, 4º y 5º).

c) El terreno de que se trata ha sido explotado económicamente por sus distintos dueños, que allí mantenían cultivos de pastos artificiales y ganados (hecho 6).

ch) De acuerdo con el Decreto Ejecutivo Nº 2210 de 22 de diciembre de 1932 y con una Resolución emanada del Ministerio de Industrias, la Nación destinó para obras del Terminal Fluvial de Barranquilla los terrenos de "La Loma" —ubicados dentro del área urbana de dicha ciudad y dentro de los cuales está el lote del señor Angulo—, por los siguientes linderos: "Por el Norte, con el Río Magdalena; por el sur, con el caño de 'Los Tramposos'; por el Este, con el Río Magdalena; y por el Oeste, con el caño denominado de 'Las Compañías', llamado también de 'La Tablaza' (hecho 7º).

d) Con apoyo en la calificación administrativa de baldío que se hizo en el Decreto Ejecutivo Nº 2210 de 22 de diciembre de 1932 y en una Resolución posterior del Ministerio de Industrias, la Nación entró en posesión material del lote de terreno deslindado en el hecho 1º (hecho 11).

e) La Nación deterioró y transformó, por medio de dragados, una porción de ese terreno "en parte integrante del llamado Canal del Centro", que se tiene como obra del Terminal Fluvial de Barranquilla; otra parte de dicho terreno "lo ocupa el Ejército Nacional con semovientes de la remonta, con algunas pequeñas obras del mismo Ejército"; y el resto "permanece inactivo, pero vigilado por algunos empleados del Gobierno Nacional" (hecho 9º).

El actor alegó en derecho varias disposiciones del Código Civil y el artículo 7º de la ley 200 de 1936.

De la dicha demanda se dió traslado al señor Fiscal 2º del Tribunal, quien al contestarla negó todos los hechos, y además propuso escuetamente, como excepciones perentorias, las "de prescripción, falta de acción y carencia de derecho para pedir, lo mismo que todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió".

Dentro de la subsiguiente tramitación del juicio se decretaron y practicaron pruebas a petición del demandante; y una vez agotado el procedimiento de primera instancia, el Tribunal falló

el asunto por sentencia de fecha diez de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, accediendo a la petición primera de la demanda y declarando su incompetencia "para conocer de las otras súplicas relacionadas con el pago del terreno".

De la referida sentencia apelaron las partes. Y como en esta Sala de la Corte se han cumplido ya las ritualidades de rigor, ha llegado el momento de resolver lo que en definitiva corresponda, a lo que en seguida se procede, haciendo la advertencia previa de que en esta instancia se recibieron nuevas pruebas y alegaron ampliamente los interesados.

La competencia

Sobre la competencia de la justicia ordinaria para conocer de las peticiones cuarta y quinta de la demanda, en cuanto a la indemnización o pago de zonas ocupadas por la administración con obras del Terminal de Barranquilla, ha dicho esta Sala de Negocios Generales en fallo de 23 de mayo de 1951, en relación con un caso de modalidades semejantes al actual:

"Dice el artículo 76 del Código Judicial que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia 'de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado...', entre las cuales indudablemente están comprendidas las que se relacionan con la propiedad; pero como la ley 167 de 1941, que es posterior a dicho Código, establece que la justicia contencioso-administrativa conoce privativamente de las indemnizaciones a cargo de la administración por causa de trabajos públicos, incluyendo de modo expreso el pago de las zonas ocupadas por este motivo (art. 33, ord. 2º; art. 52, ord. 7º; y Capítulo XXII del Código de lo Contencioso), de ahí se ha venido deduciendo que la justicia común no tiene hoy competencia para ordenar el pago de esas zonas.

"Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es al poder judicial o justicia ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o interés social.

"En efecto, el artículo 30 de la Carta, establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o 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 *orden judicial...*'; agregando además, 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.

"De todo lo cual se deduce 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 sea ésta la que decrete 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 (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de estas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

"La jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la autoridad judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien, desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la administración en condiciones regulares y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir *a fortiori* cuando tales formalidades se han omitido' (Curso Elemental de lo Contencioso Administrativo, pág. 163).

Y en fallo de 4 de agosto de 1951, en que se transcribieron los apartes precedentes, ha expresado también esta Sala de la Corte, precisando o desarrollando la tesis antedicha:

"De esta suerte, bien puede concluírse que los preceptos de la ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios so-

bre indemnización de perjuicios que se causan 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 (art. 955 del C. C.), antes que de una acción indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la justicia ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla.

"Se comprende así cómo, limitado en esta forma el alcance de la acción administrativa en el particular, la prescripción bienal de que habla el artículo 263 de la expresada ley 167 de 1941 no puede entenderse sino para las que, de acuerdo con lo expresado anteriormente, resultan ser de la competencia contencioso-administrativa; y cómo también, respecto de las que ante ella se promuevan por concepto de simples ocupaciones temporales, el término de dicha prescripción no puede comenzar desde que 'se verifica la ocupación', como podría pensarse a la luz del segundo supuesto consignado en tal artículo, sino desde la fecha misma en que la ocupación termina, o sea 'dentro de los dos años de ocurrido el daño', según lo prevenido antes por este mismo precepto. La prescripción de las acciones indemnizatorias por ocupación indefinida o definitiva de la propiedad, y de que conoce la justicia ordinaria, sigue la norma general de las demás acciones civiles establecidas por el derecho privado".

Respecto de las anteriores doctrinas de la Corte, muéstrase en total desacuerdo el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien alega que la ocupación de terrenos privados por razón de trabajos públicos no puede equipararse a las expropiaciones previstas por el artículo 30 de la Constitución Nacional, y de otro lado que este precepto superior, al exigir para las expropiaciones *sentencia judicial,* no debe tomarse en el sentido limitado de decisión de la justicia ordinaria, sino en el más amplio de decisión jurisdiccional.

Dice así, en lo sustancial de sus alegaciones, el señor Agente del Ministerio Público:

"En los artículos 263 y 269 del C. C. A. se perfila nítidamente la figura de la ocupación por trabajos públicos como una toma de posesión de un inmueble por parte de la Administración, posesión que, si alguna similitud pudiera encontrársele en derecho privado, no sería otra que con el *despojo* cometido por un particular en predio de otro particular. Y a nadie se le ocurre pensar que el despojo es privación del dominio: es nada más, pero tampoco nada menos, que *posesión violenta,* sancionable con el respectivo interdicto posesorio.

"El artículo 263 dice, en efecto, que la demanda indemnizatoria se debe presentar ante la jurisdicción contencioso-administrativa 'dentro de los dos años de ocurrido el daño o verificada la ocupación'. Y el 269 expresa con toda claridad: 'Si se tratare de ocupación de una propiedad inmueble, y se condenare a la Administración al pago de lo que valga la parte ocupada, se prevendrá en la sentencia que *deberá otorgarse en favor de la Administración el correspondiente título traslaticio de dominio.*' Hasta cuando se dicte la sentencia condenatoria, el dueño continúa siendo dueño, a pesar de la ocupación. Por eso, dice Waline en el pasaje que vuestra Sala viene transcribiendo en las sentencias proferidas desde el 23 de mayo hasta el 4 de agosto del año en curso —en las que por extraño modo se sostiene la combatida tesis de la expropiación—: 'De modo que el propietario (en estas ocupaciones), ha perdido en su inmueble un cierto derecho que *no es la propiedad,* y recíprocamente, la Administración ha ganado lo que *el propietario* ha perdido, *la posesión.* La persona administrativa es, pues, poseedora de la cosa de otro'.

"Con todo lo cual dejo satisfactoriamente demostrada la inaplicabilidad del artículo 30 de la Constitución, sobre garantías del derecho de propiedad, a casos como el *sub-judice;* y que, por lo mismo, el Capítulo XXII del C. C. A., que sí es el pertinente, no adolece de inexequibilidad.

".....

"En el concepto de que las ocupaciones a que vengo refiriéndome son privaciones inconstitucionales del dominio particular y, además, teniendo en cuenta el artículo 76 del C. J., según el cual los Tribunales Superiores conocen en primera instancia 'de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado...', habéis fundado esta conclusión de vuestra memorable sentencia de 23 de mayo último: 'lo que además implica que para la Corte *cualquier acción* que tienda a que se respete por la Administración esa *propiedad privada,* bien sea en forma específica o en su valor (indemnización

o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común'.

"Para la H. Sala, Poder Judicial es la justicia común, nada más. Quedan fuéra de su órbita las jurisdicciones especiales, como la del Senado, en ciertos casos, la del Consejo de Estado, en otras, y la jurisdicción del trabajo, etc., etc., según vuestro ilustrado criterio.

"Desde la expedición de la Constitución de 1886, el señor Samper se pronunció contra tan restricta interpretación al comentar el inciso 2º del artículo 60 de dicho Estatuto. El proyecto en su integridad decía: 'Ejercen el Poder Judicial la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito, y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley. El Senado ejerce determinadas funciones judiciales'. Y el señor Samper en su aludido comentario dijo:

"Así, en rigor de verdad, la distinción que hace este artículo es de poco momento, y sólo de palabras; pues es claro que el Senado es parte componente del Poder Judicial, para el solo efecto de fallar en determinados casos, una vez que en estos casos o juicios, le incumbe ejercer la jurisdicción, o sea ejercer el Poder Judicial en una parte, por derecho constitucional.

"Y agregó lo siguiente, que, aunque en su parte final es hipotético, ha quedado suficientemente aclarado con las reformas constitucionales introducidas a la Carta en el presente siglo:

" 'En suma, lo esencial en este asunto es el principio sentado por este artículo, según el cual es la ley la fuente del organismo secundario y de las autoridades del Poder Judicial, en sus esferas inferiores, puesto que es la ley quien crea los Tribunales y Juzgados y les da atribuciones y jurisdicción; salvo lo que la Constitución estatuye directamente respecto de dos altos Tribunales: el Senado (artículo 96) y la Corte Suprema de Justicia (artículo 151); y también hipotéticamente el Consejo de Estado, en lo contencioso-administrativo (artículo 141, atribución 3ª)' ".

Agrega el señor Procurador Delegado que la cuestión es hoy más clara, porque la actual Codificación Constitucional, después de la reforma de 1945, ya no habla de poder judicial sino de rama jurisdiccional del poder júblico, a la cual pertenecen los organismos de lo contencioso-administrativo; y termina así su razonamiento:

"Lo que el Constituyente ha querido en el artículo 30 de la Carta es que no se prive de la propiedad privada a nadie, sin sentencia jurisdiccional, y en la mayoría de los casos (de desearse es que no hubiera excepciones como las autorizadas en el aparte final del precepto), sin indemnización previa".

Sobre los anteriores reparos de la Procuraduría, e invirtiendo el orden en que han sido expuestos, se observa:

A pesar de las autorizadas opiniones del señor Samper antes transcritas, estima la Sala que la Constitución de 1886, al exigir para las enajenaciones forzosas *mandamiento judicial*, no se refirió con esta expresión sino a la justicia ordinaria común, que era el poder judicial por antonomasia, y no a jurisdicciones de carácter especial como la de lo contencioso-administrativo: en primer lugar, porque esta jurisdicción no se instituyó en aquel Estatuto, donde apenas se le dejó a la ley la facultad de establecerla (artículo 164); y en segundo término, porque el artículo 1º de la ley 105 de 1931, que es reproducción casi exacta del artículo 1º de la ley 100 de 1892, estatuyó lo siguiente:

"La administración de justicia se ejerce de modo permanente por los Tribunales ordinarios, que son: La Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores y de Circuito, los Jueces Municipales y los Jueces de Menores.

"En casos especiales se ejerce por el Senado, el Consejo de Estado, los Tribunales militares, las autoridades administrativas y aún por personas particulares, en calidad de jurados, árbitros, etc., que participan en las funciones judiciales, sin que el ejercicio transitorio de esas funciones ni la participación ocasional en ellas incluya a tales entidades, ni a los empleados que las componen, en la jerarquía llamada por la Constitución Poder Judicial".

De otro lado, si en la reforma de 1945 se establece que "son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional", incluyendo dentro de esta última rama a las entidades de lo contencioso-administrativo, no por ello es menos cierto que la expresión *judicial* se mantuvo o reservó únicamente para los organismos de la justicia ordinaria o común, como se desprende de las disposiciones de dicha reforma incorporadas como artículos 5º y 159 de la actual Codificación constitucional, que en lo pertinente dicen:

Artículo 5º, *inciso final*: "La ley podrá crear y suprimir Intendencias y Comisarías, anexarlas total o parcialmente a los Departamentos, darles estatutos especiales y reglamentar su organización electoral, judicial y contencioso-administrativa".

Artículo 159, *inciso* 1º: "Las calidades exigidas a los funcionarios del Orden Judicial, del Ministerio Público y de la jurisdicción de lo conetncioso-

administrativo se acreditarán en la forma que la ley determine".

Pero si de acuerdo con la Constitución, tratándose de expropiaciones, la transferencia de la propiedad y consiguiente indemnización requieren la intervención de la justicia civil u ordinaria (una vez cumplida la fase administrativa previa), ¿cómo no ver también en ese principio la competencia judicial cuando se trata de la indemnización o pago de zonas incorporadas por la administración a obras de interés público, siendo así que lo que se busca en estos casos, en el fondo, es el cumplimiento de la garantía constitucional?

Es claro que en la ocupación de terrenos privados por razón de trabajos públicos no hay traspaso de propiedad sino solamente desposesión; pero si esa deposesión va acompañada de incorporación definitiva a un servicio público, el verdadero dueño no pierde únicamente el goce de su inmueble sino que queda imposibilitado para recuperarlo. Como lo dice Marcel Waline —a quien cita la Procuraduría—, en estos casos "el propietario no puede ejercer las acciones posesorias, por ejemplo, la de restitución, pues esto entorpecería el funcionamiento de un servicio público".

De aquí que de las acciones sobre indemnización o pago, que tienden a legalizar esa situación de hecho, haya de conocer la justicia a quien corresponde constitucionalmente la garantía de la propiedad privada.

Otras observaciones de la Procuraduría

No ya como cuestión de competencia sino de fondo, expresa el señor Procurador Delegado en lo Civil que debe declararse improcedente la acción petitoria de dominio de este juicio, a cuyo efecto razona así:

"En negocios similares al de autos, he sostenido que aunque la acción declarativa de pertenencia es de competencia de la justicia ordinaria, debe declararse su improcedencia cuando se ejercita sin sujeción a las condiciones que los procesalistas estiman indispensables para su viabilidad. Es decir, es impertinente cuando el derecho de dominio es cierto, no cuando es incierto, como ocurre ante terceros con la propiedad adquirida por prescripción extraordinaria, o cuando no hay temor fundado de que vaya a ser desconocido en un futuro más o menos próximo.

"En los demás casos, cuando quien tiene necesidad de defender su derecho acude a la justicia, basta con que lo pruebe: no necesita pedir que se le declare. Su interés de obrar está en la protección del bien jurídico que posee, no en el reconocimiento de la existencia de tal bien, que es cuestión de hecho y, como tal, sujeta a la tarifa probatoria.

"En el presente juicio, como en los otros similares de 'La Loma', la parte actora está plenamente segura de su titularidad de dominio, y al efecto ha invocado instrumentos públicos en cadena de larga data y la explotación económica en lapso cuando menos equivalente al necesario para adquirir por prescripción extraordinaria.

"Probados estos hechos, es improcedente la acción declarativa de pertenencia que se propone como presupuesto de la de condena, ya que en ésta radica la verdadera finalidad de la demanda".

En cuanto a los razonamientos anteriores, basta con advertir que el terreno de la demanda, como se verá adelante, está comprendido dentro de los llamados de "La Loma", que fueron destinados por el Gobierno Nacional, como baldíos, a las obras del puerto local de Barranquilla (Decreto número 2210 de 1932 y Resolución del Ministerio de Industrias número 223 del mismo año); por lo cual si la Nación partió de la base de que esos terrenos le pertenecían, obvio resulta el interés del demandante para la declaración de dominio impetrada.

La incertidumbre en las acciones de mera declaración —dice Chiovenda— "debe ser también objetiva, en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es necesario un hecho *exterior objetivo* que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de terceros: el hecho exterior a que se alude puede consistir en un acto del demandado que, por ejemplo, haya hecho preparativos encaminados a una violación del derecho, o haya discutido, tanto más si es públicamente, el derecho del actor...".

Por lo demás, y dadas las modalidades del presente juicio, pertinente es también la siguiente doctrina de la Sala de Casación Civil, a que se refiere en su alegato el señor apoderado de la parte demandante:

"Cuando el lote de terreno que demanda el actor en acción reivindicatoria contra el poseedor, hace parte de otro mayor que pertenece en su totalidad al demandante, nada impide que éste solicite como primera petición de la demanda la declaración de ser dueño de todo el globo de tierra. Tal declaración de ser dueño de todo el globo entraña una acción petitoria, o más bien, un hecho fundamental necesario para reclamar la entrega de la porción poseída. La acción reivindicatoria no recae sino sobre este lote, sobre él versa exclusivamente la petición de entrega en razón de estar los deman-

dados en posesión de él y pertenecer al demandante todo el globo...". (GACETA JUDICIAL, Tomo XXXV, pág. 298).

La propiedad privada

De las pruebas aportadas a estos autos, en relación con el dominio privado del inmueble, resulta lo siguiente:

1º El demandante Julio Angulo B. adquirió el terreno especificado en la demanda por medio de la escritura número 1460 de 24 de abril de 1928, de la Notaría Segunda del Circuito de Barranquilla, en la cual consta que el señor José Manuel Palacio se lo vendió como jefe de la sociedad conyugal constituída con su esposa María C. Bula de Palacio —titular del inmueble— previo permiso judicial (fs. 64 a 65 v. del cuaderno número 2).

2º La señora María C. Bula de Palacio había adquirido dicho terreno como parte de otro de mayor extensión, por medio de la escritura número 302 de 18 de marzo de 1916, también de la Notaría Segunda de Barranquilla; escritura en que consta que ese lote de mayor extensión se le adjudicó a la señora Bula de Palacio por acuerdo entre los sucesores de don Manuel María Bula y doña Victoria Ojeda de Bula, los cuales sucesores eran dueños cada uno de una onceava parte en el globo determinado así: "por el norte, con predio de los sucesores de don Pedro Antonio Roca; por el lado sur, con el antiguo Caño de los Tramposos y la Canalización y Limpia del Río; por el lado occidental, con el caño conocido con el nombre de La Tablaza, V. Dugand e Hijo, Manuel Betancourt y otros; y por el lado oriental, con el Río Magdalena" (fs. 60 a 61 cuad. 2).

3º Este último terreno —de cuarenta hectáreas de extensión— se le había adjudicado a la señora Bula de Palacio y a sus hermanos, en comunidad, dentro del juicio de sucesión de sus padres Manuel María Bula y Victoria Ojeda de Bula, como aparece en la escritura de protocolización número 519 de 17 de junio de 1915, de la Notaría Segunda de Barranquilla (fs. 54 a 59 del cuad. número 2).

4º Según se expresa en el mencionado juicio de sucesión, el precitado terreno de cuarenta hectáreas lo había adquirido el señor Manuel María Bula por compras sucesivas de distintas porciones, cuyos títulos también se han aportado a este negocio.

Todos los títulos aludidos están debidamente registrados, lo que también consta en el certificado de la Oficina de Registro de Barranquilla de fecha 19 de junio de 1947 (fs. 66 a 76 del cuad. número 2), donde se termina declarando que "el registro del título a favor de Julio Angulo B. no aparece cancelado por ninguno de los medios que señala el artículo 789 del Código Civil, conforme al examen de la inscripción respectiva y de los índices de esta Oficina".

Además, en estos autos obran las declaraciones de los señores Néstor González Rubio y Pragmasio Antequera (fs. 26 a 28 del cuad. número 8), quienes afirman que el terreno de que se trata fue explotado económicamente por los antecesores del señor Angulo, indicando que no sólo lo tenían cercado sino cultivado con paja, frutos, etc.; cuestión ésta que asimismo se desprende de algunos de los títulos aducidos por la parte actora.

Y finalmente, en el dictamen de los peritos Federico A. Prieto y Manuel Marthe (fl. 40 del cuad. número 3) se expresa que la zona territorial de La Loma, delimitada en el Decreto Ejecutivo Nº 2210 de 1932, y el terreno que dentro de ésta reclama Julio Angulo B., se encuentran ubicados en el perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla; lo cual también está acreditado con el plano de dicha ciudad, con los permisos concedidos en 1929 por el Concejo Municipal, para urbanizar terrenos ubicados en "La Loma" (fs. 16 y sigtes. del cuad. Nº 8) y con el Acuerdo número 16 de 1942 del mismo Concejo de Barranquilla (f. 24 y sig. del cuad. número 3), al cual hacen referencia en su informe los peritos Prieto y Marthe.

En suma, estando demostrado, como se ha visto, que el terreno de la litis está situado dentro del área urbana de la ciudad de Barranquilla, y que respecto de él existen títulos inscritos con anterioridad a la ley 200 de 1936, en que constan tradiciones de dominio por un lapso mucho mayor de veinte años, no puede menos de admitirse como de propiedad privada ese terreno, a la luz del artículo 7º de la expreada ley 200, sobre cuyo alcance ha dicho esta Sala de la Corte en reiterados fallos:

"Según lo dispone el artículo 7º de la ley 200 de 1936, 'acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria'. Y agrega el artículo citado: 'Las otras disposiciones de esta ley no se aplican a la propiedad urbana'. Conforme a este precepto legal se puede demostrar, en juicio con el Estado, la propiedad privada territorial urbana con títulos inscritos anteriores a la vigencia de la ley 200 de 1936, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del de la prescripción extraordinaria. Otras disposiciones de la misma ley,

los artículos 1º, 2º y 3º, se refieren a la propiedad rural privada, frente a la Nación, y establecen algunas reglas para destruir la presunción a favor del Estado de las tierras baldías, y el artículo 3º previene que los títulos inscritos otorgados entre particulares con anterioridad a esa ley no demuestran propiedad privada respecto de terrenos que no sean adjudicables, que estén reservados o destinados a cualquier servicio o uso público. El artículo 7º, referente a la propiedad urbana, admite la validez de los títulos inscritos para comprobar la propiedad privada y expresa que las otras disposiciones de la ley —entre ellas se halla la que se traslada del art. 3º— no se aplican a la propiedad urbana. Respecto de ésta no es pertinente considerar lo que la ley establece para la propiedad rural en relación con terrenos no adjudicables, reservados o destinados al servicio o uso público. A la propiedad urbana no se aplica, para la comprobación del dominio privado, frente a la Nación, sino la norma expresa del artículo 7º, que permite acreditar tal propiedad privada con los títulos otorgados con anterioridad a la ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término exigido para la prescripción extraordinaria".

La ocupación por el Gobierno

Que el terreno de la demanda está ocupado actualmente por la Nación, que lo ha venido detentando como si fuera propio desde 1932, es cuestión fuéra de toda duda en el presente juicio, como resulta de las varias pruebas que pasan a relacionarse:

a) Por medio del Decreto número 2210 de 1932, el Gobierno Nacional destinó para obras del puerto local de Barranquilla los terrenos baldíos de la isla del río Magdalena determinada así: "Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el Caño denominado de Los Tramposos; por el este, el mismo río Magdalena, y por el oeste, con el Caño denominado de Las Compañías" (f. 36 del cuad. número 8);

b) Por la Resolución número 223 del mismo año de 1932, emanada del Ministerio de Industrias, se declaró que tenían el carácter de bienes fiscales, "aplicables a la construcción de las obras nacionales del puerto local de Barranquilla", los baldíos indicados en el Decreto 2210 antes citado, los cuales quedaban "excluídos de la superficie territorial baldía de la República" (f. 37 del cuad. Nº 8);

c) Los testigos Pragmasio Antequera y Néstor A. González Rubio declaran que desde 1932 el Gobierno Nacional tomó posesión material y viene realizando obras para el Puerto Fluvial de Barranquilla en los terrenos de "La Loma", dentro de los cuales se halla el que fue del señor Manuel María Bula y hoy es del señor Julio Angulo B. (fs. 26 a 28 del cuad. número 8);

ch) En la inspección ocular practicada durante la primera instancia de este juicio se estableció que dentro de los terrenos a que se refiere el Decreto número 2210 de 1932 —los llamados de La Loma— se encuentra el lote del señor Angulo de que trata la demanda, el cual fue debidamente identificado en la diligencia; y además se agregó lo siguiente: "Al entrar al lote de terreno de que se trata, hubo que pasar por otra extensión ocupada por el Ejército y que tiene una tablilla que dice: "Propiedad del Ministerio de Guerra". Otro extremo que hay que señalar aquí es el de que al hacer el recorrido de los linderos por el lado Este y por el segundo lado Oeste, le faltan a cada una de esas líneas cuarenta y dos metros de tierra firme, que se encuentran actualmente ocupados por el Caño de Los Tramposos, lo que motiva que el lindero Sur queda totalmente dentro del agua". Lo cual explicaron seguidamente los peritos que actuaron en la inspección, diciendo que dicho lindero sur "fue dragado por el Gobierno Nacional al verificar las obras del Puerto Local de Barranquilla" (fs. 28 v. a 30 del cuad. número 3); y

d) Los expertos Manuel Marthe Z. y Federico A. Prieto, en el dictamen que después rindieron de común acuerdo, expresaron que el lote del señor Angulo estaba "bajo la vigilancia, custodia y posesión del Ejército Nacional", con excepción de la zona que había sido dragada y transformada en canal por el Gobierno. (Fs. 32 a 34 del cuad. Nº 3).

Formas de restitución

Según lo que se deja visto, la Nación viene ocupando y poseyendo el lote que se reclama en la demanda, en la errada creencia de pertenecerle como baldío; pero conforme a la inspección ocular ya mencionada, y especialmente al dictamen de los expectos Marthe y Prieto, de ese terreno solamente se ha incorporado a obras de interés público una porción de 2.343,50 metros cuadrados; obras consistentes en el dragado y ampliación del Caño de Los Tramposos, a consecuencia de lo cual quedó transformada en canal aquella porción del lote, en su costado sur. El resto del terreno apenas está "bajo la viligilancia, custodia y posesión del Ejército Nacional", y se halla "encerrado bajo cercos de alambre que acaban de ponerse" (f. 41 del cuad. número 3); o sea que esa parte restante del lote la viene detentando y poseyendo la Nación en condiciones

similares a la de cualquier particular.

En tales condiciones, la Corte habrá de ordenar la restitución a su dueño del lote en referencia, con la sola excepción de la faja o zona incorporada al Caño de Los Tramposos, a cuya devolución se oponen razones superiores de interés público, aparte de cierta imposibilidad física para realizarla. En cambio, sobre esta zona se ordenará el pago de su valor, que los peritos aprecian en la suma de dos mil trescientos cuarenta y tres pesos con cincuenta centavos ($ 2.343.50), o sea a razón de un peso ($ 1.00) por metro cuadrado (f. 33 v. del cuad. número 3).

Observaciones finales

La Corte no se ha ocupado de las excepciones propuestas por el señor Fiscal 2º del Tribunal porque está de acuerdo con las razones expuestas por el fallador de primer grado, fuéra de que tales excepciones se formularon en forma vaga, sin indicación de los hechos precisos en que se hicieran consistir.

FALLO:

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero.—Declárase que el señor Julio Angulo B., vecino de Barranquilla, es dueño del inmueble que se especifica en el hecho primero de la demanda.

Segundo.—Condénase a la Nación a restituir al señor Julio Angulo B. el inmueble o terreno antes mencionado, con la única excepción de la faja o zona de dos mil trescientos cuarenta y tres metros con cincuenta centímetros cuadrados (2.343.50 mts.) que ha sido incorporada al Caño de Los Tramposos, correspondiente al costado sur de dicho terreno.

Tercero.—Mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, la Nación pagará al expresado señor Angulo B. la suma de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 2.343.50), como valor de la faja de terreno incorporada al Caño de Los Tramposos.

En los términos anteriores queda resuelta la demanda inicial de este juicio y reformada la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla de diez de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada — Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LA ACUMULACION SUBJETIVA DE ACCIONES ES VIABLE, A PESAR DE LO DISPUESTO POR EL CODIGO JUDICIAL SOBRE QUE LA JURISDICCION POR RAZON DE LA NATURALEZA DEL ASUNTO Y DE LA CALIDAD DE LAS PARTES ES IMPRORROGABLE

El artículo 209 del Código Judicial permite ejercitar varias acciones simultáneamente en una misma demanda, siempre que el Juez sea competente para conocer de todas, que tengan el mismo procedimiento judicial y que no sean contrarias e incompatibles entre sí.

En el caso que se estudia la acción ejercitada es una misma, o sea la indemnización de perjuicios, y la causa también es idéntica, tan idéntica, que el autor considera como solidarios a la Nación y al magistrado que son los demandados.

Es cierto que el citado artículo 209 del estatuto procesal exige "que el juez sea competente para conocer de todas las acciones" que se ejerciten, y en otros preceptos se establece que por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la jurisdicción es improrrogable (artículo 151) y que sólo la que se fija por razón del lugar es prorrogable (artículo 153).

Mas aquel precepto no puede tomarse aisladamente, pues la acumulación subjetiva está amparada por los estatutos reguladores de la acumulación de autos, a fecto de que no se divida la continencia de la causa, pues si es posible tal acumulación en ciertos casos, a pesar de la diversidad de personas demandadas (ordinales 4º y 5º del artículo 398 del C. J.), no se ve la razón por la cual no pueda inicialmente el actor acumular las acciones contra diversas personas. La continencia de la causa es fenómeno jurídico que prepondera sobre las instituciones relativas a la competencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Por apelación debe revisar esta Sala de la Corte la providencia de 13 de febrero último, por la cual resuelve el Tribunal Superior de Bogotá no admitir "la demanda ordinaria que por medio de apoderado presentan los señores Rafael María Charry y Mercedes Verástegui v. de Charry contra la Nación, República de Colombia, y contra el señor doctor Alvaro Hinestrosa", este último magistrado del mismo Tribunal que dictó unas providencias en el juicio de sucesión de Elena Verástegui que, según los demandantes, les ocasionaron daños o perjuicios.

En dicha demanda, fuéra de pedir el señalamiento de los daños en el mismo juicio o en incidente separado y la condena en costas, se solicita que se hagan dos declaraciones, la primera como principal y la segunda como subsidiaria:

"Que la Nación y el doctor Alvaro Hinestrosa son responsables solidariamente de los perjuicios morales y materiales" que las mentadas personas han sufrido con las providencias de 13 de julio de 1951 y de 18 de septiembre del mismo año.

Subsidiariamente, que el Estado es responsable de los perjuicios de que se habla en el punto anterior, "con prescindencia de su empleado, el magistrado demandado y autor del auto".

El Tribunal, como fundamento del rechazo de la demanda, dice:

"Los Tribunales Superiores del Distrito Judicial conocen privativamente en primera instancia de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación, bien como demandante o bien como demandada; pero los asuntos que se ejerciten (sic) contra los particulares, son de competencia de los jueces ordinarios (sic), y como no cabe la acumulación de las acciones entabladas mediante el libelo, contra la Nación y contra el doctor Alvaro Hinestrosa, bien se le considere a éste como demandado en su condición de magistrado o como particular, el Tribunal no es competente para conocer de la demanda en las condiciones en que está presentada".

El señor Procurador conceptúa que el artículo 206 del Código Judicial se refiere a la acumulación objetiva de acciones, que el mismo Código no trae un precepto especial que permita la acumulación subjetiva de acciones, pero que ella está protegida

por los estatutos, reguladores de la acumulación de autos, que contemplan la identidad de acción y la diversidad de personas.

Después de comentar la legislación italiana sobre el particular, arguye que la jurisdicción en lo referente al funcionario-magistrado se prorroga en este evento, por habérsele citado conjuntamente con la Nación y, en consecuencia, solicita que se revoque el auto apelado y se le dé curso a la demanda.

Se considera:

El artículo 209 del Código Judicial permite ejercitar varias acciones simultáneamente en una misma demanda, siempre que el juez sea competente para conocer de todas, que tengan el mismo procedimiento judicial y que no sean contrarias e incompatibles entre sí.

En el caso que se estudia la acción ejercitada es una misma o sea la de indemnización de perjuicios y la causa también es idéntica, tan idéntica, que el actor considera como solidarios a la Nación y al magistrado que son los demandados.

Es cierto que el citado artículo 209 del estatuto procesal exige "que el juez sea competente para conocer de todas las acciones" que se ejerciten y en otros preceptos se establece que por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes la jurisdicción es improrrogable (artículo 151) y que sólo la que se fija por razón del lugar es prorrogable (artículo 153).

Mas aquel precepto no puede tomarse aisladamente, pues, como lo advierte el señor Procurador, la acumulación subjetiva está amparada por los estatutos reguladores de la acumulación de autos, a efecto de que no se divida la continencia de la causa, pues si es posible tal acumulación en ciertos casos, a pesar de la diversidad de personas demandadas (ordinales 4º y 5º del artículo 398 del C. J.), no se ve la razón por la cual no pueda inicialmente el actor acumular las acciones contra diversas personas.

"La continencia de la causa —prosigue la Procuraduría— es fenómeno jurídico que prepondera sobre las instituciones relativas a la competencia. De suerte que si el magistrado contra quien se entabla demanda no es juzgable en primera instancia por el Tribunal de que forma parte, según las reglas generales, sin embargo, por el hecho de habérsele citado conjuntamente con la Nación, en las condiciones vistas, se modifican las reglas de la competencia en cuanto al juzgamiento de dicho funcionario, prorrogándose en este punto la jurisdicción del Tribunal, ya que la Nación no puede renunciar al fuero o privilegio de que sea ésta la entidad jurisdiccional que defina en primera instancia sus litigios con los particulares, cuando asumen caracteres como los exhibidos en el presente pleito".

A este propósito cita el señor Procurador el fallo de esta Sala, de 14 de agosto de 1937. Se había demandado a la Nación y al Municipio de Bogotá y el Tribunal declaró nulo lo actuado porque consideró que si la acción de perjuicios intentada era la misma, el Tribunal no era competente para conocer de ambas relaciones, pues el competente para conocer de juicios en que es parte un municipio es el juez del circuito respectivo. Dijo entonces la Corte:

"En general, los municipios no pueden ser demandados, cuando se ventilen cuestiones de derecho privado, ante un Tribunal Superior. Ello se desprende del texto del artículo 109 citado (del Código Judicial). Si en el caso de autos la demanda se intentase tan sólo contra el Municipio de Bogotá, la tesis del Tribunal sería inobjetable. Pero en él la demanda se ha incoado conjunatmente contra dos entidades de derecho público, una de las cuales, la Nación, sólo puede ser demandada ante el Tribunal, y en el juicio ha de decidirse cuál de ellas ha de responder de la reclamación establecida, o si ambas deben hacerlo solidariamente. No estando fijada nítidamente la responsabilidad en ninguna de las dos, sin esfuerzo se déduce que las acciones intentadas deben tramitarse bajo una misma cuerda para no dividir la continencia de la causa. No se ve el objeto de dos juicios separados, los que, como atinadamente observa el señor Procurador, al fin tendrían que reunirse en uno, pues la sentencia que se dictase en cualquiera de ellos necesariamente tendría que considerar la responsabilidad civil de cada una de las entidades demandadas y mal podría desprenderse obligación alguna para aquella que no estuvo representada ni fue oída en el respectivo proceso". (G. J. Tomo 45, número 1928, página 686).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, REVOCA la providencia apelada y en su lugar dispone admitir, como en efecto admite, la demanda presentada y ordena darle al libelo el curso legal correspondiente.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles Jorge García Merlano, Secretario.

DERECHO DE CUALQUIER COMUNERO DE EJERCER ACCIONES EN FAVOR DE LA COMUNIDAD CUANDO NO EXISTE ADMINISTRADOR — VALOR DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LOS JUECES DE LOS ANTIGUOS ESTADOS SOBERANOS

1—Probado que sí existe una situación de condominio en el globo de "Punta de Polonia", se deprende de ello lógicamente que uno cualquiera de los comuneros en él puede ejercitar toda acción tendiente a la conservación del dominio en dicha Comunidad, entendiéndose que el resultado favorable que de ella se desprenda aprovecha por igual a cada uno de los condueños.

Así lo considera la Sala apoyándose en la abundante jurisprudencia relativa a la representación del comunero en las acciones conservatorias de que se ha hablado, bastando en este caso citar la doctrina sentada por esta Sala en fallo de 13 de febrero de 1946, que reza así:

"En efecto: si se parte del supuesto de que no se halla legalmente comprobada la existencia de un Administrador de la Comunidad, conduce la lógica a admitir que la gestión de cualquiera de los comuneros aprovecha a la comunidad cuando se trata precisamente de la conservación de la propiedad y posesión del bien respectivo.

"El comunero tiene, en efecto, interés legítimo en tal representación ya que el reconocimiento de su derecho como comunero presupone el necesario reconocimiento de la propiedad privada sobre el bien respectivo en forma de condominio.

"Si no hay Administrador de la Comunidad, es natural admitir desde luego que el interés propio del comunero mismo le dá legítima personería para la defensa del bien común (compárese artículo 22, Ley 95 de 1890)" (G. J. ns. 2029-2030-2031, pág. 282).

2—La Corte ha reconocido toda validez para demostrar la propiedad privada del suelo y de los petróleos existentes en el respectivo subsuelo, como declaración plena del reconocimiento por parte del Estado de esa propiedad, las sentencias que hubieron de proferir los órganos judiciales de los Estados de la antigua República Federal en orden a deslindar la propiedad de la Nación de la de los particulares, tal como se contempla en el caso de las aducidas en este juicio, dictadas en desarrollo de la ley local de 10 de octubre de 1867, del Estado Soberano de Bolívar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla formuló demanda ordinaria contra la Nación Colombiana el doctor Edgardo Manotas Wilches en su propio nombre y "a voz y nombre de los demás condueños" del globo de tierra conocido con el nombre de "Punta Polonia", jurisdicción de la Provincia de Sabanalarga, en el Departamento del Atlántico, a fin de que dicho Tribunal hiciese las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que el globo de terreno nombrado 'Punta Polonia' constante de cuatro (4) caballerías, ubicado en la Provincia de Sabanalarga, Municipios de Repelón y Manatí, y que tiene por linderos principales la Loma de los Mamones, un jobo que está a veras del camino de Ambrosio, Guayacán del Codo en el camino viejo de San Benito, y Ciénaga de Codorniz, Playón de Puerco, Ciénaga de Salitral o Arenal, Punta Grande, Cerro de Papayo y Loma de los Mamones, es de propiedad particular de los respectivos comuneros, tanto en su parte superficiaria como en el subsuelo y los petróleos y derivados que allí se encuentren.

"Segunda.—Que pertenece actualmente a los copropietarios del terreno de 'Punta Polonia' y en especial a mí como uno de ellos, en dominio pleno y absoluto, el subsuelo de dicho terreno y la propiedad de los petróleos y derivados que allí se encuentren en virtud de haberse desprendido o haber perdido el Estado el derecho de dominio, con anterioridad a la época en que la Nación hizo reserva legal del subsuelo, por lo que éste y la superficie y los petróleos y derivados que allí se encuentren pa-

saron al dominio de personas naturales y por sucesivas transmisiones a mí y a los otros condueños.

"Tercera.—Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, la Nación carece de derecho para aceptar, como lo hizo en Resolución fechada el 13 de junio de 1944, que corre publicada en el Diario Oficial número 25.593, de 14 de julio de 1944, la Propuesta de Contrato para explorar con taladro y explotar el petróleo de propiedad nacional formulada por el señor Bouwe Dykstra, en su carácter de Gerente Primer Suplente de la Compañía de petróleos 'La Esmeralda de Colombia' registrada en el libro respectivo bajo el número 134 y referente a un globo de terreno de cuarenta y nueve mil trescientas cuarenta y cinco (49.345) hectáreas de extensión ubicado en jurisdicción de los Municipios de Campo de la Cruz, Repelón, Manatí y Candelaria, Departamento del Atlántico, según linderos dentro de los cuales se halla comprendido el terreno denominado 'Punta de Polonia'. Para el caso de que no se acceda a las anteriores declaraciones solicito, en subsidio, que se haga la siguiente: a) Que yo, como condueño de 'Punta Polonia' y los demás condueños, a voz y a nombre de los cuales hablo, como titulares del derecho de propiedad de dicha tierra y como ocupantes de ella, con posesión inscrita y material desde hace más de treinta años, hemos adquirido por prescripción, junto con el derecho de dominio sobre la superficie, el subsuelo y los petróleos y derivados que en él existan, en virtud de actos de explotación económica de la tierra, por medio de cultivos, cerramientos, cría y esquilmo de ganados, etc., etc.".

Como hechos fundamentales de la acción se señalan los siguientes:

Nicolás Manotas hizo protocolización en la Notaría Primera de Barranquilla, por medio de la escritura número 60 de 12 de abril de 1878, de varios documentos, así: El 1º de julio de 1754 don Andrés de Madariaga otorgó escritura de venta a favor de Jacinta de Santiago, ante el Capitán a Guerra y Justicia Mayor don Jacinto Roque Polo del Aguila y Canencia, de tres (3) caballerías de tierras, cinco anegas y tres y medio almudes que el vendedor declara haber compuesto con Su Majestad, "contiguas a las cuatro primeras referidas en el sitio de la Punta de Polonia bajo de los linderos de un estante de guayacán que está pasado el arroyo que llaman de Papallo en el camino Real que va saliendo de dicho sitio para el de Sabanalarga hacia la mano izquierda y por el rumbo de Sud-Oeste Cuarto al Oeste, se halla otro lindero que sirve de extremo a este frente, en un palo de Jobo, inmediato a un caño que llaman de Ambrosio o Manatí, el cual dicho árbol está señalado con una cruz y en el intermedio de dicha distancia, línea recta, se cuentan otros nueve linderos y desde dicho caño mudando el rumbo al Noroeste, cuarto al Norte, el otro lindero que terminó esta línea se señaló en dos árboles, el uno de Campano y el otro de Oya de Mono, poniéndoles cruces. Aunque la medida llegó al medio de una ciénaga que llaman Codorniz y por no haber en aquel medio árboles, se puso en los dichos que están a su orilla, e intermedio de dicha distancia se hallan otros seis linderos y dicha línea divide las tierras que por esta parte posee doña Manuela de Barros, y desde la dicha Ciénaga de Salitral o Arenal, en cuya línea se hallan varios palos señalados con cruces, y el último lindero de esta esquina que está en un palo que llaman 'Canta gallo' o 'Mateo Moreno' hace frente con el Estante de Guayacán, en que se dieron principio a estas medidas".

En 20 de febrero de 1854, José Domingo Valera vendió a Rafael, Fabio, Juana de Dios, Isidora, Nicolás, Andrés Avelino, Isabel y Manuel Manotas, mediante escritura otorgada en esa misma fecha ante el Notario Público de la Villa de Sabanalarga, las expresadas tierras. El vendedor afirma que tal venta la hace en su calidad de actual poseedor y patrón de una capellanía de legos fundada en los mismos terrenos.

Por sentencia de 31 de enero de 1868, proferida por el Juez de la Provincia de Sabanalarga, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Cartagena, el 22 de abril del mismo año, se declaró, con audiencia del Ministerio Público y con fundamento en lo dispuesto en la ley de 10 de octubre de 1867, que las cuatro caballerías de tierras llamadas "Punta de Polonia", son "apropiadas" y que los señores Manotas ya nombrados "son dueños de dichas tierras". Las sentencias de que se trata se hallan protocolizadas en la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla por escritura número 1.067 de 19 de julio de 1924. Por otra parte, en las mismas sentencias se dejó expresado que los señores Manotas poseían esas tierras con hatos de ganado desde hacía veinticuatro años, más precisamente, desde el año de 1831.

El demandante es copropietario de las referidas tierras en su carácter de heredero legítimo de Manuel S. Manotas, según hijuela extraída del juicio de sucesión del nombrado señor Manotas, protocolizado en la escritura número 1.462 de la Notaría 1ª de Barranquilla, de fecha 28 de noviembre de 1914.

Acción acumulada de Manuel y Pedro de los Reyes Gómez

Con posterioridad a la presentación de la demanda del doctor Edgardo Manotas Wilches de que se ha tratado, el doctor Pablo Emilio Manotas, en su carácter de apoderado de Manuel y Pedro de los Reyes Gómez, propuso ante el mismo Tribunal con fecha 25 de octubre de 1946 demanda ordinaria contra la Nación tendiente a obtener para sus representados como para los demás condueños del globo de terreno de "Punta de Polonia", las mismas declaraciones impetradas por el doctor Manotas Wilches, declaraciones que es innecesario reproducir por ser una copia fiel de las primeras.

Los hechos en que se funda esta nueva acción son, asimismo, idénticos a los relacionados en la demanda del doctor Manotas Wilches, a excepción del séptimo, que es del siguiente tenor:

"Mis poderdantes son copropietarios de 'Punta Polonia', según consta de la escritura pública número 213 de 1º de diciembre de 1903 de la Notaría del Circuito de Sabanalarga, que en copia acompaño a esta demanda".

Estos juicios fueron acumulados por medio del auto de fecha 13 de diciembre de 1946. (Fl. 18 del cuaderno número 1).

Sentencia de primer grado

El Tribunal Superior de Barranquilla puso término a los juicios de que se trata en sentencia de fecha 3 de diciembre de 1947, cuya parte resolutiva reza así:

"PRIMERO.—Declárase que el globo de terreno nombrado 'Punta Polonia' constante de cuatro (4) caballerías, ubicado en la Provincia de Sabanalarga, Municipios de Repelón y Manatí, y que tiene por linderos principales la Loma de los Mamones, un jobo que está a veras del camino de Ambrosio, Guayacán del Codo en el camino viejo de San Benito, y Ciénaga de Codorniz, Playón de Puerco, Ciénaga de Salitral o Arenal, Punta Grande, Cerro de Papayo y Loma de los Mamones, es de propiedad particular de los respectivos comuneros, tanto en su superficie como en el subsuelo y los petróleos y derivados que allí se encuentren.

"SEGUNDO.—Declárase igualmente que pertenece actualmente a los copropietarios del terreno de 'Punta Polonia' y en especial al doctor Edgardo Manotas Wilches y a los señores Pedro y Manuel de los Reyes Gómez el dominio del subsuelo y la propiedad de los petróleos y derivados que se encuentren en dicho terreno en virtud de haberse desprendido el Estado del derecho de dominio con anterioridad a la época en que la Nación hizo reserva legal del subsuelo, por lo que éste y la superficie y los petróleos y derivados que allí se encuentren, pasaron al dominio de personas naturales y por sucesivas transmisiones al doctor Manotas Wilches y a los señores Reyes Gómez y otros condueños, y,

"TERCERO.—Declárase como consecuencia de lo anterior que la Nación carece de todo derecho para aceptar, como lo hizo en Resolución fechada el 13 de junio de 1944, que corre publicada en el Diario Oficial número 25.593 de 14 de julio de 1944 la Propuesta de contrato para explorar con taladro y explotar el petróleo de propiedad nacional formulada por el señor Bouwe Dykstra, en su carácter de Gerente Primer Suplente de la Compañía de Petróleos 'La Esmeralda de Colombia', registrada en el libro respectivo bajo el número 134 y referente a un globo de terreno de cuarenta y nueve mil trescientas cuarenta y cinco (49.345) hectáreas de extensión ubicado en jurisdicción de los Municipios de Campo de la Cruz, Repelón, Manatí y Candelaria, Departamento del Atlántico, según linderos dentro de los cuales se halla comprendido el terreno denominado Punta Polonia".

El análisis de las pruebas allegadas al proceso en la primera instancia y las conclusiones que sirven de base al fallo transcrito, dicen textualmente:

"Los demandantes dentro del término de pruebas solicitaron las siguientes, las cuales obran en el proceso:

"Ejemplar del Diario Oficial número 25.593 de 14 de julio de 1944, debidamente autenticado; diligencia de inspección ocular practicada por este Tribunal en la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla en el Tomo VIII del protocolo correspondiente al mes de julio de 1924, en el cual se protocolizó a petición de Manuel R. Calderón y bajo el número 1067 el título de cuatro caballerías de tierras de "Punta Polonia". Esos títulos consisten en dos hojas escritas que contienen un auto proferido por el Juzgado de la Provincia de Sabanalarga el día 31 de enero de 1868, aprobado por sentencia de 22 de abril del mismo año, proferida por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Bolívar, en el cual se reconoció como dueños de las tierras de "Punta Polonia", a los señores Nicolás, Raafel, Avelino, Isidora, Juana de Dios, Manuel, Isabel y Fabio Manotas; diligencia de inspección ocular practicada por este Tribunal en el terreno

materia del litigio y dictamen de los peritos sobre la dicha inspección; certificado número 201 del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Sabanalarga de 10 de diciembre del año pasado; copia de las escrituras públicas números 50 de 12 de abril de 1878 expedida por la Notaría Primera de este Circuito; copia de la escritura número 1067 de 19 de julio de 1924 expedida por la Notaría Primera de este mismo Circuito; segunda copia de la escritura pública número 153 de 3 de diciembre de 1906 de la Notaría de Sabanalarga; segunda copia de la escritura número 1462 de 28 de noviembre de 1914 de la Notaría Primera de Barranquilla, contentiva de la hijuela del doctor Edgardo Manotas como heredero del doctor Manuel S. Manotas.

"Los demandantes derivan el derecho que alegan de la relación que hace la escritura pública número 50 que obra en autos otorgada ante la Notaría Primera de la ciudad de Barranquilla, el 12 de abril de 1878 y que contiene la protocolización de unos documentos que prueban la propiedad de las tierras llamadas 'Punta Polonia'. Esta protocolización se hizo a instancia del señor Nicolás Manotas por conducto del Juez de la Provincia de Barranquilla, Clemente Salazar Mesuta.

"De los documentos protocolizados consta que por escritura de venta otorgada por don Andrés de Madariaga, vecino de la ciudad de Cartagena de las Indias, vendió a doña Jacinta de Santiago por ante el señor Capitán a Guerra y Justicia Mayor don Jacinto Roque Polo del Aguila y Canencia en el sitio de Soledad, a primero de julio de 1754 varios bienes entre los cuales figura el inmueble motivo de este debate.

"De los citados documentos consta también, que por escritura pública otorgada el 20 de febrero de 1854 ante el Notario Público de la Villa de Sabanalarga, José Domingo Valera vendió a Rafael, Fabio, Juana de Dios, Isidora, Salomé, Nicolás, Andrés Avelino, Isabel y Manuel Manotas las precitadas tierras.

"Aparece también en autos que por sentencia dictada por el Juez de la Provincia de Sabanalarga, con fecha 31 de enero de 1868 y aprobada por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Cartagena, por sentencia fechada el 22 de abril del mismo año con asistencia del Agente del Ministerio Público, se declaró que las cuatro caballerías de tierras nombradas 'Punta Polonia', pertenecen a las personas anteriormente citadas.

"Estas sentencias, como se desprende de la inspección ocular practicada en la Notaría Primera de este Circuito, fueron protocolizadas en el Tomo VIII del protocolo correspondiente al mes de julio de 1924, obrante en la página 124 y bajo el número 1067 la protocolización hecha por el señor Manuel Calderón R. de los títulos de cuatro caballerías en las tierras de 'Punta Polonia'. Esa protocolización fue hecha con base en dos hojas escritas presentadas en copias debidamente autenticadas de las providencias emanadas del Juzgado de Sabanalarga y del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Bolívar.

"En la misma diligencia de inspección ocular se hizo constar que los documentos protocolizados de que se viene hablando aparecen escritos en papel correspondiente al año de 1876.

"Se desprende de la escritura pública número 1067 de que se ha hecho mención antes, que el terreno motivo de esta litis fue declarado por las citadas sentencias de 31 de enero de 1868 y 22 de abril del mismo año como de propiedad de los señores Nicolás, Rafael, Avelino, Isabel, Isidora, Juana de Dios, Manuel y Fabio.

"Con la inspección ocular practicada por el Tribunal y del informe rendido por los expertos, se deduce que el citado terreno fue identificado en sus linderos correspondientes a los que se citan en las referidas sentencias de 1868.

"Aparece probado también que las susodichas tierras de 'Punta Polonia' hacen parte de la Propuesta de contrato formulada por el señor Bouwe Dykstra para explorar con taladro y explotar el petróleo de propiedad nacional aceptada por el Gobierno Nacional en Resolución de fecha 13 de junio de 1944.

"De lo dicho se colige el derecho que le cabe a los demandantes sobre las cuatro caballerías de tierra denominada 'Punta Polonia', puesto que la propiedad sobre ellas fue reconocida a favor de sus antecesores antes del año de 1873, en que se hizo la reserva del dominio del subsuelo a favor del Estado Colombiano.

"Está acreditado también en autos que los demandantes a través de sus antecesores, han venido explotando económicamente las citadas tierras con ocupación de ganados y cultivándolas en una y en otra forma".

Esta sentencia fue apelada oportunamente por el señor Fiscal Segundo del Tribunal, y recibidos los autos en esta Corte, es el caso de entrar a proferir el fallo definitivo, comoquiera que se hallan cumplidas todas las ritualidades de la alzada.

Fundamentos de la apelación

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato de bien probado, fija como puntos vulnerables del fallo de primera instancia, los que se pasan a relacionar:

a) La acción aparece mal intentada porque los actores "hablan y piden a nombre ajeno sin que hubieran cumplido con la obligación legal de probar la facultad para representar a esas personas (los demás condueños de "Punta Polonia"), en cuyo nombre hablan (artículo 231 del C. J.); porque aún en la hipótesis de que pudieran intentar la acción a nombre de la comunidad no probaron su calidad de comuneros y porque en todo el curso del juicio ni siquiera se mencionó el nombre de esas personas en cuyo nombre actuaron". Pide, pues, se declaren las excepciones "ineptitud sustantiva" y petición de modo indebido.

b) La llamada cuestión de fondo se hace consistir en que, de acuerdo con los títulos acompañados a las demandas y en el término probatorio, surge la sospecha de que los terrenos llamados de "Punta Polonia" y "Punta Polonia Viejo", son distintos entre sí, sospecha que viene a convertirse en una verdad reconocida por el demandante doctor Manotas Wilches, cuando en su respuesta a las excepciones propuestas por el Fiscal en la primera instancia, dijo: "Como salta a la vista, 'Punta Polonia' y 'Punta Polonia Viejo' o 'Aguada de Pablo' son globos colindantes en el punto denominado 'Arroyo de Papayo', pero absolutamente independientes el uno del otro".

En torno a este aserto, extraído del análisis de cada uno de los títulos que obran en el proceso, el señor Procurador sienta estas conclusiones:

"La primera porción de las once caballerías compradas por doña Jacinta de Santiago a don Andrés de Madariaga en 1754, puede ser lo que hoy se llama 'Punta Polonia Viejo'. Y lo que actualmente se conoce como 'Punta de Polonia' puede corresponder a la cuarta de las porciones dichas. 'Punta Polonia Viejo' quizás se compuso originalmente de 4 caballerías; 'Punta de Polonia' se compuso originalmente de 3 caballerías, 5 anegas y 3½ almudes.

"Lo que Varela les vendió a los Manotas en 1854 posiblemente fueron derechos sobre las tierras hoy conocidas como 'Punta Polonia Viejo'. La sentencia de 1868, dejando a salvo su ningún valor como prueba del dominio del subsuelo, no pudo referirse a las tierras de 'Punta de Polonia' porque en ella se habla de 4 caballerías y no de 3, que era la cabida de las así llamadas. En todos los documentos subsiguientes, siempre se habla de 4 caballerías y no de 3. La escritura de 6 de julio de 1899 (ordinal G), se refiere ya en forma clara a 'Punta Polonia Viejo' y no a 'Punta de Polonia'.

"El doctor Manuel S. Manotas, inmediato antecesor del doctor Edgardo Manotas Wilches había adquirido: una tercera parte de una acción en 'Punta Polonia Viejo' (ordinal H) y una acción en 'Punta de Polonia' (ordinal I).

"Los señores de los Reyes Gómez no son comuneros ni tienen ningún derecho sobre el terreno 'Punta de Polonia', pues lo que ellos adquirieron quizás fueron unos derechos hereditarios sobre los terrenos de 'Punta Polonia Viejo' (ordinal J).

"Después de un análisis laborioso de todos los documentos, se llega a la conclusión de que, con los elementos aducidos al presente juicio, no es posible saber quiénes sean los comuneros de uno y otro terrenos, pues no hay manera de precisar quién representaría los derechos que pudieran tener Isidora, Nicolás, Isabel Manotas, Carmen Manotas, Nicanor Manotas y Nicolás Manotas, hijo del caballero del mismo nombre.

"La forma dubitativa usada en las anteriores conclusiones la impone el resultado del análisis hecho y está demostrado cómo, sobre tales pruebas, no es posible afirmar que se haya demostrado la existencia de una comunidad cierta sobre un terreno determinado ni que pueda sobre ellas fundarse una declaratoria especial de dominio del subsuelo".

c) En el ordinal c) de lo que el señor Procurador denomina cuestión de fondo, trata este alto funcionario lo referente a la sentencia de 31 de enero de 1868, de la cual hacen derivar los actores primordialmente sus derechos a la propiedad del subsuelo de los terrenos de la comunidad de "Punta de Polonia".

Observa el recurrente que si de un lado durante la República Federal el reconocimiento del derecho privado quedó adscrito a los Estados Soberanos, de otro, en tratándose de las relaciones de derecho público, como ocurre en la materia de este litigio, la competencia correspondía al Gobierno Nacional como representante de la soberanía eminente del Estado.

Como resultado de aquel régimen constitucional señala por vía de ejemplo lo dispuesto en el artículo 4º de la ley de 10 de octubre de 1867, sobre adjudicación de terrenos declarados como baldíos, la cual sólo podía obtenerse del Gobierno Nacional.

Anota luego que la ley de 10 de octubre de 1867 del Estado Soberano de Bolívar fue dictada con el fin exclusivo de arbitrar fondos con destino a la educación pública, como lo indica su encabezamiento, esto es, que se trata de una ley de estricto carácter fiscal.

Después de analizar el sentido y alcance de las leyes fiscales, pasa a examinar las disposiciones de los artículos 4º, 6º y 5º de la ley de 10 de octubre citada, y de ello saca esta deducción:

"Lo que acontece convence definitivamente de

que la ley de 10 de octubre de 1867 y las sentencias con base en ella dictadas, nunca tuvieron ni pueden tener ahora, el alcance que se pretende darles, o sea, el de ser actos jurídicos eficaces para hacer salir del dominio del Estado tierras que antes no hubieran salido por otro medio apto para tal fin. Con dicha ley y con tales sentencias, sólo se quiso precisar una situación de hecho —la posesión de buena fe— para fines fiscales exclusivamente. Y las sentencias de 1868 no pueden oponerse hoy con el carácter de cosa juzgada a la Nación, porque:

"No se ha demostrado que la acción iniciada en 1868 tenga el mismo objeto de la actual; no se fundan en las mismas causas, ya que en aquélla de lo que se trataba era únicamente de la *posesión de buena fe* y ahora, del dominio del subsuelo; no hay identidad jurídica entre los litigantes, toda vez que en el procedimiento seguido en 1868, la Nación no actuó como parte, no fue ella la demandada ni contra ella se hizo declaración alguna, pues la intervención del Ministerio Público sólo fue en ejercicio de la función de defensor de los intereses generales de la ley, que es distinta de la función de representante judicial de la Nación, como persona jurídica".

Pruebas de la segunda instancia

Dentro del término probatorio de esta alzada, la parte demandante presentó las pruebas que se pasan a mencionar:

I. Copia autenticada, expedida por la Dirección del Archivo de la Gobernación del Departamento de Bolívar, de la ley de 10 de octubre de 1867.

II. Tercera copia, debidamente registrada, de la escritura número 79 de 3 de julio de 1911, de la Notaría de Sabanalarga, mediante la cual Celso Solano Manotas, apoderado general de Francisco de P. Manotas, vende al doctor Manuel S. Manotas "los derechos que el poderdante señor Francisco de P. Manotas reconoce en los terrenos denominados 'Punta de Polonia', y que tiene los siguientes linderos: 'Loma de los Mamones, un jobo a veras del camino de Ambrosio, Guayacán del Codo, en el camino viejo de San Benito, Ciénaga de Codorniz, Playón de Puercos, Ciénaga de Salitral o Arenal, Punta Grande, Cerrito de Papayo y Loma de los Mamones' ".

III. Copia registrada de la escritura número 153 de 3 de diciembre de 1906, otorgada ante el Notario de Sabanalarga, por medio de la cual Manuel Manotas vende al doctor Manuel S. Manotas "una acción de las nueve en que está dividido el terreno denominado 'Punta de Polonia', situado en la jurisdicción de este Distrito". Este título no trae alinderación de los terrenos en que radican los derechos dados en venta.

IV. Tercera copia registrada de la escritura número 80, de fecha 6 de julio de 1899, otorgada ante el Notario de Sabanalarga, en la cual aparece que el señor Emigdio de los Reyes, en ejercicio del poder especial que le otorgara el doctor Avelino Manotas, da en venta a Manuel Manotas "la acción que reconoce su poderdante, equivalente a la novena parte de las cuatro caballerías de tierra de que consta el globo de tierra de las conocidas con el nombre de "Punta Polonia Viejo" situado en jurisdicción de esta Provincia de Sabanalarga, entre los caseríos de Aguada de Pablo y Rotinet, cuyos linderos constan en el título respectivo..., que esos terrenos los posee en común con el comprador Manuel Manotas, doctor Manuel S. Manotas y señora Angelina Gómez de Manotas".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Excepciones perentorias

Ya por seguir el mismo orden adoptado por el apelante en su alegato final, ya también para obrar de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 343 del C. Judicial, debe la Sala hacer en primer término el estudio de las excepciones perentorias alegadas en dicho escrito, cuales son las de petición de modo indebido y de inepta demanda, sustentadas en los siguientes términos:

"a) En parte alguna aparece demostrado en forma plena y completa, con la prueba pertinente y única por tratarse de bienes raíces, que actualmente exista comunidad de ninguna clase en los terrenos de que se trata y, menos aún, hay prueba de que los demandantes tengan derecho de propiedad en común sobre el terreno deslindado en las demandas".

De esta afirmación deduce el señor Procurador Delegado que en el juicio se desconoce por completo quiénes son titulares del condominio en los terrenos de la litis; los demandantes, pues, han incoado una acción asumiendo la representación de personas inciertas, y, en consecuencia, la sentencia recurrida hace una declaración de dominio en favor de personas desconocidas, pese a que tal declaración se haga de modo especial para los tres demandantes como si quisiese expresar que unos comuneros son más dueños que los demás.

La Sala, después del estudio detenido que ha hecho de los títulos presentados por el doctor Manotas Wilches y los señores de los Reyes Gómez, ha llegado a una conclusión muy distinta de la del apelante.

En efecto, en el hecho 7º de la demanda del doctor Manotas Wilches éste expresa que es "copropietario" en el globo de "Punta de Polonia" por ser uno de los herederos del doctor Manuel S. Manotas, "según consta en la hijuela respectiva de su juicio de sucesión, protocolizado de conformidad con la escritura pública número 1462, de la Notaría Primera de este Circuito (Barranquilla)), de 28 de noviembre de 1914.

Esta hijuela obra al folio 6 del cuaderno número 8 y en ella aparece que en la diligencia de partición de los bienes de la sucesión del doctor Manuel S. Manotas, aprobada por sentencia de 19 de noviembre de 1914 proferida por el Juez 2º del Circuito de Barranquilla, se le adjudicó al heredero Edgardo Manotas Wilches, entre otros bienes, el siguiente:

"Una onceava parte de cinco acciones y ocho centésimos de acción de las nueve en que está dividido el globo de terreno conocido con el nombre de Punta de Polonia, ubicado en jurisdicción del Distrito de Manatí, Provincia de Sabanalarga, y cuyos linderos son: "Loma de los Mamones, un hobo o jobo, veras del camino de Ambrosio, Guayacán del Codo en el camino viejo de San Benito, Ciénaga de Codorniz, Playa de Puercos, Ciénaga de Salitral o Arenal, Cerrito de Papaya, Playa de los Mamones".

Con este título queda para la Sala fehacientemente demostrada la calidad de comunero de este demandante en el inmueble denominado de "Punta Polonia".

En cuanto a los demandantes Manuel y Pedro de los Reyes Gómez, obra en autos la escritura número 213 de la Notaría Unica del Circuito de Sabanalarga, de fecha 4 de abril de 1925, según la cual los señores nombrados y Francisco de los Reyes Gómez compraron a Lisandro, Aristides y Rafael Manotas y Rosalvina Manotas de Movilla "los derechos herenciales que como herederos legítimos de sus finados padres Rafael Manotas y Angelina Gómez de Manotas reconocen sobre once fanegadas, un almud, treinta y tres varas y un pie de terreno del globo conocido con el nombre de "Punta de Polonia Viejo" que su dicho finado padre adquirió por compra en almoneda pública de la parte que la señora doña Salomé Manotas de Moreno vendió con permiso de su legítimo esposo señor Teodosio Moreno, al señor Milesio Mendoza, de la cual forma parte la que hoy ceden los infrascritos o exponentes...".

De autos aparece ampliamente demostrado que los globos de tierra denominados "Punta de Polonia" y "Punta de Polonia Viejo" son distintos entre sí, cada uno aparece con su alinderación propia, resultando ser limítrofes en el punto denominado Cerro de Papayo.

Mas si se examinan con el debido detenimiento los títulos que constituyen la tradición de los derechos territoriales adquiridos por los señores de los Reyes Gómez, se llega a la conclusión de que tales derechos no radican en el globo de "Punta de Polonia Viejo", sino en el de Punta Polonia o Punta de Polonia.

Como ya se vio, los vendedores en la escritura que se acaba de citar, indican que los derechos enajenados fueron adquiridos por su legítimo padre Rafael Manotas en pública almoneda "de la parte que la señora Salomé Manotas de Moreno" vendió a Milesio Mendoza.

Dentro de los documentos protocolizados por Nicolás Manotas en la escritura número 50 de 12 de abril de 1878 en la Notaría Primera de Barranquilla (folio 2 del cuaderno número 8), figuran los siguientes:

La escritura número 12 de 8 de agosto de 1869 pasada en la Notaría de la Provincia de Sabanalarga, por la cual Milesio Mendoza vende a Rafael Manotas "once fanegas, un almud, treinta y tres varas cuadradas i un pie de tierra que de su propiedad posee en las denominadas 'Punta Polonia', en la jurisdicción de este distrito adquiridas por compra que de ellas hizo a la señora Salomé Manotas de Moreno según aparece de la escritura otorgada a su favor por dicha señora el día siete de octubre del año de mil ochocientos sesenta y cuatro...".

Al folio 10 de la copia de la escritura número 50 de que se viene hablando, aparece una certificación del Secretario del Juzgado 2º del Distrito de Sabanalarga, fechada el 20 de octubre de 1868, en la cual consta que en diligencia de remate efectuada por el Juez Segundo del Distrito de Sabanalarga el 23 de marzo de 1868, solicitada por Milesio Mendoza para vender en pública almoneda "once fanegas, un almud, treinta y tres varas cuadradas y un pie de tierra que los menores Francisco de B., Eladio José, Herminia de la Encarnación, Milesio Antonio y Manuela Ernestina Mendoza poseen en las nombradas "Punta Polonia", se adjudicó a Rafael Manotas como único postor el bien objeto de dicho remate.

La escritura número 21 de 7 de octubre de 1864, corrida en la Notaría de Sabanalarga, por la cual Salomé Manotas de Moreno, con asentimiento de su esposo Teodosio Moreno, vende a Milesio Mendoza "una acción de tierras en las denominadas 'Punta de Polonia', que la expresada acción de tierras le corresponde en propiedad y posesión proindiviso,

con los herederos de su finado padre señor Manuel Manotas, como lo acredita la escritura que en veinte de febrero del año de mil ochocientos cincuenta y cuatro fue otorgada por el vendedor señor José Domingo Varela a favor de la otorgante y demás expresados...".

Por último, al folio 6 del mismo cuaderno número 8, obra la escritura de 20 de febrero de 1854 que se acaba de citar, por la cual José Domingo Valera, en su condición de patrono de una Capellanía de Legos y a virtud de licencia judicial obtenida al efecto, dio en venta real "a los señorés arriba mencionados, esto es, Rafael, Fabio, Juana de Dios, Salomé, Isidora, Nicolás, Andrés Avelino, Isabel i Manuel Manotas, herederos del finado señor Manuel Manotas, i los cuales poseen actualmente dichas tierras como inquilinos... i transfiere a sus compradores i a sus herederos i sucesores, la acción que tiene sobre las cuatro caballerías de tierras en las denominadas 'Punta Polonia', las cuales le pertenecen por haber sido patrono de ellas..., pues desde hoi queda estinguida dicha capellanía i como tal se las vende con todas sus entradas y salidas..."

Conforme a esta cadena de transmisiones de dominio, queda suficientemente claro que no obstante haberse designado en la escritura número 213 de que se ha hablado con el nombre de "Punta de Polonia Viejo" las tierras sobre las cuales radican los derechos herenciales adquiridos por los señores de los Reyes Gómez, de Lisandro, Aristides y Rafael Manotas y Rosalvina Manotas de Movilla, en realidad la transferencia en este último extremo sólo podía referirse a los terrenos de "Punta de Polonia", toda vez que la propiedad de "Punta de Polonia Viejo" procede de un título distinto, como hubo de comprobarse ampliamente en la articulación a que dio origen la excepción de pleito pendiente promovida en este mismo juicio por el Fiscal Segundo del Tribunal de Barranquilla, de que trata el cuaderno número 2.

Con lo cual queda dicho que los señores de los Reyes Gómez son también titulares de derechos de propiedad sobre el globo indiviso de "Punta de Polonia" a que se contrae esta litis.

Probado, pues, que sí existe una situación de condominio en el globo de "Punta de Polonia", se desprende de ello lógicamente que uno cualquiera de los comuneros en él puede ejercitar toda acción tendiente a la conservación del dominio en dicha Comunidad, entendiéndose que el resultado favorable que de ella se desprenda aprovecha por igual a cada uno de los condueños.

Así lo considera la Sala apoyándose en la abundante jurisprudencia relativa a la representación del comunero en las acciones conservatorias de que se ha hablado, bastando en este caso citar la doctrina sentada por esta Sala en fallo de 13 de febrero de 1946 (G. J., números 2029-2030-2031, página 282) que reza así:

"En efecto: si se parte del supuesto de que no se halla legalmente comprobada la existencia de un Administrador de la Comunidad, conduce la lógica a admitir que la gestión de cualquiera de los comuneros aprovecha a la comunidad cuando se trata precisamente de la conservación de la propiedad y posesión del bien respectivo.

"El comunero tiene, en efecto, interés legítimo en tal representación ya que el reconocimiento de su derecho como comunero presupone el necesario reconocimiento de la propiedad privada sobre el bien respectivo en forma de condominio.

"Si no hay Administrador de la Comunidad es natural admitir desde luego que el interés propio del comunero mismo le da legítima personería para la defensa del bien común (compárese artículo 22, Ley 95 de 1890)".

Lo dicho hasta aquí demuestra superabundantemente que las excepciones perentorias opuestas a la legitimación en causa por parte de los demandantes Manotas Wilches y de los Reyes Gómez en el presente juicio no tienen fundamento jurídico alguno.

DETERMINACION E IDENTIFICACION DEL INMUEBLE

Definido así lo referente a la personería sustantiva de los demandantes en la presente litis, importa ahora dilucidar lo referente a la identificación del globo de "Punta de Polonia" tantas veces citado, con vista en la diligencia de inspección ocular verificada por el Tribunal *a quo*, ya que es ésta la prueba de mayor eficacia para establecer la identidad del predio y la exactitud de los títulos de propiedad señalados como fuentes del derecho demandado.

Tal diligencia se cumplió el 17 de abril de 1946 con intervención de los peritos Víctor Camargo Martelo y Carlos Guillermo Vargas. En el acta respectiva se expresa que el personal de la diligencia hizo el recorrido de la alinderación del terreno de Punta de Polonia, indicada en la demanda. Dice, en efecto tal diligencia: "...se comenzó a hacer el recorrido del nombrado terreno 'Punta de Polonia' para ver de identificar los lugares nombrados como linderos en el punto inserto de la demanda, los que fueron encontrados siguiendo las indicaciones de la demanda, y de los puntos señalados en el plano dicho...". (Se refiere al plano del Departamento del

Atlántico elaborado por el Instituto Geográfico Militar y Catastral agregado al cuaderno Nº 9).

Dictamen pericial. — Los peritos declaran primero que para la determinación tanto de las tierras de Punta de Polonia como del área de la propuesta de la Compañía de Petróleos "La Esmeralda de Colombia", les prestó eficaz ayuda el plano del Departamento del Atlántico de que atrás se hizo mención, ya que la mayor parte de los sitios que se citan como linderos de las tierras de la controversia se encuentran señalados en dicho plano, tal como fueron reconocidos en la inspección ocular. De todo ello concluyen que: "El inmueble rural denominado 'Punta Polonia', de conformidad con los puntos que constituyen sus linderos y que hemos determinado, se encuentra comprendido dentro de la propuesta de contrato de la Compañía de Petróleos 'La Esmeralda de Colombia' ".

No obstante que la Sala echa de menos en esta prueba una mayor amplitud en los fundamentos del dictamen pericial, estima que de ella sí se establece el hecho fundamental de la individualización de la propiedad raíz que constituye la comunidad de "Punta de Polonia". Los puntos de la alinderación de estas tierras según la demanda, la cual concuerda en todas sus partes con la expresada en las sentencias traídas como fuente del derecho incoado en aquélla, fueron recorridos e identificados en su totalidad, sin que hubiese surgido en ello la menor duda o discordancia. El polígono de dichas tierras pudo ser trazado sin dificultad por los expertos sobre el mapa del Departamento del Atlántico, levantado por el Instituto Geográfico Militar y Catastral, que obra en autos. Tampoco hubo dificultad alguna en comprobar la superposición del área de la propuesta mencionada sobre el globo comunal de "Punta de Polonia".

TITULO EMANADO DEL ESTADO

Como tal ha sido traída al proceso la escritura número 1067 de 19 de julio de 1924, por medio de la cual se protocolizaron en la Notaría Primera de Barranquilla las sentencias de primera y segunda instancias proferidas por el Juez de la Provincia de Sabanalarga y por el Tribunal Superior de Justicia del Estado Soberano de Bolívar, fechadas la primera en Sabanalarga el 31 de enero de 1868 y la segunda en Cartagena el 22 de abril del mismo año. Dichas sentencias producidas durante la vigencia de la Ley de 10 de octubre de 1867, dicen en su parte resolutiva, lo que se transcribe:

"Por tanto — dice la primera — administrando justicia en nombre del Estado i por autoridad de la lei, se declara que las cuatro caballerías de tierras nombradas 'Punta Polonia', i que tienen por linderos principales 'la loma de los mamones', un jobo que está a veras del caño de Ambrosio, Guayacán del codo en el camino viejo de San Benito, Ciénaga de codorniz, Playón de puercos, Ciénaga de Salitral o Arenal, Punta grande, Cerrito de Papayo i 'loma de los mamones' son apropiadas, i 2º que los señores Nicolás, Rafael, Avelino, Isabel, Isidora, Juana de Dios, Manuel i Fabio Manotas, son dueños actuales de dichas tierras...".

La segunda reza así:

"Visto el juicio de apropiación de las tierras de 'Punta Polonia' promovido por los señores Nicolás, Rafael i Avelino Manotas por sí i a nombre de sus legítimos hermanos Manuel, Fabio, Isabel, Isidora i Juana de Dios Manotas, traído a esta superioridad en consulta de la sentencia dictada por el señor Juez de la provincia de Sabanalarga, i resultando que dicha sentencia no es sino el legítimo resultado de la actuación, por encontrarse arreglada en todos sus puntos, el Tribunal superior administrando justicia en nombre del Estado i por autoridad de la lei, aprueba el auto dictado por el señor Juez de la provincia de Sabanalarga el treinta i uno de enero del presente año en el cual declara que las mencionadas tierras son apropiadas i además que los señores Nicolás, Rafael, Avelino, Isidora, Juana de Dios, Manuel, Isabel i Fabio Manotas son sus actuales dueños...".

Como se expresó anteriormente, el señor Procurador Delegado observa que a estos fallos no se les puede atribuír el carácter de título emanado del Estado con la finalidad pretendida en la demanda, esto es, para fundamentar en ellos la declaratoria de propiedad particular del subsuelo y de los petróleos comprendidos dentro del área de los terrenos de Punta de Polonia, ya que el verdadero alcance de la ley de 10 de octubre de 1867 fue de estricto carácter fiscal, como lo indica el encabezamiento puesto en ella, o sea, el de "establecer rentas para el sostenimiento de la instrucción pública".

Anota también en defensa de tal punto de vista, que si bien en los considerandos del fallo de primer grado dictado por el Juez de la Provincia de Sabanalarga se expresa que en el juicio respectivo fue citado el Agente del Ministerio Público, ello obedeció primordialmente a la función de defensor de los intereses generales que le competía, y en ningún caso cabe estimar que esa intervención signifique que la Nación compareció en aquel proceso en calidad de demandada.

De otra parte, también alega el representante del Estado, no se ha demostrado en este juicio que la acción incoada en 1868 tuviera por objeto una de-

claración idéntica a la que hoy se persigue, toda vez que "en aquélla de lo que se trataba era únicamente de la posesión de buena fe y ahora, del dominio del subsuelo".

De ello concluye el apelante que desde ningún punto de vista se pueden oponer los expresados fallos de 1868 con el carácter de cosa juzgada contra la Nación.

Se considera:

La Corte ha reconocido toda validez para demostrar la propiedad privada del suelo y de los petróleos existentes en el respectivo subsuelo, como declaración plena del reconocimiento por parte del Estado de esa propiedad, las sentencias que hubieron de proferir los órganos judiciales de los Estados de la antigua República Federal en orden a deslindar la propiedad de la Nación de la de los particulares, tal como se contempla en el caso de las aducidas en este juicio, dictadas en desarrollo de la ley local de 10 de octubre de 1867, del Estado Soberano de Bolívar.

Así hubo de declararlo en el sigiente aparte del fallo de 18 de agosto de 1949 (G. J. números 2077, 2078, página 830), donde se hace la valoración de las pruebas presentadas por el Municipio de Polonuevo en la oposición que éste formuló contra la propuesta de contrato para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional, marcada con el número 105. Dijo en esa oportunidad esta Sala:

"...En efecto, en este caso de títulos perfectos que tienen carácter de emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, principalmente si se tiene en cuenta que hoy sería improcedente no reconocerle valor al fallo judicial de 1868, por el cual se declaró que las TIERRAS DE POLONUEVO *eran apropiadas*, o sea de propiedad particular. Tuviera o no el Estado Soberano de Bolívar poder para dictar la ley de 10 de octubre de 1867 y ya para entonces se había derogado la ley nacional número 70 de 4 de julio de 1866, que permitía a los Estados expedir leyes encaminadas a deslindar la propiedad nacional de la de los particulares, es lo cierto que con base en aquella ley local se pronunció el fallo de 1868, y es también evidente que la segunda instancia se surtió con audiencia del señor Procurador General de la Unión, según la ley de los Estados Unidos de Colombia número 17 de 20 de abril de 1865...".

No puede pues remitirse a duda la eficacia de la prueba constituída por las sentencias del Juez de la Provincia de Sabanalarga y del Tribunal Superior de Justicia del Estado Soberano de Bolívar, para demostrar el reconocimiento por parte del Estado, hecho por medio del órgano institucionalmente establecido para hacerlo, de la propiedad particular de las tierras comunales de "Punta de Polonia". Aquellos fallos según se desprende de la transcripción anterior, protocolizados y registrados conforme a la ley civil, constituyen un verdadero título de propiedad ya sobre la superficie de las tierras por aquéllos amparadas, ya también sobre los petróleos y derivados que en él existan.

Resta a la Sala sólo una breve referencia a las dudas de que habla el señor Procurador Delegado en lo Civil, referentes a la radicación de los derechos o cuotas que fueron objeto de las diferentes transmisiones de propiedad de que hablan los títulos traídos en diferentes oportunidades al presente debate, con base en el hecho, incontrovertible desde luego, de que los globos de tierra denominados "Punta de Polonia Viejo" y "Punta de Polonia", son distintos e independientes entre sí. En efecto, cada cual tiene alinderación diferente, a excepción del lindero indicado con el nombre de "Cerro de Papayo", que viene a separarlos.

Pero es conveniente también anotar que la individualización de esas dos propiedades no surge sólo de la diferencia existente en los límites que las circundan, sino también por su cabida y su titulación. "Punta de Polonia Viejo", según aparece de los documentos que en copia obran en el cuaderno número 2 de este proceso, fue adquirido por Manuel Manotas Castañeda en remate efectuado el 16 de mayo de 1848 en la ciudad de Cartagena, con una cabida de ocho y media caballerías. No sobra aquí transcribir su alinderación:

"Camarí grande o Camajorú, punto que se encuentra en el camino real que pone en comunicación esta ciudad de Sabanalarga, con la población de Manatí, a dos cabuyas de distancia de donde este camino se bifurca del que va al caserío de Aguada de Pablo; de este punto a Aguada de Pescadores o Aguada del Obispo y siguiendo por la corriente de esta Aguada hasta el punto en que ella desemboca en la Ciénaga de Ocho o Ciénaga de Guajaro; de aquí siguiendo en dirección sur, por toda la costa de la Ciénaga de Ocho o Ciénaga de Guajaro, hasta encontrar el punto conocido con el nombre de Chiquerito; de aquí en dirección Oeste sud-este, pasando por el punto en que Arroyo Papayo atraviesa el camino que del caserío de Aguada de Pablo conduce a la ciudad de Cartagena, hasta caño de Zajino o Zahíno; de aquí en dirección hasta Ceibitas Coloradas; de aquí en dirección noroeste y pasando por Cienagueta de Marave, a derramaderos de Andrés Marín o Martínez; de aquí siguiendo por el camino real que comunica al pueblo de Manatí con

la ciudad de Sabanalarga, a Camarí o Camarojú, primer punto".

Con base en estos hechos demostrados, a simple vista se observa que si bien en las escrituras números 53 de 24 de abril de 1903 (venta de Manuel Manotas a Manuel S. Manotas) y 80 de 24 de febrero de 1928 (venta de Avelino Manotas a Manuel S. Manotas) se menciona con el nombre de "Punta de Polonia Viejo" el terreno sobre el cual radican los derechos objeto de estas transmisiones, y aunque en ellas no se da la correspondiente alinderación, sin embargo, tales títulos están refiriéndose al globo de tierras de "Punta de Polonia" y no a otro alguno, por estas circunstancias: a) La cabida que se expresa en tales títulos como correspondiente al globo al cual se vinculan los derechos o cuotas materia de esas enajenaciones, es de cuatro (4) caballerías y no de ocho (8); b) En el poder conferido por Avelino Manotas a Emigdio de los Reyes para el otorgamiento de la escritura número 80 ya citada, se designa con el nombre de "Punta de Polonia" el terreno correspondiente a la acción de tierra materia de la venta. Es en la primera declaración del otorgante donde se hace la transmutación del nombre de los terrenos, mencionándolos con el de "Punta de Polonia Viejo"; y c) Los dos títulos cuestionados se contraen a la venta de una misma cosa, comoquiera que Manuel Manotas vende a Manuel S. Manotas lo que el primero adquirió de Avelino Manotas.

Analizados así estos dos títulos, se establece claramente la circunstancia de que el uso del nombre de "Punta de Polonia Viejo" en los dos títulos premencionados no implica necesariamente que el bien que por medio de ellos se enajena radique en el globo que verdaderamente corresponde a ese nombre, sino en el de "Punta de Polonia" tantas veces mencionado.

CONCLUSIONES:

1ª No prosperan las excepciones perentorias alegadas en esta instancia por el Procurador Delegado, una vez que los actores sí acreditaron su carácter de comuneros en el globo de "Punta Polonia", materia de la demanda. No es dudoso, por tanto, su interés jurídico para impetrar como tales condueños, las declaraciones demandadas a favor de la misma comunidad.

2ª De autos aparece establecida, mediante la inspección ocular y el dictamen pericial correspondiente, la identificación del globo expresado, de acuerdo con los linderos dados en las demandas acumuladas, los cuales son los mismos de las sentencias proferidas por el Juez de la Provincia de Sabanalarga y por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Bolívar en el año de 1868.

3ª Con dicho título emanado del Estado se ha establecido también por los actuales comuneros de "Punta Polonia", doctor Edgardo Manotas Wilches y Manuel y Pedro de los Reyes Gómez, la propiedad particular del globo de que se trata y de los petróleos que se encuentren en él, al tenor de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 160 de 1936.

Resta observar que concretada la litis a las minas de petróleo objeto de la propuesta formulada por la Compañía de Petróleos "La Esmeralda de Colombia", no es posible hacer la declaración sobre la propiedad privada del subsuelo, tal como la hizo el fallo que se revisa, porque dentro de ese concepto general del subsuelo, podrían quedar incluídas cualesquiera otras minas existentes en él, y respecto de las cuales nada se ha debatido en este juicio. En tal sentido debe reformarse el fallo en cuestión.

Tampoco encuentra la Sala que deba hacerse la declaración *tercera* del libelo, sobre carencia de derecho por parte de la Nación para aceptar la propuesta de petróleos de que se trata, pues bien sabido es que de acuerdo con el artículo 30 de la Ley 37 de 1931, los contratos de exploración y explotación no vinculan jurídicamente a las partes, en caso de que un tercero demuestre tener derecho sobre el petróleo materia de tales contratos. Dicha declaración carece realmente de toda finalidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

Primero. — El globo conocido con el nombre de "Punta Polonia", compuesto de cuatro (4) caballerías, ubicado en la Provincia de Sabanalarga, Municipios de Repelón y Manatí, alinderado como se expresa en la demanda; así como el petróleo que se encuentre en él, son de propiedad privada de la Comunidad del mismo nombre —en la cual son copartícipes el doctor Edgardo Manotas Wilches y los señores Pedro y Manuel de los Reyes Gómez— por haber salido el globo expresado del patrimonio del Estado con anterioridad a la reserva legal del 28 de octubre de 1873.

Segundo.—No es el caso de hacer la declaración solicitada en el punto tercero.

Tercero.—Queda así reformada la sentencia recurrida.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Manuel Francisco Medina, Oficial Mayor.

SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO. — EL QUE CREE TENER DERECHO A IMPONERLA, DEBE DEMOSTRAR QUE TIENE DERECHO AL AGUA QUE HA DE CONDUCIRSE POR EL.

Tratándose de predios no riberanos, las aguas de uso público no pueden utilizarse sino con permiso del Gobierno, quien puede negarlo en determinadas circunstancias. (Decreto legislativo n. 1381 de 1940 y Decreto reglamentario n. 1382 del mismo año).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Germán Cavelier, en su propio nombre y en calidad de abogado inscrito, formuló demanda contra el Departamento de Cundinamarca ante el Tribunal Superior de Bogotá, encaminada a que se imponga servidumbre de acueducto sobre el predio denominado "El Rincón", de propiedad de dicho Departamento, ubicado en el Municipio de Tabio, y a favor del predio denominado "Simla" (antes "La Esmeralda"), de propiedad del demandante, ubicado también en el Municipio de Tabio.

Se alegaron los hechos que pasan a sintetizarse:

a) Por medio de la escritura número 2414 de 21 de agosto de 1940, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, el Departamento de Cundinamarca compró a Elvira Navarrete Rosales de García y a Julio A. García el terreno llamado "El Rincón", ubicado en el Municipio de Tabio y comprendidc por los siguientes linderos: "Por el oriente, con los terrenos de Telésforo Sánchez y propiedad de Isidoro Medina; por el norte, con propiedad de herederos de Epifanio Luque y Honorio García; por el occidente, con propiedad de los mismos herederos de Epifanio Luque y terreno de Rudesindo Nieto; y por el sur, con la hacienda de La Esmeralda, de María García de Nieto". (Hecho 1º).

b) De acuerdo con la escritura número 6321 de 24 de noviembre de 1950, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, el demandante compró a Jorge E. Cavelier y a Beatriz Gaviria de Cavelier el predio llamado "Simla", que entonces se denominaba "La Esmeralda", el cual se halla ubicado en el Municipio de Tabio, consta de una cabida aproximada de tres fanegadas y está determinado así: "Por el sur, con el camino que de Cajicá conduce a Riofrío, y por los otros tres costados, con tierras de Jorge E. Cavelier, que antes fueron de Rudesindo Nieto y de María García de Nieto" (hecho 3º).

c) Entre el predio "El Rincón" y el predio "Simla" se interpone en parte el predio llamado "El Escritorio", de propiedad de Jorge E. Cavelier (hecho 4º).

ch) En el predio "El Rincón", de propiedad del Departamento demandado, nace una fuente de agua que desciende por un cauce natural y pasa al predio inferior siguiente, que lo es el llamado "El Escritorio", de propiedad de Jorge E. Cavelier; fuente de agua que denominada de aquí en adelante "Quebrada del Rincón", sigue descendiendo naturalmente debido a la configuración topográfica del terreno al predio "La Virginia", propiedad que fue de María García de Nieto y Rudesindo Nieto, y desemboca finalmente en el río llamado "Riofrío" (hecho 2º).

d) El predio "Simla", de propiedad del demandante, "carece en absoluto de agua para atender a los menesteres domésticos, al riego de sementeras y a abrevaderos de animales" (hecho 5º).

e) El expresado predio "Simla" no tiene otra fuente de aprovisionamiento de agua distinta de la 'Quebrada del Rincón', de la cual se puede hacer descender hasta aquél, por medio de un acueducto hecho de tubos de acero, las aguas necesarias para los fines mencionados" (hecho 6º).

f) Las obras de captación se harán en la parte superior de la Quebrada del Rincón, dentro del predio de propiedad del Departamento; y el acueducto seguirá a través de este predio y de "El Escritorio", hasta llevar las aguas al fundo "Simla" (hechos 6º y 8º).

g) El demandante ha pactado con el señor Jorge E. Cavelier, propietario del predio "El Escritorio", la servidumbre voluntaria de acueducto; lo cual no ha sido posible lograr con el Departamento de Cundinamarca (hecho 7º).

El actor pidió que a su demanda se le diera el trámite especial previsto por los artículos 872 y siguientes del Código Judicial, y presentó como pruebas: copia de la escritura que lo acredita como dueño del predio "Simla"; un certificado del Re-

gistrador de Instrumentos Públicos y Privados de Zipaquirá, en el cual consta la tradición del expresado predio; y otro certificado de la misma Oficina de Registro, relacionado con la tradición de la finca "El Rincón".

Habiéndose opuesto a la anterior demanda el señor apoderado del Departamento de Cundinamarca, doctor Mario González Manrique, a quien el señor Gobernador designó para que representara a dicha entidad dentro del juicio, éste se abrió a pruebas y se practicó una inspección ocular con intervención de peritos (fs. 10 v. a 14 del cuaderno Nº 2).

De esta suerte, limitadas las pruebas del proceso a las presentadas con la demanda y a la inspección aludida, el Tribunal falló el asunto por sentencia de fecha diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, en sentido desfavorable a la parte actora; sentencia en la cual, a manera de fundamentación, se expresó lo siguiente:

"Siendo la servidumbre predial una limitación del dominio de un predio en favor de otro de distinto dueño, la acción real que se proponga en demanda del implantamiento de un gravamen de esa especie, debe dirigirse contra el dueño del predio que pretende gravarse. Esto, por cuanto los juicios sobre servidumbre han de ventilarse entre los dueños de los respectivos predios dominante y sirviente.

"En este concepto, al actor de esta clase de juicios le incumbe demostrar no sólo que es dueño del predio en cuyo favor demanda el establecimiento del gravamen a que aspira, sino que el demandado es dueño de la heredad que ha de quedar sometida a la servidumbre. Y para acreditarlo, es necesaria la presentación de los respectivos títulos de adquisición, que no son otros que las escrituras públicas en que consten los actos de transferencia del dominio, como que es por ese medio que se acredita la propiedad de los inmuebles.

"Como uno de los fundamentos de su acción, el demandante trajo a los autos, con la demanda, copia de la escritura pública, debidamente registrada, por medio de la cual el doctor Jorge E. Cavelier y la señora Beatriz Gaviria de Cavelier le vendieron el predio denominado 'Simla', antes 'La Esmeralda'.

"En cambio, para comprobar el derecho de propiedad del Departamento de Cundinamarca respecto del terreno denominado 'El Rincón', solamente presentó un certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Zipaquirá, en el cual se informa que por medio de la escritura pública allí citada, Elvira Navarrete Rosales de García y Julio A. García le vendieron el citado inmueble al Departamento.

"Como este certificado no es la prueba requerida por la ley para acreditar la propiedad del inmueble, y a lo sumo es un elemento complementario del título cuando tal complemento es necesario de acuerdo con el artículo 635 del C. J., resulta que uno de los presupuestos indispensables de la acción entablada, o sea, que el demandado es dueño del predio que pretende gravarse con la servidumbre de acueducto, no ha sido demostrado debidamente.

"Suponiendo que el demandado le haya dado su asentimiento al hecho de ser propietario del predio denominado 'El Rincón', no basta ese asentimiento sino que es necesario que se acompañe la respectiva escritura pública de propiedad del inmueble, porque el dominio de la finca raíz no se prueba con la confesión. Prueba que es tanto más necesaria, cuanto que el demandado se ha opuesto a la acción y le niega al demandante el derecho a obtener la declaración de que el predio de 'El Rincón' está sujeto a la servidumbre de acueducto".

En virtud de apelación interpuesta por el demandante contra la expresada sentencia, llegó el negocio a conocimiento de esta Sala de la Corte, donde ya ha recibido la tramitación de rigor.

En tales condiciones, se pasa a resolver lo que en derecho corresponda, para lo cual se considera:

Al sustentar su apelación ante la Corte, arguye el demandante que en el presente caso debe ser suficiente el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Zipaquirá, para probar la propiedad del Departamento de Cundinamarca sobre el predio 'El Rincón', pues a su juicio deben aplicarse a este respecto por analogía las disposiciones del Código Judicial sobre el juicio de expropiación, conforme a las cuales para la enajenación forzosa basta presentar con la respectiva demanda "un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos sobre la propiedad y libertad del inmueble".

Mas aunque se aceptara la tesis del recurrente, estima la Sala que en este asunto no se ha demostrado en ninguna forma el derecho del demandante para utilizar las aguas que pretende llevar a su finca llamada "Simla", no obstante ser éste un requisito indispensable para que pueda imponerse una servidumbre de acueducto, servidumbre que consiste "en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente, a expensas del interesado", según las voces del artículo 919 del Código Civil.

En este sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte ha dicho en sentencia de 4 de marzo de 1929:

"Quien cree tener derecho a establecer una ser-

vidumbre de acueducto, debe demostrar que tiene derecho al agua que ha de conducirse por él, porque de lo contrario se llegaría a establecer un gravamen sin objeto práctico. Y si bien es cierto que el uso y goce de los bienes de uso público pertenecen a todos los habitantes de la república, también lo es que en tratándose de las aguas el uso que concede la ley no es absoluto, sino que está limitado a los propietarios ribereños para cierto destino y servicio. De suerte que quien no sea dueño de finca riberana no puede aprovecharse de ella sacándola por canales con dirección a propiedades que no sean ribereñas". (GACETA JUDICIAL, Tomo XXXVII, pág. 444).

Finalmente, no sobra agregar que, tratándose de predios no riberanos, las aguas de uso público no pueden utilizarse sino con permiso del Gobierno, quien puede negarlo en determinadas circunstancias (Decreto Legislativo número 1381 de 1940 y Decreto Reglamentario número 1382 del mismo año).

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 juicio especial por el Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de fecha diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

No hay lugar a costas en el recurso, por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Luis Hernando Vargas, Secretario.



ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticinco de junio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En la demanda inicial del presente juicio ordinario, promovido contra el Departamento de Caldas y la Empresa del Ferrocarril de Caldas ante el Tribunal Superior de Manizales, solicitó el doctor Carlos Mejía Vieira, en calidad de apoderado del señor Eduardo Angel Escobar, que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que el Departamento, o el Ferrocarril, o ambos, deben y están en la obligación de pagar a mi poderdante Eduardo Angel Escobar, dentro del término que usted se servirá señalar, la suma de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400.00) moneda corriente, como valor, restitución o reconocimiento de la suma mayor que se le cobró por arrendamiento del local de la Estación del Ferrocarril de Pereira, de conformidad con los hechos;

"b) Que el Departamento, o la Empresa del Ferrocarril, o ambos, están en la obligación de pagar a mi poderdante, dentro del término que la sentencia señalará, la suma de cuarenta y un mil seiscientos pesos ($ 41.600.00) moneda corriente, como indemnización del lucro cesante proveniente de los hechos que ocasionaron el incumplimiento o infracción del contrato de arrendamiento por parte de la Empresa del Ferrocarril, de propiedad del Departamento de Caldas...;

"c) Que el Ferrocarril de Caldas, o el Departamento, o ambos, están obligados a pagar a mi poderdante, dentro de ese mismo tiempo, la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda corriente, por la indemnización de los perjuicios sufridos por éste con la infracción del contrato; y

"d) Que ambos o la entidad que resulte condenada, según las declaraciones judiciales que recaigan a los puntos anteriores, sean condenados en costas si se oponen temerariamente a esta acción".

En subsidio solicitó el demandante que las condenaciones se hicieran por las sumas que en el juicio se acreditaran.

Como fundamentos de la demanda, se adujeron los hechos que pasan a relacionarse:

1) El 24 de julio de 1943 el doctor Manuel Cuartas Londoño, como Gerente de la Empresa del Ferrocarril de Caldas, dió en arrendamiento al señor Eduardo Angel Escobar, por la suma de ochenta pesos mensuales, "un local situado en la planta baja del edificio que sirve de Estación del Ferrocarril en la ciudad de Pereira, con destino a un establecimiento de café para los pasajeros de los trenes de la Empresa y otras personas (hechos 1º y 2º).

2) El término de duración del contrato se estipuló en dos años, contados a partir del primero de agosto de 1943, pero por circunstancias diversas se prorrogó hasta el mes de octubre de 1947, en que el arrendatario fué desalojado del local "en virtud de acción de lanzamiento instaurada contra él por la Empresa arrendadora" (hecho 3º).

3) El 24 de diciembre de 1943 el doctor Carlos Gónima, nuevo Gerente de la Empresa del Ferrocarril, hizo levantar sin consentimiento del señor Angel Escobar un tabique de madera que dividió el local, dejándolo reducido a un poco menos de la mitad y totalmente separado de la otra parte, que fué destinada a sala de espera y expendio de tiquetes (hechos 4º, 5º y 6º).

4) A pesar de que con tal procedimiento la Empresa del Ferrocarril redujo el local arrendado en más de la mitad, siguió siempre cobrándole al señor Angel Escobar el canon estipulado en el contrato (hecho 7º).

5) Debido a la reducción anotada, el arrendatario vió mermadas sus utilidades en el negocio en un sesenta por ciento; fuéra de que por la sola infracción del contrato se le causaron diversos perjuicios por valor de cinco mil pesos (hechos 8º y 9º).

De la expresada demanda se dió traslado al señor Gobernador del Departamento de Caldas y al señor Gerente de la Empresa del Ferrocarril, quienes conjuntamente designaron como apoderado para el juicio al doctor Octavio Villegas Pérez, el cual en su contestación, además de referirse a los distintos hechos del libelo, propuso las excepciones perentorias de petición de modo indebido e inexistencia de la obligación, aunque sin indicar los motivos en que las basara.

Después se abrió el asunto a pruebas y se practicaron las que fueron solicitadas por las partes; se dió a éstas la oportunidad de presentar sus alegaciones; y finalmente se las citó para sentencia.

Con lo cual, terminada la actuación de primera instancia, el Tribunal desató la controversia mediante fallo de fecha diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y uno, en el sentido de absolver al Departamento de Caldas y a la Empresa del Ferrocarril de los cargos de la demanda.

Apelado el expresado fallo por la parte demandante, subió el asunto a esta Sala de Negocios Generales, donde habiéndosele dado ya la tramitación de rigor, se procede en seguida a dictar la decisión correspondiente.

LAS RAZONES DEL TRIBUNAL

En la sentencia del Tribunal se expresa que el contrato de arrendamiento con el señor Eduardo Angel Escobar quedó terminado a virtud de la Resolución de la Gerencia del Ferrocarril Nº 169 de 9 de mayo de 1944, resolución en que "se declaró rescindido" dicho contrato con base en las cláusulas segunda y cuarta del mismo; y ésto porque el arrendatario admitió en forma expresa la justicia y eficacia de dicha decisión, al manifestarle al Gerente de la Empresa, en carta de 14 de junio de 1944, que estaba dispuesto a entrar "en nuevas negociaciones" sobre el local arrendado. Se agrega que en autos está demostrado que el tabique divisorio del local no se levantó en diciembre de 1943 sino en diciembre de 1944, o sea con posterioridad a la aludida terminación del contrato de arrendamiento. Y de esta suerte, se concluye con el siguiente razonamiento:

"Es preciso, por tanto, suponer que la permanencia del señor Angel Escobar en el café de la Estación de Pereira se debió a la confección de un contrato distinto del que fué rescindido mediante la Resolución de la Gerencia del Ferrocarril.

"Y como la indemnización de perjuicios que demanda el actor se funda en el incumplimiento o infracción del primitivo contrato, infracción que hace consistir en un hecho ocurrido con posterioridad a la rescisión de éste, resulta evidente que el nombrado Angel Escobar no tiene derecho alguno para demandar esa indemnización".

LO QUE ALEGA EL APELANTE

En contra de la tesis del Tribunal, arguye el apoderado del demandante que la Resolución Nº 169 de 1944, dictada por la Gerencia de la Empresa del Ferrocarril, carece de todo valor o eficacia para demostrar la terminación del arrendamiento: en primer lugar, porque no se trataba de una cuestión "de índole administrativa, de derecho público, sino pura y simplemente de derecho civil"; y en segundo término, porque no se puso en conocimiento del arrendatario ningún reclamo ni se oyeron sus explicaciones, antes de dictar la Resolución aludida. Agrega luego el recurrente, analizando algunas de las declaraciones solicitadas por él durante la primera instancia, que el tabique divisorio fué levantado en diciembre de 1943, o sea un año antes de lo que sostiene el Tribunal, cuando todavía no se había producido la Resolución de la Gerencia del Ferrocarril. Y termina pidiendo que se revoque el fallo reclamado y se acceda a lo impetrado en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo con el contrato de 24 de julio de 1943 (f. Nº 1 del cuad. Nº 3), la Gerencia del Ferrocarril de Caldas dió en arrendamiento al señor Eduardo Angel Escobar "el local destinado para café de la estación del Ferrocarril de Pereira, compuesto de un salón con mostradores, estanterías, servicios de agua y luz, en perfecto buen estado"; contrato en el cual se consignaron, entre otras, las siguientes estipulaciones:

"Segunda.—El contratista se obliga a prestar al público el servicio de café y restaurante, plenamente satisfactorio por el aseo, la atención y seriedad que corresponda a un local oficial, evitando todo aquello que pueda merecer una queja del público o que desdiga de la categoría del establecimiento. Para este efecto, el contratista atenderá a todos los reclamos justificados que le haga el Ferrocarril.

"Tercera.—El canon mensual del arrendamiento será la suma de ochenta pesos ($ 80.00), pagaderos por mensualidades anticipadas.

"Cuarta.—El Ferrocarril se reserva el derecho de dar por terminado en cualquier tiempo este contrato, por incumplimiento de parte del contratista a culquiera de las cláusulas estipuladas. También el contratista puede avisar con un mes de anticipación la terminación del contrato.

"Quinta.—El término de duración del presente contrato es el de dos años, que principiarán a contarse desde el primero de agosto próximo venidero. Pero si un mes antes de su vencimiento, ninguna de las partes manifestare su voluntad de darlo por terminado, se entenderá prorrogado por otro período igual, en las condiciones aquí estipuladas".

Estando en ejecución el expresado contrato, la Gerencia del Ferrocarril de Caldas dictó la Resolución 169 de 9 de mayo de 1944, por medio de la cual lo declaró "rescindido", alegando como fundamento que se habían recibido quejas sobre desatenciones y recargo de precios en el café administrado por el señor Angel Escobar, lo que se había comprobado

plenamente (f. 2 del cuad. Nº 2); Resolución a la que se refirió el mencionado arrendatario en carta de 14 de junio de 1944, dirigida al señor Gerente del Ferrocarril, que termina en la siguiente forma:

"Por lo que toca a mí, estoy dispuesto a entrar en nuevas negociaciones con esa Gerencia, ya sean aumento del arrendamiento del local de Pereira, entrega del café Manizales, mejorar servicios, dar estética y mejor presentación que reclama el incremento del negocio aquí, y todo aquello que aún sacrificando parte de mis utilidades de hoy en beneficio del buen nombre de la Empresa, restablezca una autoridad que yo siempre, he admitido, pero que los individuos mal informados pueden haberla considerado menoscabada". (f. 9 del cuad. Nº 2).

De estos hechos deduce el Tribunal la terminación del contrato de arrendamiento celebrado en julio de 1943, lo que lo lleva a considerar, como se ha visto, que "la permanencia del señor Angel Escobar en el café de la Estación de Pereira se debió a la confección de un contrato distinto del que fué rescindido mediante la Resolución de la Gerencia del Ferrocarril". Mas a pesar de todo, estima la Corte que para las partes aquel contrato continuó subsistente y rigiendo sus relaciones recíprocas, pues no de otra suerte pueden explicarse los siguientes hechos comprobados dentro del proceso: a) Que el señor Angel Escobar pagara los arrendamientos del local de Pereira correspondiente a los meses de mayo, junio, julio y agosto de 1947 (fs. 17 y v. del cuad. Nº 3), sin que el arrendador haya alegado siquiera en este juicio que esos arrendamientos se refieren a un contrato distinto del de la controversia; y b) Que el contrato de julio de 1943 se presentara como base del juicio de lanzamiento que culminó con la entrega del local de Pereira por el arrendatario Angel Escobar, el día 4 de diciembre de 1947 (f. 39 v. del cuad. Nº 3.).

En lo que sí está de acuerdo la Corte con el Tribunal es en que el tabique divisorio de que trata la demanda fué levantado en diciembre de 1944, pues si algunos testigos se refieren al año de 1943 (fs. 28 vto., 29 vto., 30 vto., 34 vto., y 35 del cuad. Nº 3), las declaraciones de quienes afirman que ello ocurrió en el mes de diciembre de 1944 —Antonio Giraldo Agudelo, Efraín Acosta Arcila, Enrique Cuadros, Luis María Grajales, Luis Eduardo Gómez, Hernán Rivas y Horacio Ochoa A. (fls. 22 a 25 del cuad. Nº 2), se encuentran corroboradas con otras constancias procesales, como el despacho de materiales para el levantamiento del tabique (fls. 21, 22 del c. número 2), fuéra de que el doctor Carlos Gónima, que según el demandante dio la orden de construcción, sólo entró a desempeñar el cargo de Gerente del Ferrocarril de Caldas el 20 de enero de 1944 (f. 10 del cuad. Nº 2).

Pero si bien es cierto que el arrendador modificó el objeto o local arrendado, no lo es menos, a juicio de la Corte, que el arrendatario aceptó tácitamente esa modificación, como se colige de los dos siguientes hechos:

1º—El señor Angel Escobar siguió pagando íntegramente el canon pactado, como él mismo lo confiesa en su demanda, no obstante que lo normal hubiera sido, de no haber estado de acuerdo con la modificación, haber pedido desde el primer momento la rebaja correspondiente, o dar por terminado el arriendo; y

2º—Al vencerse los dos años del contrato, y estando dividido el local arrendado, el señor Angel Escobar se avino a la prórroga de dicho contrato, pues no sólo dejó de hacer uso de la facultad que se le había concedido en la cláusula cuarta, sino que continuó pagando regularmente el valor total del arriendo, como resulta de sus propias afirmaciones y de los cuatro recibos presentados.

De esta suerte, debido a la aceptación tácita de que se ha hablado, se llega a la conclusión de que carecen de fundamentos las distintas pretensiones del demandante.

FALLO:

En mérito de lo expuesto, o sea por razones distintas de las que expresa el Tribunal, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada, que lleva fecha diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y uno.

Las costas del recurso son de cargo del apelante.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada. Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas, Secretario.

LAS CONTROVERSIAS QUE SURJAN DE LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y SUS SERVIDORES, NO SON CUESTIONES DE DERECHO PRIVADO

En el ordinal segundo del artículo 76 del Código Judicial se estatuye que corresponde a los Tribunales Superiores la decisión de los asuntos contenciosos en que sea parte un Departamento y en que se controviertan cuestiones de derecho privado.

Mas en el caso que se estudia, en que se trata del pago de unos aumentos de sueldo a un empleado departamental, no se controvierte una cuestión de derecho privado, porque en las relaciones entre el Estado y sus servidores no hay un contrato de trabajo y, por tanto, las controversias que surjan no son cuestiones de derecho privado, supuesto que se trata de relaciones de servicio público.

Esa misma razón hace concluír que tampoco le corresponde a la jurisdicción del trabajo el conocimiento del negocio, ya que, según los artículos 2º y 100 del decreto número 2158 de 1948, sólo conoce esa rama de las cuestiones provenientes de un CONTRATO DE TRABAJO y de "LA EJECUCION de todas aquellas obligaciones emanadas de una relación de trabajo".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiseis de junio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Cartagena, en sentencia de 30 de noviembre último, declara "que el Departamento de Bolívar no está en la obligación de pagar al señor *Lácides Caparroso de la Espriella* la suma de dos mil cien pesos ($ 2.100.00), moneda legal, por diferencias de sueldos dejados de pagar a éste como Jefe de la Sección de Industrias de la Secretaría de Agricultura y Ganadería, del 1º de enero de 1949 al 30 de septiembre de 1950", pero no lo condena en costas.

El apoderado del actor apeló de dicha sentencia, por lo cual debe revisarse por esta Sala de la Corte.

DEMANDA

El actor demanda al Departamento para que se declare que le debe aquella suma ($ 2.100.00), en el cargo dicho, por diferencias de sueldos dejados de pagar. Y en apoyo de su solicitud cita los hechos que en seguida se enumeran, en forma sucinta:

Lácides Caparroso de la Espriella fué nombrado para el cargo de Jefe de la Sección Industrial de la Secretaría de Agricultura y Ganadería del Departamento de Bolívar (hecho 1º), tomó posesión del empleo el 25 de septiembre de 1948 (hecho 2º), y estuvo desempeñándolo hasta el 30 de septiembre de 1950 (hecho 3º), pues fué suprimido por decreto número 495, de 26 de septiembre del mismo año (hecho 4º).

Mas aquí viene el motivo del pleito, a saber, que habiendo estatuído la ordenanza número 138 de 1948 que el sueldo del Jefe de la Sección de Industrias de la Secretaría de Agricultura sería de $ 300.00, a partir del 1º de enero de 1949, y que el Gobierno Departamental debía hacer la modificación correspondiente "al momento de liquidar el presupuesto" (hecho 5º), solamente se le pagó al señor Caparroso de la Espriella, durante el tiempo que desempeñó el cargo, la suma de $ 200.00 mensuales (hecho 6º). Es más, por medio de decreto posterior a la ordenanza, fijó en $ 200.00 mensuales el sueldo que debía devengar el empleado dicho (hecho 7º).

El representante legal del Departamento contestó la demanda diciendo que no le "constan los hechos fundamentales de dicha demanda".

SENTENCIA

El Tribunal admite que el actor acreditó los hechos fundamentales de la demanda, pero que no se puede decretar lo pedido, "porque en el presupuesto no se incluyó la partida correspondiente" y siendo el presupuesto la condición indispensable para que puedan hacerse erogaciones del tesoro público, mientras ese acto no exista "tales gastos no podrán efectuarse". De suerte que el agraciado tiene derecho "para solicitar la inclusión de la partida en el presupuesto, pero no para otra cosa".

La obligación, en estos casos —dice más adelan-

te— "emana de dos leyes, ambas dictadas por un mismo legislador: la ley que decreta la erogación y la otra que la incluye en el presupuesto", y no basta la ley sustantiva que decreta el gasto, "sino que es indispensable que ese gasto pueda legalmente incluírse en la ley de apropiaciones para que surja la obligación directa de pagar".

Consideraciones de la Corte. Allegó el actor los documentos que estimó como adecuados para acreditar los hechos fundamentales en que se apoya la demanda. Pero antes de analizar el fondo del derecho en controversia, es preciso averiguar si la Corte tiene jurisdicción para conocer del negocio.

El demandante invoca el ordinal segundo del artículo 76 del código judicial en favor del conocimiento de la justicia ordinaria, pues en él se estatuye que corresponde a los Tribunales Superiores la decisión de los asuntos contenciosos en que sea parte un Departamento y en que se controviertan cuestiones de derecho privado.

Mas en el caso que se estudia, en que se trata del pago de unos aumentos de sueldo a un empleado departamental, no se controvierte una cuestión de derecho privado, porque en las relaciones entre el Estado y sus servidores no hay un contrato de trabajo y, por tanto, las controversias que surjan no son cuestiones de derecho privado, supuesto que se trata de relaciones de servicio público.

Esa misma razón hace concluír que tampoco le corresponde a la jurisdicción del trabajo el conocimiento del negocio, ya que, según los artículos 2º y 100 del decreto número 2158 de 1948, sólo conoce esa rama de las cuestiones provenientes de un *contrato de trabajo* y de "*la ejecución* de todas aquellas obligaciones emanadas de una relación de trabajo", como sobre este último punto se expresó en providencia de 27 de febrero de 1951 (G. J. Tomo LXIX, números 2096-97, página 297).

La Corte, en el caso del pago de unos sueldos a miembros del Congreso, había dicho lo siguiente:

"Lo que ocurre es que la controversia planteada en este proceso no es de origen civil sino de derecho público, como acontece con las que generalmente provienen de las relaciones entre el Estado y sus funcionarios. Las disposiciones constitucionales y legales invocadas por el demandante así lo indican claramente pues ellas se refieren a los emolumentos a que tienen derecho los miembros de uno de los órganos del Estado.

"De donde deduce la Sala que estas controversias, en razón de su índole y origen, son del conocimiento del Consejo de Estado, de acuerdo con la cláusula general de competencia prevista en el artículo 51 del Código de lo Contencioso Administrativo, que dice:

"Toda cuestión administrativa para la cual no se hubiere señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores o en el título siguiente, o en ley especial, será decidida por el Consejo de Estado, en una sola instancia". (Fallo de 5 de julio de 1951, G. J. Tomo LXX, números 2103-104, página 219).

Para el evento que se estudia, la Sala considera aplicable la anterior doctrina.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, DECLARA NULO lo actuado en el presente juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry — **Agustín Gómez Prada. Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas**, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE QUE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS SON DE PROPIEDAD PARTICULAR — NECESIDAD DE QUE EN ESTOS CASOS SE HALLE ESTABLECIDA LA IDENTIDAD DEL TERRENO A QUE SE REFIEREN LOS TITULOS COLONIALES QUE SE ADUCEN COMO PRUEBA Y EL TERRENO DONDE ESTAN UBICADOS LOS YACIMIENTOS QUE SON OBJETO DE LA DEMANDA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, tres (3) de julio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En demanda de 10 de octubre de 1950 el doctor Francisco Parodi Dávila, haciendo uso de poderes que le confirieron el doctor Pedro Castro Trespalacios, en su calidad de Administrador de la Comunidad de las tierras llamadas *Boquete* y *Hatillo*, y los señores Delfina Pavajeau v. de Maestre, Roberto M. Pavajeau, Rafael R. Pavajeau, Enrique Daza, Rosa Céspedes de Pacheco, Mercedes Céspedes de Molina, Pascual Castro Céspedes, Urbano Castro Céspedes, Isabel Castro Céspedes y Nemesio Fernández, solicitó de esta Sala de Negocios Generales que, mediante los trámites de un juicio ordinario y en una sola instancia, se hicieran contra la Nación las siguientes declaraciones:

Primera. Que los terrenos denominados *Boquete* y *Hatillo*, de propiedad de sus poderdantes, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título originario del Estado; los cuales terrenos tienen una extensión superficiaria de diez y seis (16) caballerías de las antiguas, equivalentes a ocho mil (8.000) hectáreas, se hallan ubicadas en el Corregimiento de Becerril, jurisdicción del Municipio de Robles, del Departamento del Magdalena, y comprendidos por estos linderos:

"Del Paso o Puerto Real de Becerril en dirección Nordeste, se midieron diez y ocho mil ochocientas diez y ocho (18.818) varas, incluyendo la sabana de Aníbal y Hatillo, y que es el primer lindero; de aquí con rumbo al Oeste hacia la Mata Oscura, y hubo diez y ocho mil novecientas ocho (18.908) varas, y siguiendo el mismo rumbo se midieron veintisiete mil setecientas veintidos (27.722) varas, como segundo lindero, hasta el lugar que nombran Bombeadero; siguiendo hasta el Río Maracas al Paso antiguo hubo diez y seis mil seiscientas cuarenta y cuatro (16.644) varas, como tercer lindero; y de aquí aguas arriba hasta el Paso Real se midieron veinti-

nueve mil seiscientas doce (29.612) varas, como cuarto y último lindero".

Segunda. Que en subsidio, los precitados terrenos llamados *Boquete* y *Hatillo*, de propiedad de sus poderdantes, determinados anteriormente por su ubicación, extensión y linderos, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 por justa prescripción, en virtud de la explotación económica de esos terrenos desde antes del año de 1792.

Tercera. Que de consiguiente, es de propiedad de sus poderdantes el subsuelo de los terrenos mencionados por su ubicación y linderos, comprendido en ese subsuelo el petróleo y demás hidrocarburos.

Cuarta. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, la Nación no puede contratar, como si fuese de propiedad nacional, el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo de los citados terrenos de sus poderdantes, con la Compañía Petrolera del Vaupés, proponente de la propuesta número 376, cuya área comprende tales terrenos, ni con ninguna otra persona natural o jurídica, por ser dichas substancias de propiedad privada de sus poderdantes.

Entre los hechos de la demanda, se expresaron estos:

"1) La *Comunidad del Boquete y Hatillo* es una comunidad constituída de conformidad con lo dispuesto por los artículos 16 y siguientes de la ley 95 de 1890, por quienes tienen acreditado su carácter jurídico de comuneros, es decir, de condueños o copropietarios de los terrenos de dicha comunidad que son materia del presente **juicio ordinario.**

"2) El Dr. Pedro Castro Trespalacios fue nombrado Administrador de la *Comunidad del Boquete y Hatillo* en junta general de comuneros, a la cual concurrió un número de éstos que representa sesenta y tres (63) acciones y tres cuartos (3/4) de acción de las ochenta (80) acciones en que está dividida la Comunidad, es decir, un número que representa más de la mitad de todos los derechos, fué elegido por la unanimidad de los votos de los concu-

rrentes a la junta y tiene, por consiguiente, la personería de dicha Comunidad.

"3) Los comuneros de la *Comunidad del Boquete y Hatillo* son dueños de sesenta y siete (67) acciones y tres cuartos (3/4) de acción de las ochenta (80) acciones en que están divididos los terrenos de esa Comunidad que son materia del presente juicio, pueden representar como partes y ser tenidos como tales para lo relativo a sus derechos, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 22 de la ley 95 de 1890, y cualquier declaración que los comprend comprend forzosamente a toda la comunidad, de acuerdo con la índole misma de la propiedad en común y con reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

"4) Los terrenos llamados *Boquete y Hatillo* .....

fueron dados en merced el 21 de agosto de 1792 por el Juez Privativo de Tierras a José Rafaél Araújo y a José María Quirós.

"5) La merced otorgada el año de 1792 a José Rafaél Araújo y José María Quirós de los terrenos llamados *El Boquete y Hatillo* lo fué a virtud de las facultades contenidas en la Real Cédula de San Idelfonso de fecha 2 de agosto de 1780, especial para el Nuevo Reino de Granada y último acto de su género dictado por la Monarquía Española antes de la emancipación.

"6) Los terrenos llamados *El Boquete* y *Hatillo* fueron objeto de explotación económica desde antes del año de 1792.

"7) Los terrenos llamados *El Boquete* y *Hatillo* quedaron claramente determinados desde el año de 1792, por su extensión, ubicación y linderos.

"8) Los terrenos llamados *El Boquete y Hatillo* han venido transmitiéndose de los primitivos adjudicatarios hasta los actuales dueños en virtud de una tradición comprobada por una cadena de títulos".

El doctor Parodi Dávila acompañó a su libelo algunos documentos, y terminó invocando en derecho varias disposiciones de las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, lo mismo que el artículo 10 del Decreto Nº 10 de 1950.

De la expresada demanda se dió traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó oponiéndose a las distintas pretensiones de los demandantes, por no constarle ninguno de los hechos alegados por su apoderado. Después se abrió el juicio a pruebas y se practicaron las que fueron pedidas; hasta que finalmente, recibidos los alegatos de las partes, se citó a éstas para sentencia.

De esta suerte, concluídos como están ya los trámites del negocio, y no hallándose motivo alguno que invalide la actuación procesal, se procede a fallarlo mediante las siguientes consideraciones:

En relación con las tierras de la demanda, se han traído a estos autos, en copia expedida por el Juzgado del Circuito de Valledupar (fs. 68 a 73 v. del cuad. Nº 1), unos títulos de la época colonial en los cuales aparece: a) Que el doctor don Félix de Almanza, abogado de las Reales Audiencias de Santa Fe y Santo Domingo, y Juez Sub-Delegado Privativo de Tierras, comisionó a don Francisco de Orcasitas, Teniente de Milicias del Hacha, para el deslinde y amojonamiento de unas tierras llamadas del Boquete y Hatillo, sobre las cuales se les había admitido denuncio a los señores Josef Vicente Maestres, Josef Rafaél Araújo y José María de Quiroz, "en atención haberlas descubierto y poblado a expensas de grandes sacrificios"; b) que el comisionado don Francisco de Orcasitas practicó la mensura de dichas tierras del Boquete y Hatillo, que vinieron a quedar determinadas como se indica en la demanda de este juicio; c) Que después de esta diligencia, el Juez General de Tierras doctor Benito Casal y Montenegro, con fecha 31 de mayo de 1783, comisionó al Juez Sub-Delegado don Agustín de la Sierra para hacer entrega de las diez y seis caballerías mensuradas a los señores José Rafél Araújo y José María de Quiroz (catorce caballerías al primero y dos al segundo), por cuanto ya se había satisfecho su valor; ch) Que el comisionado don Agustín de la Sierra, por fallecimiento del interesado Araújo, dispuso que la entrega se haría a su viuda, doña Isabel de Armas; y d) Que dicho comisionado hizo realmente entrega a doña Isabel de Armas y a don José María de Quiroz, con fecha 15 de junio de 1792, de las tierras del Boquete y Hatillo, con la expresa constancia de que a la primera se le entregaban catorce caballerías y al último dos.

Es de advertir que en la actuación de que se trata no existe constancia de la *confirmación* prevista por la Real Instrucción de 1754, para las tierras vendidas o compuestas a partir del año de 1700.

Pero sobre todo, de acuerdo con la inspección y dictamen pericial llevados a cabo dentro del juicio, es lo cierto que no pudo establecerse *en la realidad*, de manera completa e inconfundible, la determinación o identificación del terreno a que se refiere la demanda, que es el mismo especificado en la mensura de la época colonial antes mencionada.

En efecto, al practicarse la inspección ocular (fs. 29 a 31 del cuad. Nº 2), apenas se reconocieron los siguientes puntos o sitios de referencia indicados en aquella mensura: "Paso Real de Becerril", situado en el río Maracas, en el antiguo camino que conducía de Chiriguaná a Valledupar; el sitio de "Mata Oscura"; el "Cerro de Arteaga"; y el "Puerto Real" o "Paso de la Barqueta", también sobre el río Maracas, que parece corresponder al llamado "Pa-

so antiguo" en la mensura de la época colonial. Igualmente se reconocieron las Sabanas de "Hatillo" y "Aníbal", comprendidas dentro del terreno que fué objeto de diligencia del comisionado Orcasitas.

En cambio, ni en la inspección ocular ni posteriormente por los peritos, para rendir su dictamen, (fs. 33 a 34 del cuad. Nº 2) se reconocieron o determinaron los siguientes vértices del polígono: el que debía quedar a diez y ocho mil ochocientas diez y ocho (18.818) varas del Paso Real de Becerril, medidas *en dirección Nordeste;* y el sitio de Bombeadero, que debía quedar a veintisiete mil setecientas veintidos (27.722) varas de Mata Oscura, en línea medida *con rumbo al Oeste.* Tales vértices, se repite, no fueron identificados sobre el terreno, de seguro porque, como lo afirman los expertos, *los rumbos indicados tan vagamente no precisan la dirección de las líneas correspondientes.*

Finalmente, es de anotar que en estos autos no se ha demostrado que el terreno de la demanda y títulos coloniales corresponda al que aparece especificado en los títulos de los actuales condueños, mediante los siguientes linderos:

"De Oriente a Occidente, lado Norte, una línea que partiendo de un punto al pie de la cordillera entre el caño nombrado 'Teolinda' y las cabeceras de 'El Boquete', pasa por la parte abajo de las sabanas 'Aníbal', y de allí siguiendo con rumbo buscando un poco al Norte pasando por el monte de 'El Espino' y el caño de 'Las Vueltas' trescientas varas abajo adonde pasa el camino de 'La Blanca'; lado sur, partiendo de la orilla Norte de las sabanas de Maraca, bajando en línea recta al Oeste, hasta llegar a los límites de los terrenos del 'Cerro y Arteaga'; por el Oriente, partiendo del lugar que comprende el primer lindero, hacia la orilla de la sabana de 'Maraca'; por el Oeste, partiendo del lugar donde llegó la medida del lado Norte en el caño de 'Las Vueltas', a buscar donde termina el lindero del lado Oriente, del globo del Cerro y Arteaga" (fs. 13 a 16 del cuad. Nº 1).

En este sentido, el dictamen de los expertos se limita a expresar que el globo "denominado Tierras del Boquete y Hatillo, circunscrito por los linderos ya establecidos, sí es el mismo globo de tierras de que son hoy propietarios y poseedores inscritos la Comunidad y Comuneros de Boquete y Hatillo"; pero como para llegar a ese concepto no se hizo por los peritos ningún estudio comparativo de linderos (los de los títulos coloniales y los de los condueños actuales) ni verificación alguna sobre el terreno, la Corte no puede sino considerarlo carente de todo fundamento y valor probatorio.

Y como dada la indeterminación real del terreno resulta innecesario estudiar lo relacionado con la explotación económica, ha de llegarse a la conclusión de que en este juicio no se ha demostrado la propiedad privada a que se refiere la demanda, para los efectos del artículo 10 de la ley 160 de 1936.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA las distintas declaraciones solicitadas en la demanda inicial de este juicio.

Sin costas.

Publíquese, cópiese,. notifíquese.

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada. Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas, Secretario.



SE MANTIENE UN AUTO SUPLICADO — OPOSICIONES A CONCESIONES MINERAS

1—Cuando no se trata del juicio ordinario que se origina en la oposición formulada por un particular a la concesión por parte del Gobierno Nacional para la explotación de una mina, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 85 de 1945, sino del iniciado directamente ante los tribunales, sobre dominio de los yacimientos mineros, el Gobierno no está obligado a remitir el expediente al Tribunal del conocimiento, como, por el contrario, lo está en el otro caso.

2—La reforma introducida por el artículo 3º de la Ley 81 de 1946 al último inciso del artículo 5º de la Ley 85 de 1945, nada tiene que ver con las oposiciones administrativas, las cuales siguen rigiéndose por el artículo 1º de la segunda de dichas leyes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez (10) de julio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro del presente juicio ordinario contra la Nación y la sociedad Cementos del Caribe S. A., encaminado a que se declare que es de propiedad privada determinado globo de tierra, tanto en el suelo como en el subsuelo, se solicitó por el apoderado de los demandantes, en el curso de esta segunda instancia, que se decretara la nulidad de todo lo actuado "desde que se notificó la demanda". Se alegó como fundamento de la nulidad que no se remitieron al juicio por el Ministerio de Minas y Petróleos, en contra de lo dispuesto por la ley 85 de 1945 y el Decreto reglamentario 0805 de 1947, las diligencias administrativas relacionadas con el contrato de que dá cuenta el libelo, el cual fué celebrado para la exploración y explotación de yacimientos calcáreos, en terreno que hace parte del que es objeto de la controversia.

A dicha petición recayó el auto de fecha seis de marzo del corriente año, por medio del cual el Magistrado sustanciador, doctor Leiva Charry, negó la declaración de nulidad solicitada, expresando claramente que en este juicio no se trata, como se desprende de la propia demanda, de ninguna oposición al expresado contrato sobre explotación y exploración de minerales calcáreos; y agregando que, "aún en el caso de que apareciese comprobada la irregularidad de que se ha tratado, ella no está erigida como causal de nulidad en las disposiciones pertinentes del Código Judicial".

No conforme con la anterior providencia, el personero de los demandantes acudió en súplica ante el resto de los Magistrados de la Sala, dado como razones para que sea revocada las siguientes:

"...La ley 85 de 1945 regula las oposiciones a las concesiones de minas. La ley 81 de 1946 señala el término de un año para hacer esas oposiciones así se trate de concesiones en curso o de concesiones perfeccionadas. Es decir, ya no hay oposición administrativa sino que se ventila la oposición ante el poder judicial para que se decida sobre la propiedad de los minerales cuando la oposición versa sobre este aspecto. ¿Qué objeto tiene la reforma del año de 1946, si el término estipulado en el artículo 5º de la ley 85 de 1945, era precisamente de un año a partir de la fecha de la entrega de la zona concedida?

"Si el artículo 1º de la ley 85 señalaba tres meses para formular oposición administrativa, y el 3º de la ley 81 de 1946 señala el término de un año a partir de la fecha de entrega del terreno, la conclusión lógica para que la reforma tenga explicación, es que no hay otra oposición —cuando se trata de la propiedad de los minerales— que la que se formula dentro del año siguiente a la entrega de la zona concedida, y entonces la disposición del artículo 1º que obliga a enviar el expediente al respectivo Tribunal cuando se formule la oposición, tiene aplicación estricta porque ya no puede haber esa oposición administrativa sino la judicial prevista por estas leyes que regulan íntegramente la materia. La misma obligación de enviar el expediente está consignada en el artículo 4º de la ley 85 y no hay razón de lógica ninguna para concluír que la oposición fundada en el artículo 5º no está amparada por la norma general, cuando ya la reforma del año de 1946 cambió el término para formular las oposiciones y no

cambió nada más de la disposición reformada.

"..... .....

"El hecho de que en el Código Judicial no se haya erigido expresamente en nulidad el no envío del expediente, no es razón para desechar el mandato imperativo que sí lo ordena. Si ésta fuera jurisprudencia general, los jueces pueden prescindir de leyes que regulan materias no contempladas en el Código de procedimiento Civil, sobre todo de aquellas leyes especiales que exigen determinadas condiciones en su aplicación. La nulidad de la actuación surge precisamente de la omisión de formalidades legales imperativas, como sucede en el presente caso en que no puede fallarse sobre un expediente que no fué enviado al Tribunal no obstante la disposición terminante de la ley, como ya se ha visto".

Para resolver, SE CONSIDERA:

Como lo expresa el señor Magistrado sustanciador que dictó el auto reclamado, es perfectamente claro que este juicio no ha tenido su origen en ninguna oposición a las propuestas sobre exploración y explotación de yacimientos calcáreos a que se refieren los demandantes, entre otras cosas porque las oposiciones se formulan ante el Ministerio del ramo, que remite luego todo el expediente (propuesta y oposición) al Tribunal respectivo, mientras que en el presente caso la acción declarativa de dominio se intentó directamente ante el Tribunal de Barranquilla. Además, de acuerdo con los propios términos de la demanda, la acción fué promovida cuando ya se había celebrado el contrato con la Compañía de Cementos Argos, que después fué traspasado a la Compañía Cementos del Caribe S. A.; circunstancia que no se compadece con el sistema de oposiciones, las cuales tienden precisamente a que no se celebre el contrato propuesto.

Con sobrada razón se dijo, pues, en el auto recurrido:

"Es de toda evidencia que en el presente caso no se ha ejercitado la acción consagrada en el inciso segundo del art. 1º de la ley 85 de 1945, la cual se endereza a impedir la celebración del contrato de concesión minera, cuando está en tramitación la propuesta en el Ministerio del ramo, ya que como se expresa en la demanda ese contrato fué celebrado el 2 de mayo de 1944 con la compañía que formuló la propuesta. Lo que se persigue ahora es, precisamente, la declaración del dominio particular sobre los yacimientos considerados, a falta de toda oposición, como pertenecientes a la reserva nacional y, consecuencialmente, 'que se ordene cancelar el registro de la escritura pública en que se hizo constar el contrato de exploración y explotación en cuanto al terreno a que se refiere esta oposición'.

"Verdad es que en la demanda de que se trata los actores se presentan haciendo "formal oposición al' contrato de exploración y explotación del subsuelo calcáreo o de cualquiera otra naturaleza, celebrado entre la Nación y la Compañía cesionaria Cementos Caribe S. A.', cuando, como se ha visto, la acción ya no podía ser de oposición al contrato, sino la ordinaria de reivindicación del dominio sobre los yacimientos objeto del mencionado contrato. Muy claro se ve que se trata de una equivocación del actor o de una errada interpretación de los términos de la ley invocada como fuente del derecho.

"En este caso, la ley normativa ya citada no establece la obligación por parte del Gobierno de remitir el expediente al Tribunal del conocimiento, como sí la impone en el caso del juicio ordinario de oposición, medida ésta que se explica suficientemente por las circunstancias en que toma origen la acción ordinaria".

De otra parte, ninguna dificultad ofrece la reforma introducida por el artículo 3º de la ley 81 de 1946, cuyo alcance no es el que le asigna el recurrente.

Según el artículo 5º de la ley 85 de 1945, el presunto dueño de yacimientos metálicos o minerales que oportunamente no formula oposición a un contrato, "perderá definitivamente 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"; disposición que agrega, en su último inciso, que "para las concesiones en curso que no se hayan regido por estas disposiciones, y para las concesiones ya perfeccionadas, el término de un año prescrito en el inciso 1º de este artículo comenzará a contarse desde la vigencia de la presente ley".

Pues bien, fué este último inciso transcrito el que quedó claramente modificado por el artículo 3º de la ley 81 de 1946, que es del siguiente tenor:

"Modifícase el último inciso del artículo 5º de la ley 85 de 1945 en el sentido de que, para las concesiones en curso y para las ya perfeccionadas, el término de un año prescrito en el inciso 1º de dicho artículo comenzará a contarse desde la fecha en que al concesionario le sea entregada la zona concedida".

De esta suerte, la reforma de 1946 nada tiene que ver con las oposiciones administrativas, las cuales siguen rigiéndose por el artículo 1º de la ley 85 de 1945.

Finalmente, el resto de la Sala está de acuerdo con el señor Magistrado sustanciador en que, fuéra de no haberse pretermitido formalidad alguna por el Ministerio del ramo en este asunto, no todas las ilegalidades o irregularidades constituyen causales de nulidad, las cuales están taxativamente enumeradas en la ley, sin que entre ellas esté incluída la que fué alegada como fundamento de la nulidad impetrada.

Por todo lo cual,

SE RESUELVE:

No se accede a reponer el auto de fecha seis de marzo del corriente año, dictado por el señor Magistrado sustanciador en el presente asunto.

Las costas del recurso son de cargo de los demandantes.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada — Luis Rafael Robles— Rafael Ruiz Manrique — Luis Hernando Vargas Secretario.

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE CIERTAS CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN OCUPACIONES DE PROPIEDADES PARTICULARES, POR CAUSA DE TRABAJOS PUBLICOS. — LA DESTINACION PARA UN USO U OBRA PUBLICA NO CONFIERE LA PROPIEDAD AL ESTADO.—APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 200 DE 1936 PARA COMPROBAR PROPIEDAD PRIVADA SOBRE UN TERRENO, FRENTE A LA NACION

1.—La destinación para un uso u obra pública no confiere la propiedad al Estado, pues no es modo ni título de adquirir el dominio de los señalados por la ley a ese efecto. Si de otra suerte fuera, el Estado podría apoderarse de un bien, sin reclamo posible de los particulares, con sólo destinarlo para el uso público, lo que resulta inadmisible.

2.—La circunstancia de que por razones de interés general no pueda ordenarse la restitución o entrega del bien al demandante, por haberse incorporado a una obra pública o de servicio público, no quiere decir que no se halle consagrada en la ley civil la acción correspondiente para obtener el pago de su valor, acción que también se halla dentro del título de la reivindicación y que la Corte ha declarado viable en esos casos.

3.—La Corte en varias sentencias ha sentado ya la doctrina de que la justicia ordinaria es competente para conocer de las controversias originadas en ocupaciones por causa de trabajos públicos, cuando se trata de ocupaciones que equivalen a una desposesión definitiva de la propiedad privada que fue ocupada o a verdaderas expropiaciones.

4.—Tratándose de un particular que invoca su propiedad frente al Estado, debe gobernarse el debate por las disposiciones de la Ley 200 de 1936, sobre tierras, pues sus preceptos elevaron a la categoría de prueba plena de la propiedad la que antes no se reconocía como eficaz, por no tener apoyo en la legislación.

5. — Comentando el precepto del artículo 7º de la Ley 200 de 1936, la Corte, en providencia de la Sala de Negocios Generales de 30 de junio de 1948, dijo que de conformidad con él, "acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio por un tiempo no menor del de la prescripción extraordinaria. Otras disposiciones de la misma ley, los artículos 1º, 2º y 3º, se refieren a la propiedad rural privada, frente a la Nación, y establecen algunas reglas para destruir la presunción a favor del Estado de las tierras baldías, y el artículo 3º previene que los títulos inscritos otorgados entre particulares con anterioridad a esa ley no demuestran propiedad privada respecto de terrenos que no sean adjudicables, que estén reservados o destinados a cualquier servicio de uso público.

"El artículo 7º, referente a la propiedad urbana, admite la validez de los títulos inscritos para comprobar la propiedad privada y expresa que las otras disposiciones de la ley —entre ellas se halla la que se traslada del artículo 3º— no se aplican a la propiedad urbana. Respecto de ésta no es pertinente considerar lo que la ley establece para la propiedad rural en relación con terrenos no adjudicables, reservados o destinados al servicio o uso público. A la propiedad urbana no se aplica, para la comprobación del dominio privado, frente a la Nación, sino la norma expresa del artículo 7º, que permite acreditar tal propiedad privada con los títulos otorgados con anterioridad a la ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término exigido para la prescripción extraordinaria". (G .J., Tomo LXIV, pág. 589).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, quince de julio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia de 22 de agosto de 1949, resolvió lo siguiente:

Primero, declara que la demandante, señorita **Paulina Esther Roca Insignares,** "tiene la propiedad o el dominio del lote de terreno, de una cabida de veinte hectáreas seiscientos metros cuadrados, que está situado en la banda oriental del Caño de Ciénaga o "La Tablaza", con salida a la banda occidental del río Magdalena, en el lugar llamado "La Loma", del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla", comprendido dentro de los linderos y medidas que se especifican.

Segundo, declara "que el Tribunal carece de competencia para conocer de las otras súplicas de la demanda, relacionadas con el pago del terreno".

Tanto el Fiscal del Tribunal como la parte actora apelaron de la sentencia y ya se han llevado a término los trámites de la segunda instancia.

Antecedentes del negocio.—El Gobierno Nacional, por medio del decreto 2210, de 22 de diciembre de 1932, destinó para efectuar las obras del puerto local de Barranquilla, considerándolos como **baldíos,** pero dejando a salvo "los derechos legítimamente adquiridos", los terrenos situados en dicho municipio, conocidos con el nombre de La Loma, y comprendidos por los siguientes linderos:

"Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el Caño denominado de 'Los Tramposos'; por el este, el mismo río Magdalena; por el oeste, con el Caño denominado de 'Las Compañías' ".

El Minisetrio de Industrias, por resolución número 223, de 23 de diciembre del mismo año de 1932, declaró que los terrenos a que se refiere el decreto 2210, tienen el carácter de "bienes fiscales del Estado".

Parte de ellos fueron ocupados para obras públicas, pero quienes creen tener derechos han demandado a la Nación para que se les restituyan o se les pague su valor, con apoyo en el artículo 7º de la ley 200 de 1936, sobre tierras, que permite acreditar la propiedad urbana con la presentación de una cadena de títulos expedidos con anterioridad a la expedición de la ley.

Entre los actores se han presentados los herederos de don Pedro Antonio Roca y de doña Carmen Insignares de Roca, primitivos dueños de los predios de La Loma, comprendidos en los linderos arriba señalados, y una de sus hijas, doña Paulina Esther, es la demandante en este juicio.

Peticiones de la demanda.—En la demanda se hacen las siguientes peticiones:

Primera.—Que se declare que la demandante, señorita Roca Insignares, es dueña de la superficie del lote de terreno que se señala en el hecho primero de la demanda, pues comprueba plenamente su derecho con títulos inscritos otorgados con anterioridad a la expedición de la ley 200 de 1936 (artículo 7º), y del cual está actualmente en posesión material la Nación.

Segunda.—En subsidio de la anterior, que se declare que la demandante, señorita Roca Insignares, ha ganado por prescripción el dominio de la superficie del lote de terreno que señala en el hecho primero de la demanda, pues comprueba, además de los otros requisitos legales, haberlo poseído materialmente y suma su posesión a la de las personas que la antecedieron en ella con explotación económica del suelo, por un lapso muchísimo mayor del señalado en las leyes para prescribir.

Tercera.—Que se condene a la Nación a restituir **in corpore** a la demandante el lote de terreno aludido.

Cuarta—En subsidio de la anterior, que se condene a la Nación a restituírle a la actora las partes o porciones de terreno que no haya deteriorado o transformado en caños o canales, permanentemente ocupados por las aguas, para el servicio de las obras del Terminal Fluvial del puerto local de Barranquilla, o de cualquiera otra obra del Gobierno Nacional; y que se condene también a la Nación a pagarle en dinero las otras partes o porciones del terreno que la entidad demandada ha ocupado.

Quinta.—En subsidio, que en caso de no poder entregar las partes de terreno no ocupado, se condene a la Nación a pagar el valor de todo el lote de terreno que es objeto de la demanda y el de las mejoras que allí existían.

Hechos de la demanda.—Como hechos de la demanda apunta el actor los once siguientes, que se relatan sucintamente:

1º La señorita Paulina Esther Roca Insignares es propietaria de un lote de terreno que adquirió por habérsele adjudicado en la partición de otro de mayor extensión, efectuada entre ella y la señora Zoila Rosa Roca vda. de Insignares, que consta en la escritura número 615, de 10 de abril de 1947, de la Notaría 3ª de Barranquilla. Este terreno tiene una cabida de veinte hectáreas y

seiscientos metros cuadrados (20 h. 600 m.2); está situado en la banda oriental del Caño de Ciénaga o La Tablaza y sale a la banda occidental del río Magdalena, en el lugar llamado La Loma, del perímetro urbano de Barranquilla; se halla formado por un polígono irregular, con ángulos entrantes y salientes, cuyo perímetro lo componen quince alineamientos de distintas longitudes entre sí; y se comprende en las medidas y linderos que en este hecho se especifican.

2º La señorita Roca Insignares había adquirido la propiedad del terreno por medio de la partición entre ella y Zoila Rosa Roca vda. de Insignares, que consta en la escritura número 1772, de 16 de septiembre de 1946, de la Notaría 3ª de Barranquilla, que se corrigió por la número 615, de 10 de abril de 1947.

3º La señorita Roca Insignares y la señora viuda de Insignares habían adquirido el dominio, en común, de un terreno de mayor extensión, que fue objeto de las particiones que se consignaron en las escrituras antes mencionadas, en el juicio de división promovido por los herederos de Pedro Antonio Roca y Carmen Insignares de Roca, y que consta en la escritura número 522, de 26 de marzo de 1927, de la Notaría 1ª de Barranquilla.

4º Los esposos Roca Insignares, padres de la actora y de quienes ésta hubo el terreno, en común con Julio C., y Zoila Roca, Sara Isabel Roca de Cepeda y Luciano Cepeda Roca, en el juicio de sucesión, protocolizado en la escritura número 1619, de 26 de septiembre de 1913, de la Notaría 1ª de Barranquilla, mantuvieron posesión tranquila, pacífica e ininterrumpida tanto material como inscrita, desde el año de 1882 hasta su muerte, en el terreno que pasó a sus herederos en la forma expuesta.

5º La demandante suma a la posesión material e inscrita que ha tenido en el lote de terreno señalado en el hecho primero de la demanda, la que allí tuvieron todas las personas que le antecedieron en el dominio y posesión.

6º Las tradiciones de dominio constan en el certificado expedido por el Registrador de instrumentos públicos y privados de Barranquilla y en las escrituras públicas que se presentan.

7º El predio se halla ubicado dentro de uno de mayor extensión, denominado "La Loma", en el perímetro urbano de Barranquilla, destinado por la Nación para las obras del Terminal Fluvial y de ella entró ésta en posesión material en virtud del decreto número 2210, de 22 de diciembre de 1932 y de una resolución del Ministerio de Industrias, zona que tiene los linderos que en este hecho se señalan.

8º La Nación ha hecho en la dicha zona obras para el puerto local del Terminal Fluvial de Barranquilla, consistentes en canales abiertos con dragas y otros elementos, permanentemente ocupados por las aguas, edificios para la Intendencia Fluvial, bodegas, camellones, etc., en unas porciones, otras porciones las tiene ocupadas con semovientes y pequeñas obras realizadas por el Ministerio de Guerra; y las restantes permanecen sin obra alguna y se da el caso de que algunos propietarios particulares las han enajenado a terceros, a pesar de las disposiciones del citado decreto 2210 de 1932.

9º La Nación ha deteriorado y convertido en canal permanentemente ocupado por las aguas (canal llamado de El Centro), una parte del lote de terreno señalado en el hecho primero, empleando para ello dragas y otros elementos; otra parte está ocupada con personal y semovientes del ejército nacional y en el resto no se ha hecho obra alguna.

10º La Nación ha destruído todas las mejoras que existían en el terreno, tales como pastos artificiales, cercas de alambre, etc., con perjuicio de los intereses de la demandante.

11º Algunos propietarios particulares de tierras situadas en la misma zona han obtenido fallos favorables en situaciones análogas o iguales a la del presente juicio.

Contestación de la demanda.—El Fiscal 1º del Tribunal contestó la demanda diciendo que no le constaban los hechos fundamentales en que se apoya y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones pedidas. Propuso, además, la excepción perentoria de carencia de acción y cualquier otro hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, pero sin dar los motivos que le sirven de apoyo a tales excepciones.

La sentencia.—Comienza el Tribunal por decir que no encuentra probada la excepción de carencia de acción ni otra ninguna y luego da el fundamento de su fallo en los siguientes apartes:

"Ha quedado demostrado en este fallo que la demandante es propietaria del lote de terreno discriminado en la demanda. Ese lote de terreno ha sido identificado de manera inequívoca por los peritos, como se desprende del experticio que obra en autos. Igualmente está probado en el ex-

pediente que la entidad demandada está en posesión del terreno desde 1933. De ese terreno, parte ha utilizado la Nación para los dragados del puerto terminal de Barranquilla y parte está ocupada por enseres del Ministerio de Guerra".

En cuanto a la solicitud de que se condene a pagar la indemnización a que hubiere lugar por la ocupación que ha hecho la Nación, dice que ésta se halla en la imposibilidad de restituir **in corpore** todo el lote, por las distintas destinaciones que le ha dado; pero que el Tribunal carece de competencia para "pronunciarse en cuestiones de pago por la Nación por ocupación de hecho para trabajos públicos en propiedad privada".

Debe, pues, decidirse ahora lo que se estime ajustado a los preceptos legales, principiando por las alegaciones que hace el señor Procurador.

Las alegaciones del señor Procurador. El señor Procurador insiste en las tesis que ha venido sosteniendo en los juicios sobre los predios de La Loma, como él mismo lo expresa, y al efecto repite que aquí sustenta una vez más las tres siguientes:

"1ª—La acción declarativa de dominio en casos como el presente no tiene cabida, por carecer de las condiciones que los procesalistas exigen para su procedencia aislada de toda otra acción. Acumulada a la condena, como acaece en este litigio, ofrécese apenas un caso de simple **acumulación aparente,** pues aunque se aduzca como súplica de la demanda, en realidad con ésta se presentan un hecho, el del dominio, que es base de las condenas perseguidas en juicio principalmente;

"2ª—No es viable la acción reivindicatoria respecto de inmuebles que se han transformado en bienes de uso público por destinación, mediante actos administrativos que los destinen a un servicio público; y

"3ª—La reparación del derecho por ocupación o por daños en propiedades privadas, causados en la construcción de un "trabajo público", no es de la competencia ordinaria".

En apoyo de estas tres tesis, transcribe su alegato presentado en el juicio de Sara Isabel Roca de Cepeda contra la Nación.

Refuerza o aclara su primer razonamiento el señor Procurador diciendo que la acción de declaratoria de pertenencia no tiene lugar sino cuando hay incertidumbre en cuanto al derecho de dominio, pero es, cuando la parte que es sujeto de él teme fundadamente que ese derecho pueda ser vulnerado o desconocido por la persona a quien demanda, pero no cuando, como sucede en este caso, el actor lo hace sobre la base de un derecho cierto e indiscutible de dominio en la finca relacionada.

Para contestar este razonamiento basta con pensar que el problema suscitado por el decreto 2210, que destinó los terrenos para el Terminal de Barranquilla considerándolos como propios, es un problema de fondo, en que se hallan en oposición los intereses del Estado y los de la parte actora, ya que el primero sostiene que tales terrenos son de su propiedad y la segunda lo niega de manera absoluta.

Dicho de otro modo y, como se arguye en el fallo de 10 de junio del presente año, al destinar el Gobierno los terrenos de que se trata, reputándolos como baldíos, a las obras del Terminal Fluvial de Barranquilla, partió de la base de que esos terrenos le pertenecían, lo que hace patente el interés de la parte actora para solicitar la declaración de dominio.

A propósito cita el mentado fallo de esta Sala a Chiovenda, quien dice que la incertidumbre de las acciones de mera declaración "debe ser también objetiva, en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es necesario **un hecho exterior objetivo** que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de terceros; el hecho exterior a que se alude puede consistir en un acto del demandado que, por ejemplo, haya discutido, tanto más si es públicamente, el derecho del actor".

La segunda cuestión es la de si es viable la acción reivindicatoria de inmuebles que se han transformado en bienes de uso público por destinación, mediante actos administrativos que los destinen a un uso público, como sucede con los terrenos cuya etrega o su valor se demanda, para decir el señor Procurador que no cabe respecto de ellos la mencionada acción.

El alegato sobre el particular se resume en uno de sus apartes, en el cual se expresa:

"El terminal de Barranquilla es un servicio público y, como tal, un **bien de uso público** por destinación. Siéndolo, es inenajenable e imprescriptible mientras esté afecto a la destinación que se le dió. Por tanto, el terreno en que se construye no es susceptible de acciones civiles, como la de reivindicación".

El representante de la Nación analiza el artículo 674 del código civil, que divide los bienes del Estado en bienes de uso público y bienes fiscales, para afirmar que el inciso segundo, que especifica cuáles son los bienes de uso público "no excluyó el uso general indirecto de los bienes naciona-

les para catalogar en otra denominación a los susceptibles de este uso indirecto, ni contiene taxativamente la lista de los que constituyen los bienes de uso público", lo que permite comprender en esta última denominación, acompasándose a las necesidades de la época, a "los destinados a los servicios **públicos**".

Para resolver el punto ha de admitirse que el artículo 674 del código civil clasifica los bienes de la Nación en dos categorías: son **bienes de uso público** aquellos cuyo uso pertence a todos los habitantes, como el de calles plazas, puentes y caminos; y son **bienes fiscales,** aquellos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes. División de importancia, pues los primeros son inalienables e imprescriptibles, esto es, quedan fuera del derecho común, mientras que los segundos han de mirarse como de naturaleza igual a la de los bienes particulares.

Al respecto piensa la Sala que la destinación para un uso u obra pública no confiere la propiedad al Estado, pues no es modo ni título de adquirir el dominio de los señalados por la ley a ese efecto. Si de otra suerte fuera, el Estado podría apoderarse de un bien, sin reclamo posible de los particulares, con sólo destinarlo para el uso público, lo que resulta inadmisible.

Además, la circunstancia de que por razones de interés general no pueda ordenarse la restitución o entrega del bien al demandante, por haberse incorporado a una obra pública o de servicio público, no quiere decir que no se halle consagrada en la ley civil la acción correspondiente para obtener el pago de su valor, acción que también se halla dentro del título de la reivindicación y que la Sala ha declarado viable en casos similares.

El tercer razonamiento del señor Procurador es el de que la reparación del derecho por ocupación o por daños en propiedades privadas, causados con trabajos públicos, no es de competencia de la justicia ordinaria.

El punto ya fué estudiado en el fallo citado de 10 de junio, en el cual se citan dos doctrinas de esta misma Sala. La primera es la del fallo de 23 de mayo de 1951, que dice así:

"Dice el artículo 76 del Códio Judicial que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia "de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado...", entre las cuales indudablemente están comprendidas las que se relacionan con la propiedad; pero como la ley 167 de 1941, que es posterior a dicho Código, establece que la justicia contencioso-administrativa conoce privativamente de las indemnizaciones a cargo de la administración por causa de trabajos públicos, incluyendo de modo expreso el pago de las zonas ocupadas por este motivo (art. 33, ord. 2°, art. 52, ord. 7º, y Capítulo XXII del Código de lo Contencioso), de ahí se ha venido deduciendo que la justicia común no tiene hoy competencia para ordenar el pago de esas zonas.

"Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es al poder judicial o justicia ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o interés social.

"En efecto, el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o 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 **orden judicial**..."; agregando además, 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.

"De todo lo cual se deduce 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 sea ésta la que decrete 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 (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de estas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respecto de la administración y de los particulares; circunstancias que han servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

"La jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la autoridad judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad, una consecuencia importante: esa com-

petencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien, desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la administración en condiciones regulares y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir a **fortiori** cuando tales formalidades se han omitido" (Curso Elemental de lo Contencioso Administrativo, pág. 163)".

La segunda es del fallo de 4 de agosto de 1951, y dice así:

"De esta suerte, bien puede concluírse que los preceptos de la ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causan 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 luepo— 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 (art. 955 del C. C.), antes que de una acción indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la justicia ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla.

"Se comprende así cómo, limitado en esta forma el alcance de la acción administrativa en el particular, la prescripción bienal de que habla el artículo 263 de la expresada ley 167 de 1941 no puede entenderse sino para las que, de acuerdo con lo expresado anteriormente, resultan ser de la competencia contencioso-administrativa; y como también, respecto de las que ante ella se promuevan por concepto de simples ocupaciones temporales, el término de dicha prescripción no puede comenzar desde que "se verifica la ocupación", como podría pensarse a la luz del segundo supuesto consignado en tal artículo, sino desde la fecha misma en que la ocupación termina, o sea "dentro de los dos años de ocurrido el daño", según lo prevenido antes por este mismo precepto. La prescripción de las acciones indemnizatorias por ocupación indefinida o definitiva de la propiedad y de que conoce la justicia ordinaria, sigue la norma general de las demás acciones civiles establecidas por el derecho privado".

Pero como el señor Procurador insistiera en su tesis de que es la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la que debe conocer de estas acciones, sobre la base de que el llamado "poder judicial no comprende solamente la justicia común sino toda la rama jurisdiccional con sus jurisdicciones especiales, para lo cual invocó preceptos constitucionales y comentarios del doctor José María Samper, se contestó en el memorado fallo de 10 de junio:

"A pesar de las autorizadas opiniones del señor Samper antes transcritas, estima la Sala que la Constitución de 1886, al exigir para las enajenaciones forzosas **mandamiento judicial,** no se refirió con esta expresión sino a la justicia ordinaria o común, que era el poder judicial por antonomasia, y no a jurisdicciones de carácter especial como la de lo contencioso-administrativo: en primer lugar, porque esta jurisdicción no se instituyó en aquel Estatuto, donde apenas se le dejó a la ley la facultad de establecerla (art. 164); y en segundo término, porque el artículo 1º de la ley 105 de 1931, que es reproducción casi exacta del artículo 1º de la ley 100 de 1892, estatuyó lo siguiente:

"La administración de justicia se ejerce de modo permanente por los Tribupnales ordinarios, que son: La Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores y de Circuito, los Jueces Municipales y los Jueces de Menores.

"En casos especiales se ejerce por el Senado, el Consejo de Estado, los Tribunales Militares, las autoridades administrativas y aún por personas particulares en calidad de jurados, árbitros, etc., que participan en las funciones judiciales, sin que el ejercicio transitorio de esas funciones ni la participación ocasional en ellas incluya a tales entidades, ni a los empleados que las componen, en la jerarquía llamada por la Constitución Poder Judicial".

"De otro lado, si en la reforma de 1945 se establece que "son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional", incluyendo dentro de esta última rama las entidades de lo contencioso-administrativo, no por ello es menos cierto que la expresión **judicial** se mantuvo o reservó únicamente para los organismos de la justicia ordinaria o común, como se desprende de las disposiciones de dicha reforma incorporadas co-

mo artículos 5º y 159 de la actual codificación constitucional, que en lo pertinente dicen:

"Artículo 5º, inciso final: "La ley podrá crear y suprimir Intendencias y Comisarías, anexarlas total o parcialmente a los Departamentos, darles estatutos especiales y reglamentar su organización electoral, judicial y contencioso-administrativa".

"Artículo 159, inciso 1º: "Las calidades exigidas a los funcionarios del orden judicial, del Ministerio Público y de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se acreditarán en la forma que la ley determine".

"Pero si de acuerdo con la Constitución, tratándose de expropiaciones, la transferencia de la propiedad y consiguiente indemnización requieren la intervención de la justicia civil u ordinaria (una vez cumplida la fase administrativa previa), ¿cómo no ver también en ese principio la competencia judicial cuando se trata de la indemnización o pago de zonas incorporadas por la administración a obras de interés público, siendo así que lo que se busca en estos casos, en el fondo, es el cumplimiento de la garantía constitucional?

"Es claro que en la ocupación de terrenos privados por razón de trabajos públicos no hay traspaso de propiedad sino solamente desposesión; pero si esa desposesión va acompañada de incorporación definitiva a un servicio público, el verdadero dueño no pierde únicamente el goce de su inmueble, sino que queda imposibilitado para recuperarlo. Como lo dice Marcel Waline —a quien cita la Procuraduría— en estos casos "el propietario no puede ejercer las acciones posesorias, por ejemplo, la de restitución, pues ésto entorpecería el funcionamiento de un servicio público".

"De aquí que de las acciones sobre indemnización o pago, que tienden a legalizar esa situación de hecho, haya de conocer la justicia a quien corresponde constitucionalmente la garantía de la propiedad privada".

Acciones ejercitadas.—En el caso que se estudia, se pide que se declare que la actora es dueña del terreno que señala y que se ordene su entrega o restitución (peticiones primera, segunda y tercera), fuera de las súplicas subsidiarias, que no son opuestas, sino concordantes con aquéllas. Se hace, pues, indispensable averiguar si están acreditados el derecho de dominio, la identidad del bien y la posesión del demandado, para luego averiguar si se puede decretar la entrega del bien y en qué forma procede ordenarla, en su caso.

Dada la peculiar circunstancia de tratarse de un particular que invoca su propiedad frente al Estado, debe gobernarse el debate por las disposiciones de la ley 200 de 1936, sobre tierras, pues sus preceptos elevaron a la categoría de prueba plena de la propiedad la que antes no se reconocía como eficaz, por no tener apoyo en la legislación. En este juicio se discute el dominio de un inmueble que se tiene como urbano y se señala como disposición aplicable el artículo 7º de la mentada ley 200, cuyo tenor es el siguiente:

"Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. Las otras disposiciones de esta ley no se aplicaron a la propiedad urbana".

Precepto que esta misma Sala comentó en su providencia de 30 de junio de 1948 diciendo que de conformidad con él "acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio por un tiempo no menor del de la prescripción extraordinaria. Otras disposiciones de la misma ley, los artículos 1º, 2º y 3º, se refieren a la propiedad rural privada, frente a la Nación, y establecen algunas reglas para destruír la presunción a favor del Estado de las tierras baldías, y el artículo 3º previene que los títulos inscritos otorgados entre particulares con anterioridad a esa ley no demuestran propiedad privada respecto de terrenos que no sean adjudicables, que estén reservados o destinados a cualquier servicio o uso público.

"El artículo 7º, referente a la propiedad urbana, admite la validez de los títulos inscritos para comprobar la propiedad privada, y expresa que las otras disposiciones de la ley —entre ellas se halla la que se traslada del artículo 3º— no se aplican a la propiedad urbana. Respecto de ésta no es pertinente considerar lo que la ley establece para la propiedad rural en relación con terrenos no adjudicables, reservados o destinados al servicio o uso público. A la propiedad urbana no se aplica, para la comprobación del dominio privado, frente a la Nación, sino la norma expresa del artículo 7º, que permite acreditar tal propiedad privada con los títulos otorgados con anterioridad a la ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término exigido para la prescripción extraordinaria" (G. J., Tomo LXIV, números 2062-63, página 589).

Es necesario hacer, pues, el análisis que se echa de menos en la sentencia apelada, de si se trata de predio urbano y si la cadena de títulos com-

prende un período igual al de la prescripción extraordinaria.

Se trata de terrenos urbanos, pues así lo acreditan las siguientes pruebas:

a) El plano de la ciudad de Barranquilla (cuaderno 1 bis), debidamente autenticado, levantado por las Empresas Públicas Municipales y en el cual aparece que los terrenos de "La Loma" están comprendidos en el perímetro urbano;

b) El acuerdo número 16 de 1942, según el cual el perímetro urbano comprende la banda occidental del río Magdalena (f. 40 del c. 3).

c) Los peritos que concurrieron a la diligencia de inspección ocular el 24 de agosto de 1948, consideraron que la zona territorial de La Loma y el terreno que dentro de ésta reclama la demandante, se halla "dentro del perímetro urbano de esta ciudad", lo cual conceptúan previo el estudio de los planos de Barranquilla y del acuerdo que fija dicho perímetro (f. 41 del c. 3).

La titulación en forma autorizada por el artículo 7º de la ley 200 de 1936, se halla plenamente comprobada en la siguiente forma:

a) Por escritura pública número 615, de 10 de abril de 1947, de la Notaría 3ª de Barranquilla, Zoila Rosa Roca v. de Insignares y Paulina Esther Roca Insignares realizaron la partición de un globo de terreno, de 30 hectáreas y 920 metros cuadrados, en la banda oriental del caño de La Ciénaga de La Tablaza, que sale a la banda occidental del río Magdalena. En esta partición le correspondió a la demandante Paulina Esther Roca Insignares el lote de 20 hectáreas y 600 metros cuadrados, que se especifica en el hecho primero de la demanda.

Con tal escritura se protocolizó el plano a que se refieren los otorgantes y del cual se agregó una copia (fls. 53 y 58 del c. 3).

b) La señorita Roca Insignares adquirió la cuota que en la partición se concretó en el terreno descrito, en el juicio divisorio seguido con Sara Isabel Roca de Cepeda, Zoila Rosa Roca de Insignares y Luciano Cepeda Roca, en el Juzgado 1º Civil del circuito de Barranquilla, protocolizado en escritura número 522, de 26 de marzo de 1927, de la Notaría 1ª de dicho circuito (f. 46 del c. 2).

Cabe anotar que los otorgantes de la escritura número 615 habían hecho división del globo de terreno, según se lee en la cláusula 6ª de la citada escritura, mediante la número 1772, de 16 de septiembre de 1946, de la Notaría 3ª del circuito de Barranquilla, (fs. 55 del c. 2). Pero en virtud de la declaración de la citada cláusula quedó tal división sin valor, de modo que la partición definitiva es la consignada en la escritura número 615, de 10 de abril de 1947 (f. 53 del c. 2).

c) El derecho que llevó a la señorita Roca Insignares a pedir la partición de que se habla en el punto anterior, lo hubo:

Primero, por adjudicación que se le hizo de la quinta parte de los terrenos, junto con María Isabel Roca de Cepeda, Zoila Rosa Roca de Insignares, Julio C. Roca y Luciano Cepeda Roca en el juicio mortuorio de sus padres Pedro Antonio Roca y Carmen Insignares de Roca, seguido en el Juzgado 2º del circuito de Barranquilla, protocolizado por escritura número 1619, de 26 de diciembre de 1913, de la Notaría 1ª del mismo circuito (f. 22 v. del c. 2).

Segundo, por compra que hizo a Julio C. Roca de la quinta parte de los mismos terrenos, adjudicados en el expresado juicio de sucesión, mediante escritura 349, de 10 de marzo de 1915, de la Notaría 1ª de Barranquilla (f. 34 del c. 2).

Tercero, por compra que le hizo de su quinta parte a Luciano Cepeda Roca, de acuerdo con la escritura número 1503, de 28 de agosto de 1919, de la misma Notaría (f. 36 ibid). Y

Cuarto, por la división que se hizo entre Zoila Rosa Roca y Sara Isabel Roca de Cepeda, que consta en escritura número 172, de 22 de enero de 1923, de la misma Notaría (f. 38 ibidem).

d) Pero la cadena de títulos comenzó mucho antes, porque la escritura número 56, de 12 de marzo de 1889, de la Notaría 1ª de Barranquilla (f. 9 del c. 2), expresa que María de los Santos de Valle le vende a Juan Garzón un potrero situado en el lugar llamado La Loma, en la banda oriental del Caño de La Tablaza, que mide 80 metros de norte a sur y 117 metros de oriente a occidente y linda por el norte, sur y oriente con predios de Pedro Antonio Roca y por el occidente con el expresado Caño de La Tablaza. Y por escritura número 375, de 6 de noviembre de 1889, de la misma Notaría, Juan Garzón le vendió a Pedro Antonio Roca el mismo inmueble (f. 11 ibidem).

Además, por escritura 214, de 26 de octubre de 1887, de la misma Notaría, Nicolás Ballestas, Concepción Guillén, Francisco Meza Jiménez, José Faustino Lubo, David de la Rosa, Matía Barraza y Guillermo Luncan, le vendieron a Pedro Antonio Roca varias porciones de terreno "a inmediaciones de esta ciudad, en el lugar nombrado "La Loma", algunos de los cuales limitan con predios del comprador, con el Caño de La Tablaza y con el río Magdalena y se declara en la escritura que el señor Roca, "rozando y cultivando los montes que separaban los unos predios de los otros, ha confundido éstos en un solo potrero de sesenta cabuyas más o menos de extensión conocido con el nombre de La Esmeralda" (f. 13 ibidem).

Y, en fin, por escritura número 93, de 28 de febrero de 1890, Juana Puente le vendió al mismo don Pedro Antonio Roca los derechos que tenía en un terreno de La Loma, colindante con dicho señor Roca.

De esta suerte, y, como lo alega el representante de la actora, a la muerte de los esposos Roca-Insignares, la heredad ganancial componía una extensión apreciable de tierra, la misma que fué distribuída entre los herederos de aquéllos en el juicio de sucesión protocolizado en 1913, por la escritura número 1619.

Se anota que todas las copias de las escrituras traen la constancia de haber sido debidamente registradas y se completaron con un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en que consta la tradición inscrita de los predios.

Así las cosas, no hay necesidad de estudiar la otra causa de la demanda de dominio, o sea, la posesión o explotación económica de los terrenos que, dicho sea de paso, aparece también comprobada en forma fehaciente.

La identidad de los terrenos, tanto del general como del que ahora se reclama, aparece plenamente demostrada con la diligencia de inspección ocular que se practicó el 24 de agosto de 1948.

El personal de la diligencia procedió a identificar la zona de La Loma, por los linderos que se ofrecen, tanto en el decreto número 2210 de 22 de diciembre de 1932, como en la Gaceta Municipal número 961 de 10 de diciembre de 1943, que presentó el apoderado.

Dentro de dicha zona de La Loma el personal identificó el terreno descrito en el hecho primero de la demanda, teniendo en cuenta las escrituras números 1619, de 26 de diciembre de 1913, la 522, de 26 de marzo de 1927 y la 615, de 10 de abril de 1947, y se hace su señalamiento por medidas y linderos (fls. 41 a 43 del c. 3).

Y en el concepto que rindieron los peritos, como resultado de aquella diligencia, exponen que "el terreno objeto de este juicio, **relacionado en el hecho primero de la demanda,** hacía parte del predio urbano de mayor extensión de que fueron propietarios, en el lugar denominado "La Loma" en esta ciudad, el señor Pedro Antonio Roca y la señora Carmen Insignares de Roca" como consta en las escrituras arriba citadas. Los peritos describen también el predio, dan sus medidas y explican su ubicación dentro de los tres planos: el oficial de Barranquilla, otro levantado por la División Nacional de Malariología, más un tercero levantado en una de las particiones del globo general (f. 45 ibidem).

La posesión de la parte demandada también aparece acreditada de manera satisfactoria, así:

En el acta de inspección ocular que se acaba de citar, se lee:

"Siendo indispensable establecer si la zona en litigio está ocupada en el momento actual, se pudo establecer mediante recorrido que existen cercas de alambre, ganados caballar y mular en soltura, y algunas otras construcciones que toman una parte del terreno que se identifica, que son de propiedad del Gobierno Nacional, Ministerio de Guerra. Y por el otro lado, que linda con sectores de la ciudad que ya son fajas de terreno pavimentadas, existe una islita ocupada con construcciones, bodegas, de la Compañía de Navegación Fluvial "Santander", con permiso del Gobierno Nacional".

Y en su concepto expresaron los peritos:

"La Nación, a partir de lo dispuesto en el decreto 2210 de 1932, en el lote que reclama Paulina Esther Roca Insignares, individualizado en el hecho primero de la demanda, deterioró y transformó en Canal una porción de terreno de una cabida de 9.030 metros cuadrados. Este hecho fué una consecuencia del dragado efectuado por la Nación para apertura del canal "A" o nuevo caño de las Compañías. El resto del terreno no ha sido deteriorado y tiene una cabida de 213, 970 metros cuadrados. Dentro del lote descrito, objeto de la demanda, y en la parte que no ha sido deteriorada por trabajos de dragado, la Nación ha ejecutado únicamente un relleno con el mismo material proveniente del dragado con un espesor promedio de un metro veinte centímetros, pero el lote se encuentra bajo la vigilancia, custodia y posesión del Ejército Nacional" (f. 45 del c. 3).

Lo mismo dicen al ampliar su dictamen, con algunas leves aclaraciones, como la de que "el terreno que reclama Paulina Esther Roca Insignares en el juicio sí está encerrado bajo cercas de alambre que acaban de ponerse" y que por ello afirmaron en su concepto que "el lote en mención se encuentra bajo la vigilancia y posesión del Ministerio de Guerra" (f. 51 v. y 52 del c. 3).

En el concepto pedido a los peritos mediante auto para mejor proveer dictado por esta Sala, expusieron que "las zonas ocupadas por el Gobierno con las obras del Canal A, dragado por él, se muestran en el plano que obra en el expediente encerradas dentro de los polígonos A - A', M— N y M— L — P, que aparecen sombreados en fondo azul oscuro"; y luego de dar los linderos y superficies concluyen que "el área de las zonas de propiedad de la demandante, deterioradas por la apertura del Canal A, es en total de 11.163 metros cuadrados.

En cuanto a la "parte del predio de la demandante no deteriorada por obras del Gobierno, está encerrada dentro de los polígonos A' — B — C — D — D — E — F — H — I — J — K — L — M — A', que aparecen sombreados con fondo amarillo en el plano"; y luego de especificar los linderos y superficies de los polígonos que componen esta parte, concluyen que "las zonas del predio de la demandante que no han sido deterioradas por el dragado del Canal A, tienen, pues, una superficie de 210.157 más 1.680 igual a 211.837 metros cuadrados.

"Para determinar si algunas de las edificaciones localizadas dentro del lote denominado La Loma Nº 2, se encuentran comprendidas dentro de los linderos del predio de la demandante, señorita Paulina Esther Roca Insignares, hubimos de verificar trabajos de levantamiento con aparatos de precisión, abriendo trochas, determinando alineamientos y verificando medidas de distancias y ángulos, habiendo llegado a la conclusión de que el grupo principal de construcciones correspondientes a los cuarteles, lo mismo que la Edificación con destino al Arsenal —que tiene esta última superficie de 1.326 metros cuadrados— quedan todas fuera de los linderos del predio de la demandante" fls. 69 y 70 del c. 9).

Además, los declarantes Pragamsio Antequera y doctor Manuel Fonseca Plazas dicen que les consta personalmente que la Nación viene realizando en los terrenos de "La Loma" obras, como canales hechos con draga, edificios, camellones, etcétera, destinados al servicio del Terminal Fluvial de Barranquilla (fls. 32 y s. s. del c. 3).

Se aceptan las conclusiones del último dictamen, en cuanto a la zona ocupada y la no ocupada, pues uno de los peritos fué el mismo que rindió los otros y se trata de un concepto aclaratorio de los anteriores, debidamente fundamentado.

Además, se acepta el avalúo dado por los peritos a los metros de terreno ocupado, pues el apoderado de los actores se remite a él (f. 38 v. del c. 9).

Conclusiones. — La demanda propuesta debe prosperar, porque la actora demostró ser dueña del terreno que reclama como suyo, acreditó la posesión de la parte demandada, y no hay duda alguna sobre la identidad del bien.

Pero, como se anotó en el precitado fallo de 10 de junio último, la Corte habrá de ordenar la restitución a su dueño del lote en referencia, con la sola excepción de la zona ocupada con obras públicas por la Nación, pues a esta devolución se oponen razones superiores de interés público, aparte de la imposibilidad física para realizarla. En cambio, se ordenará el pago del valor de esa zona ocupada, que los peritos han apreciado a razón de un peso el metro cuadrado (f. 45 vuelto del cuaderno número 3).

Ello indica que el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada debe confirmarse, porque declara que el predio reclamado es de propiedad de la demandante, y que han de agregarse la orden de restitución o entrega del terreno, salvo la zona ocupada, cuyo pago correrá a cargo de la Nación, con la obligación consecuencial de traspasarlo a ésta por escritura pública.

Resolución. Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Confírmase el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada, que declara que la señorita Paulina Esther Roca Insignares es dueña del inmueble que se especifica en dicho punto.

Segundo. Revócase el punto segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada y, en su lugar, condénase a la Nación a restituír a la señorita Paulina Esther Roca Insignares el inmueble o terreno antes mencionado, con la única excepción de la zona de once mil ciento sesenta y tres metros cuadrados (11.163 m2.) que han sido ocupados con obras por la Nación.

Tercero. Mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, la Nación pagará a la nombrada señorita Paulina Esther Roca Insignares la suma de once mil ciento sesenta y tres pesos moneda corriente ($ 11.163.00) como vaor de la faja o zona de terreno ocupada por la Nación. nombrada señorita Paulina Esther Insignares la

Queda en estos términos reformada la sentencia apelada.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada. Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas, Secretario.

DE CONFORMIDAD CON LA LEY 60 DE 1872 Y EL ARTICULO 2156 DEL CODIGO FISCAL DE 1873, SI ERA POSIBLE AMORTIZAR LOS CAPITALES DE LA RENTA NOMINAL PERTENECIENTE A PATRONATOS Y CAPELLANIAS

La ley 60 de 10 de junio de 1872, en el parágrafo segundo del art. 10, dijo lo siguiente: "La Renta Nominal perteneciente a patronatos y capellanías se podrá también amortizar en los términos de la presente Ley, si hacen postura en el remate respectivo las personas a quienes la legislación civil en cada Estado reconozca como propietarios de esos capitales".

El Código Fiscal que se aprobó por medio de la Ley 106 de 1873, en su artículo 2156, consagró exactamente el mismo principio de la Ley 60 de 1872 que se transcribió antes. Tales disposiciones demuestran que sí era posible amortizar los capitales.

Además, la Renta Nominal que gravaba al Estado por concepto de la deuda interna, creada por el Decreto de 9 de septiembre de 1861 y que en el año de 1918 no estaba amortizada, se reconoció por la Ley 23 de ese año, y los títulos que poseían entonces los beneficiarios, se ordenaron cambiar por bonos con ratas diferentes según su procedencia (art. 27 de la Ley 23 de 1918). Esta ley, en sus artículos 20 y 21, autorizó al Gobierno para convertir en bonos a voluntad de los tenedores, los Certificados de Renta Nominal, siempre que no estuvieran prescritos. En el segundo de los artículos citados, ordenó que esos certificados CONTINUARIAN AMORTIZANDOSE POR EL SISTEMA ORDINARIO DE REMATES.

Lo anterior demuestra, pues, que sí era y fué posible amortizar el capital de las Rentas Nominales por el sistema de remates, como lo dispusieron el art. 10 de la Ley 60 de 1872 y el art. 2156 del Código Fiscal de 1873.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio quince de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique)

Ante el Tribunal Superior de Bogotá presentaron demanda los señores *Miguel A. Carvajal de Castro* y *Gonzalo Gómez*, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se condenara a la Nación "a liquidar y pagar a los demandantes, o a uno de ellos, los réditos o intereses de renta nominal correspondientes a las Capellanías o Fundaciones instituídas por don Agustín Tobar y Buendía, don José Valero de Tobar, doña Antonia Montenegro, don Andrés Alonso Vélez y doña María de la Cruz Andrade, desde que los respectivos patronatos quedaron vacantes por muerte de los anteriores patronos, hasta cuando tornen a quedar vacantes por fallecimiento del actual patrono o capellán Miguel A. Carvajal de Castro; todo de acuerdo con las sentencias del Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá de fecha catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y uno y la del Juez 4º Civil del Circuito, de fecha de primero de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro que cursa".

Sintetizados los hechos de la demanda, se encuentran los siguientes:

Carvajal de Castro obtuvo de los jueces sexto y cuarto civil del Circuito de Bogotá, se le reconociera su calidad ó su condición de patrono de cada una de las referidas capellanías con derecho a cobrar los réditos respectivos. La sentencia del juez sexto lleva fecha de 14 de mayo de mil novecientos cuarenta y uno (1941); en su condición de tal, Carvajal de Castro ocurrió ante el Ministerio de Hacienda en solicitud de liquidación y pago de esos intereses, lo que no obtuvo, ya que el Ministerio conceptuó que las referidas Capellanías habían sido amortizadas en la siguiente forma: las de Tobar y Buendía, Valero de Tobar y Antonia Montenegro por remate de 30 de julio de 1881 y la de Vélez y María de la Cruz Andrade por un remate de septiembre de 1883.

Posteriormente ocurrieron los demandantes al Consejo de Estado, y aquella entidad se declaró incompetente para conocer del negocio, por ventilarse en él, asuntos de derecho privado, y por consiguiente ello ocasionó el juicio ordinario que ahora estudia la Corte en segunda instancia.

Agregan los demandantes en los hechos, que conforme al derecho español vigente en la época de su

fundación, las capellanías fueron instituciones permanentes, perpetuas e indefinidas, y precisamente respetando esa voluntad el Decreto de 9 de septiembre de 1861, sorteó la dificultad que se presentaba, tomando la Nación los capitales producto de los remates, a cambio del pago a perpetuidad de los réditos que tal capital produjera al patrono reconocido; esos réditos los pagaba la Nación por medio de vales, bonos, cupones, certificaciones, órdenes de pago, copias de inscripcciones, documentos que eran de deuda interior consolidada y no de los capitales producidos en los remates; el Ministerio de Hacienda ha equivocado el remate de los documentos de deuda interior consolidada con los capitales producto de esos remates, ya que siendo una institución perpetua e indefinida el capital no podía extinguirse o cancelarse; por una mala redacción de la Nota del Tesorero General de la Unión al Jefe de la Sección Segunda de la Secretaría del Tesoro, alega el demandante, los certificados de renta nominal se equiparan, confunden o se identifican, con el capital que reditúa esa renta nominal; es absurdo pensar en un remate de ese capital porque de ser así, habría salido del Tesoro sin razón alguna; y siendo la Nación el deudor, ninguna legislación contempla el caso de que un deudor pueda rematar su propia deuda.

Carvajal de Castro cedió a Gonzalo Gómez los porcientajes de que hablan las correspondientes notas de cesión que aparecen en el expediente.

La primera instancia del juicio terminó con una absolución para la parte demandada, de las peticiones de la demanda, y por apelación de ella es que ha llegado el negocio a esta superioridad, en donde una vez tramitado en la forma legal, se procede a fallar.

Consideraciones de la Corte

Sostienen los demandantes que el Estado Colombiano, no podía ni pudo amortizar los capitales representativos de las Fundaciones que a partir del famoso Decreto de 9 de septiembre de 1861, expropió para sí. La afirmación de los actores se concreta en la tesis de que sólo eran amortizables los réditos o intereses devengados por los capitales representativos de los bienes desamortizados pero jamás las obligaciones mismas origen de esos réditos.

Ante todo, hay necesidad de relacionar las pruebas que obran en autos, para estudiar luego, las que sean procedentes.

La parte demandante acompañó con la demanda los documentos que el Tribunal analizó en su sentencia a saber: las copias de las sentencias dictadas por los jueces 4º y 6º del Circuito, que reconocieron a Miguel Carvajal de Castro su calidad de patrono de las capellanías fundadas por Agustín Tovar, José Valero de Tovar, Antonio Montenegro, Andrés Alonso Vélez y María de la Cruz Andrade; copia de la actuación adelantada ante el Ministerio de Hacienda por el apoderado del señor Carvajal de Castro en demanda del pago de la renta de las citadas fundaciones; copia de la Escritura número 1.305 de la Notaría 5ª de Bogotá de fecha 30 de julio de 1941, por la que Carvajal de Castro dice ceder al doctor Gonzalo Gómez el 50% de sus derechos a las fundaciones; la nota 10403 de 18 de septiembre de 1944 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que se analizará adelante; copia del fallo del Consejo de Estado de fecha 9 de septiembre de 1943, en que dicha entidad se declara incompetente para conocer de este litigio y copia expedida por el Ministerio de Hacienda de la nota de 11 de agosto de 1881 de la Tesorería General de la Unión al señor Jefe de la Sección Segunda de la Secretaría del Tesoro, del acta número 7 de fecha 7 y 8 de septiembre de 1883 y otros documentos.

En el término probatorio de la primera instancia se trajeron copias de copias de las escrituras de las fundaciones de Agustín Tovar y Buendía, José Valero de Tovar, Antonia Montenegro, Andrés Alonso Vélez y María de la Cruz Andrade.

La Corte por medio de auto para mejor proveer obtuvo copia del acta Nº 7 de 7 y 8 de septiembre de 1883 que da cuenta de la amortización de varios títulos de Renta Nominal y las constancias del folio 557 del Libro 1º del Ministerio del Tesoro.

Estas son las pruebas que vinieron a los autos que servirán de fundamento a la resolución de la Corte.

La parte demandante no sólo no ha puesto en duda la veracidad de los documentos citados, sino que la totalidad de ellos los trajo en apoyo de sus peticiones; las copias que vinieron por razón del auto para mejor proveer ya figuraban en el expediente. Así que por este aspecto no hay dificultad. Esta resulta de que los demandantes aspiran a que la Corte acepte tales documentos como pruebas del derecho que demandan, pero no como prueba de la cancelación del mismo. Pero trándose de documentos oficiales, que tienen el carácter de auténticos, no es posible aceptarlos en parte y negarlos en lo que le es desfavorable a quien los invoca. De las copias traídas consta que el Estado expidió certificados de Renta Nominal a favor de los respectivos beneficiarios, pero también consta de las mismas, que tales certificados fueron amortizados en

armonía con las leyes vigentes en la época. Si aceptamos lo primero, necesariamente tenemos que aceptar lo segundo.

Con la demanda se trajo copia de la siguiente pieza:

"*Estados Unidos de Colombia*—Tesorería General de la Unión—Nº 596—Bogotá, 11 de agosto de 1881.—Señor Jefe de la Sección Segunda de la Secretaría del Tesoro. Remito a usted la suma de catorce mil setecientos diez pesos ($ 14.710.00) en nueve certificados de renta nominal, amortizados por el Banco Nacional en el remate que hizo el 30 de julio del próximo año pasado, y cuyo pormenor es el siguiente:

Nº 33—Fundación de Agustín Tovar y Buendía ..... $	330.00
Nº 34-Fundación de José Valero de Tovar	1.500.00
Nº 36—Id. de Antonia Montenegro.....	1.100.00
Nº 490—Id. de Rosalía Sanz de Santamaría	1.990.00
Nº 520—Id. de Magdalena de Vargas...	2.000.00
Nº 740—Id. de Diego Hernández de Oro, José de la Barrera y Cecilia Castro...	2.000.00
Nº 746—Id. de Francisco Osorno.....	2.660.00
Nº 1.423—Id. de Juan Carrillo.....	610.00
Nº 1.163—Id. de Marcos de la Jara Quemada	2.490.00
	$ 14.710.00

Sírvase acusarme recibo. Soy de usted atento servidor (fdo.), *Venancio Díaz Granados*.—Agosto 11 de 1881. Acúsese recibo. (Fdo.) *Caro*.

Cumplido número 233, artículo 75 del C. de 80/81.—"Recapitulación de los documentos amortizados a que se refiere la presente relación. Artículo del Diario número 75.—Renta sobre el Tesoro nominal, $ 14.710.00. Fecha y número de las notas de la Tesorería General. Agosto 11 de 1881. Número 596. Bogotá, 31 de 1881. — El Jefe de la Sección (fdo.), José María Caro.—Bogotá, 7 y 8 de 1882. En estos días examiné y comparé con sus comprobantes la precedente relación, y no hallando las comisiones legislativas reparo alguno que hacer, incineré los documentos a que ella se contrae. El presidente (fdo.), Francisco de P. Matéus.—Acta Número 7—Bogotá, 7 y 8 de septiembre de 1882.—Las comisiones de Crédito Público se ocuparon en las sesiones de estos días del examen de la relación número 7, correspondientes a las amortizaciones de renta al portador y nominal y cupones de renta sobre el Tesoro, verificadas en el año económico de 1880 a 1881. Compararon los asientos de la cuenta con el pormenor de las relaciones o actas de remate de la Tesorería General que hallaron exactas y contaron una a una e incineraron en seguida los documentos amortizados en los cuales no se encontraron sino dos faltas insignificantes que evidentemente se explican por una pérdida o extravío casual a saber: Faltó el cupón número 8 de $ 30.00 correspondiente al vale número 2.087, de la propuesta número 2, del remate de 30 de noviembre de 1880 y $ 6.00 en cupones de la propuesta número 11 del remate de 31 de enero de 1881. Resumen:

Renta sobre el Tesoro al Portador....$	33.400.00
Renta Nominal	71.520.00
Cupones de renta sobre el Tesoro.....	103.50

Total: ciento cinco mil veintitrés pesos con cincuenta cvos. 105.023.50. El Presidente (fdo.), Francisco de P. Matéus — Juan de Dios Ulloa—Aníbal Galindo—Belisario Gutiérrez".

Este documento habla de los créditos provenientes de las Fundaciones de Agustín Tovar y Buendía, José Valero de Tovar y Antonia Montenegro, es decir, da la prueba del derecho demandado, pero como en el mismo se dice, que los certificados correspondientes a esos créditos, se incineraron, por haberlos rematado el Banco Nacional, el 30 de julio de 1881, hay que concluir que si tal documento prueba el derecho, también prueba el descargo. Los demandantes no niegan el remate, sólo que agregan una modificación contraria al texto mismo del escrito, consistente en que, según ellos, el remate no se refería a la obligación misma, o sea al capital, sino a los intereses, modificación que no se probó y es contraria a las leyes y decretos vigentes en su época.

La ley 60 de 10 de junio de 1872, en el parágrafo segundo del artículo 10, dijo lo siguiente: "La Renta Nominal perteneciente a patronatos y capellanías se podrá también amortizar en los términos de la presente ley, si hacen postura en el remate respectivo las personas a quienes la legislación civil en cada Estado reconozca como propietarios de esos capitales".

El Código Fiscal, que se aprobó por medio de la Ley 106 de 1873, en su artículo 2.156, consagró exactamente el mismo principio de la Ley 60 de 1872 que se transcribió antes. Tales disposiciones demuestran que, sí era posible amortizar los capitales, y tan posible era que la copia traída por los propios demandantes dice que los cupones de renta sobre el Tesoro a favor de los patronos de capellanías fueron recogidos por el Banco Nacional y luego se incineraron. Al ser cierta la tesis sostenida en la demanda, los patronos hubieran transmitido a sus sucesores tales certificados que eran

los verdaderos títulos de las Fundaciones después de la transformación de Manos Muertas.

La Renta Nominal que gravaba al Estado por concepto de la deuda interna, creada por el Decreto de 9 de septiembre de 1861 y que en el año de 1918 no estaba amortizada, se reconoció por la Ley 23 de ese año, y los títulos que poseían entonces los beneficiarios, se ordenaron cambiar por bonos con ratas diferentes según su procedencia (artículo 27 de la Ley 23 de 1918). Esta ley en sus artículos 20 y 21 autorizó al Gobierno para convertir en bonos a voluntad de los tenedores, los Certificados de Renta Nominal, siempre que no estuvieran prescritos. En el segundo de los artículos citados, ordenó que esos certificados *continuarían amortizándose por el sistema ordinario de remates.*

Lo anterior demuestra que sí era y fue posible amortizar el capital de las Rentas Nominales por el sistema de remates, como lo dispusieron el artículo 10 de la Ley 60 de 1872 y el artículo 2.156 del Código Fiscal de 1873. De otro lado está la constancia del documento que viene analizándose de que los certificados fueron incinerados. Sobre la renta proveniente de las fundaciones de Agustín Tovar y Buendía, José Valero de Tovar y Antonia Montenegro, no hay dificultad, porque el instrumento que arriba se transcribió expresamente habla de la amortización de los títulos números 33, 34 y 36 que son los correspondientes a esas fundaciones. Tampoco la hay en lo que hace relación a las fundaciones de Alonso Vélez y María de la Cruz Andrade, como se demuestra en seguida.

Aun cuando los actores no trajeron prueba expresa de que se hubiera expedido el título o certificado correspondiente, del instrumento que se analizará en seguida, sí resulta que se expidió esa certificación bajo el número 1.052. El documento es el siguiente: "Libro 1º—Folio 557. Fundación de Alonso Vélez y María de la Cruz Andrade, su cuenta con el Tesoro por $ 4.000.00. Certificación número 1.052.—Por sentencia dictada por el Tribunal de Cundinamarca con fecha 16 de junio de 1883, se declara con derecho al goce de esta fundación a la señora Dolores Otaola Bernal, a quien se le pagaron los intereses correspondientes hasta el semestre vencido el 1º de septiembre de 1883, a razón del 3% anual. — *El capital de esta Fundación se amortizó en remate de septiembre de* 1883".

El Ministerio afirma que no puede expedirse copia del acta de remate del mes de septiembre de 1883, porque no se halló en los archivos, pero agrega que tanto en los índices de la Renta Nominal, como en el Libro 1º de Cuentas Corrientes de intereses sobre capellanías, al folio 557, hay la palabra "AMORTIZADO" y la siguiente constancia: *"El capital de esta Fundación se amortizó en remate de septiembre de* 1883".

La parte demandante no demostró que los bienes a que se refiere la respectiva capellanía, hubieran sido incautados por el Estado, por razón del Decreto de 9 de septiembre de 1861, ya que en los títulos de las capellanías, ni siquiera están determinados esos bienes. La única prueba que podría aducirse para demostrar la responsabilidad del Estado, es el documento que acaba de transcribirse y que tiene el carácter de auténtico, con fuerza de plena prueba acerca de su contenido, según lo dispuesto por el artículo 632 del C. J. De ese mismo documento resulta la cancelación de la obligación que aquí se demanda.

Según lo expuesto, la Sala estima que el mérito de las pruebas y certificaciones transcritas sobre la Renta Nominal de la Fundación de Alonso Vélez y María de la Cruz Andrade, es bastante para sostener que fue amortizada en remate de 1883, porque los nombres de los fundadores coinciden con las constancias que hay en los archivos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y cuyas copias auténticas obran en autos. La parte demandante no niega la autenticidad de esta prueba, sólo que alega que los hechos de que habla tal documento, no pudieron ocurrir, ya que según su criterio era imposible rematar los capitales de las Fundaciones. Esta opinión es gratuita. No hay argumento alguno en contra de la posibilidad de los remates, y en cambio está la Ley 23 de 1918, antes citadas, que permitió la conversión en bonos a voluntad de los tenedores, y reglamentó los remates futuros, cuando dijo en su artículo 21: "...*seguirán amortizándose* POR EL SISTEMA *ordinario de remates...*", lo que demuestra que la amortización establecida por la Ley 60 de 10 de junio de 1872 y el artículo 2.156 del Código Fiscal de 1873, sí permitían la amortización de capitales por el sistema de remates, como lo dice el Ministerio de Hacienda en sus certificaciones.

Por lo dicho hasta aquí, la Corte estima que el Estado en oportunidad canceló, por medio de remates de amortización, los capitales de las fundaciones de Agustín Tovar y Buendía, José Valero de Tovar, Antonia Montenegro, Andrés Alonso Vélez y María de la Cruz Andrade, y consecuencialmente encuentra que la sentencia de primera instancia debe confirmarse en todas sus partes.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, propuso en su alegato de esta instancia, la excepción **de prescripción, que no hay lugar a estudiar, por** no estar demostrada la acción.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE:

Confírmase en todas sus partes la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 2 de abril de 1946, en virtud de la cual se absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

Sin costas.

Comuníquese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada. Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION. — PAGO HECHO A PERSONA DISTINTA DEL CESIONARIO DEL CREDITO

Carece de valor el pago que el deudor haga a persona distinta del cesionario del crédito después de que haya llegado a su conocimiento la cesión (arts. 1960 y 1963 del C. C.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En la demanda con que se inició el presente juicio ordinario contra el Departamento del Magdalena ante el Tribunal Superior de Santa Marta, se solicitó por el doctor Armando L. Fuentes, como apoderado del señor Carlos Guido, que se hiciera esta declaración:

"Que el Departamento del Magdalena debe pagar al señor doctor Carlos Guido los perjuicios materiales y morales que ha sufrido por razón de no haberle cancelado el Departamento una cuenta que le endosó el señor Diego Tornay Mariscal, por la suma de mil quinientos cincuenta y ocho pesos con veinte centavos ($ 1.558.20), y que fué pagada por el Departamento a persona distinta".

El demandante, en apoyo de lo pedido, adujo los siguientes hechos:

"Primero. El señor Diego Tornay Mariscal era titular de un crédito contra el Departamento por valor de mil quinientos cincuenta y ocho pesos con veinte centavos ($ 1.558.20) correspondiente al suministro de 25.970 botellas para crema, de 360 gramos, a $ 0.06 cada una.

"Segundo. Este crédito estaba representado en una cuenta debidamente legalizada con el visto bueno del Gerente de Rentas.

"Tercero. El señor Diego Tornay Mariscal cedió el crédito al doctor Carlos Guido, entregándole la correspondiente cuenta debidamente endosada.

"Cuarto. El doctor Carlos Guido presentó la cuenta legalmente endosada a la Secretaría de Hacienda del Departamento, para los efectos del pago y para la notificación del endoso.

"Quinto. No obstante los reclamos hechos por el doctor Carlos Guido, la cuenta estuvo en poder del Departamento por el lapso de un año aproximadamente.

"Sexto. A pesar de ser el doctor Carlos Guido el cesionario del crédito y que el Departamento había aceptado esta cesión, la orden de pago correspondiente a este crédito no le fué entregada ni pagada al doctor Guido, sino a distinta persona.

"Séptimo. Al no pagarle el Departamento al doctor Carlos Guido el crédito que le pertenecía como cesionario, causó a éste perjuicios materiales consistentes en que no ha recibido el valor del crédito y en que se ha privado de esa suma de dinero que, invertida en sus negocios, le hubiera producido utilidades.

"Octavo. El desconocimiento de sus derechos de cesionario de esa cuenta por parte del Departamento, ha causado al doctor Carlos Guido perjuicios morales consistentes en la mengua de su crédito personal y comercial, toda vez que se le ha hecho aparecer como reclamando una suma a la cual él no tenía derecho".

Con base en la anterior demanda adelantóse el juicio de que ahora conoce la Corte, el cual ha venido en consulta de la sentencia de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, dictada por el Tribunal de Santa Marta, sentencia cuya parte resolutiva es del tenor que sigue:

"1º—Condénase al Departamento del Magdalena a pagar al doctor Carlos Guido la suma de mil quinientos cincuenta y ocho pesos con veinte centavos ($ 1.558.20) moneda legal, seis días después de quedar ejecutoriada esta sentencia.

"2º—No se accede a condenar al mismo Departamento al pago de los intereses de la suma de que trata el punto anterior, ni al de los perjuicios morales alegados por el actor".

Es de advertir que el Tribunal, para llegar a esta solución, no sólo hizo un detenido estudio de las pruebas aportadas al proceso, sino que fijó previamente el alcance de la demanda en los siguientes términos, después de transcribir algunas doctrinas de la Corte:

"Es exacto que el doctor Armando L. Fuentes, hablando en nombre del doctor Carlos Guido, pi-

de en escrito de demanda que "por sentencia definitiva se resuelva que el Departamento del Magdalena debe pagar al doctor Carlos Guido los perjuicios materiales y morales que ha sufrido por razón de no haberle cancelado el Departamento una cuenta que le endosó el señor Diego Tornay Mariscal por la suma de $ 1.558.20".

"De concretarse el estudio de la Sala únicamente a esta parte de la demanda, no habría duda de que no podría prosperar por no ser procedente resolver sobre perjuicios si no ha habido previo pronunciamiento sobre la obligación principal, de que depende aquello.

"Mas debe tenerse en cuenta que el hecho séptimo de la demanda hace consistir los perjuicios materiales en la suma debida y en las utilidades que el cesionario del crédito ha dejado de percibir por haber estado privado de esa suma; y que el hecho octavo expresa que los perjuicios morales se deben a la mengua del crédito personal y comercial del doctor Guido, todo lo cual significa, interpretada la demanda en conformidad con las enseñanzas dispensadas por la H. Corte en los fallos antes transcritos, que lo que el actor pide es que se condene al Departamento a pagar el valor del crédito del que fué Mariscal primitivo dueño, y los perjuicios correspondientes al no pagó".

Agotada como está la tramitación del negocio en esta Sala, y con la advertencia de que el actor no apeló del fallo del Tribunal de Santa Marta, se entra a resolver la consulta ordenada por éste, que sólo versa sobre la parte desfavorable al Departamento demandado.

Para ello, se considera:

Al practicarse por el Tribunal una inspección ocular en las oficinas de la Contraloría del Departamento del Magdalena, se encontró la cuenta por suministros que en esa diligencia se transcribe, la cual reza así:

"**Magdalena**— El Tesoro del Departamento — Cuenta Nº 755 — Cuenta de Cobro — A favor de **Diego Tornay Mariscal — Detalle:** Por valor de veinticinco mil novecientas setenta (25.970) botellas para Crema de 360 c. c. a .....$ 0.06 — $ 1.-558.20. Orden de la Sría. de Hda. Nº 859 de Nov. 29/46 — Son **Mil quinientos cincuenta y ocho pesos 20/100 moneda l. $ 1.558.20** — Santa Marta, Enero 16 de 1947 — Vº. Bº. Páguese (Fdo.) Carlos Armenta Vásquez. Srio. de Hda. Es corriente, (Fdo.) M. A. Sánchez, Administrador — Recibí en el Almacén (Fdo.) Juan A. Tovar S., Almacenista Vº. Bº. (Fdo.) Víctor Anichárico C., Auditor Fiscal de la Fca. Recibí conforme (Fdo.) **Diego Tornay Mariscal — Magdalena** — Gerencia de Rentas. Registro Nº 4680 — A. S. B. **Contraloría General del Departamento** — Anotado (Fdo.) M A. Barros. — 21 Ene. 1947".

Y al respaldo dice la cuenta:

"Páguese a la orden del Dr. Carlos Guido — (Fdo.), **Diego Tornay Mariscal".**

Interesa agregar, asímismo, que en la inspección de que se trata aparecen las siguientes constancias, dejadas por el Magistrado sustanciador que la practicó:

"La cuenta a que se refiere el párrafo anterior está distinguida con el Nº 755 y fechada el 16 de enero de 1947, y fué pagada por la Orden de Pago Nº 0479 Bis, firmada por el señor Gobernador y el Secretario de Hacienda con fecha 22 de enero de 1947, Joaquín Peña Rhenals y Carlos Armenta V., respectivamente.

"La Orden de Pago relacionada en el párrafo precedente, también la tuvo a la vista el Suscrito Magistrado y fué girada a la orden del señor Diego Tornay Mariscal, quien la endosó a la orden de la señorita María Teresa Escalante, endoso que aparece al respaldo de la Orden de Pago en referencia.

"La Orden de Pago fué pagada a la endosataria, quien la firmó al respaldo.

"La cuenta expresada y relacionada en el punto a) sólo aparece endosada al doctor Carlos Guido y a ninguna otra persona distinta.

"Por concepto de esa Cuenta no hay constancia de que se le haya pagado suma alguna al doctor Carlos Guido.

"Se deja constancia por el Magistrado que la Orden de Pago Nº 0479 Bis, relacionada en el punto b), fué girada para pagar la Cuenta de Cobro Nº 755, endosada por Diego Tornay Mariscal al doctor Carlos Guido, **según se expresa en la misma Orden de Pago".** (Subraya la Sala).

De esta suerte, y frente al resultado de la inspección ocular antes transcrita, la Corte encuentra debidamente acreditados, dentro de estos autos, los siguientes hechos:

a) Que el señor Diego Tornay Mariscal era titular de un crédito contra el Departamento del Magdalena por la suma de mil quinientos cincuenta y ocho pesos con veinte centavos ($ 1.558.-20), crédito representado en una cuenta de cobro aceptada o legalizada por los correspondientes funcionarios del Departamento;

b) Que el crédito de esa cuenta, presentada al Departamento para su pago, fué cedido o traspasado por el señor Tornay Mariscal al doctor Carlos Guido, como corresponde al sentido de la nota puesta por aquél al respaldo de la cuenta; y

c) Que tanto el Gobernador como el Secretario de Hacienda tuvieron conocimiento de esa cesión,

puesto que al girar la respectiva Orden de Pago, con vista indudablemente de la cuenta, dejaron constancia de que ésta había sido endosada al doctor Carlos Guido.

De consiguiente, es perfectamente claro que si la mencionada Orden de Pago se giró a favor del señor Diego Tornary Mariscal, pagándola después a persona distinta del cesionario de la cuenta, no puede considerarse legalmente cancelado, mediante ese pago, un crédito del cual era ya dueño el doctor Carlos Guido, con pleno conocimiento del representante de la entidad departamental. Dicho pago carece de valor frente al cesionario del crédito, como se deduce de los artículos 1960 y 1963 del Código Civil.

Lo cual hace que para la Sala resulte inobjetable el fallo consultado, ya que también está de acuerdo con la interpretación que allí se le ha dado a la petición de la demanda, a la luz de lo afirmado en los hechos 7º y 8º del libelo.

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 del Tribunal Superior de Santa Marta de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, en la parte que ha sido objeto de la consulta.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas, Secretario.

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE ACCIONES DECLARATIVAS DE PROPIEDAD PARTICULAR DE TERRENOS OCUPADOS PARA OBRAS PUBLICAS

La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en declarar que es competente para conocer de acciones sobre el reconocimiento del dominio privado de predios en que la Nación dispute la propiedad, destinándola a obras públicas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dieciocho de julio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el señor José M. Striedinger, por medio de apoderado, demandó a la Nación para que por sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

Primera: "Que es de propiedad del señor José M. Striedinger el lote de terreno que está ubicado en el lugar llamado "La Loma" del perímetro urbano de esta ciudad de Barranquila, del cual está actualmente en posesión material la Nación en calidad de baldío, cuya ubicación, medidas y linderos están consignados en el hecho 1º de esta demanda, por haber perdido dicho terreno su calidad originaria de baldío, estar ubicado hoy en dicho **perímetro urbano** y acreditar dicha propiedad con títulos inscritos, otorgados con anterioridad a la vigencia del artículo 7º de la ley 200 de 1936, en que constan tradiciones de dominio por un lapso no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria y conservar la posesión inscrita del expresado inmueble".

Segunda: "En subsidio de la petición anterior, pido que se declare: Que el lote de terreno ubicado, alinderado y por las medidas y linderos descritos en el hecho 1º de esta demanda, del cual está actualmente en posesión material la Nación con la calidad de baldío, es de propiedad del señor José M. Striedinger, por haber perdido su calidad originaria de baldío, ser un predio rural y haberlo adquirido legítimamente el demandante por medio de títulos inscritos, otorgados con anterioridad a la vigencia de la ley 200 de 1936, en los cuales constan tradiciones por un lapso no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria y conservar la posesión inscrita del expresado inmueble".

Tercera: "En subsidio de las peticiones Primera y Segunda pido que se declare: Que es de propiedad del señor José M. Striedinger el lote de terreno cuya ubicación, medidas y linderos que (sic) se describen en el hecho 1º de esta demanda, por haberlo ganado por prescripción en las condiciones previstas en la ley 200 de 1936, pues ha comprobato además de los otros requisitos legales, haberlo poseído materialmente con explotación económica del suelo y sumando a su posesión la de todas las personas que le antecedieron en ella, durante un lapso muchísimo mayor del tiempo señalado en el artículo 12 de la ley 200 de 1936, explotación económica que consistió, en explotaciones industriales (astilleros de una empresa de navegación fluvial)".

Cuarta: "Que sobre la base jurídica de cualquiera de las peticiones anteriores o de todas ellas armónica y lógicamente, se condene a la Nación, actual ocupante o poseedora material, a restituírle **in corpore** a la parte demandante, dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, el lote de terreno relacionado en el hecho 1º de esta demanda, por la ubicación medidas y linderos allí establecidos o por los que se comprueben en el juicio".

Quinta: "En subsidio de la condena impetrada en la súplica anterior, solicito: Que se condene a la Nación, actual ocupante o poseedora material, a restituírle **in corpore** a la parte demandante dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, la parte porción del terreno en cuestión, que la entidad demandada no haya deteriorado o transformado en canales o caños u ocupado con el edificio del Hospital Sanitario del puerto local de Barranquilla o de cualquiera otro servicio u obra nacional, por las ubicaciones, medidas y linderos que se comprueben en el juicio o poste-

riormente en el caso de una condena en abstracto; y que de la misma manera se condene a la Nación, a pagarle en dinero al mismo demandante, también dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, la otra parte o porción del inmueble descrito en el hecho 1º de esta demanda, por la ubicación, medidas, linderos y avalúos que se comprueben en el juicio, que la entidad demandada deterioró por medio de trabajos y ocupa actualmente con el edificio de la "Clínica del Terminal de Barranquilla" o de cualquiera otra obra nacional, en razón de las disposiciones consignadas en el Decreto Ejecutivo número 2210 de 22 de diciembre de 1932 y en la Resolución número 223 de dicho año, emanada del Ministerio de Industrias, por haberse puesto la dicha parte demandada en imposibilidad, por su hecho, culpa y provecho, de hacer la restitución **in corpore** de esta parte o porción del terreno en cuestión".

Sexta: "En subsidio de lo impetrado en la petición anterior o Quinta, y para el caso de que la Nación se haya puesto, por culpa, hecho y provecho, en imposibilidad de restituírle a la parte demandante, la porción del terreno que es objeto de la demanda, la cual **no deterioró** o transformó en canales **permanentemente** ocupados por las aguas u ocupó con edificios u otras obras del puerto local de Barranquilla (Terminal Fluvial), pero que las ha destinado para otras obras nacionales o del Ejército Nacional, en este caso pido: que se condene a la entidad demandada a pagarle en dinero a la parte demandante, dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, el valor o precio de todo el lote de terreno a que se contrae esta demanda, por su situación, medidas, linderos y avalúos que aparezcan comprobados en el juicio, o separadamente si fuere el caso".

De las seis peticiones transcritas, sólo la primera prosperó ante el Tribunal de primera instancia, las demás fueron negadas. El apoderado del actor, si bien es verdad que interpuso el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, en la parte desfavorable para su cliente, perdió tal recurso, porque oportunamente no revalidó el papel común que se usó en la sentencia. El fallo quedó ejecutoriado en esa parte, como aparece del auto de fecha 6 de julio de 1950 proferido por el Tribunal de primera instancia. Así las cosas, la Corte sólo tiene competencia para conocer del recurso interpuesto por el Agente del Ministerio Público contra lo desfavorable para la Nación. La apelación se concedió por auto de 15 de noviembre de 1949.

La parte resolutiva de la sentencia, desfavorable para la Nación, dice lo siguiente:

"Declárase que es propiedad del señor José M. Striedinger el lote de terreno el cual ocupa materialmente la Nación, que está ubicado en el lugar llamado "La Loma" del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla, en la banda oriental del Caño Comercial, llamado también de las Compañías o de la Tablaza y comprendido por los siguientes linderos y medidas: Norte, con predio de los sucesores de Martínez & Compañía y mide sesenta y cinco metros (65); Sur, con predio de Manuel Betancourt y mide sesenta y cinco metros (65); Este, con predio de los sucesores de Manuel María Bula y mide quince (15) metros, y Oeste, el caño de la Tablaza y mide quince (15) metros, quedando al frente los predios de los sucesores de Rafaél Salcedo".

El Magistrado del Tribunal de origen, doctor **Jeremías Flórez Romero,** no estuvo de acuerdo con la mayoría de la Sala y salvó su voto, porque en su concepto, los títulos que presentó el demandante para acreditar su dominio sobre el predio antes determinado, no pueden oponerse a la Nación por prohibirlo, según el autor del salvamento, el inciso 2º del Art. 3º de la ley 200 de 1936, y porque los hechos básicos del derecho alegado, no fueron debidamente comprobados.

El apoderado del actor no alegó en esta segunda instancia, pero el señor Procurador Delegado en lo Civil, sí presentó en oportunidad un extenso alegato que más adelante será estudiado por la Sala.

Como el procedimiento está agotado, es llegado el momento de resolver lo que sea del caso para desatar el recurso.

Sólo está sometida a revisión de la Corte, la declaración de propiedad, hecha a favor del señor José M. Striedinger, de un predio situado en el sitio llamado **La Loma,** que queda dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla, o sea la primera súplica de la demanda.

El demandante trajo a los autos para demostrar su derecho de dominio, copia de las escrituras públicas siguientes:

De la marcada con el Nº 686 de 22 de junio de 1932, de la Notaría 3ª de Barranquilla por la que Cristóbal E. Striedinger vendió al demandante el predio alinderado en la parte resolutiva del fallo, o sea el siguiente: "Norte, con predio de los sucesores de Martínez & Compañía y mide sesenta y cinco (65) metros; Sur, con predio de Manuel Betancourt y mide sesenta y cinco (65) metros; Este, con predio de los sucesores de Manuel María Bula y mide quince (15) metros; y Oeste, el caño de la Tablaza y mide quince (15) metros,

quedando al frente de los predios de los sucesores de Rafaél Salcedo".

De la marcada con el Nº 279 de 11 de marzo de 1916, de la Notaría segunda de Barranquilla por la que Carlos J. Martínez vende a Cristóbal Striedinger el predio acabado de sigularizar;

De la marcada con el Nº 239 de 17 de febrero de 1915, de la Notaría Primera de Barranquilla, por la que Jorge Campbell B., vende a Carlos J. Martínez, el mismo predio;

Copia de la escritura Nº 890 de fecha 13 de julio de 1914, de la Notaría 1ª de Barranquilla, por la que Martínez & Compañía, venden a Jorge Campbell B. el mismo terreno;

Copia de la Escritura Nº 44 de 15 de enero de 1913, de la Notaría 2ª de Barranquilla, por la que Guillermo Campbell vende a Martínez & Compañía un predio de mayor extensión dentro del cual está comprendido el antes alinderado y finalmente la copia de la escritura Nº 134 de 16 de junio de 1891, de la Notaría 2ª de Barranquilla, por la que Pedro Alcántara Avila, vende a Guillermo Campbell, el mismo predio que éste vendió a Martínez & Compañía por la escritura antes citada.

Igualmente trajo a los autos un certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Barranquilla con el que **se acredita la transmisión del dominio del predio** materia del litigio, a partir del 20 de enero de 1913 en adelante.

También trajo debidamente autenticados, sendos ejemplares del Diario Oficial Nº 22172 y 22175 de fechas 27 y 30 de diciembre de 1932, respectivamente, y un ejemplar de la Gaceta Municipal de Barranquilla, de fecha 10 de diciembre de 1943, número 961. Por último trajo una copia del plano urbano de la ciudad de Barranquilla, del mes de febrero de 1944.

En el término probatorio de la primera instancia se pidió al señor Intendente de Navegación Fluvial de Barranquilla y al señor Ministro de Obras Públicas, certificaciones, sobre quien tiene la posesión de los terrenos de "La Loma" de que trata el decreto Ejecutivo 2210 de 1932. A petición de la parte demandante se practicó por el Tribunal del conocimiento, una inspección ocular, el 2 de abril de 1949, con intervención de los peritos, señores Antonio Moreno Vives y David Moreno Escobar. Estos expertos rindieron su dictamen, dentro del plazo que les fué concedido (10 de abril de 1949).

Con las enunciadas pruebas se demostraron los siguientes hechos básicos de la acción:

1°) Que el demandante, señor José M. Striedinger, tiene títulos suficientes para acreditar que es propietario del predio demarcado en el numeral primero de los hechos de la demanda;

2°) Que ese solar hace parte del predio a que se refieren el Decreto Ejecutivo Nº 2210 de 22 de diciembre de 1932 y la Resolución del Ministerio de Industrias del 23 del mismo mes de diciembre, que declaró baldíos los terrenos comprendidos dentro del perímetro delimitado por el Decreto acabado de citar;

3º) Que en la actualidad en parte del lote, materia de este juicio, está construída una parte del Hospital Sanitario o Clínica del Terminal Marítimo y en parte, hay patios del Malecón del Puerto Local; y

4º) Que el predio en referencia está dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla.

Estos hechos, justifican claramente, en concepto de la Sala, el primer punto petitorio de la demanda, que es el único sometido a la competencia de la Corte. Pero como el señor Procurador Delegado en lo Civil, se opone a la confirmación de la sentencia, es procedente hacer algunas consideraciones sobre los argumentos presentados por dicho funcionario.

En este juicio sólo se trata de un reconocimiento del dominio a favor del demandante, sin que se haya ordenado entrega ni pago alguno. Las súplicas marcadas en los puntos 2, 3, 4, 5 y 6 fueron negadas y la sentencia se ejecutorió en esa parte. Por tanto lo único que debe estudiarse es la parte del fallo sometida al recurso.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, no niega la fuerza de las pruebas que se enumeraron arriba, ni desconoce el derecho del demandante, sólo que trajo un alegato que tal vez hubiera quedado mejor en otro juicio. Se ha dicho que la sentencia apelada no versa sino sobre el reconocimiento del derecho de dominio del demandante sobre el predio que delimita la parte resolutiva del falló, es decir, es simplemente declarativa de dominio, y siendo así, todas las argumentaciones que contiene el alegato del Procurador, sobre las peticiones indemnizatorias, están fuera del lugar. Todas ellas tienden a demostrar que la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, es la competente para conocer de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho civil o administrativo violado por actos de la Administración Pública. Auncuando ya esta Sala en repetidos fallos ha sentado doctrina sobre el particular, no es procedente en este caso reproducirla, porque el punto debatido es distinto.

Del largo escrito citado, puede decirse que sólo es pertinente para este caso, lo siguiente:

"...1ª) La acción declarativa de dominio en casos como el presente no tiene cabida por carecer de las condiciones que los procesalistas exigen para su procedencia aislada de toda otra acción. Acumulada a las de condena, como acaece en este litigio, ofrécese apenas un caso de simple **acumulación aparente**, pues aunque se aduzca como súplica de la demanda, en realidad con ésta se presenta un hecho, el de dominio, que es base de las condenas perseguidas en juicio principalmente".

.....

Sucede que el fenómeno jurídico planteado en esta demanda es distinto al contemplado en los artículos 62 y siguientes de la ley 167 de 1941, porque sólo se discute aquí **la pertenencia de un bien**; ni siquiera se trata de la acción reivindicatoria, porque auncuando fué demandada, el Tribunal la negó, y esa negativa pasó a ser ley del proceso por las circunstancias ya expresadas.

Tratándose de la acción declarativa de dominio de un bien raíz, cuya propiedad disputa el Estado, en armonía con el numeral 1º del artículo 76 del C. J., la demanda fué bien intentada al presentarla contra la Nación ante el Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla, lugar de la ubicación del inmueble. En relación a esta acción, la jurisprudencia es constante, y el mismo Procurador lo ha reconocido en otros negocios. En efecto, esta Sala en sentencia de 10 de junio pasado, dijo lo siguiente:

"No ya como cuestión de competencia sino de fondo, expresa el señor Procurador Delegado en lo Civil que debe declararse improcedente la acción petitoria de dominio en este juicio, a cuyo efecto razona así:

"En negocios similares al de autos, he sostenido que aunque la acción declarativa de pertenencia es de competencia de la justicia ordinaria, debe declararse su improcedencia cuando se ejercita sin sujeción a las condiciones que los procesalistas estiman indispensables para su viabilidad. Es decir, es impertinente cuando el derecho de dominio es cierto, no cuando es incierto, como ocurre ante terceros con la propiedad adquirida por prescripción extraordinaria, o cuando no hay temor fundado de que vaya a ser desconocido en un futuro más o menos próximo.

"En los demás casos, cuando quien tiene necesidad de defender su derecho acude a la justicia, basta con que lo pruebe; no necesita pedir que se le declare. Su interés de obrar está en la protección del bien jurídico que posee, no en el reconocimiento de la existencia de tal bien, que es cuestión de hecho y, como tal, sujeta a la tarifa probatoria. En el presente juicio, como en los otros similares de "La Loma", la parte actora está plenamente segura de su titularidad de dominio, y al efecto ha invocado instrumentos públicos en cadena de larga data y la explotación económica en lapso cuando menos equivalente al necesario para adquirir por prescripción extraordinaria.

"Probados estos hechos, es improcedente la acción declarativa de pertenencia que se propone como presupuesto de la de condena, ya que en ésta radica la verdadera finalidad de la demanda".

"En cuanto a los razonamientos anteriores, basta con advertir que el terreno de la demanda, como se verá adelante, está comprendido dentro de los llamados de "La Loma" que fueron destinados por el Gobierno Nacional, como baldíos, a las obras del puerto local de Barranquilla (Decreto Nº 2210 de 1932 y Resolución del Ministerio de Industrias Nº 223 del mismo año): por lo cual si la Nación partió de la base de que esos terrenos le pertencían, obvio resulta el interés del demandante para la declaración de dominio impetrada.

"La incertidumbre en las acciones de mera declaración —dice Chiovenda— 'debe ser también objetiva, en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es necesario un hecho **exterior objetivo** que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de terceros: el hecho exterior a que se alude puede consistir en un acto del demandado que, por ejemplo, haya hecho preparativos encaminados a una violación del derecho, o haya discutido, tanto más si es públicamente, el derecho del actor...'".

.....

La Sala en otros fallos ha sentado idéntica doctrina, reconociendo la competencia de la Corte, no sólo para la acción declarativa de dominio, sino también sobre otra clase de prestaciones como las consecuenciales de la acción reivindicatoria. A partir del 23 de mayo de 1951 en adelante, son varios los fallos, especialmente sobre predios que hacen parte de "La Loma", del área urbana de la ciudad de Barranquilla; es decir, se han resuelto un buen número de casos que tienen la misma procedencia, porque sus propietarios fueron desposeídos por el Gobierno en la misma época, con el mismo motivo y con igual fundamento.

Cuando el señor Procurador transcribió en su escrito apartes del fallo de esta Sala de fecha 27 de febrero de 1951, es decir varios meses antes de que la Corte expusiera su última doctrina, sobre su competencia para conocer de esta clase de ne-

gocios, omitió transcribir la parte final del mismo, a saber:

"En caso análogo al que ahora se considera, la Corte ha hecho con idéntica base legal, el reconocimiento de la propiedad privada urbana, precisamente en los lotes de terreno comprendidos dentro del área reservada por el Gobierno Nacional para las obras del terminal de Barranquilla...".

El citado fallo reconoce al demandante el dominio del predio litigioso cuando dice: "...Confirma la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en la parte que hace la declaración de dominio privado a favor del demandante, hoy su heredero, sobre el inmueble llamado..." Es decir, la jurisprudencia de la Corte ha sido constante, en declarar que es competente para conocer de acciones sobre el reconocimiento del dominio privado de predios en que la Nación dispute la propiedad destinándola a obras públicas; en ésto no hay dificultad.

La doctrina se rectificó en relación a las peticiones sobre indemnizaciones a que tiene derecho el particular. En el recurso que se viene estudiando, el problema de las indemnizaciones quedó solucionado en la sentencia de primera instancia que quedó en firme, como antes se anotó.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla de fecha octubre 21 de 1949, en cuanto declara ser de propiedad del señor José M. Striedinger, el lote de terreno ocupado materialmente por la Nación, ubicado en el lugar llamado "La Loma", del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla, en la banda oriental del Caño Comercial, llamado también de las Compañías o de la Tablaza, por los linderos expresados en dicha sentencia.

No hay lugar a condenar en costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charry—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS--LA RESPONSABILIDAD CUANDO HAY VARIOS AUTORES DE UN ACCIDENTE ES SOLIDARIA — CUANDO ES PROCEDENTE LA PRUEBA SEÑALADA POR EL ART. 400 DEL C. CIVIL PARA DETERMINAR LA EDAD DE UNA PERSONA — DERECHO DE LOS HIJOS QUE NO HAN LLEGADO AL USO DE RAZON A QUE SE LES INDEMNICE POR PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS EN CASO DE MUERTE DE LOS PADRES

1.—Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del C. Civil, en armonía con el artículo 1571 del mismo Código. El que realiza el pago se subroga en la acción contra el otro u otros responsables, según el art. 1579 siguiente.

2.—La determinación de la edad de una persona en la forma prevista por el art. 400 del C. Civil sólo puede tener cumplimiento respecto de personas vivas y no respecto de quienes ya han fallecido.

3.—La Corte, en sentencia de 20 de mayo de 1952, hizo revaluación de las normas jurisprudenciales que venían rigiendo la indemnización de perjuicios morales subjetivos, haciéndola extensiva a los hijos que por no haber llegado al uso de la razón se consideraban fuera de ese derecho en razón de su natural incapacidad para experimentar el dolor moral consiguiente a la pérdida de sus progenitores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticinco de julio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry).

El doctor Hernando Cala, obrando en su calidad de apoderado sustituto de la señora Cecilia Gutiérrez de Rey, entabló en el Tribunal Superior de este Distrito Judicial contra la Nación Colombiana acción ordinaria sobre indemnización de perjuicios por culpa extracontractual. En el libelo respectivo se piden las declaraciones siguientes:

"**Primera.**—Que la Nación es responsable civilmente del accidente de aviación ocurrido en la Base Aérea de Madrid (Militar). (Departamento de Cundinamarca) en veinticuatro (24) de mayo del presente año, en el cual perdió la vida el teniente del Ejército y piloto militar señor Alvaro Rey Zúñiga, quien estaba casado católicamente con mi poderdante y padre de la menor Felicia Rey Gutiérrez.

"**Segunda.**—Que la responsabilidad de la Nación le impone la obligación de indemnizar los perjuicios materiales y morales que han sufrido mi poderdante y sus menores hijos por la muerte accidental de su marido y padre, respectivamente.

"**Tercera.**—Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, la Nación debe pagar a la señora Cecilia Gutiérrez de Rey y a su menor hija, dentro del término que la sentencia señale a partir de su ejecutoria, y para indemnizarles los perjuicios de orden material o económico, que han recibido, la suma en que se hayan justipreciado por peritos sobre las pruebas que, para tal fin, se presentarán en el curso de este mismo proceso, y que la parte en cuyo nombre hablo estima fundadamente que asciende por lo menos a la cantidad de trescientos mil pesos ($ 300.000.00) moneda corriente.

"**Cuarta.**—Que, igualmente, la Nación debe pagar a la señora Gutiérrez de Rey y a su menor hija, dentro del término que la sentencia señale la suma que se determine pericialmente a título de indemnización por los perjuicios morales sufridos".

Como hechos generadores de la acción, el actor señaló los que en seguida se copian textualmente:

"Primero: El día 24 de mayo de 1948, a las tres y media de la tarde, el avión C-47—662 perteneciente a la Fuerza Aérea Colombiana, en momentos en que se preparaba para aterrizar en la Base Aérea Militar de Madrid, chocó violentamente con el avión "Luscumbe", de turismo, matrícula c.-P., perteneciente al Aero Club de Colombia.

"Segundo: Como consecuencia del choque, los dos aviones vinieron a tierra incendiados y sus ocupantes perecieron en el accidente.

"**Tercero:** El avión de la Fuerza aérea colombiana venía tripulado por el teniente Rafael Escobar Martínez, como piloto instructor; el teniente Alvaro Rey Zúñiga, piloto; el mecánico primero, señor Bernardo Molina y el mecánico segundo, señor Hugo Acevedo.

"Cuarto: El avión de turismo perteneciente al Aero Club de Colombia era conducido por el alumno de dicho club, señor Carlos Rivas.

"Quinto: El avión militar volaba en entrenamiento de vuelo (pista), y lo hacía por orden de la oficina de operaciones de la base de Madrid, en tanto que el avión del Aero Club volaba en entrenamiento del alumno.

"Sexto: En la misma base aérea de Madrid venía funcionando desde hacía algún tiempo el Aero Club de Colombia, entidad privada que se ocupa en fomentar la aviación civil y dar enseñanza de pilotaje aéreo a individuos particulares.

"Séptimo: La inconveniencia manifiesta de que funcionara en la propia base aérea militar una enseñanza de aviación de carácter particular, y el peligro que ofrecía para los pilotos militares se habían puesto de presente en diversas solicitudes individuales de miembros del ejército para que se suspendiera el funcionamiento del aero-club, con anterioridad al accidente.

"Octavo: Ocurrido el accidente a que se refiere esta relación de hechos, el Ministerio de Guerra por medio de una comunicación reservada a la Dirección de Aviación, canceló el permiso al aero-club de Colombia para que operara en la base aérea militar de Madrid.

"Noveno: Hubo deficiencias en las señales dadas por la torre de control del campo aéreo para autorizar los aterrizajes, por lo cual el accidente no pudo ser prevenido.

"Décimo: El teniente Alvaro Rey Zúñiga, piloto del avión Militar, quien perdió la vida en el accidente varias veces mencionado, era el marido de la señora Cecilia Gutiérrez de Rey, y de su matrimonio nació una niña que vive, y que responde al nombre de Felisia Rey Gutiérrez y hay otro por nacer.

"Undécimo: El teniente Alvaro Rey Zúñiga, pereció a los 28 años de edad y cuando estaba en el goce completo y cabal estado físico.

"Duodécimo: El teniente Alvaro Rey Zúñiga tenía como total de sueldo en el momento del accidente la suma de ochocientos quince pesos mensuales.

"Décimo tercero: Dada la vida austera que llevaba el teniente Rey Zúñiga, requerida por la delicada profesión que ejercía, la totalidad de sus entradas las dedicaba al sostenimiento de su hogar, sin disponer para sus gastos personales de suma alguna apreciable.

"Décimo cuarto: El día 1 de mayo de 1949 el teniente Rey Zuñiga debía ser ascendido a Capitán con un sueldo mensual de cerca de mil pesos.

"Décimo quinto: De acuerdo con los cálculos de vida probable admitidos por los tribunales para determinar la edad de las personas naturales, el teniente Rey Zúñiga ha podido vivir hasta la edad de sesenta y dos años y medio".

El demandante adelanta a continuación algunas consideraciones en torno a los hechos relatados para tratar de deducir la responsabilidad de la Nación en el lamentable acaecimiento, principalmente por razón de la inconveniencia manifiesta de permitir el funcionamiento de la enseñanza de pilotaje aéreo del Aero Club de Colombia, y también sobre el monto de la indemnización demandada, desde el punto de vista de los ascensos futuros a que tenía derecho el teniente Rey Zúñiga.

Ocurrido el advenimiento del hijo póstumo del teniente Rey Zúñiga, el doctor Germán Zea Hernández, apoderado principal de la demandante Cecilia Gutiérrez de Rey, presentó la correspondiente demanda ordinaria ante el mismo Tribunal, en iguales términos de la que se ha dejado transcrita, cuyas peticiones se hacen a favor de la menor Margarita Rey Gutiérrez, representada legalmente por su madre la señora Cecilia Gutiérrez de Rey.

Solicitada la acumulación de los juicios, así se decretó por auto de 19 de agosto de 1949 (Fol. 3 del cuaderno Nº 3).

Una vez que se cumplieron todos los trámites de la primera instancia, el Tribunal desató los juicios por medio de la sentencia de fecha 31 de mayo de 1950, en la cual falló:

"1º—La Nación es civilmente responsable de la muerte del Teniente Alvaro Rey Zúñiga ocurrida el 24 de mayo de 1948 en el accidente de aviación descrito en esta sentencia.

"2º—En consecuencia, se condena a la Nación a indemnizar a los demandantes la mitad de los perjuicios materiales que por tal causa han recibido, a reserva de fijar su importe por el procedimiento indicado en el Art. 553 del C. J.

"3° — Condenar a la Nación a pagar a Cecilia Gutiérrez v. de Rey la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) a título de satisfacción por los perjuicios morales subjetivos que recibió por tal causa.

"4º—De las condenas decretadas se deducirán

las sumas que las demandantes hubieren recibido o reciban como reparación del daño que les causó la muerte del Teniente Alvaro Rey Zúñiga.

"5º—Negar las demás peticiones de la demanda".

El fallo de que se hace mérito fué apelado por ambas partes, y por ello toca ahora a esta Sala de la Corte, decidir de la alzada, cumplidos como están los trámites legales respectivos.

Motivaciones del Tribunal

Consideró el Tribunal en primer término que por cuanto la Corte tiene definido que la presunción de peligrosidad consagrada en el Art. 2356 del C. Civil no cabe aplicarla en el caso del empleado que ejercita la actividad peligrosa, la víctima por quien se pide esta indemnización no queda bajo el amparo de aquella disposición legal.

No obstante, el caso sub-judice encaja en la disposición del Art. 63 de la Ley 89 de 1938, según el cual los daños y perjuicios que ocurran dentro de un aeropuerto o aeródromo por razones del servicio aéreo dentro del mismo, "son de cargo del empresario de éste, cuando puedan imputarse a negligencia de parte suya o de sus empleados, la cual se presume, salvo prueba en contrario. Los empresarios quedan en libertad de repetir contra los responsables directos del daño".

Sentadas estas premisas, el Tribunal fallador declara que la acción prospera porque:

"No cabe duda que la muerte origen de los daños demandados sobrevino dentro del aeródromo militar de Madrid, cuyo empresario es la Nación, y quien lo administra por conducto de la Dirección de Aeronáutica Militar, de acuerdo con las disposiciones de la ley citada y del Decreto Nº 753 de 1943.

"La colisión de las naves se produjo con ocasión de hechos del servicio aéreo en la citada base, en donde el Gobierno tiene establecida una escuela de mecánicos para la Fuerza Aérea Nacional y en donde funcionaba el Aeroclub de Colombia, entidad privada encaminada a fomentar la aviación civil dando enseñanza a particulares, con el asentimiento y con el permiso del Ministerio de la Guerra. Así lo afirma la demanda en los hechos 6º y 7º y está comprobado con certificaciones oficiales.

"Estos documentos también demuestran que el choque ocurrió en práctica de entrenamiento de los alumnos de esas entidades, en naves destinadas al efecto de propiedad de las mismas, en maniobras propias del referido aeropuerto. Luego los hechos básicos de la presunción están comprobados, y la consiguiente responsabilidad del demandado".

A renglón seguido, el Tribunal, fundándose en la conclusión 3ª del informe de la comisión investigadora del accidente, según la cual en la producción de éste intervino como causa eficiente la omisión por parte de los pilotos del avión militar Nº 662 en comprobar la posición exacta de la avioneta "Luscombe" del Aeroclub, avisados como estaban por la Torre de Control de la presencia de ésta en esos momentos, deduce que existe concurrencia de culpas y que, por tanto, la indemnización a cargo de la Nación debe ser reducida de conformidad con lo previsto en el Art. 2357 del C. Civil.

En cuanto a la existencia de los perjuicios demandados, el juzgador de primera instancia los encuentra probados, por estar demostrada en el proceso la estrecha vinculación del parentesco entre la víctima y los demandantes, así como también que éstos dependían económicamente de aquélla.

Esto, por lo que respecta a los perjuicios llamados materiales, o sea de los provenientes de la privación de una renta que a los damnificados suministraba la víctima para su cóngrua subsistencia; porque en relación con los morales objetivados, el Tribunal dice que respecto de los primeros no se encuentra prueba alguna en el proceso, y en cuanto a los segundos, concluye que ellos sólo se concretan en la viuda del Teniente Rey y en manera alguna en sus hijas Felicia y Margarita, porque siendo evidente que la primera contaba apenas ocho meses de edad el día del accidente, y la segunda aún no había nacido, ninguna de las dos pudo experimentar dolor o conmoción psíquica ante la trágica desaparición de su progenitor.

Para efecto de liquidar el monto de los perjuicios materiales, el Tribunal halló una grave dificultad: la falta de prueba del nacimiento del Teniente Rey Zúñiga, base para determinar su edad. Las declaraciones aducidas como supletorias de esa prueba no las encuentra admisibles como tales.

Finalmente, y es una afirmación que conviene destacar por la indiscutible importancia que ella tiene en el estudio de las cuestiones que se debaten en esta alzada, el Tribunal expresa:

"Queda en estos términos rectificada, en parte, la tesis sentada por este mismo Tribunal en el juicio ordinario de Lucy Cortés v. de Escobar y otros contra la Nación en fallo de 15 de abril de 1950".

Alegaciones de la parte actora

Son dos los aspectos fundamentales en que discrepa la parte demandante en relación con las declaraciones de la sentencia apelada:

La condenación parcial contra la Nación al rezarcimiento de los perjuicios de que trata la declaración segunda, y el rechazo del dictamen pericial sobre liquidación del monto de la indemnización.

El personero de los demandantes expresa su sorpresa porque el Tribunal, luégo de aceptar la responsabilidad de la Nación, como empresaria de la Escuela de Aviación Militar de Madrid, con apoyo en claras y terminantes disposiciones del C. Civil y de la Ley 89 de 1938, opta por condenarla al sólo pago de la mitad del importe de la indemnización, con desconocimiento de aquellas mismas normas legales.

El apelante sostiene que en el proceso está firmemente establecida la culpabilidad de la Nación en el accidente del 24 de mayo de 1948, en el cual perdió la vida el teniente Rey Zúñiga, ya en mérito de la presunción legal que a la Nación le cabe como empresaria de la Base Aérea de Madrid; ya también por la manifiesta imprevisión a que dá origen el hecho de haber permitido el funcionamiento del Aero Club de Colombia dentro de la misma base, no obstante ser ello inconveniente en sumo grado, como lo demuestran las mismas circunstancias que rodearon el accidente aéreo de que se trata. Al respecto hace hincapié en el hecho de que la Dirección de Aeronáutica Militar suspendió el mismo día 24 de mayo de 1948 las operaciones del Aeroclub, que en concepto del apelante está diciendo muy a las claras que la parte demandada atribuyó como causa determinante del siniestro el funcionamiento simultáneo de las dos escuelas de enseñanza de navegación aérea en la expresada Base.

Descartada la concurrencia de culpas, toda vez que no se ha comprobado que hubiera existido imprudencia por parte de los pilotos del avión Nº 662 de la Fac; siendo evidente, como lo es, que si hubiese existido por otro lado culpabilidad en la empresa del Aeroclub de Colombia en el acaecimiento trágico de que se trata, la Nación quedaría en libertad de entablar la acción de repetición consagrada en el Art. 63 de la Ley 89 de 1936; y en razón de que la acción indemnizatoria se ha dirigido exclusivamente contra la Nación, la decisión del Tribunal resulta injurídica, tal como hubo de reconocerse en el salvamento de voto suscrito por el Magistrado doctor Vásquez.

No se conforma tampoco el apelante con el desconocimiento hecho por el Tribunal del dictamen pericial sobre liquidación del **quantum** de la reparación demandada, porque las razones aducidas al respecto por la entidad falladora son según su criterio deleznables. Esta halló que a los autos no se acompañó la prueba fehaciente de la edad que contaba el teniente Rey Zúñiga el día de su trágica muerte de conformidad con lo preceptuado en el art. 400 del Código Civil, disposición que en concepto del actor es inaplicable al caso que se contempla, pues aquella disposición se refiere a la calificación de la edad de las personas vivas y no de las que ya han fallecido. Considera, en cambio, que en el expediente se encuentran documentos y declaraciones que establecen de modo concluyente la verdadera edad de la víctima, en defecto de la partida de bautismo que no fué hallada por haberse incendiado el archivo de la Vicaría de la Parroquia de Quibdó, según reza la respectiva certificación.

Pasa en seguida el apoderado de los demandantes a referirse al alegato de conclusión del Procurador Delegado en lo Civil, y remata así sus razonamientos:

"Primeramente debe insistirse en que si hay responsabilidad de la entidad citada (el Aero Club de Colombia) en la catástrofe del 24 de mayo, y se confirma la tesis del Tribunal sobre aplicación del artículo 63 de la Ley 89 de 1938, tesis que, aunque contradicha por aquel funcionario, es sobradamente aceptable desde luego que esa disposición no obstante que se contiene en una ley sobre aeronáutica civil es de carácter general para toda clase de aeródromos, si es aplicable aquel artículo, entonces la Nación, como empresaria de la Base de Madrid, debe cubrir en su totalidad la indemnización, pudiendo sí "repetir contra los responsables directos del daño". Todo ésto, naturalmente, en un juicio controvertido, en donde se presentaran y se comprobaran fehacientemente los hechos que demostraran inequívocamente la responsabilidad del Aero Club.

"Pero es que, como en sentir de los demandantes, el hecho básico que acarrea indiscutiblemente la responsabilidad de la Nación o sea el permiso del funcionamiento del Aero Club en la Base Militar de Madrid, hace que esa responsabilidad no pueda ser disminuída, ni recortada, y menos compartida, la demanda no podía enderezarse contra aquella otra persona, y por tanto no se ve cómo pueda prosperar mientras no se expongan los hechos que les sirvieron de fundamento y mientras que, además, no se comprueben".

La defensa de la Nación

La Procuraduría Delegada en lo Civil inicia su

alegato final reconociendo que en la demanda incoada contra la Nación por la viuda y las hijas del Teniente Rey Zúñiga, no se hace la menor alusión al ejercicio de una actividad peligrosa por parte del Teniente Rafael Escobar Martínez, quien actuó como instructor del Teniente Rey Zúñiga en la conducción del avión 662 de la Fac, destruído en las trágicas circunstancias de que dan fe estos autos, lo que hace comprender por qué en las demandas acumuladas no se invoca el Art. 2356 del C. Civil. Tal línea de conducta la atribuye el personero de la Nación al hecho de que los mismos abogados que actúan en este pleito, prestaron el mismo servicio a la viuda del Teniente Escobar Martínez para reclamar para ésta y los hijos del extinto idéntica indemnización del Estado. No podían, por tanto, ahora, invocar aquella causa como fundamento de la presunción de responsabilidad, sin incurrir en una manifiesta contradicción. En tal evento, los demandantes, en uno y otro juicio, hacen descansar la presunción de culpabilidad de la Nación, en dos hechos, a saber:

a) Tolerancia del funcionamiento del Aero Club de Colombia dentro de la base Aérea de Madrid, contra la cual se manifestaron en repetidas ocasiones los pilotos de la Fuerza Aérea, encargados de dicha Base-Escuela, de cuya inconveniencia dá fe el hecho de haber puesto fin el Gobierno a aquel permiso el mismo día del accidente de autos.

b) Deficiencias en el funcionamiento de la Torre de Control de la expresada Base, factor del accidente reconocido por la comisión investigadora, cuyo informe fué aprobado por la Dirección de Aeronáutica Militar.

En cuanto al primer hecho indicado como determinante del daño por los demandantes expresa el señor Procurador Delegado que no puede atribuírse a negligencia del Estado, puesto que existen disposiciones legales que permiten otorgar esa clase de permisos, como pretende demostrarlo con la cita de los Arts. 79 y 80 del Decreto Nº 1680 de 1942. Por otra parte, el demandante no aportó la prueba del hecho afirmativo referente a las quejas elevadas por los pilotos de la Base de Madrid contra el funcionamiento del Aero Club dentro de dicha base.

Respecto a las deficiencias en la Torre de Control, replica:

"3º—No existe presunción contra la parte demandada de que hubo deficiencias en las señales dadas por la Torre de Control", constitutivas de culpa suya. La presunción de culpa deducida por la jurisprudencia del artículo 2356 del C. C. se basa en la peligrosidad física de la cosa con que se haya causado un daño, y tiene su razón de ser en el propósito de facilitar al demandante la adquisición de la prueba cuando la intención culposa o la negligencia de quien acciona el objeto que materialmente conlleva un peligro, son reconditas y difíciles de desentrañar.

"Manejar una torre de control no es accionar sobre una cosa en sí misma peligrosa. Las proyecciones luminosas que de la torre irradian carecen en absoluto de la fuerza destructora hallada en la bala disparada de un revólver, en el vacío que ofrecen las cañerías o acueductos destapados o las losas removidas, y —como ejemplos mas adecuados y actuales que los del C. C.—, en el funcionamiento de un dínamo, de un comprensor de aire, o de cualquier máquina movida por fuerzas aprisionadas de la naturaleza, cuyo uso naturalmente impone a quien de ellas se vale una extrema prudencia en razón de su propia peligrosidad intrínseca...".

En demostración de su aserto, el Procurador, luego de anotar que si de concurrir una falla en el funcionamiento de la Torre de Control, ella podría ser fácilmente comprobable, hace transcripción de las disposiciones pertinentes del Reglamento de Tránsito y Reglas de Transporte Aéreo, según el cual "Las Torres de control son únicamente responsables de la ayuda que deben prestar a los pilotos de las aeronaves, pero no son responsables por accidentes que por fuerza mayor se presenten dentro de su zona, auncuando deben hacer todo lo posible por evitarlo". (Art. 1, numeral 142).

De aquellas reglas de tránsito aéreo deduce la Procuraduría que no habiéndose establecido de las pruebas aportadas si el vuelo que realizaban las dos aeronaves de la trágica colisión se hacía por "contacto" o por "instrumentos", sistemas éstos que determinan una mayor o menor importancia en la función propia de la Torre de Control, "está destinada al fracaso la demanda indemnizatoria basada en la presunción de culpa extracontractual de la Nación".

Tomando en consideración la descripción hecha del accidente por la comisión investigadora, asienta que hay prueba de que la Torre de Control llenó a cabalidad sus obligaciones, poniendo luz roja a la avioneta Luscombe como orden para abandonar el campo de aterrizaje mientras tomaba tierra el avión militar, y avisando a éste de la presencia de aquélla.

"En tales circunstancias, —añade— el siniestro aéreo fué para la torre de control, vale decir para la Nación, ya un verdadero caso fortuito, ya

el efecto de haber intervenido un elemento extraño (la culpa de la propia víctima), que son eximentes de responsabilidad para la parte demandada".

Más adelante, dentro de la reproducción que hace el señor Procurador Delegado de su alegato final en el juicio promovido por la viuda del Teniente Escobar Martínez, expresa que encuentra indebida aplicación de la ley en la sentencia de primera instancia cuando en ésta se reconoce la existencia de una responsabilidad civil plena en la Nación por el accidente del 24 de mayo de 1948, con fundamento en lo dispuesto por la Ley 89 de 1938 sobre aeronáutica civil, ya que ésta fué dictada especialmente para las naves aéreas privadas, en tanto que las militares se rigen por otros estatutos especiales, no siendo, pues, aplicable al caso de este juicio.

Propone, como conclusión de lo expuesto, la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda.

A estas alegaciones que, como se acaba de decir, son reproducción textual de las aducidas por el mismo alto funcionario ante esta Sala en el juicio ordinario promovido por la viuda del Teniente Escobar Martínez en demanda de las mismas declaraciones que se impetran en estos juicios acumulados, agrega las siguientes:

Si bien es cierto que la comisión investigadora del accidente hace notar en su informe algunas deficiencias en la Torre de Control, comó son la falta de detalles en los libros de minutas, necesidad de un equipo de señales luminosas moderno y completo, y especialización en el personal encargado de la torre, no se puede seguir de ello que una cualquiera de aquellas fallas fuera la causa determinante del siniestro, porque de una parte la misma comisión estableció que los pilotos del 662 avisaron haber recibido el informe de la torre respecto de la presencia sobre el campo de la avioneta del Aero-Club; y de otra, una de las conclusiones del mismo informe reconoce el hecho de que el aparato "Luscombe" "hizo caso omiso de las señales de la torre de control".

En segundo lugar, dada la destinación de la Base Escuela de Madrid, según lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto Nº 349 de 1938, no era un desatino el que al lado de aquélla funcionara el Aero Club, dedicado a la enseñanza privada de pilotaje aéreo, actividad similar a la de la Base-Escuela.

Finalmente, la orden de suspensión de las actividades del Aero Club a raíz del insuceso de que aquí se trata, no prueba que el funcionamiento de dicha empresa de enseñanza aeronaval entrañara un peligro inminente para la seguridad del personal de los pilotos y alumnos de la Base Militar, ya que aquella orden tiene el carácter de provisional o "hasta nueva orden". De otro lado, las declaraciones aducidas para demostrar la inconveniencia del permiso dado al Aero Club para operar dentro de la citada Base se reducen a la expresión de un concepto sobre tal inconveniencia, lo cual hace que tales testimonios carezcan de valor probatorio, pues "con la prueba testimonial sólo se acreditan hechos concretos percibidos por los sentidos. No conceptos científicos que tiendan a destruír lo permitido por la ley".

El accidente y sus causas

Ya lo dijo esta Sala de la Corte en el fallo de 21 de agosto del pasado año, por el cual se decidió del juicio ordinario promovido por la viuda del Teniente Rafael Escobar Martínez y otros contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios extracontractuales con base en el siniestro de que aquí se trata: "No se le puede restar mérito a las pruebas relacionadas con el accidente en cuanto en su elaboración hayan intervenido personas y autoridades encargadas de todo lo relacionado con la navegación aérea. Se trata de un moderno sistema de transporte, del cual conoce un número limitado de personas, y es entonces natural que cuanto éstas digan sobre el particular ha de ser muy atendible".

Con esta necesaria aclaración, pasa la Sala a ocuparse de los documentos que han sido traídos al debate en orden a establecer las verdaderas causas del accidente del 24 de mayo de 1948, básicas para fijar la culpabilidad de la parte demandada y su responsabilidad consecuencial.

Según reza el informe rendido por la Comisión Investigadora designada para establecer las causas del accidente mencionado:

"El accidente ocurrió en la recta de aproximación final en la pista 2/4 en la forma siguiente: El Douglas F. A. C. 662 venía en su recta final para aterrizaje, habiendo prolongado dicha recta para facilitar un mejor control del enfoque de la pista por parte del señor Teniente Rey, quien recibía instrucción en este tipo de avión, del señor Teniente Escobar. Durante todo el tráfico observó las reglas para este tipo de maniobras, y había recibido por dos veces, las instrucciones de la torre de control sobre condiciones para aterrizaje con pista libre. La torre de control cuando por primera vez le dio pista al 662, le hizo la observación de que al N. W. del campo venía una avioneta a la cual se le estaba poniendo luz roja, y mi-

nutos más tarde le confirmó nuevamente: "pista libre", con el recibido correspondiente por parte de los pilotos. La avioneta del Aero Club Luscombe número 33, se encontraba efectuando maniobras de escuela sobre Bojacá. Terminadas éstas entró al tráfico de la base más o menos al final de la pierna larga, sin observar la luz roja con que la torre le ordenaba salir del mismo por estar ya la pista ocupada. La avioneta continuó su tráfico recortando la pierna larga; y al efectuar su último viraje para quedar enfocada a la pista, fué alcanzada por el 662. Basados en la inspección ocular que efectuó la comisión sobre los escombros de los aviones, se llega a la conclusión de que el choque se produjo en el momento en que la avioneta efectuaba un viraje con la inclinación aproximada de 45 grados; pues así lo demuestran las huellas encontradas en el pedazo de montante arrancado a la avioneta. Al respecto se levantó un croquis que se adjunta, y el que señala la forma como se produjo la colisión.

Conclusiones de la comisión investigadora. En el accidente ocurrieron los siguientes errores: 1º Falta de conocimiento de sus deberes por parte de la torre de control; 2º Falta de control del tráfico por parte del avión del Aero Club, ya que hizo caso omiso de las señales luminosas de la torre de control; y 3º Falta de control de tráfico por parte del F. A. C. 662, ya que aun cuando había recibido autorización de la torre de control para efectuar su aterrizaje no se tuvo la precaución de constatar la posición exacta del avión del Aero Club".

"Recomendaciones de la misma comisión. Además de las marcadas con los números 1º, 2º y 3º relacionadas anteriormente, la 4ª dice:

"No permitir que operen en las bases que tengan tráfico de aviones de transporte, aviones de instrucción, sin que tengan éstos equipo de radiofonía".

Este informe aparece acogido por el Comando de la Base Aérea de Madrid, según constancia suscrita por su Comandante, el Capitán Escipión Alvarez. A continuación obra la copia del auto definitivo proferido por la Dirección General de Aviación, que dice textualmente:

"La Dirección General de la Fuerza Aérea está de acuerdo con las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Investigadora y acepta, por consiguiente, los porcentajes de responsabilidad determinados por la citada Comisión. (Fdo.) Coronel Luis A. Rodríguez M. Director General de la Fuerza Aérea".

Culpabilidad civil de la Nación

Con los documentos traídos al debate, en su mayor parte de procedencia oficial, se demuestra:

a) Que el avión F. A. C. 662 pertenecía a la Nación y estaba destinado por ella a prestar servicio en la Base-Escuela de Madrid (Cundinamarca) para dar instrucción de pilotaje militar a los alumnos matriculados en ella.

b) La Nación es la empresaria de dicha Base Aérea, la cual es administrada y dirigida por el respectivo Comandante designado por el Gobierno Nacional.

c) Que el vuelo que realizaban en el precitado avión los pilotos militares Teniente Rafaél Escobar Martínez como intructor, y el Teniente Alvaro Rey Zúñiga, cómo discípulo o alumno de la base, ambos dependientes, como es obvio, de la Nación demandada, era ejecutado en misión de entrenamiento (Certificado del Comando de la Base de Madrid, fol. 38 del C. Nº 2).

d) Cuando el avión militar Nº 662 se aprestaba a aterrizar en la pista de la expresada Base, después de cumplida aquella misión, chocó violentamente con la avioneta Lus-Combe Nº 33 del Aero Club de Colombia, la cual, conducida por el alumno de dicho Aero Club, señor Carlos Rivas, entraba también en esos precisos momentos sobre la misma pista de aterrizaje.

e) Que el Gobierno Nacional, vale decir la Nación demandada, había dado permiso al Aero Club de Colombia, entidad privada dedicada a la enseñanza de pilotaje aéreo a simples particulares, para operar en la misma Base Aérea de Madrid.

f) A consecuencia del choque intempestivo de las dos aeronaves, éstas se precipitaron a tierra incendiadas, pereciendo en aquel accidente todos los tripulantes civiles y militares, entre ellos el Teniente Alvaro Rey Zúñiga.

g) Los pilotos del avión militar 662 habían sido avisados por la Torre de Control de la Base de que en dirección N. W. regresaba a ésta la avioneta del Aero Club, aviso que tuvo de parte de los pilotos militares el correspondiente recibido.

h) La Torre de Control, a su vez, proyectó a la avioneta la "luz roja" para notificarle que debía abandonar el campo por estar la pista ocupada por el 662, al cual le había dado vía libre para el aterrizaje.

i) La avioneta hizo caso omiso de ese aviso y continuó aproximándose a la pista, hasta ser alcanzada por el avión 662, con las consecuencias anotatas.

j) Hubo imprudencia por parte de los pilotos del 662, porque avisados de la presencia de la avio-

neta en dirección a la Base, no tomaron la necesaria precaución de comprobar la posición exacta de ésta y así evitar la inminente colisión. Hubo, pues, por parte de aquéllos falta de control de tráfico aéreo.

k) La Dirección General de la Fuerza, Aérea en radiograma dirigido a la Comandancia de la Base de Madrid, con fecha 26 de mayo de 1948, prohibió "terminantemente hasta nueva orden toda clase de actividades vuelo aviones Aeroclub en esa Base". (Fol. 36 del C. Nº 2).

La culpa civil de la Nación en el caso contemplado se descubre sin dificultad, en su calidad de empresaria de la Base Aérea de Madrid, administrada o dirigida por conducto del respectivo Comandante. Está probado que el Teniente Rey Zúñiga era alumno de dicha Base-Escuela, y que el vuelo trágico del 24 de mayo de 1948 fué ejecutado "en misión de entrenamiento" y al cuidado del Teniente Rafaél Escobar Martínez, instructor de la misma Base.

También se perfila aquella culpabilidad por el hecho de haber permitido o tolerado —como lo alegan los demandantes— el funcionamiento del Aero Club de Colombia dentro de la misma Base de Madrid, entidad dedicada a la enseñanza de pilotaje aéreo a personas particulares en aeronaves que no contaban con el equipo necesario de radiofonía. (Recomendación 4ª de la Comisión Investigadora).

Sobre este importante particular se pronunció ya esta Sala en las motivaciones de la sentencia de 21 de agosto pasado, citada anteriormente en estos muy claros y concisos términos:

"No se puede menospreciar la circunstancia de que en la Base de Madrid, destinada especialmente para el entrenamiento de pilotos del Gobierno, existiera una escuela para entrenamiento de pilotos particulares. Es natural que el peligro para aquéllos aumentaba y, hay que aceptar que las autoridades de aviación no estimaron justamente las circunstancias de peligrosidad que de ese hecho se derivan en contra de la aviación oficial.

"Lo vinieron a comprender así esas autoridades cuando el mismo día del accidente se retiró el permiso para que el Aero Club continuara funcionando en la Base de Madrid, con lo cual, sin duda, se reconocía un error que contribuyó en mucho al desastre que se ha considerado en estos autos...".

Y como el representante de la Nación ha reproducido en esta instancia los mismos argumentos aducidos en el alegato final previo al pronunciamiento del fallo que se viene transcribiendo, conviene terminar la copia del párrafo anterior:

"El señor Procurador Delegado dice sobre ésto que no es hecho constitutivo de indicio contra la Nación la orden de retirar del campo la enseñanza del Aero Club, pues que ello "a lo sumo significa que no estando construída la Base, principalmente, sino para el servicio de la aviación del Estado, éste quiso alejar de sí todo riesgo de que en el futuro pudiera repetirse otro infortunio..." Dos conclusiones se pueden sacar de este párrafo: que el Gobierno sabía que la Base no estaba preparada sino para la aviación del Estado; y que el siniestro se realizó frente a un riesgo, que después se quiso alejar.

"Ni se puede menospreciar tampoco la circunstancia de que algunos militares pilotos, individualmente, afirman la inconveniencia de que máquinas pesadas funcionaran en el campo de aviación de Madrid, con máquinas de entrenamiento primario, y expresan, por propio conocimiento, acerca de las dificultades con que constantemente se tropezaba en la Base por la presencia de aviones del Aero Club.

"Por último, es de importancia tener en cuenta que aquellos documentos emanan de autoridades de aviación, lo que quiere decir que han sido preparados por la misma parte demandada".

La responsabilidad

Dicho lo anterior, resta fijar de modo equitativo la cuota de responsabilidad que le pueda caber a la Nación por el accidente de autos, lo que dice relación con la concurrencia de culpas, analizadas ya también por la Sala en la sentencia cuyas motivaciones se han venido incorporando en la que ahora ocupa su atención.

Hubo imprudencia en la víctima, Teniente Rey, determinada por su falta de control de tráfico al prepararse a tocar tierra dentro de la pista. Avisado, lo mismo que su maestro el Teniente Escobar H., de que la avioneta Lus Combe se aproximaba por el N. W. al campo de la Base, era de su deber precisar la posición de aquélla y de este modo evitar la catástrofe. Esto es incuestionable.

Por lo tanto, ha de concluírse que es de rigurosa aplicación lo dispuesto en el art. 2357 del C. Civil en la determinación del quantum de la indemnización demandada.

Mas es de observarse, de otro, lado que si para fijar el grado de responsabilidad de la Nación en el caso de la sentencia de 21 de agosto de 1951, la Sala estimó razonable asignar a la Nación un setenta y cinco por ciento (75%) de ella, cargando a la víctima, Teniente Rafaél Escobar Martínez tan sólo el 25% restante, se impone disminuír es-

te último porcentaje respecto del teniente Rey Zúñiga, toda vez que, a la luz de las mismas apreciaciones de aquel fallo, su condición de alumno o aprendiz hace explicable, aunque no justificable del todo, la falta de control de tráfico aéreo que les imputa a dichos pilotos la Comisión Investigadora. En verdad, no se pueden equiparar aquellas culpabilidades sin incurrir en una notoria injusticia. Sobre este particular razonó de este modo la Sala en la sentencia de 21 de agosto tántas veces citada:

"No se puede dudar de que al piloto instructor le cabe responsabilidad en el accidente que le ocasionó la muerte... Ya se dijo que eran dos los aviadores y que se puede explicar aunque no justificar, un descuido en quien debía estar manejando el timón del avión, Teniente Rey; pero no se podrá encontrar explicación al hecho de que el instructor del vuelo, que lo era el Teniente Escobar, no estuviera listo para impedir que su compañero, su discípulo, tomara la ruta de aterrizaje sin haber determinado las condiciones en que volaba la avioneta, también buscando tierra. Lo que se puede explicar en el discípulo, de quien se supone no lo suficientemente experto, no se puede explicar en el maestro, que ha debido ser un veterano de la aviación nacional. Sobre el Teniente Escobar pesaba una obligación de cuidado y diligencia, para evitar un daño que lo perjudicaba a él y perjudicaba al Estado".

Apoyada en estas consideraciones, estima la Sala que en relación con el Teniente Rey Zúñiga sólo cabe asignarle un diez por ciento (10%) de responsabilidad en el accidente en que perdió la vida, siéndole imputable de consiguiente a la Nación el noventa por ciento (90%) restante.

Ineptitud de la demanda

Propuesta esta excepción por el señor Procurador Delegado en lo Civil al reproducir en su alegato de conclusión los mismos reparos hechos por él en el escrito similar presentado en el juicio indemnizatorio promovido por la viuda del Teniente Escobar Martínez, debe ocuparse ahora la Sala de las razones que fundamentan dicha excepción perentoria.

Estriba ella en que:

"En la reclamación indemnizatoria, no es, pues, lógico demandar exclusivamente a uno solo de los agentes que operaron cuando se consumó el infortunio, dejando de lado precisamente al otro, al que se ocupaba, del mismo modo que el demandante, en una actividad en sí misma peligrosa, es decir, al Aeroclub de Colombia.

"Si el concepto de las autoridades de la F. A. C. es válido para el actor en cuanto inculpa parcialmente a la Nación, no se ve la razón, ya que ninguna expone, para que lo hubiera desestimado en cuanto alcanza desfavorablemente al Aeroclub por el vuelo en que se produjo la colisión.

"..... .....

"Los hechos aducidos en la demanda indican claramente al actor que su acción no podría estimarse sino determinando un litis-consorcio pasivo necesario, que ligara como contraparte suya a la Nación y al Aeroclub, quien también es persona jurídica, para probarles sus culpas y la proporción en que debieran indemnizar los daños por ellas causados".

No encontró probada esta excepción la Sala en la tántas veces citada sentencia de 21 de agosto del año próximo pasado, cuando dijo:

"Tal vez no tiene razón el señor Procurador. Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del C. Civil, en armonía con el artículo 1571 del mismo Código. La Nación se subroga en la acción contra el Aero Club, según el artículo 1579 siguiente".

Conclusión es ésta que ratifica ahora la Sala, a falta de nuevos elementos de juicio que pudieran hacerla cambiar aquella tesis.

Mérito del dictamen pericial

La objeción por la cual el Tribunal fallador desechó el dictamen pericial sobre liquidación del monto de la indemnización de autos se concreta en el hecho de que la prueba tomada en cuenta en el experticio para determinar la edad del Teniente Rey Zúñiga el día de su muerte es inadecuada, pues no fué producida de conformidad con lo previsto en el Art. 400 del C. Civil.

El Tribunal dijo a este respecto que las declaraciones allegadas acerca de la edad del Teniente Rey Zúñiga no "fijan la época de su nacimiento" y que "ni se ha oído dictamen de facultativos o de otras personas idóneas, como tampoco se han presentado documentos supletorios ni la prueba directa".

Las declaraciones en cuestión aparecen rendidas por el doctor Ernesto Archila (médico) y por el señor Rafaél Roldán Salcedo, quienes de manera uniforme dicen que tanto por el conocimiento personal que tuvieron de la víctima como por haberle oído decir a ésta antes de su muerte, así

como también a sus familiares y amigos más allegados, el Teniente Rey Zúñiga "no revelaba tener más de veintiocho años de edad".

Como prueba complementaria los demandantes traen a cuento lo que reza la partida de matrimonio del Teniente Rey Zúñiga con la demandante Cecilia Gutiérrez, certificada por el Notario 4º de este Circuito (fol. 1 del cuaderno Nº 1 Bis), cuyo texto en lo pertinente dice:

"En la República de Colombia, Departamento de Cundinamarca, Municipio de Bogotá, a las 5 y 1/2 a. m. del día 21 del mes de diciembre de 1946, contrajeron matrimonio católico en la iglesia de Na. Sra. de Lourdes, el señor Alvaro Rey, de 20 años de edad, natural de Quibdó, República de Colombia, vecino de Bogotá, de estado civil anterior soltero, de profesión piloto militar, y la señora Cecilia Gutiérrez de Rey...".

En concepto de esta Sala la prueba de que se trata hace plena fe, y es de toda eficacia para fijar con la mayor aproximación la edad de la víctima el día del accidente. Principalmente la partida notarial transcrita, porque ella fué constituída sin otra intención que la de cumplir con las disposiciones legales sobre registro civil, y de esta manera la manifestación del cónyuge sobre la edad que contaba el día de su matrimonio debe aceptarse como presumiblemente cierta.

Por otra parte, resulta evidente que la determinación de la edad de una persona en la forma prevista por el Art. 400 del C. Civil sólo puede tener cumplimiento respecto de personas vivas y no respecto de quienes ya han fallecido; y es también cierto que hoy por hoy no podría verificarse el dictamen pericial de profesionales médicos sobre la edad del Teniente Rey, pues poco sería lo que podría averiguarse de ella sobre sus despojos mortales.

No es válida, por tanto, la objeción del Tribunal al dictamen pericial por este solo aspecto, así que si la Sala no hallara, como en efecto ha hallado, la falta de otros elementos de prueba indispensables para formalizar de una vez la liquidación del **quantum** de la indemnización, como adelante se verá, sería el caso de proceder a hacer tal liquidación sobre los cómputos elaborados por los peritos en el dictamen cuestionado.

Bases para la liquidación

Toca ahora a la Sala determinar las bases que han de tenerse en cuenta para liquidar la indemnización de autos. Ellas son las siguientes, al tenor de la práctica adoptada en casos similares:

a) Capacidad productiva de la víctima, con fundamento en los datos sobre su preparación técnica y el curso de su carrera de aviador militar que debe constar en su respectiva hoja de vida.

b) Vínculos de familia de la víctima con cada uno de los demandantes;

c) Participación que éstos podrían haber obtenido en las entradas pecuniarias de la víctima, por razón de aquellos mismos vínculos de familia, con deducción, eso sí, de la cuota de gastos exclusivamente personales del Teniente Rey Zúñiga;

d) Determinación de la renta proveniente de los sueldos que habría podido devengar el extinto como Teniente de la F. A. C., teniendo en cuenta los aumentos que han venido siendo reconocidos hasta el presente a los aviadores militares dentro de dicho grado;

e) Aplicación de las Tablas de Garuffa para liquidar los perjuicios futuros;

f) Deducción del valor total de la indemnización, de la suma que los demandantes percibieron del Gobierno Nacional por concepto del Seguro de Vida del Teniente Rey Zúñiga.

Respecto de este último punto, es conveniente transcribir lo conducente del fallo de 21 de agosto tántas veces mencionado por su aplicabilidad al caso de que aquí se trata. Dijo allí esta Sala:

"La Ley 32 de 1922 adoptó para la Nación el seguro de vida que ya existía para las empresas, de acuerdo con la Ley 37 de 1921. Pero más tarde, por medio de un decreto de carácter legislativo (número 1680 de 1942, julio 11) se estableció un especial seguro de vida conforme al cual los familiares de los oficiales que fallezcan en accidentes aéreos tendrán derecho a percibir una cantidad de dinero, la cual corresponde por mitad a la cónyuge sobreviviente y a los hijos (artículo 60).

"De esta suerte, bien se puede decir que los seguros de que tratan aquellas providencias (se alude a las proferidas por esta Sala en las cuales no se ha ordenado tal deducción...) se refieren a casos generales, pues a ellos tienen derecho los beneficiarios cualesquiera que hayan sido las condiciones en que se produjo el accidente: mientras que en el presente caso se trata de un seguro especialísimo para el evento de accidentes de aviación, de manera que lo pagado por este seguro se confunde con el valor de los perjuicios por concepto del mismo accidente...".

Perjuicios morales

Las bases anteriores dicen relación con los perjuicios propiamente llamados materiales. Mas como también se ha demandado la reparación de los de orden moral, debe examinarse si ellos, dentro

de su calificación de objetivados y subjetivos, tienen existencia y si los demandantes son acreedores a la correspondiente indemnización.

Respecto de los perjuicios morales objetivados, concuerda esta Sala con el Tribunal al declarar que no se encuentran demostrados en forma alguna en el proceso.

Con relación a los perjuicios morales subjetivos, la Corte halla jurídicas las consideraciones del Tribunal en cuanto a la esencia de tan interesante asunto y a la conclusión referente a la procedencia de esta parte de la acción con respecto de la viuda del Teniente Rey Zúñiga; mas ha de separarse de la tesis expuesta en el mismo fallo en cuanto hace a las menores hijas del extinto, ya que con posterioridad a la sentencia que se revisa, la Corte, en sentencia de 20 de mayo del año en curso hizo revaluación de las normas jurisprudenciales que venían rigiendo esta clase de indemnizaciones, haciéndolas extensivas a los hijos que por no haber llegado al uso de la razón se consideraban fuera de ese derecho en razón de su natural incapacidad para experimentar el dolor moral consiguiente a la pérdida de sus progenitores. Dicen así los apartes pertinentes del mencionado fallo:

"Mas quiere hoy la Sala revaluar también la doctrina de que la indemnización de perjuicios morales subjetivos no se debe a los hijos que no han llegado al uso de la razón al tiempo del fallecimiento de uno de sus progenitores, admitida por la Corte en varios fallos, para llegar a la contraria de que se debe decretar en su favor, aunque no hayan cumplido los siete años, que es la edad comunmente admitida para suponer el discernimiento.

"La doctrina que se analiza tiene como base la de decir que si el perjuicio moral subjetivo consiste en la lesión que se sufre en los afectos, en el dolor del ánimo ocasionado, para un caso como el de que se trata, por la pérdida de una persona querida, mal puede ordenarse su reparación en favor de quien no ha podido experimentarlo por falta de raciocinio. Dicho de otro modo, la obligación del resarcimiento no puede existir si la pena no se ha sentido, y ese sufrimiento en la parte meramente afectiva no puede sentirlo quien no ha llegado al uso de la razón.

"Pero la tesis falla por dos aspectos, el primero de los cuales es el de que hoy no se considera la indemnización de los perjuicios morales subjetivos como una compensación del sufrimiento, como el **pretium doloris** de que habló Josserand, pues, que, como dice Ripert, "sería profundamente inmoral afirmar que quien ha sido afectado en sus sentimientos, haya de consolarse del golpe mercèd a la indemnización que habrá de recibir". Los perjuicios morales son irreparables en especie. Cuando ocurren, se trata de proporcionar una "satisfacción de reemplazo", como la llama este mismo comentador, para quien "los daños y perjuicios no tienen en este caso un carácter de indemnización, sino un carácter ejemplar".

"En forma más circunscrita al argumento, éste flaquea también por lo inaceptable que resulta afirmar que el menor de siete años no siente verdadera pena por la falta de la tutela afectiva de sus progenitores, sobre todo de la madre, pues ello resulta arbitrario y opuesto a la realidad. Pero admitiendo que haya un límite de tiempo, que pudiera fijarse en más o en menos, en que el infante no sienta dolor del ánimo por la pérdida de sus padres, tampoco se podrá negar la reparación, pues es indudable para la Corte que esa pena o afección había de terminar por sentirse **ciertamente,** al salir de los umbrales que en materia de edad se han venido teniendo en cuenta hasta ahora.

"Y ésto porque, como afirman los comentadores "entra en el resarcimiento todo daño que se derive necesariamente del hecho injurioso" (Chironi). Dicho de otro modo, es indispensable que el daño exista, que sea **cierto** y que sea causado por el hecho ilícito. Pero no es necesario que se haya experimentado, pues basta la certidumbre de que el hecho causal lo producirá caso en que también el daño es cierto, y, por tanto, es justo asignar una indemnización. Así, Planiol y Ripert dicen que "un perjuicio no realizado todavía puede justificar una condena inmediata, si resulta ser cierta su realización futura, por tratarse del desarrollo indudable de un perjuicio actualmente en evolución".

Resulta, pues, indudable, —contra lo resuelto por el Tribunal en el fallo apelado— que los menores hijos del Teniente Rey Zúñiga, Felicia y Margarita Rey Gutiérrez, son acreedores a la reparación de los perjuicios morales subjetivos, reparación que señala la Sala en la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) para cada una de dichas beneficiarias.

Finalmente, y como ya hubo de insinuarse antes, no es posible a la Corte llevar a efecto en este mismo fallo la liquidación de los perjuicios demandados por cuanto se observa la falta de elementos de juicio indispensables, como es la certificación relativa a los sueldos que han venido devengando desde el mes de mayo de 1948 hasta el presente los Tenientes de la Fuerza Aérea Colombiana, incluyendo las primas de vuelo y de

alojamiento. Por ello, la condenación al pago de los expresados perjuicios habrá de hacerse en abstracto, para que sean regulados de conformidad con lo prevenido en el Art. 553 del C. Judicial.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generale, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REFORMA la sentencia apelada en los siguientes términos:

Primero: Declárase a la Nación Colombiana civilmente responsaple, en parte, de la muerte del Teniente de la Fuerza aérea Colombiana, Alvaro Rey Zúñiga, quien pereció en el accidente de aviación ocurrido en la Base Aérea de Madrid (Cundinamarca) el día 24 de mayo de 1948.

Segundo: Condénase, en consecuencia, a la Nación, a pagar a las demandantes Cecilia Gutiérrez v. de Rey, Felicia Rey Gutiérrez y Margarita Rey Gutiérrez, el noventa por ciento (90%) del valor de los perjuicios materiales por ellas sufridos, los que se liquidarán de conformidad con lo previsto en el Art. 553 del C. Judicial.

Tercero: Condénase, en consecuencia, igualmente a la Nación a pagar a cada una de las demandantes, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, por concepto de perjuicios morales subjetivos.

Cuarto: Del valor total de la indemnización a cargo de la Nación, se descontará la cantidad de dinero recibida por la cónyuge supérstite por concepto del Seguro de Vida del Teniente Rey Zúñiga.

Quinto: Absuélvese a la Nación de los demás cargos contra ella formulados en las demandas acumuladas.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Rafael Leiva Charry—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas V., Secretario.



NULIDADES. — AUTOS INTERLOCUTORIOS

El auto por medio del cual se ordena poner en conocimiento de las partes la existencia de una causal de nulidad no es un auto interlocutorio, y contra él no procede, por tanto, el recurso de apelación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiseis de julio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Por apelación interpuesta por la parte actora debe conocer esta Sala de la Corte de la providencia proferida el 16 de diciembre último, por el Tribunal Superior de Santa Marta, que resolvió lo siguiente:

"Poner en conocimiento de las partes la nulidad observada y que consiste en la ilegitimidad de la personería del doctor Marco T. Mendoza Amarís para haber actuado en el juicio como apoderado judicial del Municipio de Pivijay, sin que el Personero de aquel Municipio le hubiese otorgado el poder correspondiente previa la autorización del Concejo respectivo.

"Notifíquese personalmente esta providencia al señor Personero Municipal de Pivijay por medio del señor Juez Municipal del citado Municipio, a quien se le librará el exhorto del caso.

"Notifíquese personalmente también al doctor Lázaro Díaz Granados y al Fiscal del Tribunal".

Se considera:

El Tribunal cita como disposiciones aplicables al caso los artículos 448, ordinal segundo, y el 455, del código judicial.

El primero dice que es causal de nulidad en todos los juicios "la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante".

El segundo expresa que "el juez que conoce de un juicio, y que antes de decidir sobre lo principal observe que existe alguna causal de nulidad, manda ponerla en conocimiento de las partes, por medio de auto que se notifica personalmente.

"Si la que tiene derecho a pedir la reposición, —prosigue el artículo— ratifica expresamente lo actuado, dentro de los tres días siguientes al de la notificación, se dá por allanada la nulidad, y el juicio sigue su curso; pero si dicha parte guarda silencio o pide expresamente la anulación, se invalida el juicio desde el estado que tenía cuando ocurrió la causal, quedando en firme la actuación practicada antes.

"Cuando en un Tribunal el expediente haya pasado a la respectiva Sala para la decisión definitiva, corresponde a ésta mandar poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad que observe y resolver sobre ellas".

Como se ve, el Tribunal apenas ha cumplido con la primera parte del precepto últimamente transcrito, que ordena poner en conocimiento de las partes la nulidad que ha observado, pero no ha cumplido con la segunda, en que haya dado por allanada la nulidad o invalidado la actuación, según el caso y como lo estime legal, por el sencillo motivo de que las partes no han manifestado lo que hayan considerado conveniente.

Como lo anota el señor Procurador, ese auto en que se pone en conocimiento de las partes una nulidad, no es un auto interlocutorio, porque no ha decidido sobre el incidente mismo abierto en el proceso, sino que se ha limitado a disponer un trámite para dar curso progresivo a la actuación (art. 466 del c. j.).

Y como los autos de sustanciación no son apelables, lo procedente es declararlo así, como lo ha solicitado el señor Procurador.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara que el auto de que se viene hablando no admite el recurso de apelación. En consecuencia, se ordena devolver el expediente para que se prosiga la actuación del artículo 455 del código judicial.

Notifíquese.

Rafael Leiva Charry—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas V., Secretario.

ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En las demandas con que se iniciaron estos juicios ordinarios contra la Nación, que fueron acumulados por providencia de fecha veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, se solicitaron las siguientes declaraciones:

"Que el señor Juan de D. Chacón Ch. es dueño del petróleo que se encontrare en los terrenos de su propiedad denominados "Guacharacas", globo número 1, que formaba parte de la antigua hacienda de Guacharacas, en jurisdicción del Municipio de Beltrán Departamento de Cundinamarca, alinderado así: por el norte, partiendo del río Magdalena y siguiendo la cerca divisoria con los potreros llamados Príncipe, Casanare y San Martín, que forman parte del globo de terreno adjudicado al señor Pedro José Chacón, hasta llegar a la cerca medianera con la hacienda de Pital, encima de una loma, y siguiendo cerca arriba colindando con dicha hacienda; por el oriente, siguiendo la cerca divisoria con Pital, hasta llegar a la cerca medianera con la hacienda de Mariposas, que fué del señor Abelardo Martínez; de aquí, hacia el sur, siguiendo por la cinta de peña, hasta llegar a la cerca divisoria con la hacienda de Paquiló del señor Guillermo Narváez; por el sur, con terrenos de Paquiló; y por el occidente, con el río Magdalena. Queda formando parte de este globo una isla conocida también con el nombre de 'Isla de Guacharacas', formada en el río Magdalena, y comprendida dentro de los linderos siguientes: por el oriente, con los terrenos de Guaco y Guacharaca, de propiedad de Juan de Dios Chacón, mediante un pequeño brazuelo entre aquélla y estos terrenos; por el sur, un pequeño brazuelo de por medio, con la isla llamada del Medio, de propiedad de sucesores de Nicolás Cuenca; y por el norte y occidente, con el cauce principal del río Magdalena"; y

"Que el señor Pedro José Chacón Ch. es dueño del petróleo que se encontrare en los terrenos de su propiedad denominados 'Colombaima' y 'Santa Coloma', situados en jurisdicción del Municipio de Beltrán, Departamento de Cundinamarca, alinderados respectivamente así:

"**Colombaima**: Por el oriente, con terrenos del Pital, que fueron de Justino Ospina, después de la Compañía Shell de Petróleos y ahora de Guillermo Williams, separados por cercas de alambre; por el norte, con finca de Perico, que fué de Aristides Molina, hoy del doctor Ramón Pinzón; por el occidente, con el río Magdalena; y por el sur, con la hacienda de Guacharacas, que fué del señor Juan de Dios Chacón, hoy de sus sucesores.

"Santa Coloma: Este terreno formó el globo número 2 de la antigua hacienda de Guacharacas, a que se le dió el nombre de Santa Coloma en la escritura de partición N° 680 otorgada en la Notaría de Ambalema el 21 de diciembre de 1949, alinderado así: por el sur, partiendo del río Magdalena y siguiendo la cerca divisoria con el primer globo adjudicado al doctor Juan de Dios Chacón Chacón, hasta llegar a la cerca medianera con la hacienda de Pital, encima de una loma; de aquí, siguiendo por esta cerca medianera con la hacienda de Pital, hasta encontrar la cerca medianera con la hacienda de 'Colombaima', de propiedad de Pedro José Chacón; de aquí, hacia el occidente, tomando por toda esta cerca hasta el río Magdalena; y río Magdalena arriba, hasta el punto de partida, primer lindero".

Como fundamentos de hecho, en una y otra demanda se expusieron los que pasan a sintetizarse:

a) Los predios llamados "Guacharacas", "Colombaima" y "Santa Coloma", anteriormente descritos, se encuentran comprendidos dentro del terreno de la propuesta Nº 389 de la Compañía Tequendama Petroleum Company, propuesta que fué aceptada por el Ministerio de Minas y Petróleos por Resolución Nº 561 de fecha 4 de septiembre de 1947.

b) Tanto la propiedad privada del predio "Guacharacas" (de Juan de D. Chacón Ch.) como de los predios "Colombaima" y "Santa Coloma" (de Pedro José Chacón Ch.) derivan "de la adjudicación hecha por el Presidente y Oidores de la Audiencia y Cancillería Real del Nuevo Reino de Granada a favor de Juan Suárez de Orejuela de

dos estancias de ganado mayor, con fecha 3 de marzo de 1653, dictada en la ciudad de Santa Fe, y suscrita con fecha 4 de abril de 1653 por el Marques de Miranda".

c) Los linderos de la merced de tierras concedida a Suérez de Orejuela son: "Desde el REMOLINO que llaman hasta la quebrada de Paquiló, por lo largo, y por lo ancho entre la sierra y el río grande de La Magdalena".

ch) Dichos terrenos estaban situados en la margen derecha del río Magdalena, "que son en las orillas del río grande de la Magdalena, de esta banda, de la jurisdicción de Tocaima, en la población vieja que fué de los indios patagoros panches", cuya solicitud de merced fué contradicha por los "indios Colombaimas por decir estar amparados en dicha población y ser de sus resguardos".

d) Desde la escritura de venta otorgada por Ascensión Galindo y Felipe Terreros a Montoya, Sáenz y Compañía, en la Notaría de Honda, con fecha 18 de marzo de 1846, se presenta una completa cadena sobre transmisión del dominio hasto llegar a la propiedad actual de cada uno de los demandantes.

Los demandantes acompañaron a sus libelos varias pruebas, y alegaron en derecho "lo dispuesto por las leyes 37 de 1931, 160 de 1936, Decreto Extraordinario Nº 10 de 1950 y Decreto Nº 2169 de 1950".

Contestadas las demandas en cuestión por el señor Procurador Delegado en lo Civil, se prosiguió la actuación de estos juicios acumulados, practicándose las pruebas oportunamente pedidas por los demandantes. Después se recibieron los alegatos de las partes y se citó a éstas para sentencia.

De esta suerte, estando como está agotada la tramitación correspondiente, se procede a resolver el asunto mediante las siguientes consideraciones:

I

De acuerdo con las pruebas de este proceso, la propiedad actual de los terrenos a que él se refiere está plena y satisfactoriamente demostrada, respecto de cada uno de los demandantes, así:

1º—El señor Juan de Dios Chacón Ch. adquirió el predio llamado **"Guacharacas", globo número uno** (1), por medio de la escritura Nº 680 de 21 de diciembre de 1949 de la Notaría de Ambalema, a virtud de la cual se hizo la división material de un terreno de mayor extensión que le había sido adjudicado en comunidad con su hermano Pedro José Chacón Ch., dentro del juicio de sucesión del padre de ambos, señor Juan de Dios Chacón S., como consta en la escritura de protocolización Nº 376 de 18 de febrero de 1936 de la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá (fs. 41 a 47 del cuad. Nº 1).

2º—El señor Pedro José Chacón Ch. adquirió el terreno denominado "Colombaima" conforme a lo que rezan estas escrituras: la Nº 376 de 18 de febrero de 1936 de la Notaría Segunda de Bogotá (protocolización del juicio sucesorio de Juan de Dios Chacón S.); la Nº 565 de 3 de marzo de 1947 de la Notaría Quinta de Bogotá (protocolización de la sucesión de la señora Paulina Chacón de Chacón); y la Nº 679 de 21 de diciembre de 1949 de la Notaría de Ambalema (fs. 23 a 32 del cuad. Nº 1 bis).

3º—El señor Pedro José Chacón Ch. adquirió el terreno llamado "Santa Coloma" mediante la escritura Nº 680 de 21 de diciembre de 1949 de la Notaría de Ambalema, por la cual se llevó a cabo la división material de otro terreno que a él y a su hermano Juan de Dios Chacón Ch. se les había adjudicado en el juicio de sucesión del señor Juan de Dios Chacón S. (fs. 33 a 35 del cuad. Nº 1 bis).

4º—La tradición anterior de los terrenos mencionados se remonta al año de 1846, en encadenamientos sucesivos, como se desprende de los demás títulos y certificados de registro presentados (fs. 7 a 40 del cuad. Nº 1, fs. 2 a 22 del cuad. Nº 1 bis, fs. 20 a 21 v. del cuad. Nº 2 y fs. 51 a 55 del cuad. Nº 2 bis).

II

Los demandantes afirman que sus terrenos están comprendidos dentro de una merced de tierras otorgada a favor del señor Juan Suárez de Orejuela en el año de 1653, referente a dos estancias de ganado mayor, a las cuales se les dieron por linderos "desde el Remolino que llaman hasta la quebrada Paquiló, por lo largo, y por lo ancho entre la sierra y el río grande de la Magdalena". Y a fin de demostrarlo, hicieron practicar dentro del negocio una inspección ocular con intervención de peritos, cuyos resultados pasan a relacionarse:

a) En la inspección se identificaron sobre el terreno los globos llamados "Guacharacas" Nº 1, "Colombaima" y "Santa Coloma", por sus respectivos linderos;

b) También se reconocieron en la diligencia de inspección, respecto de los linderos del título de 1653, el punto llamado **"Remolino"**, situado en el

río Magdalena, y la desembocadura de la quebrada de "Paquiló" en el mismo río, la cual se encontró de para arriba, "a una distancia más o menos de unos nueve kilómetros y medio a partir del punto de Remolino". Se agregó que "la alinderación por los costados oriental y occidental estaban determinados por la sierra y por el río grande de la Magdalena";

c) Además, los peritos dictaminaron que los supradichos terrenos de "Guacharacas Nº 1", "Colombaima" y "Santa Coloma" no sólo están comprendidos dentro del globo de la propuesta Nº 389 de la Tequendama Petroleum Company, sino que también hacen parte de la extensión concedida en 1653 al señor Suárez de Orejuela, para lo cual estudiaron o reconocieron los linderos de que dá cuenta la merced, procediendo para ello en forma relativamente razonable.

III

Con lo expuesto hasta aquí, sólo resta por ver si el terreno a que se refiere la merced de 1653 salió real y efectivamente del patrimonio nacional, por haberse cumplido todos los requisitos necesarios a ese fin, pues en caso contrario no estaría acreditada la propiedad privada del petróleo a que aspiran los demandantes, ya que las demás pruebas anteriores al 28 de octubre de 1873 apenas consisten en títulos entre particulares.

¿Qué rezan, en efecto, los documentos coloniales aducidos? Expresan que el señor Juan Suárez de Orejuela, corregidor del partido de los Panches, solicitó del Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Granada que se le hiciera una merced de tres estancias de ganado mayor, "que son en la poblazón de los indios Patojaros Panches que eran encomendados en Francisco del Campo, vecino de la ciudad de Tocaima, las cuales tierras son a la orilla del río grande de la Magdalena, jurisdicción de dicha ciudad, y tienen por linderos **desde el Remolino que llaman hasta la quebrada de Paquiló, por lo largo, y por lo ancho entre la sierra y el río grande de la Magdalena"**; que a dicha solicitud recayó una providencia del Presidente Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Granada, en la cual, después de hacerse referencia a ciertas alegaciones de los indios Colombaimas, sobre que dichas tierras pertenecían a sus resguardos, se dijo que se "hacía e hizo merced al dicho Juan Suárez de Orejuela, de las dichas tres estancias de ganado mayor inclusas en su pedimento y diligencias que en su virtud se hicieron y debajo de los límites y linderos expresados, sin perjuicio de los resguardos y tierras que los dichos indios tienen y poseen en la otra banda del río grande hasta Mariquita"; que habiendo apelado de lo resuelto los indios Colombaimas, la Real Audiencia decidió que **"enterando a estos indios de las tierras que hubieren menester conforme se acostumbra y con la distinción de casados y a sus hijos y a solteros y a las demás personas que debieren ser acomodadas en tierras que están repartidas a dichos indios, quedando las suficientes para dos estancias de ganado mayor al dicho Juan Suárez de Orejuela, se confirma el dicho auto del gobierno en cuanto a dichas dos estancias y en lo contrario se revoca"**; y que habiéndose suplicado esta última providencia por el Protector de los indios, el Presidente y Oidores de la Real Audiencia, con fecha 3 de marzo de 1653, "dijeron que confirmaban el dicho auto de vista suso referido según y como en él se contiene, **con que primero y ante todas cosas sean enterados estos indios en la conformidad del dicho auto que así se confirma,** y devuévase esta causa al gobierno, **para que el señor Presidente nombre persona que mida y entere estas tierras...**" (fs. 2 a 6 del cuad. Nº 1).

Después se pagaron los derechos de media anata y se expidió el título correspondiente por el Presidente Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Granada, con inclusión de lo actuado, ordenándose "a todas y cualesquiera justicias y jueces de la ciudad de Tocaima amparen y defiendan **en la posesión que así se le diere** al dicho Juan Suárez de Orejuela...".

De suerte que, no existiendo en los títulos constancia de que se midieran y entregaran al señor Juan Suárez de Orejuela las dos estancias de tierra a que quedó reducida su merced, falta en este caso un requisito indispensable, como complemento de la adjudicación, para que dichas tierras pasaran a ser del dominio privado; y no sólo porque la mensura y entrega fué dispuesta expresamente por la Real Audiencia, sino también porque en la Real Cédula de 1536 ya estaba establecido **"que se tome posesión de las tierras repartidas**... y se hagan plantíos, pena de perderlas".

A este respecto no sobra agregar, para mayor abundamiento, que en los títulos ni siquiera hay constancia de que el señor Suárez de Orejuela estuviera ocupando las tierras cuando solicitó su merced; al contrario, en algunas de las diligencias practicadas se dice que estaban "montuosas". Y de otra parte, después de los títulos de 1653, tampoco se sabe si el señor Suárez de Orejuela o sus sucesores entraran a ocupar o poseer determinadas tierras, pues la escritura posterior traída a

estos autos es del año de 1846, con casi dos siglos de diferencia.

En vista de lo cual, la Sala llega ineludiblemente a la conclusión de que en este negocio no se ha demostrado, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 10 de la ley 160 de 1936, que el petróleo a que aspiran los demandantes sea de propiedad privada.

Y sin más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA las declaraciones solicitadas por los señores Juan de D. Chacón Ch. y Pedro José Chacón Ch., en sus demandas de veintisiete de enero de mil novecientos cincuenta y uno.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Rafael Leiva Charry—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas., Secretario.

I N D I C E

PAGS.

SALA PLENA

Se deplora el fallecimiento de la señora Francia Vélez v. de De La Vega.—Texto de la Resolución aprobada en la sesión del día 3 de julio de 1952 357

Queja contra los Magistrados de un Tribunal. La Corte decide que en la actuación sobre que versa la queja elevada al Ministerio de Justicia por el Juez Primero Municipal de Calarcá, doctor Jorge Ríos López, contra los Magistrados del Tribunal Superior de Pereira, no se ejecutó hecho alguno que merezca la imposición de sanciones disciplinarias. — Magistrado ponente, doctor Pablo Emilio Manotas 357

SALA DE CASACION CIVIL

Cuándo el error común y la buena fe de los terceros permiten considerar válido un acto no ajustado a la ley.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cartagena profirió en el juicio ordinario seguido por Alberto Gaines P. y Ezequiel Puello contra el Municipio de la misma ciudad.—Magistrado ponente, doctor manuel José Vargas 359

El error en que se incurra en la demanda al citar las disposiciones legales aplicables, no impide el reconocimiento del derecho demandado, cuando está de acuerdo con los hechos. — Al juzgador de instancia corresponde decidir si un peritazgo está explicado y debidamente fundamentado. — Valor de la sentencia de excepciones proferida en juicio ejecutivo.—En el juicio ordinario que Leonardo Orejuela siguió contra José Luis Upegui y contra la sociedad "A. Aristizábal y Cía", domiciliada en Cali, no se casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de la misma ciudad.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 366

PAGS.

Cumplimiento en Colombia de sentencias proferidas en país extranjero.—Requisitos para que pueda darse el exequatur. — No sólo las sentencias de condena, sino todas las sentencias y aún los autos interlocutorios proferidos en el extranjero, requieren, para su cumplimiento en Colombia, del exequatur.—Quién es demandado en juicio.—Requisitos de la coadyuvancia.—Las sentencias declarativas también son verdaderas sentencias, como asímismo lo son las constitutivas.—No se accede a ordenar la ejecución de la sentencia pronunciada por el Tribunal Civil de Apelaciones del Departamento del Líbano Norte de la República Libanesa el 20 de febrero de 1947, y por medio de la cual se decretó la interdicción de la señora Amelia Aljure y se dió a su hermano Manuel Agustín Aljure, la curatela correspondiente; sentencia cuyo exequatur fué solicitado por medio de apoderado, por el mencionado Manuel Agustín Aljure.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez 371

Las relaciones sexuales de los pretendidos padres, en la época de la concepción del hijo, lo mismo que la confesión inequívoca de paternidad, contenida en carta u otro escrito cualquiera, no son prueba de la posesión notoria del estado civil de hijo natural de aquéllos.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario que María Enriqueta y Jesús Saldarriaga o Cardona siguieron para que se declare que ellos son hijos naturales del demandado Carlos Enrique Cardona.—Magistrado ponente, doctor Gualberto Rodríguez Peña 382

Presunción de culpabilidad por actividades especialmente peligrosas. — Su alcance.—Requisitos para que el testimonio constituya plena prueba.—Confesiones de Agentes del Ministerio Público.—Casación por errónea apreciación de pruebas.—El recurren-

PAGS.

te debe indicar si el error fué de derecho o si fue un error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos.—En el juicio ordinario que sobre indemnización de perjuicios, siguió Ramona Pitalúa contra el Municipio de Cartagena, la Corte no casa la sentencia por la cual el Tribunal de la mencionada ciudad revocó la de primera instancia, y en su lugar absolvió a la entidad demandada. — Magistrado ponente, doctor Alberto Holguín Lloreda 393

Naturaleza jurídica de la asociación o cuentas en participación. — Aunque éste es un contrato mercantil, puede ser celebrado por personas que con anterioridad no tenían carácter de comerciantes.—Interpretación de las demandas.—La Corte no casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Buga reformó la que el Juzgado del Circuito de Tuluá profirió en la primera instancia del juicio ordinario que Martín Toro Gil y otro siguieron contra Alfonso Toro; sentencia por la cual el mencionado Tribunal declaró disuelto el pacto de asociación celebrado entre la sociedad "Toro Márquez y Cía." y Alfonso Toro B. — Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 399

Casación por errónea apreciación de pruebas.—En el juicio ordinario que Roberto Alfonso Salazar siguió contra Laurentino de J. Correa no se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Buga revocó la del Juez Civil del Circuito de la misma ciudad y, en su lugar, condenó al demandado a restituír al demandante el lote de terreno cuya devolución se solicitó en la demanda.—Magistrado ponente, Dr. Gerardo Arias Mejía 404

Requisitos para que sea válida la subrogación de bienes propios de uno de los cónyuges. Representación de las herencias y de las sociedades conyugales.—Técnica de casación. Causal 2ª de casación por errónea apreciación de las pruebas y por falta de aplicación de disposiciones legales. — Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo profirió en el juicio ordinario que Alejandro Pinto Valderrama siguió contra Elvira Soler v. de Pinto.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 407

Normas que regulan el sistema probatorio civil en la legislación colombiana.—El vencimiento del período que otorga el artículo 758 del Código Judicial, no precluye la incorporación de pruebas al proceso, cuando su no práctica o la demora en ella, no obedezcan a culpa de la parte interesada.—En el juicio ordinario que Milciades Cala M. y Francisco Laserna P. siguieron contra María Antonia González de García, Benjamín García, Clímaco Gómez G. y Luis Enrique Uribe; la Corte casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Pereira; revoca la proferida en primera instancia por el Juez Civil del Circuito de Armenia y, en su lugar, dispone: "ABSUELVESE al demandado de todos los cargos de la demanda a que se contrae este litigio. Sin costas". Magistrado ponente, doctor Pablo Emilo Manotas 420

Causal segunda de casación. — Soberanía de los Tribunales para decidir lo relativo a condenación en costas. — La mora supone la existencia de la obligación y su exigibilidad.—No se infirma la sentencia que el Tribunal Superior de Bucaramanga profirió en el juicio ordinario que sobre pago de unos honorarios profesionales y sobre indemnización de perjuicios, siguió Gustavo Atuesta contra Victoria Lynton de Serrano Plata.—Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Cuervo 429

Técnica de casación. — Derecho del poseedor de buena fe vencido en juicio reivindicatorio.—La Corte casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario que sobre reivindicación, siguió Carmen Lozano de Peláez contra Cornelia González de Sarmiento y otros.—Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 432

Acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato.—Resuelve la Corte no infirmar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que Alejandro Escobar S. siguió

PAGS.

contra Antonio Sefair, y por la cual se confirmó la del Juez 5º Civil del Circuito de la misma ciudad, que condenó a la parte demandada.—Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Cuervo 437

Requisitos de la prueba pericial en materia civil.—No es admisible como prueba en un juicio civil, el dictamen practicado dentro de un proceso penal sin intervención ni contradicción de quien es demandado en la controversia civil.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Barranquilla profirió en el juicio ordinario que Luz María Viñas v. de Arraut y otros siguieron contra Parrish & Compañía, S. A.; revoca la Corte la del Juzado 4º Civil del Circuito de la mencionada ciudad, y absuelve a la parte demandada de los cargos de la demanda.—Magistrado ponente, doctor Gerardo Arias Mejía 440

Acción de nulidad de un contrato de compraventa.—Técnica de casación.—En el juicio ordinario que Clara Rosa García siguió contra Arsenio de J. López, Ana Murillo y Cecilia Silva Salinas, no casa la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó la de primera instancia que decidió no hacer las declaraciones pedidas en la demanda principal, ni acceder a las solicitudes de la demanda de reconvención. — Magistrado ponente, Dr. Gerardo Arias Mejía 443

Acción de nulidad de un contrato de compraventa. — La incongruencia como causal de casación. — Hay incongruencia cuando el Juez falla favorablemente la petición principal y la subsidiaria—Cuál es la causa petendi en un juicio—Requisitos para que pueda dictarse auto para mejor proveer—El dolo como vicio del consentimiento.— La Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario seguido por María de la Paz Garzón de Parra contra Ricardo Rincón y Aurelia Caballero de Rincón, y por éstos contra aquélla en demanda de reconvención; y reformando la de primera instancia que profirió el Juez del Circuito Civil de Ramiriquí, niega las peticiones principales y subsidiarias, tanto de la demanda principal, como de la reconvencional.—Magistrado ponente, Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 451

No puede hablarse de inconsonancia entre lo fallado y lo pedido cuando la sentencia niega las peticiones de la demanda porque declara probada una excepción perentoria.—No puede aceptarse la posibilidad de acciones declarativas ordinarias sobre el derecho de proponer otras acciones.—Requisitos para que pueda deducirse en juicio una obligación indemnizatoria contractual.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que declaró: "probadas las excepciones procesales de inepta demanda y petición de modo indebido. En consecuencia, se abstiene de estudiar y decidir las peticiones principales de la demanda. No se hace especial condenación en costas"; en el juicio ordinario que Zacarías Huertas siguió contra su hermano Eufrasio Huertas, para que se declare: que el actor "tiene la acción que al comprador le reconoce la ley para exigir del vendedor o de quien derive algunos derechos de dicho vendedor la entrega de lo vendido, la extinción o terminación de la retención material de lo vendido, ya sea la especial de que trata el artículo 887 del C. J. u otra cualquiera; y que por consiguiente debe condenárseles ...a respetar la venta del inmueble citado... y a entregar al comprador el citado inmueble", y para que se hagan otras declaraciones.—Magistrado ponente, Dr. Rodríguez Peña... 467

Contra las sentencias de excepciones y de pregón y remate proferidas en juicios ejecutivos, no procede el recurso de casación—Cuáles recursos especiales se incorporan dentro de un juicio ordinario.—La casación puede interponerse contra la sentencia que decide el ordinario por el cual se revisa una de excepciones o una de pregón y remate dictadas en un juicio ejecutivo.—Resuelve la Corte que es jurídica la decisión del Tribunal Superior de Barranquilla que no concedió el recurso de casación contra la sentencia que el mismo Tribunal profirió en el juicio ejecutivo que José Ulloque Meneses siguió contra Teófilo Kiuhan, y por la cual se decidió un incidente de excepciones planteado por la parte demandada. — Magistrado ponente, Dr. Gerardo Arias Mejía. 475

PAGS.

En casación no es posible variar el criterio del Juez acerca de la necesidad de comprobar o no una determinada partida de una cuenta.—La confesión debe recaer forzosamente sobre hechos.—En el juicio ordinario que se originó en el rechazo dado por el doctor Carlos Eduardo Muñoz a las objeciones formuladas por Rafael del Carmen Morales y otros contra las cuentas rendidas en juicio por el mencionado Muñoz y referentes a la administración de éste como albacea, con tenencia parcial de bienes, en la sucesión de Edelmira Zamora Gómez; se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Tunja.—Magistrado ponente: doctor Pablo Emilio Manotas 478

Acción reivindicatoria.—Requisitos de la demanda de casación cuando se acusa por violación de la ley a consecuencia de errónea apreciación de pruebas.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio ordinario seguido por Emiliano Bocanegra contra Manuel Loreto Jiménez.—Magistrado ponente, Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 487

Pago de mejoras a quien edificó, sembró o plantó en suelo ajeno.—La Corte casa la sentencia que el Tribunal Superior de Santa Marta profirió en el juicio ordinario seguido por Pedro A. Montalvo contra la Magdalena Fruit Company, sobre terminación de un contrato de arrendamiento y sobre pago de mejoras realizadas en la finca arrendada.—Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 494

Contrato conmutativo y contrato aleatorio.—El pacto de retroventa no convierte en aleatorio el contrato.—El error de hecho en casación.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Josías H. Acosta contra Gonzalo Chaves y otra, sobre simulación de un contrato de venta con pacto de retroventa.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 501

Recurso de hecho.—Peritazgo para la fijación de la cuantía del juicio.—La Corte declara inadmisible el recurso de hecho interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario de oposición a un deslinde, seguido por Angel y Tonino del Vecchio contra Rafaél Sánchez Navas. — Magistrado ponente, Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 506

Prescripción de la cosa común en provecho exclusivo de un comunero.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio ordinario de Eduardo Arzayús contra Rodolfo Arzayús, el 8 de noviembre de 1949. — Magistrado ponente, Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 508

Acción de filiación natural. — Prueba de la posesión notoria del estado civil de hijo.— Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Ana Rita Morantes, en su condición de madre natural del menor José Gustavo Morantes, contra María Luisa Barroso v. de Cote Bautista y otro, y en su lugar se confirma la de primera instancia, del Juzgado 6º Civil del Circuito de la misma ciudad, que negó las declaraciones solicitadas y absolvió a los demandados.—Magistrado ponente, Dr. Rodríguez Peña 517

El valor probatorio del certificado a que se refiere el artículo 4º de la Ley 28 de 1931, no se limita a la existencia de la persona jurídica, cuando las otras especificaciones que allí se relacionan tienen el mismo origen solemne de la primera.—En el juicio ordinario que César Riascos siguió contra la Compañía Comercial del Magdalena, Limitada, sobre nulidad de un artículo nuevo de le reforma estatutaria de la dicha compañía; la Corte casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta. — Magistrado ponente, Dr. Rodríguez Peña 522

Poder del marido para disponer por sí solo de los bienes de la sociedad conyugal adquiridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932. — Interpretación de las demandas. — Esta interpretación es una cuestión de hecho y, por tanto, en casación se puede acusar por error de esta especie.—Cuando el demandante carece de acción, no es procedente proponer excepciones.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali,

PAGS.

proferida en el juicio ordinario seguido por José Castro Borrero, como cesionario de parte de los derechos de María Belisa Hoyos de Casasfranco, contra Numa Pompilio Casasfranco. — Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 529

El heredero, con fundamento en la simple delación de la herencia, no tiene derecho de reivindicar para sí los bienes que forman el acervo hereditario. — La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario que Manuel González, José Sarmiento y otros, siguieron contra Aristides Forero y otro, sobre reivindicación de unos bienes, en favor de la sucesión de Rudesinda Flórez de Méndez y sobre petición de herencia.—Magistrado ponente, Dr. Rodríguez Peña 536

Cuando los herederos del ejecutado ya están interviniendo en el juicio, no es necesaria la notificación personal de que trata el art. 1434 del Código Civil.—Cesión de créditos. La acción reivindicatoria sólo puede dirigirse contra el poseedor material.—Cuando el demandado no niega, al contestar la demanda, la condición de poseedor, se hace responsable de la cosa. — Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario de Clara Rosa Osorio contra Eliseo Arredondo y otro, sobre nulidad de otro ejecutivo y de unos remates.—Magistrado ponente, doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez 543

La inspección ocular no es el único medio conducente para comprobar la identidad de un predio.—Cuando el demandado niega los hechos de la demanda y el demandante no los acredita suficientemente, la negativa de aquél no constituye excepción perentoria pero la acción no prospera, porque falta la prueba de los elementos que la integran o de alguno de ellos.—En el juicio ordinario que la sociedad "Hacienda de Perodías Limitada" siguió contra Apolinar Ortiz, sobre reivindicación, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, que revocó la de primera instancia, del Juzgado 2º Civil del Circuito de Palmira, y absolvió al demandado, de todos los cargos de la demanda.—Magistrado ponente, Dr. Alberto Holguín Lloreda 556

La violación de las normas sobre partición, contenidas en los ordinales 3º y 4º del artículo 1394 del Código Civil, por sí sola no dá margen para una causal de casación, sino en el caso en que las pruebas del expediente muestren que el partidor no se ajustó a las normas de equidad y justo equilibrio que informan la doctrina de este artículo.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira profirió para decidir las objeciones que uno de los interesados formuló a la partición realizada en el juicio de sucesión de Urías Sabogal.—Magistrado ponente, Dr. Gerardo Arias Mejía 563

Cuando la acción prospera, no es necesario pronunciamiento especial, en la parte resolutiva de la sentencia, sobre las excepciones aducidas.—Acumulación de acciones.—Significado de la palabra causa, usada por el artículo 398, numeral 4º, del C. J.—Continencia de la causa.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en el juicio ordinario sobre reivindicación que Julio Enrique Escobar siguió contra Roberto Jiménez y contra Belarmina Jiménez v. de Moreno.—Magistrado ponente, Dr. Gerardo Arias Mejía 568

Quien alega en su favor la prescripción, debe probar, ya sea que lo haga en vía de acción o como excepción, que ha poseído materialmente durante el término señalado por la ley; y quien se pretende dueño, debe, para frustrar la prescripción del otro, demostrar que durante este lapso el prescribiente le reconoció, expresamente o de manera tácita, su dominio.—El error de hecho como causal de casación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario que Mario Galindo Barrios siguió contra Eugenia Pineda de Tobar, Dolores Galindo y otros, sobre adquisición de un inmueble por medio de la prescripción extraordinaria. — Magistrado ponente, Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 578

Interpretación de la demanda. — Técnica de casación.—En el juicio ordinario que Bernardino Betancur siguió, como representan-

PAGS.

te de sus menores hijos María Bernarda, Jesús Antonio y María Raquel Betancur H., contra Cándida Rosa Betancur H. y otros, sobre nulidad absoluta de un contrato de compraventa y sobre otros objetos; no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 588

Prueba del dominio de bienes raíces.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Marco Tulio Alvarez contra Ignacio Saboyá y otros, sobre vigencia de un gravamen hipotecario y sobre otros objetos.—Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 591

SALA DE CASACION PENAL

La indagatoria no es indispensable para poder calificar el mérito del sumario. — Declara la Corte que los hechos imputados por el doctor Miceno Martínez a los Magistrados del Tribunal Superior de Pasto, doctores Guillermo Zarama, Campo Elías Burbano y Adriano Cortés, no constituyen infracción penal alguna y, en consecuencia, "ordena cesar todo procedimiento contra ellos por el motivo ya expuesto".—Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 595

Cambio de radicación de procesos penales contra miembros de la Policía Nacional.— La Corte emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso contra Efraím Olivos, por el delito de homicidio.— Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 597

El cambio de radicación de un proceso contra un miembro de la Policía Nacional, no puede realizarse sin que para ello haya una causa distinta de su investidura oficial.— La Corte "se abstiene por ahora de dar concepto favorable sobre el cambio de radicación del proceso" que se sigue contra los responsables de los sucesos ocurridos en la casa liberal de Cali el 22 de octubre de 1949.— Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez 600

PAGS.

Cambio de radicación de un proceso.—Emite la Corte concepto favorable a que se cambie la radicación del proceso que contra Rafaél Manjarrés Herrera y otros se sigue en el Distrito Judicial de Barranquilla, por varios delitos denunciados por la señora Francisca Sterckerl de Loewy.—Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre 603

Cuándo las demoras configuran infracción penal. — Se confirma el auto de sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Manizales en favor del doctor David Maldonado Escudero, por cargos de abuso de autoridad en su condición de Juez del Circuito en lo Penal de Anserma.—Magistrado ponente, doctor Luis Gutiérrez Jiménez 607

Requisitos para que pueda concederse la extradición cuando, por faltar tratado público, deban aplicarse las normas del Código de Procedimiento Penal que regulan la materia.—La Corte emite concepto favorable a la solicitud de extradición del ciudadano italiano Angelo La Marca, solicitud formulada por la Embajada de ese país en Bogotá. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno... 611

Se dirime una colisión de competencias para conocer de un proceso por un delito cometido en distintos lugares. — Competencia de los Fiscales de los Juzgados Superiores para estudiar y decidir lo relacionado con la competencia para conocer de un determinado negocio.—Se dirime la colisión surgida entre el Juez 3º Superior de Bucaramanga y el Fiscal del Juzgado 1º Superior de Bogotá para conocer de un proceso contra Carlos E. Alfonso Hernández, por los delitos de abusos deshonestos y corrupción de menores. — Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre 613

Causal segunda de casación.—Procedencia de esta causal en recursos que deben decidirse de conformidad con la Ley 3ª de 1945.— Testimonio en materia procesal penal.—Su crítica.—La nulidad declarada de un proceso penal, aunque la declaración se haga por la Corte en virtud del recurso de casación, por regla general aprovecha a todos los pro-

PAGS.

cesados en la actuación que es anulada, aunque no sean recurrentes.—Sólo se exceptúa el caso del no recurrente que haya sido absuelto en la sentencia invalidada.—Se invalida la sentencia que la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares profirió en el proceso contra Alfredo Pomar Lozano y otros, y se declara nulo lo actuado a partir de la reunión del primer Consejo de Guerra Verbal, en lo concerniente al dicho procesado y a Manuel Guarnizo; ordenando, como consecuencia, reponer el procedimiento. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez 617

Incompetencia de la Corte para decidir en casación una solicitud de libertad condicional.—La Corte niega a la sentenciada Edilma Velasco el beneficio de excarcelación por tiempo cumplido y se declara inhibida para resolver el pedimento para que se otorgue a la misma sentenciada la libertad condicional.—Magistrado ponente, doctor Luis Gutiérrez Jiménez 636

Lo relativo a las causales o motivos de justificación del hecho, no es materia de la causal 4ª de casación, sino de la causal 2ª, en los juicios en que no intervino el jurado.— No se invalida la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el proceso contra Francisco Antonio Fernández Arroyave, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre 637

Se dirime una colisión de competencias entre la justicia ordinaria y la militar, para conocer de un proceso por el delito de asociación para delinquir y por otras infracciones.— Dirime la Corte la colisión que surgió entre el Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Popayán y el Juez Superior Militar de la Tercera Brigada de Cali, acerca de la competencia para conocer de un proceso contra Alfredo Pill, Martín Iquirá y otros.—Magistrado ponente, doctor Luis Gutiérrez Jiménez 640

Se dirime una colisión de competencias.—Interpretación del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal.—Dirime la Corte la colisión surgida entre el Juez 5º Superior de Bogotá y el Fiscal del Juzgado 1º Superior de Tunja, acerca del conocimiento de un proceso contra Georgina Rivera de Rivera y otros, por los delitos de falsedad y estafa.—Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 643

El estado de necesidad en los delitos contra la propiedad. — Para que pueda aplicarse la norma del artículo 429 del C. P., se requiere que el reintegro sea total y como consecuencia de un acto espontáneo del agente del delito.—Técnica de casación. — Se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Cali condenó a Enrique Mosquera Jaramillo a la pena principal de tres años de presidio, como responsable del delito de robo; y en su lugar, la Corte lo condena a un año y seis meses de la misma pena.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre 646

Cuándo se configura delito porque un funcionario judicial intervenga en política.—Se confirma la providencia por la cual el Tribunal Superior de Buga ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Antonio María Libreros, ex-Juez Primero Superior de la misma ciudad, por los cargos que le hizo en su denuncia el doctor Osías Lozano Quintana.—Magistrado ponente, Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 652

Se dirime una colisión de competencias entre la justicia ordinaria y la militar, para conocer de un proceso por delitos de asociación e instigación para delinquir y otros.—Resuelve la Corte que es a la justicia ordinaria y no a la militar, a la que corresponde el conocimiento del proceso iniciado en averiguación de los hechos delictuosos ocurridos en el municipio de Belalcázar (Cauca). Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez 656

Delito de prevaricato.—Por no haberse abstenido el Juez de conocer de un juicio en el cual estaba impedido.—Se revoca el auto de sobreseimiento definitivo que él Tribunal Superior de Barranquilla dictó en favor del doctor Emiliano I. Morillo, por cargos que le formuló en su denuncia el señor Andrés Salcedo H.; y en su lugar, la Corte

PAGS.

llama a responder en juicio al mismo doctor Morillo, por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones, cometido en su condición de Juez **ad hoc** del Circuito Civil de Sabanalarga.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 659

Requisitos para que pueda ser tenida como prueba la acusación del procesado a sus copartícipes.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Manizales profirió en el juicio contra Roberto Pineda, Ramón Diosa y Luis Angel García, como responsables del delito de robo. — Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 663

Razones por las cuales no procede la causal segunda de casación en los juicios en que intervino el jurado.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, dictada en el juicio contra Santiago Arredondo Trujillo y contra Luis Evelio Rivera Ospina, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre 668

Requisitos para que se configure el delito de rebelión. — La Corte invalida la sentencia por la cual el Comando de la Brigada de Institutos Militares condenó a Juan B. Canal Olarte, como responsable del delito de rebelión, y en su lugar, lo absuelve del mismo delito. — Magistrado ponente, Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 669

Nulidades constitucionales.—En los Consejos de Guerra Verbales regulados por la Ley 84 de 1931 se excluyeron los cuestionarios y el veredicto.—Se invalida la sentencia por la cual el Comando de la Brigada de Institutos Militares condenó al Mayor Julio Millán y a los Tenientes Luis C. Gaitán y Hernando Sicard, como responsables del delito de rebelión militar, y en su lugar, la Corte declara nulo lo actuado, a partir del auto por el cual se declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto dado por el Consejo de Guerra Verbal. — Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez 674

Se dirime una colisión de competencias para conocer de un proceso por el delito de abuso de confianza.—Dirime la Corte la colisión surgida entre el Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga y la Fiscalía del Juzgado Primero Superior de Bogotá, en relación con el conocimiento de un proceso contra Leopoldo Azuero Soto, por el delito de abuso de confianza.—Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre 684

La parte civil no puede acusar en casación un fallo por haberse desestimado una prueba sobre el cuerpo del delito o sobre la responsabilidad penal del acusado, con miras a obtener una pena más gravosa en su cantidad o en su especie.—Valor de la prueba pericial en materia civil.—Competencia de los jueces penales para conocer del incidente de regulación de perjuicios.—Se invalida la sentencia que el Tribunal Superior de Manizales profirió en el proceso contra Walter Lewinsky, en cuanto por ella se ordena la regulación de los perjuicios en juicio civil, aparte, y en su lugar se dispone que tal regulación debe hacerse por el Juez Penal del Circuito de Riosucio, mediante el trámite establecido en el artículo 553 del Código Judicial.—Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre 686

Cuando se trata de enfermedad grave del procesado, se puede cambiar la radicación del proceso sólo cuando éste es de competencia de los Jueces Superiores y el procesado está detenido.—La Corte emite concepto desfavorable a la solicitud de cambio de radicación del proceso que en el Juzgado Primero Superior de Bogotá, se adelanta contra el doctor Jaime Dangond Ovalle, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 695

Nunca se confunden la incapacidad para trabajar y la perturbación funcional.—Requisitos de la demanda cuando se invoca la causal segunda de casación. — Técnica de casación.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín dictó en el proceso que, por el delito de lesiones personales, se siguió contra Alejandro Vásquez Trujillo. — Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez 698

Requisitos de los cuestionarios que se proponen al jurado.—Ira o intenso dolor por gra-

PAGS.

ve e injusta provocación.—Cuándo procede la causal quinta de casación.—En el proceso que se siguió contra Angel Emilio Suárez Atencia, por el delito de homicidio, no se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla. — Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre 706

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Terminación de contratos de tracto sucesivo. Sus diferencias con la resolución.—Se confirma, aunque por razones diferentes, la sentencia que el Tribunal Superior de Quibdó profirió en el juicio ordinario que sobre indemnización de perjuicios ocasionados con el incumplimiento de un contrato, siguió Rogerio Velásquez M. contra el Departamento del Chocó. — Magistrado ponente, Dr. Luis A. Flórez 711

Cuáles providencias son autos interlocutorios y, por tanto, procede contra ellas el recurso de apelación.—Resuelve la Corte que no es el caso de resolver sobre la apelación propuesta por ambas partes en el juicio sobre rendición de cuentas seguido por el Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company, y contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá, que resolvió que no es el caso de declarar que puede ser oída la parte demandada, porque no revalidó todo el papel común empleado en la actuación, ni tampoco lo es el de acceder a la solicitud de la parte demandante en el sentido de resolver la demanda, haciendo a un lado la oposición.—Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada 714

Las reglas de interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil, son aplicables a las cláusulas estrictamente patrimoniales de los contratos administrativos.—En el juicio ordinario propuesto por The Tropical Oil Company y The Andian National Corporation Limited, contra la Nación, y por ésta contra aquéllas, en demanda de reconvención, sobre interpretación de una cláusula del contrato celebrado entre la primera de dichas compañías y la Nación, se accede a las peticiones de la demanda principal y se absuelve a las compañías demandadas en reconvención. — Magistrado ponente, Dr. Rafael Leiva Charry 717

Competencia de la justicia ordinaria para conocer de controversias originadas en ocupaciones definitivas de la propiedad privada, por causa de trabajos públicos.—En el juicio ordinario sobre reivindicación, seguido por Julio Angulo B. contra la Nación, se condena a ésta a restituír al demandante el terreno objeto de la acción reivindicatoria, a excepción de una faja que está destinada al puerto fluvial de Barranquilla, y a pagar al actor, previa escritura de traspaso de la propiedad, una suma de dinero, como indemnización por el valor de la zona ocupada, reformando así la sentencia de primera instancia que profirió el Tribunal Superior de la expresada ciudad, Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles 742

La acumulación subjetiva de acciones es viable, a pesar de lo dispuesto por el Código Judicial sobre que la jurisdicción por razón de la naturaleza del asunto y de la calidad de las partes es improrrogable. Revoca la Corte el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá resolvió no admitir la demanda ordinaria que Rafaél María Charry y otra formularon contra la Nación y contra el doctor Alvaro Hinestrosa, sobre indemnización de perjuicios.—Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 752

Derecho de cualquier comunero de ejercer acciones en favor de la comunidad cuando no existe administrador.—Valor de las sentencias proferidas por los Jueces de los antiguos Estados Soberanos. — Se reforma la sentencia que el Tribunal Superior de Barranquilla profirió en el juicio ordinario que Edgardo Manotas Wilches y otros siguieron contra la Nación, sobre pertenencia de un globo de terreno y de los yacimientos petrolíferos que se encuentren en el subsuelo del mismo.—Magistrado ponente, doctor Rafael Leiva Charry 754

Servidumbre de acueducto.—El que cree tener derecho a imponerla, debe demostrar que tiene derecho al agua que ha de conducirse por él—Se confirma la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el

PAGS.

juicio que sobre el objeto expresado, siguió el doctor Germán Gavelier contra el Departamento de Cundinamarca. — Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles..... 765

Acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de arrendamiento.—Confirma la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, proferida en el juicio ordinario que, sobre el objeto expresado, siguió Eduardo Angel Escobar contra el Departamento de Caldas y la Empresa del Ferrocarril de Caldas.—Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles..... 768

Las controversias que surjan de las relaciones entre el Estado y sus servidores, no son cuestiones de derecho privado. — La Corte declara nulo lo actuado en el juicio que ante el Tribunal Superior de Cartagena intentó Lácides Caparroso de la Espriella contra el Departamento de Bolívar, sobre pago de una suma de dinero por concepto de diferencias de sueldos devengados por el demandante como Jefe de la Sección de Industrias de la Secretaría de Agricultura y Ganadería.—Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 771

Acción ordinaria de que unos yacimientos petrolíferos son de propiedad particular.—Necesidad de que en estos casos se halle establecida la identidad del terreno a que se refieren los títulos coloniales que se aducen como prueba y el terreno donde están ubicados los yacimientos que son objeto de la demanda.—En el juicio ordinario de única instancia que el doctor Pedro Castro Trespalacios, como administrador de la Comunidad de las tierras llamadas 'Boquete' y 'Hatillo', y otros siguieron contra la Nación, la Corte niega las distintas declaraciones solicitadas en la demanda inicial de este juicio.—Magistrado ponente, doctor Luis Rafael Robles 773

Se mantiene un auto suplicado.—Oposiciones a concesiones mineras.—La Sala no accede a modificar el auto por medio del cual el Magistrado sustanciador, doctor Leiva Charry, negó la declaración de nulidad de lo actuado en el juicio ordinario seguido contra la Nación y contra la sociedad Cementos del Caribe, S. A., sobre propiedad de unas tierras y de su subsuelo.—Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles 776

Competencia de la justicia ordinaria para conocer de ciertas controversias originadas en ocupaciones de propiedades particulares, por causa de trabajos públicos.—La destinación para un uso u obra pública no confiere la propiedad al Estado.—Aplicabilidad de las disposiciones de la Ley 200 de 1936 para comprobar propiedad privada sobre un terreno, frente a la Nación.—Se revoca parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Barranquilla proririó en el juicio ordinario de Paulina Esther Roca Insignares contra la Nación, y en su lugar se condena a la entidad demandada a restituír el terreno objeto de la acción reivindicatoria, excepción hecha de una zona que ha sido ocupada con obras públicas realizadas por la misma entidad; lo mismo que a pagar, previo otorgamiento de la escritura de traspaso de la propiedad sobre esa zona, una suma determinada de dinero, como valor de la tierra. — Magistrado ponente Dr. Agustín Gómez Prada 779

De conformidad con la Ley 60 de 1872 y el artículo 2156 del Código Fiscal de 1873, sí era posible amortizar los capitales de la renta nominal perteneciente a patronatos y capellanías.—Confirma la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario que Miguel A. Carvajal de Castro y Gonzalo Gómez siguieron contra la Nación, sobre pago de los réditos o intereses de renta nominal correspondientes a unas Capellanías o Fundaciones.—Magistrado ponente, doctor Rafael Ruíz Manrique 789

Acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de una obligación.—Pago hecho a persona distinta del cesionario del crédito.—Se confirma la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Santa Marta condenó al Departamento del Magdalena a pagar al señor Carlos Guido una suma de dinero, como cesionario del crédito que contra el dicho Departamento tenía el señor Diego Tornay Mariscal; sentencia proferida en el juicio ordinario que Guido intentó

PAGS.

contra la mencionada entidad.—Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles 794

Competencia de la justicia ordinaria para conocer de acciones declarativas de propiedad particular de terrenos ocupados para obras públicas—En el juicio ordinario que José M. Striedinger siguió contra la Nación, se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, "en cuanto declara ser de propiedad del señor José M. Striedinger, el lote de terreno ocupado materialmente por la Nación, ubicado en el lugar llamado 'La Loma', del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla, en la banda oriental del Caño Comercial, llamado también de las Compañías o de la Tablaza, por los linderos expresados en dicha sentencia". — Magistrado ponente, doctor Rafael Ruíz Manrique 797

Acción de indemnización de perjuicios.—La responsabilidad cuando hay varios autores de un accidente, es solidaria.—Cuándo es procedente la prueba señalada por el art. 400 del C. Civil para determinar la edad de una persona.—Derecho de los hijos que no han llegado al uso de razón, a que se les indemnice por perjuicios morales subjetivos en caso de muerte de los padres.—Reforma la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que contra la Nación siguieron Cecilia Gutiérrez de Rey y otra.—Magistrado ponente, Dr. Rafael Leiva Charry.. 802

Nulidades.—Autos interlocutorios.—La Corte no admite el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto del Tribunal Superior de Santa Marta que en un juicio contra el Municipio de Pivijay ordenó poner en conocimiento de las partes la existencia de una causal de nulidad.—Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 814

Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos.—En los juicios acumulados de Juan de D. Chacón y Pedro José Chacón Ch., contra la Nación, la Corte niega las declaraciones solicitadas en las respectivas demandas.—Magistrado ponente Dr. Luis Rafael Robles 815

Errata advertida: en la pág. 694, 2ª columna, líneas 18 y 19, dice: "...establecido en el artículo 153 del Código Judicial", debe decir: "...establecido en el artículo 553 del Código Judicial".

NOTA: Con el presente número termina el Tomo LXXII de la GACETA JUDICIAL. — El número 2118 estará dedicado al Indice 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 LXXII BOGOTA — 1953 NUMERO 2117 bis.

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LXXII (NUMEROS 2115-2117 DE LA "GACETA JUDICIAL")

— A —

- 1 -

ABUSO DE AUTORIDAD (Por no declararse impedido)

Comete delito el juez o magistrado que no se abstiene de conocer de un juicio determinado cuando en él concurre alguno de los motivos previstos por el Código Judicial como causales de impedimento y de recusación y no se le ha prorrogado la jurisdicción, porque incurre en la omisión de un acto a que legalmente estaba obligado. (Casación Penal. Julio 4 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 661, 2ª

- 2 -

ABUSO DE CONFIANZA (Momento consumativo de este delito y competencia para conocer de él)

El delito de abuso de confianza se tipifica en el hecho de que el agente del ilícito se apropie en provecho suyo o de un tercero una cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio.

Si, pues, en Bogotá fué donde el sindicado resolvió apropiarse parte del dinero producto de la venta del automóvil que en Bucaramanga se le había entregado para que vendiera en Bogotá, es evidente que la competencia para conocer del negocio corresponde a los jueces de este Distrito, porque los actos externos en los cuales se puede apreciar la estructuración del delito de abuso de confianza que se investiga, tuvieron lugar en la última de dichas ciudades, y nada importa que la posible ideación del abuso la hubiera tenido el procesado en el momento en que surgió la convención del negocio, esto es, en la ciudad de Bucaramanga. (Casación Penal. Julio 15 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....685, 1ª y 2ª

- 3 -

ACCION (Identidad subjetiva de acciones)

Hay en derecho civil ciertas acciones que no pueden ejercitarse y obligaciones que no pueden cumplirse, sino por el grupo de titulares del respectivo derecho, ya activa, o ya pasivamente, como acreedores o como deu-

dores, en común. Porque si los juicios promovidos con base en una de estas acciones, se siguieran separadamente, no conducirían al fin perseguido, porque con ello se rompería la unidad de la acción. De otra parte, la resolución que ha de recaer en estos casos, debe ser la misma para todos los litigantes, pues es inconcebible la situación jurídica afirmativa para unos y la negativa para otros; tal cosa acontece cuando varias personas instituídas herederas en un testamento, a título universal o singular, demandan la declaración de su autenticidad. El problema debe resolverse afirmativa o negativamente frente a todos los demandantes; hay imposibilidad jurídica para dividir la resolución, en el sentido de declarar la autenticidad para unos, y negarla para otros.

A la inversa, demandada la nulidad de un testamento, por persona que tiene interés en la declaración de su invalidez, y dirigida la acción contra las instituídas herederas universal y singularmente, y como tales, la resolución no puede producirse declarando la invalidez para unos herederos y la validez para otros, cuando los demandados lo han sido en la misma calidad. Es lo que la doctrina llama "identidad subjetiva de las acciones", fenómeno procesal que ocurre cuando las personas, los objetos y las causas de pedir, son comunes, la calidad de las partes es una misma. (Casación Civil. Mayo 30 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 221, 1º

- 4 -

ACCION (Son inaceptables las acciones declarativas del derecho de proponer otras acciones)

La acción, como exactamente lo recuerda el señor abogado recurrente, no es sólo el medio por el cual puede válidamente el individuo obtener el cambio o la simple modificación de un estado jurídico preexistente; la acción es también el derecho que se tiene de perseguir otro derecho: JUS PERSEQUENDI JUDITIO QUOD NOBIS DEBETUR AUT NOSTRUM EST. En este último concepto, el derecho de accionar constituye pues un verdadero bien patrimonial, acreedor, como cualquier otro, a la protección y garantía de la ley: sólo por no ser éste un bien independiente, sino subordinado a otro derecho superior, esa seguridad o garantía tiene asímismo que buscarse a través de los procedimientos que en la ley aseguran la eficacia de este último; porque es en la consideración y análisis del fin jurídico, en donde exactamente corresponde calificar la personería sustantiva del actor en que se traduce la legitimidad del medio legal empleado por éste para su conocimiento.

Y es porque la acción como medio de hacer efectivos los derechos, tiene necesariamente que hallarse dirigida a la consecución del cambio o modificación de una determinada situación jurídica. Por ésto, ha dicho la Corte, "...que hay determinadas acciones que no pueden aceptarse por los jueces, cuales son, entre otras, las que los expositores apellidan INTERROGATORIAS, cuyo objeto es obligar al demandado a que explique qué consecuencias se propone sacar de tal o cual facultad que le pertenece, a saber, si tiene o no determinadas pretensiones fundadas en éste o aquel título.

"También se ha aceptado uniformemente que, si la acción se funda en un documento público y solemne, no es necesario intentar juicio para que se declare la validez del acto y como consecuencia el derecho que de él nace, porque como documento público está amparado por la presunción de validez, mientras no se demuestre, en juicio contradictorio, su nulidad u otro vicio que lo invalide, y por tanto, él produce todos los efectos legales, sin que se necesite una declaración judicial al respecto.

"Esta presunción está consignada en el artículo 1759 del Código Civil, que considera que las declaraciones que hagan los interesados en un instrumento público, hacen plena fe contra los declarantes, y ellas no pueden invalidarse sino por mutuo consentimiento de las partes o por causa legal".

Y por ello mismo, cabe agregar aquí, no puede tampoco aceptarse la posibilidad de acciones declarativas ordinarias sobre el derecho de proponer otras acciones: porque con ellas no se logra el cambio o modificación de situaciones jurídicas preexistentes, a cuyo fin esencial debe dirigirse toda acción; porque subordinado el éxito de cada juicio a la legitimidad del derecho con que se le propone, resulta a todas luces inaceptable la sola posibilidad de calificar fuera de él lo que constituye uno de los presupuestos de la acción; y porque si, como lo pretende el recurrente, al derecho de accionar pudiera corresponder la facultad general de proponer la previa acción general declarativa, quedaría sin efecto ni aplicación práctica alguna el mandato del artículo 734 del Código Judicial, que dice: "El procedimiento de que trata este título es el que se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario". (Casación Civil. Junio 23 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .... 473, 1ª y 2ª

- 5 -

ACCIONES RESTITUTORIAS

"La reivindicación o acción de dominio —enseña el artículo 946 del C. C.— es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla". Lo cual quiere decir que dicha acción es por su naturaleza restitutoria, y no simplemente declarativa; el mejor derecho en el dominio, como causa de ella, es apenas un presupuesto fundamental de la restitución, y que como tal puede o no hacerse objeto de una declaración expresa, pero que de todas maneras debe ser acreditado, so pena de que la restitución fracase.

Con todo, fuera de la acción restitutoria que se funda en el dominio, jurídicamente tienen también esa misma finalidad y son por lo tanto procedentes, todas aquellas que se fundan en simples títulos precarios, como los de arrendamiento, comodato, depósito, etc., en los cuales la causa de la obligación de restituír no radica en el derecho de propiedad que puede tener o no el arrendador, comodante, etc., sino en el contrato a virtud del cual el deudor recibió la cosa cuya restitución se le demanda. (Casación Civil. Abril 16 de 1952. T. LXXII. Número 2115) .. 166, 2ª

- 6 -

ACUMULACION DE ACCIONES

El Tribunal, lo mismo que el Juez del conocimiento, interpretó la demanda en el sentido de que la acción de reforma del testamento se propuso como consecuencial de la nulidad del reconocimiento de hijos naturales. No prosperando ésta, aquélla quedó desprovista de base. Y resolviendo el sentenciador, como resolvió, que el reconocimiento expresado tiene completo valor jurídico, lógicamente debía desechar, como desechó, la acción de reforma, propuesta como dependiente de la de anulación de aquel acto. Cayendo la acción principal, forzosamente debían caer sus consecuenciales y producirse la absolución plena de los demandados. (Casación Civil. Mayo 24 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 149, 1ª

- 7 -

ACUMULACION DE ACCIONES (Causa de las acciones)

Al disponer el numeral 4º del artículo 398 del C. J. "cuando las acciones provengan de una misma causa", quiere significar cuando provengan de un mismo motivo, de idéntico móvil, de una misma razón de ser. Si las dos acciones acumuladas o acumulables versan sobre un arrendamiento, provienen de una misma causa. Si ambas se fundan en una posesión, como en el caso de prescripción extraordinaria, esta posesión es la causa. (Casación Civil. Julio 30 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 575, 2ª

- 8 -

ACUMULACION DE ACCIONES Y DE AUTOS

La Corte ha dicho en muchas ocasiones refiriéndose a la continencia de la causa: "Este principio que tiende a evitar el que sobre un mismo punto jurídico y en ejercicio de una misma acción, respecto de personas ligadas entre sí por una conexión jurídica, pueda dar lugar a fallos contradictorios, se funda también en otros principios: el de la economía procesal que tiende a hacer efectivos los derechos, con el menor esfuerzo de tiempo y de dinero".

Evitar fallos contradictorios y buscar economía de tiempo y de dinero porque ésto interesa a la administración de justicia, es finalidad cardinal de la figura jurídica llamada continencia de la causa; lo que quiere decir que esa figura, que es argumento a favor de la acumulación, se puede invocar tanto en el caso de acumulación de autos como en el caso de acumulación de acciones. Y si se cita para sostener ese argumento el artículo 398 del C. Judicial, es porque en caso de acumulación de autos el argumento está expreso, mientras que en el otro caso de acumulación está implícito, es razón intrínseca de la acumulación de acciones.

Con ambas acumulaciones tiene que ver, pues la continencia de la causa. (Casación Civil. Julio 30 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....573, 1ª y 2ª

- 9 -

ACUMULACION SUBJETIVA DE ACCIONES

El artículo 209 del Código Judicial permite ejercitar varias acciones simultáneamente en una misma demanda, siempre que el Juez sea competente para conocer de todas, que tengan el mismo procedimiento judicial y que no sean contrarias e incompatibles entre sí.

En el caso que se estudia la acción ejercitada es una misma, o sea la indemnización de perjuicios, y la causa también es idéntica, tan idéntica, que el autor considera como solidarios a la Nación y al magistrado que son los demandados.

Es cierto que el citado artículo 209 del estatuto procesal exige "que el juez sea competente para conocer de todas las acciones" que se ejerciten, y en otros preceptos se establece que por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la jurisdicción es improrrogable (artículo 151) y que sólo la que se fija por razón del lugar es prorrogable (artículo 153).

Mas aquel precepto no puede tomarse aisladamente, pues la acumulación subjetiva está amparada por los estatutos reguladores de la acumulación de autos, a efecto de que no se divida la continencia de la causa, pues si es posible tal acumulación en ciertos casos, a pesar de la diversidad de personas demandadas (ordinales 4º y 5º del artículo 398 del C. J.), no se vé la razón por la cual no

pueda inicialmente el actor acumular las acciones contra diversas personas. La continencia de la causa es fenómeno jurídico que prepondera sobre las instituciones relativas a la competencia. (Negocios Generales. Junio 16 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ... 753, 1ª

- 10 -

AGUAS DE USO PUBLICO

Tratándose de predios no riberanos, las aguas de uso público no pueden utilizarse sino con permiso del Gobierno, quien puede negarlo en determinadas circunstancias. (Decreto legislativo n. 1381 de 1940 y Decreto reglamentario n. 1382 del mismo año). (Negocios Generales. Junio 16 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....767, 1ª y 2ª

- 11 -

ARRENDAMIENTO

Si el hecho de la restitución no se realiza por culpa del arrendador, el arrendatario se salva de responsabilidad comprobando que estuvo listo a hacer la entrega de la cosa arrendada. (Casación Civil. Mayo 6 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 55, 2ª

- 12 -

ARRENDAMIENTO (Restitución de la cosa arrendada)

La restitución de la cosa arrendada es un hecho, el cual puede realizar cualquier comisionado del arrendatario, a quien éste haya autorizado de palabra o por escrito. No se necesita un poder especial para el caso, ni se necesita que la restitución sea realizada por el propio arrendatario, ni por uno de los directores de la compañía, cuando ésta es la que figura como arrendataria. (Casación Civil. Mayo 6 de 1952. T. LXXII, Nº 2115).... 55, 1ª y 2ª

- 13 -

ASOCIACION PARA DELINQUIR (Cuándo conoce de este delito la justicia militar)

En conformidad con el artículo 11 del Decreto 1231 de primero de junio de 1951, la justicia militar, en esta fecha sólo quedó con competencia para conocer de los delitos que le atribuía el Código de Justicia Penal Militar y, además, de aquellos procesos por delitos distintos de los contemplados por dicho Código, en los cuales, al entrar en vigencia el artículo en mención, ya se hubiera convocado Consejo de Guerra Verbal.

Lo estatuído por el artículo 4º del Decreto 1591 de 28 de julio de 1951, no cambió la situación establecida por el mencionado artículo 11 del Decreto 1231, porque, aunque en aquel artículo se dispone que la justicia militar seguirá conociendo de los delitos de asociación para delinquir, ese Decreto sólo entró a regir desde la fecha de su expedición, o sea, desde el 28 de julio, sin efecto retroactivo para procesos iniciados con anterioridad a su vigencia, o lo que es lo mismo, que el Decreto 1591 sólo estatuyó la competencia de la justicia penal militar para conocer de los procesos por el delito de asociación para delinquir que fueran cometidos a partir del mencionado 28 de julio de 1951. (Casación Penal. Junio 27 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....641, 2ª y 642, 1ª

- 14 -

AUTOS

El auto por medio del cual se ordena poner en conocimiento de las partes la existencia de una causal de nulidad no es un auto

interlocutorio, y contra él no procede, por tanto, el recurso de apelación. (Negocios Generales. Julio 26 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 814, 2ª

- 15 -

AUTOS (Naturaleza del que ordena no oír a la parte que debe revalidar papel, mientras no lo haga)

Según los artículos 487 y 491 del Código Judicial, contra los autos interlocutorios procede el recurso de apelación, mientras que contra los de sustanciación apenas puede interponerse el de reposición.

Los primeros, según el código, son los que resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de alguna de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas; los segundos, los que se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación (artículo 466 del C. J.).

El auto que resuelva no oír a una de las partes mientras no revalide el papel común empleado, no es interlocutorio, sino de mera sustanciación, puesto que apenas resuelve un trámite para dar curso progresivo a la actuación, y contra él no procede, por tanto, el recurso de apelación. (Negocios Generales. Junio 6 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 716, 1ª

- 16 -

AUTO PARA MEJOR PROVEER

Los autos para mejor proveer, de ninguna manera pueden servir para producir pruebas que a las partes corresponde llevar al juicio, ni para subsanar deficiencias en la actividad de sus apoderados. Nuestro sistema procesal civil se basa en el principio dispositivo, que deja de cargo de las partes la formulación a las peticiones y hechos sobre los cuales el Juez ha de pronunciarse, y la demostración de éstos. Solamente cuando el hecho es discutido en el juicio y se han producido pruebas respecto de él, pero dejando el punto dudoso o incierto, pueden el Tribunal o la Corte utilizar la facultad excepcional que le otorga el artículo 600 del Código Judicial. (Casación Civil. Junio 23 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 461, 1ª

— B —

- 17 -

BALDIOS

Aunque es evidente que existe diferencia entre el poseedor de terrenos de propiedad particular y la situación en que se encuentra el ocupante de baldíos, porque el primero debe tener ánimo de señor y dueño sobre las tierras que posee, al paso que el segundo necesariamente está reconociéndole el dominio del terreno al Estado, esto último no excluye la necesidad de que la ocupación del baldío se esté realizando para sí y no para otro, pues en el último evento sería éste el verdadero colono, y no quienes a su nombre estén ocupando las tierras.

De modo que sí es indispensable que el opositor a una adjudicación de terrenos baldíos a título de cultivador u ocupante con ganados, demuestre no solamente que ha puesto los cultivos y efectuado los actos de ocupación, sino que establezca, además, cómo tal ocupación o tales cultivos los ha realizado a su propio nombre, para sí mismo, por su cuenta, y no para el solicitante o por cuenta de éste. Es decir, que tiene el carácter de verdadero colono, y no de tenedor a título precario y a nombre del solicitante de la adjudicación.

El hecho del cultivo otorga el dominio, pe-

no no a quien físicamente lo realice, sino a quien jurídicamente ostente el carácter de cultivador. Y bien puede tener alguien este carácter a través de la actividad desarrollada por otros que obran como mandatarios o dependientes suyos. (Casación Civil. Mayo 26 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 156. 2ª

- 18 -

BALDIOS

En presencia de los artículos 65 del Código Fiscal y 9° de la Ley 34 de 1936, no puede dudarse que el dominio de los inmuebles se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, concepto éste que está en perfecto acuerdo con el desarrollo que al precepto constitucional de la propiedad función social le dió la Ley 200 de 1936. Esta ley y la 34 del mismo año, se inspiraron en idénticos móviles: dar mayor preponderancia a la explotación económica del terreno y ver en ésta la justificación del dominio del particular sobre predios rurales. Por eso la Ley 34 dá al cultivador derecho preferencial a la adjudicación del baldío, y la Ley 200 impone la extinción del derecho del propietario que durante cierto lapso deja de explotar económicamente sus tierras.

Es cierto que de conformidad con el artículo 77 del Código Fiscal, el Ministerio debe dictar la resolución que sirva de título al cultivador u ocupante con ganados, y que ésta debe remitirse a la oficina de registro correspondiente, para que se realice su inscripción. Pero no existe ninguna contradicción entre este texto legal y los anteriormente citados, porque, auncuando el derecho se adquiere por su cultivo u ocupación con ganados al tenor de estos artículos, el título lo viene a constituír la resolución debidamente registrada. Se trata sí de un título simplemente declarativo, y, por eso, el artículo 9° de la Ley 34 dice que la providencia de adjudicación RECONOCE el hecho del cultivo y que éste es lo que transfiere el dominio. Cosa similar sucede en el caso de la prescripción adquisitiva de inmuebles de propiedad particular: el dominio lo adquiere el prescribiente por el hecho de la posesión durante el tiempo requerido por la ley, pero no dispondrá de un título mientras no obtenga la sentencia que le declare su prescripción. Nadie dirá, sin embargo que es la sentencia la que transfiere el dominio. (Casación Civil. Mayo 26 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 155, 1ª

- 19 -

BIENES PUBLICOS

La destinación para un uso u obra pública no confiere la propiedad al Estado, pues no es modo ni título de adquirir el dominio de los señalados por la ley a ese efecto. Si de otra suerte fuera, el Estado podría apoderarse de un bien, sin reclamo posible de los particulares, con sólo destinarlo para el uso público, lo que resulta inadmisible. (Negocios Generales. Julio 15 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 783, 1ª

- 20 -

BUENA FE Y ERROR COMUN (En materia contractual)

Dicen Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, en su 'Curso de Derecho Civil': "El error individual autoriza en los casos que la ley señala, para pedir la nulidad o rescisión del acto por parte de la persona que lo padeció. En cambio, el error común, que es el compartido por un considerable número de personas, produce el efecto contrario: permite que el acto se considere válido a pesar de no estar estrictamente ajustado a la ley.

"Esto es lo que expresa la conocida máxima 'ERROR COMMUNIS FACIT JUS', la cual se entiende en el sentido de que el error común constituye derecho en cuanto impide

que el acto ejecutado con violación de las normas legales, sea anulado y privado de los efectos correspondientes.

"El fundamento del error común lo constituye el interés social; hay conveniencia en fiarse de las apariencias compartidas por todos o por un considerable número de personas.

"Para que el error se pueda estimar común, debe reunir ciertos requisitos:

"1) Debe ser compartido por todas o la mayoría de las personas en la localidad en que el acto se celebra:

"2) Debe se excusable, tener un justo motivo, como cuando se invoca un título colorado, es decir, un título con apariencias de legítimo. Es lo que sucede con el funcionario público ilegalmente nombrado por la autoridad competente. Ejemplo: es nombrado notario un extranjero, o entra a ejercer las funciones de tal un individuo que no ha jurado o no ha rendido la fianza de rigor que determina la ley. En virtud del principio del error común, el acto que se otorgue ante dicha persona es válido, porque hay justos motivos para pensar que los funcionarios son legalmente nombrados; y

"3) Debe padecerse el error de buena fe, porque es ésta la que ampara la ley y no la mala".

En nuestra legislación, el principio de la buena fe, aplicado a la protección legal de los terceros que contratan con aparentes titulares de un derecho, no es otra cosa que la invocación de la vieja máxima, según la cual "ERROR COMMUNIS FACIT JUS", si bien no está consagrado en un texto expreso, sí diversas disposiciones de nuestro derecho civil están por él ispiradas, según se puede ver de los artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1643, 1766, 1940, 1944, 2140 y 2199 del C. C. En todos los casos contemplados por tales preceptos se aplica este principio fundamental de la buena fe, para amparar a los terceros.

Y la Corte, en sentencia de 20 de mayo de 1936, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la teoría de la buena fe y el error común, aplicado a los contratos, y de tal providencia se toman los siguientes apartes:

"Este principio —comenta Gorphe— es interesante. Consagra la validez de los actos de terceros de buena fe aún en los casos en que no aparezca responsabilidad del verdadero propietario y sobre una base mucho más amplia que la del artículo 1321. Completa perfectamente, por otra parte, el principio de la protección a los terceros organizada por las medidas de publicidad inmueble, tales como la transcripción en derecho francés y la inscripción en derecho alemán, austriaco y suizo, que regulariza el título del propietario aparente".

"Claro está que la buena fe requerida en el tercero debe reunir un máximun de cualidades: debe estar exenta de toda culpa; es decir, que no basta que el tercero que la invoca haya tenido la creencia o la convicción de estar negociando con el verdadero heredero o con el verdadero propietario, sino que es menester que esa creencia no sea el resultado de una imprudencia o de una negligencia en que no habría incurrido una persona avisada y diligente.

"Nadie puede invocar su buena fe —dice el Código Federal Suizo— si ella es incompatible con la atención que las circunstancias permitían exigir de quien invoca esa buena fe".

"Además, en muchos casos no será suficiente la ignorancia propiamente dicha con respecto a la realidad jurídica. Será menester una verdadera convicción de que se está procediendo conforme a esa realidad.

"Ni está por demás advertir que la presunción general de buena fe contenida en el artículo 769 de nuestro Código Civil, es muy frágil y susceptible de ser destruída por presunciones simples y especialmente por las que conduzcan a la conclusión de que un hom-

bre prudente y diligente habría hecho investigaciones, averiguaciones y gestiones omitidas por el tercero que invoca la buena fe" (G. J. Tomo XLIII, pág. 47). (Casación Civil. Junio 3 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 363, 1ª y 2ª y 364, 1ª

— C —

- 21 -

CALUMNIA

El delito de calumnia, tal como lo estructura el artículo 333 del C. P., exige como condición fundamental que se patentice en forma concreta, clara y nítida el ánimo de calumniar, que es lo que constituye el elemento subjetivo de la infracción. Sin este ánimo, no podría atribuírse responsabilidad penal, porque faltaría un presupuesto legal indispensable en la estructura propia de ese ilícito. Este ANIMUS INJURIANDI no puede desde luego confundirse con el ANIMUS NOCENDI. Todo delito produce algún daño, y es apenas natural que un delito contra la integridad moral, que ataca un patrimonio muy preciado del hombre como es el honor, contenga elementos que hacen todavía más grave aquel daño. Lo que se designa con tal expresión es que el agente obre de esa manera con algún fin positivamente contenido en la ley, dentro de la forma como la figura se contempla en la misma. Así, la norma del Código —como lo explica la Comisión Redactora— incluye varios conceptos que se consideran fundamentales, pero, en todo caso, consigna que la calumnia consiste en cualquier imputación de un hecho concreto que sea delictuoso o inmoral o que traiga desprecio o animadversión para la víctima de la calumnia. Pero es entendido que cualquiera que sea el criterio que oriente al intérprete en este punto, donde la discrepancia de los autores es incuestionable, es necesario que por lo menos exista un factor psíquico que permita entender que los hechos o palabras del calumniador se determinan por el conocimiento de que en la expresión que emplea, en el hecho mismo que constituye el delito, hay una falsa imputación. Por eso anota Soler que "en la falsa denuncia el delito está en la discrepancia entre lo que el sujeto decía y lo que sabía, y no en la discrepancia entre lo que decía y la realidad". Por consiguiente, no sería bastante a la existencia del delito, la simple falsa imputación de un hecho delictuoso; es indispensable que aparezca claramente la falsedad de aquélla en la persona que la hace, para que de esta suerte se pueda deducir de modo ostensible la intención dolosa del querellante de atentar contra el honor del querellado. (Casación Penal. Mayo 23 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ...274, 2ª y 275, 1ª

- 22 -

CALUMNIA Y FALSAS IMPUTACIONES

La circunstancia de poner en conocimiento de la autoridad un denuncio criminal por supuestas actividades delictuosas de una persona, y más cuando se obra como funcionario público, al tenor del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, en cumplimiento de los deberes inherentes a esta calidad, no puede constituír responsabilidad por los delitos de calumnia y falsas imputaciones ante la autoridad cuando se obra de buena fe, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo, porque estas mismas condiciones están indicando que falta toda intención dolosa en la acción del denunciante, y tampoco se imputa hecho alguno contra persona indeterminada a sabiendas de que no se ha cometido, ni contra persona determinada a sabiendas de su inocencia, que son los elementos que estructuran el tipo penal de la última de esas infracciones.

"La denuncia —expresa Niccolini— no de-

be tener otro principio o motor que la virtud, ni otro fin que el orden público. Se trata de una obligación que el hombre probo ve en la ley y a cuyo cumplimiento entrega sólo el celo del bien público".

La denuncia no obliga a probar las imputaciones que en ella se hagan; y como al denunciado —siempre que no lo comprenda una presunción de las que la ley autoriza— se le reputa inocente mientras no se establezca lo contrario, el funcionario o el particular que obra en las circunstancias antes indicadas, no comete delito contra la integridad moral y menos contra la administración de justicia. Por el contrario, podría incurrir en alguno de esta naturaleza —el encubrimiento— si "teniendo conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio no diere cuenta a la autoridad" (art. 201 del C. P.). Es la temeridad de la denuncia la que puede darle aspecto delictuoso, no el hecho mismo de formularla ante la autoridad. (Casación Penal. Mayo 23 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....274, 1ª y 2ª

- 23 -

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS

Cuando la Corte emite concepto favorable a que se cambie la radicación de determinado proceso, no quiere decir ésto que participe de la sugerencia de que el carácter del origen político de los funcionarios los vincule, en sus decisiones, a los intereses de los directorios políticos, riesgo eventual y contingente. Lo indispensable — y éste es el fundamento de la tesis— es evitar el riesgo de que tales intereses puedan actuar, aunque no tengan —como no pueden tenerlo— efecto alguno en la autonomía de la justicia. (Casación Penal. Mayo 13 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ...255, 2ª

- 24 -

CAMBIO DE RADICACION (No es necesario que exista plena prueba de los hechos en que se funda la solicitud)

Como ya lo dijo la Corte: al conceptuar sobre cambios de radicación, se busca el alto propósito de conseguir simultáneamente dos objetivos: la intangibilidad del buen nombre del poder judicial, a la vez que la remoción de cualquier motivo alegado como perturbador de la serena marcha de un proceso, aun cuando tal motivo sólo resulte fundado subjetivamente. La Corte estima que ésta no es atribución en la cual obre como entidad falladora, sino que se trata de una delicada misión que el legislador le ha confiado para ilustrar el criterio del Gobierno acerca de una medida cuya finalidad se endereza a regular, en circunstancias especiales, el mejor funcionamiento de los órganos judiciales del Estado. En estas condiciones, no se requiere que los comprobantes de que habla la ley y en los cuales debe basar la Corte su concepto, tengan el carácter de prueba plena y perfecta para demostrar hechos que, además, por la naturaleza de las cosas, resultan en muchas ocasiones imposibles de probar. Basta con que de aquellos comprobantes se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso ante otros jueces, respecto de los cuales no tengan aprensión alguna los interesados. (Casación Penal. Mayo 16 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 263, 1ª y 2ª

- 25 -

CAMBIO DE RADICACION (De procesos contra miembros de la Policía Nacional)

Como lo dijo la Corte, en concepto de 15

de marzo de 1949: "El alcance de la Ley 5ª de 1943 no puede ir hasta permitir que el Gobierno Nacional o Departamental, según el caso, pueda ordenar el cambio de radicación de una causa criminal con prescindencia de todos los requisitos de que trata el artículo 58 del Código. Pues sería verdaderamente absurdo el hecho de que sin tenerse conocimiento de que por cualquier circunstancia pudieran vulnerarse los derechos que tiene el procesado —elemento de la Policía Nacional— para que sea juzgado con la plenitud de las formalidades propias del juicio, por las autoridades competentes a virtud del lugar donde se cometió el delito, se pudiera arrebatar el proceso a esas autoridades para colocarlo arbitrariamente en manos de otras". (Casación Penal. Junio 3 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 601, 2ª

- 26 -

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación de un proceso penal, de un Distrito Judicial a otro, se funda en motivos de orden público y social. Estriba en la recta administración de justicia, para conservar la independencia de los encargados de administrarla; y en la tutela de los derechos que tienen las partes que en el proceso intervienen, para la amplia defensa de sus respectivos intereses, mediante la separación de cualquier motivo que racionalmente pueda considerarse como elemento perturbador en la tramitación del proceso y en el juzgamiento de los sindicados.

Esta medida de tan excepcional importancia, entraña necesariamente el concepto de que los funcionarios que han de intervenir en la formación del sumario y en el juzgamiento de los hechos, no han de administrar rectamente justicia, y de ahí que se sustraiga de su conocimiento, un proceso que por disposición de la ley les corresponde.

Esto indica que la facultad que la ley otorga a la Corte para conceptuar favorablemente sobre un cambio de radicación de un proceso penal, tiene su especial justificación cuando se trata de hechos de excepcional gravedad y que, en forma directa o indirecta, han sido preparados o consumados bajo el influjo de las pasiones políticas; o bien porque en el lugar donde deba juzgarse a los procesados, exista un clima social que pueda influír en los administradores de justicia para que no puedan llenar sus funciones con la imparcialidad y rectitud que la justicia requiere. (Casación Penal. Junio 6 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 605, 2ª

- 27 -

CAMBIO DE RADICACION (Requisitos para que proceda por enfermedad del sindicado)

Los términos empleados por el inciso segundo del artículo 58 del C. de P. P. indican que el motivo determinante del cambio de radicación del proceso en el evento a que esta disposición alude, es la circunstancia de que el procesado padezca de enfermedad grave que exija cambio de clima o de residencia, lo cual supone que ese cambio de radicación procede cuando el sindicado se encuentre detenido. De otra manera no tendría explicación esa medida, pues cuando el procesado se encuentra en libertad, el cambio de clima o de residencia no es cuestión atañadera al resorte de la justicia, sino al interés personalísimo del paciente, quien puede hacerlo sin tropiezo alguno de parte de la justicia, lo que no ocurre cuando se halla privado de su libertad y la única manera de conseguir ese cambio de clima, es la radicación del proceso en un lugar conveniente para su salud.

Se exige, pues, para casos de cambio de radicación como el que se estudia, que se esté en presencia de un proceso de conocimiento de los Jueces Superiores de Distrito Judicial,

por el que se halle detenido un sindicado que padezca de enfermedad grave, que exija cambio de clima o de residencia.

El hecho de que los sindicados, cuando no están detenidos no puedan vivir, por razones de salud, en el mismo lugar donde se les adelante el proceso respectivo, para atender personalmente a su defensa, no ha sido consagrado por la ley, como causa que justifique el cambio de radicación; es la salud del procesado detenido, cuando se trata de enfermedad grave, la que hace necesaria esa medida, para evitarle todo peligro contra su vida o integridad personal. La defensa del procesado ausente del lugar donde se le sigue el proceso, puede hacerse por medio de apoderado o defensor, quien puede ejercitar a su favor todas aquellas medidas que juzgue conducentes al reconocimiento de sus legítimos derechos. (Casación Penal. Julio 15 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....697, 1ª y 2ª

- 28 -

CARENCIA DE ACCION

La absolución de los demandados por carencia de acción, lo cual considera el Tribunal como una excepción, no incide en la resolución final del negocio, por lo mismo que se absolvió a la parte demandada. Si no existe la acción en el demandante, mal puede proponerse una excepción (G. J. Tomo 47, pág. 457). (Casación Civil. Julio 22 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 532, 2ª

- 29 -

CASACION (Técnica de)

Fundado el juicio del sentenciador a este respecto, no sólo en la declaración de D. Francisco Restrepo, cuyo mérito objeta el recurrente, sin referencia alguna al precepto sustantivo que con su errónea estimación pudo quebrantarse, sino también y principalmente en los resultados de la inspección verificada por el Juez de Tierras, contra la cual no se opone ningún reparo, el cargo que se considera resulta completamente innocuo, y debe por lo tanto rechazarse. (Casación Civil. Abril 16 de 1952. T. LXXII. Nº 2115)..... 168, 2ª

- 30 -

CASACION

Es sabido que para acusar en casación un concepto contenido en la parte motiva del fallo recurrido, es indispensable que tal concepto haya influído en la decisión, es decir, que el Tribunal se haya apoyado en él para fallar en determinado sentido. (Casación Civil. Mayo 13 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ...112, 1ª

- 31 -

CASACION

El artículo 1757 del Código Civil es una norma de carácter adjetivo, y su violación no es por sí sola causal de casación. (Casación Civil. Mayo 26 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 156, 1ª

- 32 -

CASACION

Cuando se acusa en casación una sentencia por errónea apreciación de pruebas, es necesario, entre otras cosas, indicar concretamente cuál o cuáles pruebas no fueron tenidas en cuenta o fueron mal apreciadas, y también si el error del Tribunal fué de hecho o de derecho. (Casación Civil. Junio 11 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 405, 1ª

- 33 -

CASACION

Las simples consideraciones que se hagan en la parte motiva de la sentencia y que no tengan incidencia sobre la resolutiva, no pueden ser objeto de casación. (Casación Civil. Junio 11 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 417, 1ª

- 34 -

CASACION (Técnica de)

El recurso de casación no es una nueva instancia del juicio, en donde se pueda hacer un libre examen probatorio del proceso. En este recurso extraordinario, es preciso señalar concretamente las pruebas que se estiman mal apreciadas, alegando y demostrando un error de hecho manifiesto o uno de derecho en su estimación por parte del sentenciador e invocando la consecuencial violación de la ley sustantiva, tal como lo manda el numeral 1º del art. 520 del C. J. y lo ha reiterado en numerosos fallos la jurisprudencia de la Corte. (Casación Civil. Junio 13 de 1952. Tomo LXXII. Nos. 2116 y 2117) 435, 2ª

- 35 -

CASACION (No es acción popular)

El recurso de casación, aunque tiene por fin principal el de unificar la jurisprudencia, asunto de interés eminentemente público, sin embargo no alcanza a revestir el carácter de acción pública o, hablando más estrictamente, de acción popular, porque se le hubiera establecido en el solo interés de la doctrina y de la ley. Se requiere, como requisito indispensable, acreditar el mismo interés práctico constitutivo de lo que suele llamarse la personería sustantiva, sin la cual no se dá acción alguna en el fuero del derecho privado. Así, pues, el recurso de casación, aunque instituído para unificar la jurisprudencia, debe tener como motor indispensable, el mismo interés privado que se halla en juego ante la aplicación de la ley cuando se ejercitan las acciones civiles. (Casación Civil. Mayo 31 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 236, 2ª

- 36 -

CASACION (Interés jurídico para interponer este recurso)

Si es cierto que ya el recurso de casación no tiene, por uno de sus fines principales, enmendar los agravios inferidos a las partes, sino unificar la jurisprudencia nacional, también lo es que quienes no apelan del fallo de primera instancia, carecen de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquél, porque el fin de unificar el derecho jurisprudencial, no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien esté interesado en el debate. (Casación Civil. Mayo 31 de 1952. T. LXXII. Nº 2115).....236, 1ª

- 37 -

CASACION (Cuáles sentencias pueden ser objeto de este recurso)

Los juicios se dividen en dos categorías principales: ordinarios y especiales. Hay también algunos sumarios (art. 734 del C. J.).

Cada juicio tiene en él Código su reglamentación propia y el proveído con que se remata o decide.

El juicio ordinario cumple un proceso que principia con la demanda y termina en la sentencia, proceso metodizado de que dá razón el Título XVIII del Código Judicial. Y el remate de ese proceso que tiene dos instancias, se llama sentencia en la primera, y se llama también sentencia en la segunda instancia.

A esta sentencia se refiere el artículo 519 del C. Judicial en su numeral 1º, al decir que pueden ser acusadas en casación las sentencias pronunciadas por los Tribunales Superiores en juicios ordinarios.

No hay sino un juicio ordinario, mientras que hay muchos especiales; y dentro de éstos hay varios que sin cumplir todos los trámites del juicio ordinario, porque no nacieron dentro del proceso a que se refiere aquel Título XVIII, sí se incorporaron a él, por decirlo así. Tal, por ejemplo: el juicio especial sobre nulidad del matrimonio "se sigue por los trámites del juicio ordinario", según el artículo 782 del C. Judicial; el juicio sobre divorcio "se tramita como ordinario", de acuerdo con el artículo 784; lo mismo ocurre con el juicio sobre interdicción judicial (art. 818), y con el relacionado con la remoción de un tutor o curador (art. 822); el juicio especial sobre bienes vacantes y mostrencos se sigue como tal, mientras no se presente oposición, pues presentada, él se incorpora dentro del juicio ordinario, según el artículo 842; el juicio sobre capellanías sigue su trámite especial, hasta el emplazamiento de los posibles interesados, pues si éstos se presentaren, con ellos se seguiría un juicio ordinario, según el artículo 849; el juicio sobre deslinde y amojonamiento llega un momento en que puede dar salto al juicio ordinario, según el artículo 870; el juicio sobre un pacto accesorio de la compraventa sigue sus reglas propias hasta que se presente oposición, y presentada, se pasa a las reglas del juicio ordinario; y esto mismo ocurre en el juicio sobre rendición de cuentas: se presentan las cuentas, y si el interesado en ellas las objeta, se pasa al juicio ordinario.

Las sentencias con que rematan estos juicios, que siendo especiales se incorporan dentro del juicio ordinario, son las que ASUMEN EL CARACTER DE SENTENCIAS en juicio ordinario, según expresión del numeral 1º del artículo 519 del C. Judicial. Se convierten así en sentencias del mismo valor de las otras dictadas en juicios ordinarios comunes.

Sobre aquellas y estas sentencias versa, pues, este numeral 1º, y ellas pueden ser acusadas por medio del recurso de casación. Dentro de tales sentencias no se encuentran las de excepciones y de pregón y remate, de que trata el artículo 1030 del C. Judicial. (Casación Civil. Junio 25 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....476, 2ª y 477, 1ª y 2ª

- 38 -

CASACION (No procede contra sentencia de excepciones en juicio ejecutivo)

La ley dispone que la sentencia de excepciones y la de pregón y remate "no fundan la excepción de cosa juzgada, y, en consecuencia, pueden revisarse por la vía ordinaria" (art. 1030 del C. J.).

Este es, pues, el recurso que corresponde a la sentencia de excepciones; no es el casación, porque no se trata de sentencia dictada en juicio ordinario, ni se trata de sentencia que tome este carácter.

Cuando ya una sentencia de excepciones, por virtud de la revisión de que trata el artículo 1030, revisión distinta a la de los artículos 542 y siguientes del C. Judicial, se incorpore dentro del juicio ordinario, y siguiendo las ritualidades de éste sea considerada en él, el fallo que entonces se dicte sí abrirá campo al recurso de casación. De esta suerte, después de haber pasado por las dos etapas del juicio ordinario, se habrá salido del juicio ejecutivo y se podrá entonces sí invocar un recurso de casación que para sentencias en juicio ordinario autoriza la ley, pero que no autoriza para juicios ejecutivos. (Casación Civil. Junio 25 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 477, 2º

- 39 -

CASACION (Requisitos de la demanda)

El recurrente en casación debe indicar claramente la razón que obligaba al Tribunal a aplicar una determinada disposición legal, para demostrar que dejó de aplicarla siendo procedente; o el motivo por el cual ha debido abstenerse de aplicarla, si es que considera que lo hizo no siendo el caso de darle aplicación. (Casación Civil. Mayo 13 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 113, 1ª

- 40 -

CASACION (Por no haberse condenado en costas)

La Corte tiene decidido en doctrina común y muy conocida, que los Tribunales son soberanos para apreciar las circunstancias que conducen a pronunciar o no la condena en costas, sin que sea lícito entrar en la revisión de ese detalle. (Casación Civil. Junio 13 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .... 430, 1ª y 2ª

- 41 -

CASACION

En casación son improcedentes los medios nuevos. (Casación Civil. Julio 26 de 1952. T. LXXII. Ns. 2116 y 2117) 565, 1ª

- 42 -

CASACION (Infracción directa)

La infracción directa no tiene asidero sino en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., o sea, en la causal 1ª de casación. (Casación Civil. Mayo 30 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ... 221, 2ª

- 43 -

CASACION (Aplicación indebida)

Resulta impertinente acusar una sentencia por aplicación indebida de unos textos legales cuando el sentenciador no los aplicó al caso del pleito. (Casación Civil. Junio 6 de 1952. T. LXXII. Ns. 2116 y 2117) 369, 2ª

- 44 -

CASACION (En casación no puede variarse el criterio del juez acerca de la necesidad de comprobar una partida de unas cuentas)

Es cierto, y así lo ha entendido la Corte en otras oportunidades, que para la justificación o comprobación de partidas de cargo y descargo de una cuenta, la ley no ha señalado prueba específica; la justificación o demostración de su efectividad, se puede realizar por los medios generales pertinentes al caso. Que la ley no requiere respecto de cada una de las partidas de una cuenta la plena prueba, porque este extremo no sería dable llenar en la mayor parte de los casos, dado que en las operaciones de poca monta que se ejecutan en el curso ordinario de una administración por su naturaleza, no son susceptibles de tal exigencia.

Que "así el art. 2181 del C. C., tan sólo impone al mandatario la obligación de presentar documentada su cuenta, y eso únicamente en lo que concierne a las partidas importantes. Cuenta documentada no puede considerarse, pues, como cuenta plenamente comprobada. Una cuenta es documentada cuando a ella se acompañan elementos que la justifiquen, como recibos expedidos por terceros, auncuando no estén legalmente reconocidos y no constituyan, por lo mismo, plena prueba'.

"La justificación de las cuentas debe hacerse, pues, presentando al Juez los respectivos comprobantes, o por cualquier otro me-

dio idóneo de prueba. Tal pudiera ser, por ejemplo, el reconocimiento o aceptación de la respectiva operación por quien tiene derecho a exigir la rendición de la cuenta".

Pero, al lado de aquellas consideraciones generales, operan las especiales de que: "El examen de si una cuenta está comprobada, es materia de fondo que debe apreciar el sentenciador; es el estudio y peso de la prueba que ha de llevarlo a dilucidar si las cuentas han sido justificadas en lo posible; y de que el Juez tiene al respecto, por otra parte, libertad de apreciación, pues, según su criterio y las circunstancias del medio, puede determinar en un momento dado, qué partidas requieren comprobación y cuáles, por las especiales circunstancias, pudieran estar exentas de ello".

En esta forma, no es posible variar en casación el criterio aplicado por aquél. (Casación Civil. Junio 26 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....483, 1ª y 2ª

- 45 -

CASACION (Causal 1ª de)

Cuando se trata de violación de ley sustantiva por errónea apreciación de una prueba, dicha violación hay que invocarla como resultado de un error de derecho, o de uno evidente de hecho. (Casación Civil. Junio 19 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ...450, 2ª

- 46 -

CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

Si el juzgador no apreció la prueba, mal pudo cometer error de derecho, si no llegó a calificar el mérito de ella.

El error de hecho es la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno.

En general, puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba, cuando se le dá determinada fuerza que la ley no le atribuye, se desconoce la que sí le asignó, o se permite su producción, sin llenar los requisitos legales, aplicándole luégo una fuerza estatuída sólo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley. No se trata en tal caso de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley. (Casación Civil. Mayo 5 de 1952 T. LXXII. Nº 2115) ...48, 2ª

- 47 -

CASACION (Errónea apreciación de indicios)

Cuando se trata de valorar 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 el artículo 662 del C. J., 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.

Por eso, cuando el cargo es por error de derecho en la apreciación de la prueba, y se trata de la estimación de indicios, no es posible hacer en casación una nueva apreciación de ellos, porque se convertiría la Corte en Juez de tercera instancia. (Casación Civil. Mayo 5 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 49, 1ª

- 48 -

CASACION (Por error en la apreciación de pruebas)

Para la prosperidad, en casación, del cargo por errónea apreciación de pruebas, el recu-

rrente debe alegar y demostrar que en la estimación de ellas el Tribunal incurrió en error de derecho o de hecho, evidente y manifiesto este último, señalando concretamente, en uno y otro caso, las que fueron objeto de la mala apreciación y demostrando en qué consistió ésta. (Casación Civil. Junio 11 de 1952. T. LXXII. Ns. 2116 y 2117) ...416, 1ª

- 49 -

CASACION (Causal 1ª. Error en la apreciación de pruebas)

La doctrina reiterada de la Corte exige al recurrente no sólo determinar concretamente las pruebas que estima mal apreciadas, sino explicar también, concretamente y respecto de cada una de ellas, en qué consistió esa indebida apreciación, exponiendo si constituye un error de derecho o uno de hecho manifiesto y demostrando por qué existió ese error y cuál ha debido ser la manera legal de aplicar los textos legales y el sentido, alcance o incidencia de tal infracción en lo resolutivo del fallo. (Casación Civil. Junio 27 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 491, 1ª

- 50 -

CASACION (Cuándo prospera por error al apreciar indicios)

Defiriendo la ley al convencimiento del sentenciador en lo tocante a la estimación de la prueba de indicios, no cabe acusar en casación por error al respecto, sino en los excepcionales casos en que el Tribunal falte manifiestamente a la lógica, deduciendo de ciertos antecedentes indiciales, algo que carece de vinculación de causalidad con ellos, o de los que dé por probados sin estarlo, o prescinda de los comprobados en forma de que, al haberlos tomado en cuenta, la deducción habría sido distinta. (Casación Civil. Mayo 7 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 73, 2ª

- 51 -

CASACION (Por violación del artículo 702 del C. J.)

Como lo ha dicho la Corte: "Cuando un fallador aplica el artículo 702 del C. J., obra dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica, y para que pueda modificarse la apreciación del Tribunal en este caso, es necesario que haya interpretado equivocada o erróneamente las pruebas que figuran en autos. En otros términos, para que pueda prosperar en casación el reparo consistente en que el Tribunal aplicó indebidamente ese artículo, es indispensable que se demuestre que el Juez no tuvo en cuenta la calidad, número, fama o ilustración de los testigos cuyas deposiciones le sirvieron de prueba, incurriendo, por lo tanto, con este proceder, en error de hecho en su apreciación, o que prescindió de ellas, siendo el caso de tenerlas en cosideración". (Casación de 10 de septiembre de 1942. G. J. Tº LIV bis, pág. 72). (Casación Civil, Mayo 3 de 1952. Tomo LXXII. Número 2115) 23, 2ª

- 52 -

CASACION (Causal 2ª de)

Cuando la sentencia es totalmente absolutoria, no procede la segunda causal de casación, porque la absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos de súplica de la demanda. (Casación Civil. Mayo 5 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....49, 2ª y 50, 1ª

- 53 -

CASACION (Técnica de)

En el recurso extraordinario de casación no basta plantear tesis jurídicas, sino que es necesario sustentarlas adecuadamente para

que la Corte pueda entrar en un estudio de fondo al respecto. Ello, porque no se trata de una tercera instancia, sino de un debate razonado, y en que se enfrentan la sentencia recurrida y la ley, en orden a tutelar el imperio de ésta y a uniformar la jurisprudencia.

De otro lado, el sistema de remitir a la Corte sobre los alegatos de instancia y demás piezas que conocieron los sentenciadores en el curso del juicio, resulta inadmisible. Tales actuaciones tienen su vigencia sólo para el Juez y Tribunal respectivos, y caducan cuando son aplicados por ellos en el fallo definitivo. De donde se sigue que el autor de la demanda de casación, si lo estima oportuno, debe reproducir en su libelo aquellos argumentos esgrimidos ante los juzgadores y consignar también las réplicas que haya necesidad de hacer para combatir las razones dadas por el Tribunal al no acoger los puntos de vista sustentados por las personas que intervienen en el proceso. (Casación Penal. Julio 4 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 651, 1ª

- 54 -

CASACION (Requisitos de la demanda)

En el recurso extraordinario de casación no basta decir simplemente que determinadas pruebas establecen una situación jurídica especial y privilegiada en favor del procesado, sino que es menester concretar los hechos que esas pruebas contienen y luégo adaptarlos a las respectivas normas sustantivas. Esto, porque la casación no es una tercera instancia, sino una controversia entre la sentencia definitiva de segunda instancia y la ley, de tal suerte que pesa sobre el recurrente la obligación de probar las tesis que enuncia. Si así no lo hace, la Corte carece de facultad para suplir las deficiencias del libelo. (Casación Penal. Julio 18 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 704, 1ª

- 55 -

CASACION (Recurso desierto)

Cuando el recurrente, dentro del término legal, formuló su demanda, aunque invocó una causal improcedente o sólo enunció alguna, pero no la fundamentó, no es el caso de declarar desierto el recurso, sino de aplicar el art. 569 del C. de P. P. (Casación Penal. Mayo 27 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 281, 1ª y 2ª

- 56 -

CASACION (En materia militar)

De conformidad con el Código de Justicia Militar vigente (arts. 2º y 233), el recurso de casación debe interponerse ante la Corte, a la cual toca decidir de su concesión, y la interposición debe hacerse dentro del término de quince días siguientes a la notificación del fallo, que es el que señala el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Mayo 13 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 292, 1ª

- 57 -

CAUSAL 1ª DE CASACION (Error en apreciación de pruebas)

Cuando la violación de la ley sustantiva a que alude la causal primera se funda en error manifiesto en la apreciación de la prueba, como lo ha dicho la Corte, no es suficiente el concepto generalizado que se exponga, de haber sido equivocada la estimación hecha por el sentenciador de la que se adujo por las partes al juicio, sino que es necesario, además, que expresamente se singularice dicha prueba y se fije el concepto por el cual el error de su apreciación infringió un determinado precepto de la ley sustantiva. (Casación Civil. Abril 16 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 167,

- 58 -

CAUSAL 1ª DE CASACION

Las infracciones de ley sustantiva, para que puedan fundar el primer motivo de casación, han de aparecer expresas en la sentencia, o deducirse ineludiblemente de las afirmaciones o doctrinas del juzgador, o presentarse como lógica consecuencia de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba. No son admisibles, por tanto, aquellas que se basan en SUPOSICIONES del recurrente, pues esto mismo está indicando que no ha habido, de parte del sentenciador, tesis o afirmación que induzca a violación de la ley. Desde que se acusa en un terreno de hipótesis, la acusación pierde la base legal y se torna inoperante. (Casación Civil. Mayo 20 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 138, 1ª

- 59 -

CAUSAL 1ª DE CASACION

Cuando en casación se acusa una sentencia por error en la apreciación de determinadas pruebas, es indispensable, para que la Corte pueda apreciar la efectividad del cargo, que el recurrente califique la clase de error en que incurrió el Tribunal al estudiar esas pruebas, porque en este caso el cargo ha de demostrar que el sentenciador incidió en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos. (Casación Civil. Junio 10 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 395, 1ª

- 60 -

CAUSAL 1ª DE CASACION (Por falta de aplicación de normas legales)

Cuando se ataca en casación una sentencia por no haber aplicado unas disposiciones legales, el recurrente debe exponer las razones que a su juicio hacían indispensable la aplicación de esas disposiciones, señalar el alcance de estos textos tal como era forzoso deducirlo en la sentencia recurrida, e indicar los resultados a que hubiera llegado el sentenciador, de haberlos tenido en cuenta.

El alcance de la violación de la ley sustantiva y los efectos que ella ha producido deben quedar claramente establecidos en el cargo, exponiendo las razones para sustentar ambas cosas. (Casación Civil. Junio. 11 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 415, 1ª

- 61 -

CAUSAL 2ª DE CASACION

En múltiples ocasiones ha dicho la Corte que la causal segunda del artículo 520 del C. J., o sea "por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", sólo tiene cabida cuando el fallador ha dejado de resolver sobre alguno de los puntos materia de la controversia, o cuando extiende su decisión a otros que no se debaten, o fuéra de los límites que las partes le señalaron; es decir, cuando se presenta una disconformidad o desacuerdo entre lo que constituye los extremos petitorios de la demanda, y los términos resolutorios de la sentencia. No cuando la inconformidad o desacuerdo radica en las razones o motivos que el fallador haya tenido en cuenta o dejado de estimar, para llegar a una determinada conclusión. Los errores en que incide el sentenciador al exponer los fundamentos de su resolución, ya por equivocada apreciación de los hechos o por falta de apreciación de las pruebas, y de los que se haya seguido una violación de la ley sustantiva, determinan una causal distinta de la de inconsonancia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Luego negadas como fueron por el Tribu-

nal, en forma explícita y concreta, las declaraciones propuestas en la demanda, no cabe sostenerse, como lo pretende el recurrente, que haya disconformidad o desacuerdo entre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y lo resuelto por la sentencia. (Casación Civi. Abril 30 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 189, 1ª

- 62 -

CAUSAL 2ª DE CASACION

La incongruencia de un fallo no es entre la parte motiva y la resolutiva, sino entre lo resuelto por éste en su fondo y lo pedido en la demanda. (Casación Civil. Mayo 5 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 49, 2ª

- 63 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (No toca con ella la fundamentación de la sentencia de instancia)

La causal segunda de casación, del artículo 520 del C. J., se aplica exclusivamente cuando se dejó de fallar sobre alguna petición de la demanda o excepción del demandado, o cuando se falló otorgando al actor derechos no solicitados por éste en su libelo y respecto de los cuales no cabe el pronunciamiento de oficio. Pero nada tiene que ver con esta causal la fundamentación que al fallo le haya dado el Tribunal. (Casación Civil. Junio 11 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 414, 2ª

- 64 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (Procede cuando se fallan favorablemente peticiones principales y subsidiarias)

Cuando en una demanda se formulan varias peticiones, unas como principales y otras como subsidiarias, la doctrina y la jurisprudencia universales concurren a considerar unánimemente que el Juez solamente puede entrar al estudio de las últimas en el caso de denegar lo pedido en las primeras. Precisamente ése es el sentido gramatical simple del término subsidiario o en subsidio: a falta de lo principal; en el caso de que lo principal no prospere o no sea acogido.

De ninguna manera puede aceptarse que el pronunciamiento se haga tanto sobre la súplica principal como sobre la subsidiaria, para acogerlas ambas, porque entonces se le dá a la última el carácter de principal, separándose de este modo del pedimento y de la litis.

La demanda vincula al fallador en cuanto a los pronunciamientos que contra el demandado está en capacidad de hacer, ya que no puede otorgarse al demandante más de lo solicitado ni cosa distinta a lo pedido. Cuando la sentencia se ha separado de las peticiones de la demanda o de las excepciones perentorias (sin olvidar que en cuanto a éstas basta la prueba para su pronunciamiento, salvo la de prescripción que debe ser alegada expresamente), se tiene el caso de ULTRA PETITA o EXTRA PETITA, al cual se refiere, precisamente, la causal segunda de casación.

Y para la Sala es incuestionable que cuando el demandante formula alguna solicitud como subsidiaria de una petición principal está diciendo que no se le debe conceder aquélla sino en el evento de negársele ésta. Si el fallador, contrariando este claro sentido de las peticiones, se pronuncia favorablemente sobre ambas, principal y subsidiaria, se separa de lo pedido e incurre en un claro caso de ULTRA PETITUM. (Casación Civil. Junio 23 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 458, 2ª y 459, 1ª

- 65 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (No procede contra sentencia totalmente absolutoria)

Como lo ha repetido constantemente la jurisprudencia, la incongruencia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, que es causal de casación, tiene lugar cuando se rompen los principios formales de que trata el artículo 471 del C. J., por el desacuerdo o falta de armonía entre la parte resolutiva del fallo y los extremos que han sido objeto de la controversia, o sea, "porque la resolución del fallo sea deficiente, si ha dejado de fallarse alguna de las cuestiones debatidas, excesiva si ha otorgado más de lo pedido o resuelto pretensiones no deducidas o si ha incurrido en defecto al condenar".

Pero como en el caso presente el fallo declara probadas unas excepciones, y, en consecuencia, se abstiene de estudiar y decidir las súplicas principales de la demanda, lo que en realidad existe, no es una omisión o defecto en los términos resolutorios de la providencia, sino una franca negativa de las pretensiones deducidas, justificada por el reconocimiento de aquellos medios defensivos que, a juicio del sentenciador, eran bastantes por su naturaleza para enervar la acción. (Casación Civil. Junio 23 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....472, 2ª y 473, 1ª

- 66 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (En juicios por jurado)

La causal segunda de casación es improcedente en los juicios en que intervino el Jurado, por las siguientes razones:

a) La consideración de la errada apreciación de los hechos, como consecuencia de cualquiera de las causas determinadas en el numeral 2º del art. 567 del estatuto procesal penal, implicaría —en esta especie de juicios— la declaración de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos; y

b) Tal declaración, incorporada en la ley de casación de 1931 y excluída de la enumeración de causales consagradas en la nueva ley procesal, es en esta ley, atribución privativa de los Jueces de instancia. (Casación Penal. Mayo 27 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 280, 2ª

- 67 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (Es procedente en juicios militares)

Como la Ley 3ª de 1945, Código Penal Militar, que rige para este proceso, consagra como causales que dan lugar a recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares las mismas contenidas en el Código de Procedimiento Penal, y entre ellas está la causal segunda, es menester deducir que puede entrarse en el estudio de esta causal, sin otra argumentación diversa y sin necesidad de hacer distinciones que no son precisas, por resultar el problema marginado de hecho en los textos legales pertinentes. (Casación Penal. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 620, 1ª

- 68 -

CAUSAL 2ª DE CASACION

Una de las consecuencias de la discriminación probatoria que se produce por el examen de la causal segunda, consiste precisamente en establecer si en realidad ha existido en la sentencia impugnada, errada apreciación o interpretación de los hechos o a éstos se les ha atribuído un valor que no tienen. Puede suceder que en la búsqueda de la verdad, que debe ser el objetivo de todo proceso penal, el fallador interprete o aprecie erradamente ciertos hechos y esa circunstancia lo

lleve a extraviar su criterio en la decisión que adopte. O bien, habiéndolos valorado sin errar en su apreciación, les haya atribuído una eficacia probatoria, que analizada con distinto o mejor criterio, sin duda no habría podido llegar a producir las consecuencias que se derivaron de esa equivocada manera de juzgarlos.

Surge entonces la necesidad de conocer cuál es esa prueba, sobre qué hechos se sustenta, quiénes la producen, las circunstancias mismas en que fué producida y los factores que determinaron su existencia en el proceso, porque estos elementos son de gran utilidad para desentrañar el verdadero significado probatorio que están en capacidad de procurar en orden a la certeza legal, que el proceso penal debe comportar siempre. (Casación Penal. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 622, 1ª

- 69 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (Requisitos de la demanda cuando se invoca esta causal)

La causal segunda de casación exige que la demanda no se limite a una simple enunciación de los hechos en que se considera que fué erróneamente apreciada la prueba o se le dió un valor probatorio distinto del que le corresponde por ministerio de la ley. Es menester confrontar cada uno de los hechos que se afirman con las pruebas que se dicen desconocidas en la sentencia, y sólo cuando de esa confrontación aparece que en realidad fueron mal apreciadas o equivocadamente interpretadas, es cuando la causal segunda cumple su objetivo de enmendar los errores del fallador, invalidando lo que, por estar fundado en falsos hechos, no puede tener consistencia para condenar a un procesado. (Casación Penal. Julio 18 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....705, 1ª y 2ª

- 70 -

CAUSAL 3ª DE CASACION (En juicios en que intervino el jurado)

El Jurado tiene potestad legal para apartarse del cuestionario —que es una síntesis del auto de proceder— y agregar en sus respuestas las circunstancias en que crea que el delito se realizó.

Bien sabido es que lo inmodificable del auto de enjuiciamiento no es su parte motiva, sino la resolutiva. 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 probado por las partes en el curso del juicio. Esta consideración conduce a sostener la tesis de que en este recurso extraordinario de casación y tratándose de juicios por Jurado, no es pertinente sustentar ante la Corte desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino disconformidad de ésta con el veredicto del tribunal popular. (Casación Penal. Mayo 27 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....287, 2ª y 288, 1ª

- 71 -

CAUSAL 4ª DE CASACION

Cuando el cuestionario al Jurado fué mal elaborado y se salió del pliego de cargos contenido en el auto de proceder, el error sólo se corrige en casación con base en la causal cuarta, que hace relación a nulidad del juicio. (Casación Penal. Mayo 6 de 1952. Tomo LXXII. Nº 2115) 251, 2ª

- 72 -

CAUSAL 5ª DE CASACION

Para que un fallo se invalide por virtud de la causal quinta de casación, es indispensable

que en la sentencia recurrida no se determinen en manera alguna los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fué su autor, para luégo exigirle responsabilidad. (Casación Penal. Julio 25 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....710, 1ª y 2ª

- 73 -

CAUSAL 6ª DE CASACION (**No puede ser materia de ella la ilegitimidad de la personería sustantiva**)

Como lo ha dicho la Corte, en numerosas oportunidades: "La causal 6ª, reconocida por el artículo 520 del C. J., en cuanto se refiere a la ilegitimidad de personería, no puede aducirse como reparo a la existencia del derecho o de la acción en cabeza del demandante; tal circunstancia configura el fenómeno conocido con el nombre de legitimación para obrar, y es una de las condiciones de la acción, o sea, los requisitos indispensables para alcanzar sentencia favorable. Difieren estas condiciones de los presupuestos procesales, precisamente en la misma medida en que debe distinguirse la acción de la relación procesal. Las cuestiones de fondo (meritae causae) se llaman así en frente a los presupuestos procesales que son apenas necesarios para que en el proceso sobrevenga un fallo estimatorio de la demanda, ora rechazando, ora acogiendo sus peticiones. La personería cuya ilegitimidad anula lo actuado, es la tradicionalmente llamada adjetiva, presupuesto procesal denominado comunmente LEGITIMATIO AD PROCESSUM; la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción, condición aquélla, llamada LEGITIMATIO AD CAUSAM, y por algunos, personería sustantiva, es cuestión de fondo que debe dilucidarse en el fallo, y cuya existencia condiciona el éxito de la gestión actora, pero no la validez del procedimiento" (G. J., Tomo LXI, pág. 713). (Casación Civil. Mayo 3 de 1952. T. LXXII. Número 2115) ... 16, 1ª y 2ª

- 74 -

CAUSAL 7ª DE CASACION

La causal séptima de casación apenas hace referencia a los casos en que la contradicción dice relación al veredicto mismo y no a los términos del cuestionario sometido al Jurado, y ésto es obvio, porque es apenas allí donde puede presentarse lo inconciliable de las proposiciones que constituyen la respuesta, que es el significado auténtico del veredicto contradictorio. (Casación Penal. Mayo 6 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 253, 1ª

- 75 -

CESION DE CREDITOS (**La falta de notificación al deudor, no incide sobre la validez del juicio ejecutivo**)

Una cosa son los requisitos para la notificación de la cesión de un crédito en forma extrajudicial y las relaciones sustantivas entre cedente, cesionario y deudor, cuestiones tratadas en el Código Civil, y otra muy distinta es la notificación judicial, dentro de un proceso, que se haga de un auto que acepta la cesión del derecho en litigio.

La falta de formalidades en la notificación al deudor de la cesión de un crédito, puede dar lugar a que éste desconozca tal cesión y pague válidamente al cedente; pero nada tiene que ver con la nulidad o validez del trámite del juicio ejecutivo que se siga para la efectividad del crédito que no ha sido pagado por el deudor. Ni siquiera la nulidad de la cesión podría ser causa de nulidad del juicio ejecutivo para el pago del crédito, pues aquélla constituiría una cuestión de fondo que se resolvería en la sentencia de excepciones si así lo alegare oportunamente el ejecutado, exactamente como podría hacerlo respecto al pago, la compensación, la rescisión del con-

trato, etc. Pero ni aún en el supuesto de que la cesión de un crédito adolezca de defectos o vicios y que, por consiguiente, no vincule al deudor, el pago que éste haga al cesionario dejaría de ser válido, ya que ésta es una de las maneras de aceptación de la cesión por aquél; y por tanto, puede decirse que si ese pago llegare a verificarse mediante el procedimiento coercitivo de la ejecución, sin que se hubiera propuesto la excepción correspondiente o habiendo ésta fracasado, sería también válido y de ninguna manera resultaría procedente alegar la nulidad del juicio con tal pretexto. Esto es así, porque no se trata de uno de los vicios en la forma del procedimiento, únicos que configuran nulidades del juicio, sino de cuestión substancial que se refiere a la titularidad del derecho en el actor y a la existencia de la obligación de pagar por el ejecutado. (Casación Civil. Julio 24 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) ... 550, 2ª y 551, 1ª

- 76 -

CESION DE CREDITOS

Carece de valor el pago que el deudor haga a persona distinta del cesionario del crédito después de que haya llegado a su conocimiento la cesión (arts. 1960 y 1963 del C. C.). (Negocios Generales. 17 de julio de 1952. T. LXII. Nos. 2116 y 2117) 796, 1ª

- 77 -

COADYUVANCIA (Para que sea procedente, debe existir juicio)

Del simple tenor literario del texto del artículo 233 del Código Judicial, se deduce que para que un tercero pueda intervenir a título de coadyuvante, se necesita que esté iniciado ya el juicio respectivo. El artículo 233 autoriza la intervención "EN EL JUICIO", lo que significa indudablemente que es necesaria la existencia de éste en el momento de formularse la petición por el tercero interesado.

Por otra parte, es indiscutible que el juicio surge únicamente desde el momento en que el auto admisorio de la demanda se notifica a las partes demandante y demandada, cuando se trata de juicio ordinario, y en los otros casos, cuando se notifica a las partes la primera providencia que en el negocio se dicta. Antes no existe juicio. La simple demanda no crea la relación jurídico procesal. (Casación Civil. Junio 7 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....378, 1ª y 2ª

- 78 -

COLISION DE COMPETENCIAS (Puede surgir entre Fiscales de Juzgados) Superiores)

Si conforme al artículo 1º del Decreto 1231 de 1951, los Fiscales de los Juzgados Superiores conocerán de la instrucción de los sumarios por delitos de la competencia de los Jueces Superiores, "a quienes sustituyen en todas sus atribuciones como funcionarios de instrucción"; y si dichos Jueces "sólo conocerán de los procesos a partir del momento en que el Fiscal se los pase para calificar el mérito del sumario, esta disposición viene a subrogar implícitamente el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto allí se habla de Jueces entre quienes puede haber colisión de competencias, que en lo sucesivo y al tenor del Decreto citado, debe entenderse de Fiscales. (Casación Penal. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 614, 1ª

- 79 -

COMPETENCIA (Para conocer de proceso por delito cometido en lugares distintos)

Refiriéndose a la norma del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, que señala la competencia para conocer de un delito co-

metido en lugares distintos, caso diferente al regulado por el artículo 56 (procesos por delitos continuados o crónicos), ha dicho la Corte: "La ley quiere en estas circunstancias que existiendo el hecho de que dos Jueces puedan conocer de un mismo negocio penal en consideración a la naturaleza del acto, cuando quiera que en dos lugares distintos puedan presentarse los acontecimientos que traducen las diferentes fases de un hecho criminal, para obviar las dificultades prácticas que surgirían de los diferentes criterios sobre los momentos ejecutivos del delito, desde que éste surge en la mente del delincuente hasta su consumación plena, realizando así todos los hechos y circunstancias que en cada infracción, pueden surgir por consecuencia de las distintas actividades del agente activo, la ley quiere, se repite, obviar esas dificultades dando una norma general para resolverla, norma que señala unos determinados eventos, los que al cumplirse, o bien todos conjuntamente, o bien unos de ellos por separado, otorgan jurisdicción territorial al funcionario en donde tales hechos se hayan consumado.

"De esta manera, todas las dificultades prácticas que pueden presentarse, resultan obviadas en forma tal que se logra el propósito del legislador al buscar, por tales medios, que la acción de la justicia se realice sin que la puedan interferir aquellas dificultades surgidas con ocasión de la determinación del lugar en donde el delito, en sus distintas etapas o fases, pudo producirse". (Casación Penal. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Ns. 2116 y 2117) 615, 2ª

- 80 -

COMUNERO (Requisitos para que adquiera en provecho propio y por prescripción la cosa común)

Cuando los comuneros o varios de ellos ejercitan en común la posesión, ninguno puede alegarla como modo de adquisición del dominio con exclusión de los demás, pues se aplica entonces la norma general según la cual los actos del comunero benefician a toda la comunidad y lo que saque de ella debe restituírlo, incluso los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios particulares (arts. 2326 y 2525 del Código Civil) En la hipótesis prevista en el artículo 2330 del Código Civil, "cada uno de los que poseen en común una tierra labrantía, tiene opción a que se le señale para su uso particular una porción proporcional a la cuota de su derecho, y ninguno de los comuneros podrá inquietar a los otros en las porciones que se les señalen"; o cuando sin acuerdo expreso cada comunero ocupa en forma exclusiva determinada porción con cultivos, ganados o cualesquiera otros medios de explotación económica de la tierra, sea que la porción así ocupada exceda o no la cuota de los derechos del comunero sobre la totalidad, podrá presentarse la prescripción a su favor y en contra de los otros condueños, siempre que esa posesión material revista las características de tal, es decir: ánimo de señor y dueño, sin reconocer ni permitir posesión de los demás en tal parte; ausencia de vicios de clandestinidad y violencia, y lapso de tiempo necesario. Cuando falta cualquiera de estos requisitos, la prescripción del comunero es imposible. (Casación Civil. Julio 16 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117).... 516, 1ª y 2ª

- 81 -

COMUNIDAD (Nombramiento de administrador)

Si la comunidad es un estado de copropiedad y son de otro lado los propietarios del yacimiento respectivo las personas llamadas a hacer la oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos, es manifiesto que los referidos copropietarios de la comunidad están jurídicamente obligados a comprobar en el juicio el condominio aludido.

Comprobación de la propiedad que, tratándose de bienes raíces, no ha de consistir, al menos a partir de la vigencia del actual Código Civil, en prueba distinta de la adquisición por escritura pública, o por documentos auténticos de adjudicación, de la cuota parte correspondiente en el bien respectivo.

Habría de resultar, en efecto, de tales documentos si la propiedad del bien existe en común, así como la cuota que cada comunero tenga en la comunidad.

De otra parte, sólo en el caso de existir la comunidad o copropiedad entre las personas que se hacen figurar como actuales comuneros, podría ser tal comunidad organizada desde luégo mediante el nombramiento de un administrador y según lo preceptuado en los artículos 16 y siguientes de la Ley 95 de 1890.

Este punto fundamental de la designación del administrador de la Comunidad está gobernado de manera especial por el mandato del artículo 17 de la citada Ley 95 de 1890, según la cual hay junta general de la comunidad cuando concurra un número de comuneros que represente más de la mitad de todos los derechos en el bien común, y es esa necesaria junta general, la que puede nombrar el administrador por mayoría absoluta de votos.

En idéntico sentido se expresó la Corte en sentencia de 13 de febrero de 1946 (G. J., Tomo LX, pág. 281). (Negocios Generales. Mayo 21 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 336, 2ª y 337, 1ª

- 82 -

COMUNIDAD (Representación en juicio de las comunidades)

Probado que sí existe una situación de condominio en el globo de "Punta de Polonia", se desprende de ello lógicamente que uno cualquiera de los comuneros en él puede ejercitar toda acción tendiente a la conservación del dominio en dicha Comunidad, entendiéndose que el resultado favorable que de ella se desprenda aprovecha por igual a cada uno de los condueños.

Así lo considera la Sala apoyándose en la abundante jurisprudencia relativa a la representación del comunero en las acciones conservatorias de que se ha hablado, bastando en este caso citar la doctrina sentada por esta Sala en fallo de 13 de febrero de 1946, que reza así:

"En efecto: si se parte del supuesto de que no se halla legalmente comprobada la existencia de un Administrador de la Comunidad, conduce la lógica a admitir que la gestión de cualquiera de los comuneros aprovecha a la comunidad cuando se trata precisamente de la conservación de la propiedad y posesión del bien respectivo.

"El comunero tiene, en efecto, interés legítimo en tal representación ya que el reconocimiento de su derecho como comunero presupone el necesario reconocimiento de la propiedad privada sobre el bien respectivo en forma de condominio.

"Si no hay Administrador de la Comunidad, es natural admitir desde luégo que el interés propio del comunero mismo le dá legítima personería para la defensa del bien común (compárese artículo 22, Ley 95 de 1890)" (G. J. ns. 2029-2030-2031, pág. 282). (Negocios Generales. Junio 16 de 1952. Tomo LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....761, 1ª y 2ª

- 83 -

CONCESIONES MINERAS

La reforma introducida por el artículo 3º de la Ley 81 de 1946 al último inciso del artículo 5º de la Ley 85 de 1945, nada tiene que ver con las oposiciones administrativas, las cuales siguen rigiéndose por el artículo 1º de la segunda de dichas leyes. (Negocios Generales. Julio 10 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 777, 2º

- 84 -

CONFESION

Como en el presente caso no se ventila una cuestión de dominio, para fijar en cabeza de quien se encuentra radicado, sino que se controvierten simples obligaciones personales que han podido producirse con ocasión de ese derecho, estima la Sala que el no haber negado el Municipio, por conducto de su representante legal, la exactitud de aquel hecho, por fuerza de las circunstancias de su notoriedad, por estar en el conocimiento e información de las personas, con relación al círculo social de la población de Salamina, en el momento de instaurarse la demanda y aún en el de la decisión, y siendo una cuestión no controvertida, no constituye propiamente una confesión, sino un medio de defensa de la entidad de derecho público. Reconocimiento, por notoriedad, que aunado a las otras pruebas que obran en el expediente y que tuvo en cuenta el Tribunal, son bastantes, en el presente caso, a establecer la evidencia de este extremo de la responsabilidad del Municipio. (Casación Civil. Mayo 3 de 1952. T. LXXII. Número 2115) .....36, 2ª y 37, 1ª

- 85 -

CONFESION (De Agentes del Ministerio Público)

Las confesiones de los Agentes del Ministerio Público no perjudican a la parte que representan. De suerte que siendo el Personero Municipal Agente de ese Ministerio (artículo 159 C. de P. C.), no es posible encontrar prueba alguna de los hechos debatidos en sus transcritas declaraciones, aunque se admita que ellas implican una confesión de tales hechos, ni, en consecuencia, puede admitirse error del Tribunal en no haber apreciado esa confesión, que legalmente no puede tener la calidad de tal, desde luégo que para serlo es necesario que el hecho reconocido PERJUDIQUE a la parte que lo acepta (artículos 604 y 170 ibidem). (Casación Civil. Junio 10 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ...397, 2ª

- 86 -

CONFESION (Alcance de esta prueba)

La confesión, según lo determina el art. 604 del C. J., debe recaer forzosamente sobre hechos y no sobre aplicaciones legales o principios de derecho; la prueba siempre concierne al hecho que es materia del debate, no a su calificación jurídica o a las actuaciones de la ley que el hecho pueda determinar. Es al Juez, a quien corresponde establecer cuáles son las normas positivas que entran en actividad ante la prueba de cada hecho, lo que no es sino aplicación del principio según el cual la gestión de las partes termina con la demostración de los hechos, pues con ella comienza la función jurisdiccional de enfrentarlos con los preceptos, en orden a decidir las situaciones jurídicas concretas (Casación de 14 de abril de 1947. G. J., n. 2046). (Casación Civil. Junio 26 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....484, 2ª y 485, 1ª

- 87 -

CONSEJOS VERBALES DE GUERRA

En el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales de la Ley 84 de 1931 —contrariamente al de los Consejos ordinarios y verbales— se excluyeron los cuestionarios y el veredicto, de modo que si el Consejo de Guerra Verbal falló con base en veredicto y el Comando de la Brigada lo declaró contraevidente, aplicaron un procedimiento inexistente, quebrantando así normas imperativas (art. 26 de la Constitución). (Casación Penal. Julio 11 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....683, 1ª y 2ª

- 88 -

CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO
(No puede declararse en casación)

La Corte, en ya numerosos fallos, ha repetido que la causal 2ª de casación no es procedente alegarla en juicios en que el Jurado ha intervenido, entre otras razones, por ser éste libre para apreciar las pruebas del proceso según su íntimo convencimiento y porque el examen de esas pruebas por parte de la Corte, conduciría a una posible declaración sobre ser contrario a la realidad procesal el veredicto del tribunal popular, declaración que está excluída de las causales de casación en el Código de Procedimiento Penal vigente. Por manera que la contraevidencia del veredicto en juicios con intervención del Jurado quedó, por lo tanto, como problema exclusivo de los juzgadores de instancia; y el recurso extraordinario de casación no puede considerarse como una tercera instancia. (Casación Penal. Julio 11 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 668, 2ª

- 89 -

CONTRATO (Error sobre su especie)

El error sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, modifica, de acuerdo con la naturaleza de cada uno, las obligaciones y derechos que el pacto está llamado a producir; como se ve muy claro en el ejemplo con que el artículo 1510 del C. C. ilustra este concepto: si quien recibe un dinero a título de mútuo entiende hacerlo a título de donación, no consiente en el deber de restitución, que es obligada consecuencia del préstamo, ni quien lo entrega lo hace con el ánimo de desprenderse gratuitamente de su dominio; se produce entonces un error en la causa de la estipulación que desvirtúa su naturaleza y la hace legalmente ineficaz, y que es desde luégo jurídicamente distinta del MOTIVO DETERMINANTE que decidió a las partes a obligarse.

"El motivo —dice Henri Capitant— es la razón contingente subjetiva, y, por lo mismo variable de individuo a individuo, que determina a una persona a hacer un contrato. Así, uno vende determinada cosa porque tiene necesidad de dinero para pagar deudas o porque abandona el lugar donde está situada esta cosa, o porque quiere adquirir otra más remuneradora, etc. De la misma manera, el comprador se determina por consideraciones harto distintas, según los casos. El que toma a préstamo, lo hace bien por pagar una deuda, bien por especular, bien por edificar, bien por cualquiera otra razón.

"El motivo ejerce una influencia decisiva sobre la voluntad del que contrata. Es lo que le determina a obligarse. Existe una relación indiscutible de causa a efecto entre el motivo y la obligación. Y por eso, el error sobre el motivo no anula la obligación. El derecho no lo tiene en cuenta; aunque el consentimiento no corresponda a la voluntad efectiva del contratante, admite sin embargo la validez de la obligación. ¿Cómo se explica ésto?

"La razón consiste en que el contrato es esencialmente un acuerdo de voluntades; el acuerdo es quien fija límites a su contenido. Todo lo que han convenido los interesados, es decir, todo aquello en que se han puesto de acuerdo, viene a ser un elemento constitutivo del contrato. Por el contrario, aquello que no han conocido ni deseado las partes contratantes, queda fuéra del campo contractual, y, por consiguiente, no puede ejercer ninguna influencia sobre la validez de las obligaciones. Ahora bien, el motivo psicológico que determina a cada uno a obligarse, no forma parte del acuerdo de voluntades" (De la causa de las obligaciones, pág. 23). (Casación Civil. Mayo 9 de 1952. T. LXXII. Nº 2115)...
209, 1ª y 2ª

- 90 -

CONTRATO (Error en cuanto a la sustancia del objeto sobre que versa).

En el error respecto de la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato, no se trata, como lo observa el señor Vélez, "de error en cuanto al contrato, ni de que las partes no estén de acuerdo respecto de la cosa sobre que versa el contrato: se trata de algo que puede considerarse como menos grave: de que la sustancia o calidad esencial de la cosa, es diversa de lo que se cree, como si en el contrato de compraventa, cree, por ejemplo, el comprador que la barra que compra es de oro y resulta de cobre. Aunque este error no es de la gravedad de los precedentes, puesto que en el contrato sí concurren las dos voluntades respecto de la especie de éste y de la identidad de la cosa, como hay un vicio radical en el consentimiento, pues de presumirse que éste no se hubiera dado sin el error, es justo que el contrato que tiene un consentimiento viciado, pueda rescindirse". (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, tomo sexto, n. 50).

En el derecho moderno, como lo dice el Tribunal recordando anteriores doctrinas de la Corte, el concepto de sustancia no se halla limitado por el sentido objetivo de la materia de que está formada la cosa, ni sus cualidades esenciales circunscritas a las que conjuntamente determinan su índole específica y sirven generalmente para distinguirla de todas las demás; sobre la base del fin que se persigue, cual es el de "asegurar la concordancia de los efectos jurídicos de la voluntad con la voluntad y la intención reales, dicen Planiol y Ripert, hay que entender por sustancia toda cualidad cuya consideración haya sido causa determinante del contrato, aun cuando para cualquiera otra persona no mereciere esa importancia. Inversamente, una cualidad que para los demás puede ser esencial puede carecer en un caso dado de esa importancia determinante. La determinación de la CUALIDAD SUSTANCIAL, como se ha dicho, haciendo una hábil trasposición de términos, es una cuestión de hecho, de investigación de la intención. En cuanto a los riesgos que esa determinación de la intención del que sufra el error pudiera ocasionar para la otra parte talvez ignorándose ésta, riesgos que quedan descartados en la construcción objetiva de la sustancia, desaparecen cuando se exige que las partes hayan hecho de la existencia de la cualidad de que se trate una condición de validez del contrato". (Casación Civil. Mayo 9 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ...

209, 2ª y 210, 1ª

- 91 -

CONTRATOS (Diferencias entre el conmutativo y el aleatorio)

El contrato oneroso, que es aquel que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro, (art. 1497), se subdivide en conmutativo y aleatorio. Es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, y se llama aletorio, cuando el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (art. 1498) .

Lo que caracteriza al contrato conmutativo es que las prestaciones a que dá nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuncia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta.

En el aleatorio, ocurre precisamente lo contrario, pues los contratantes no pueden prever en el momento de su celebración el al-

cance de sus prestaciones o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que ellas están subordinadas o dependen de una contingencia incierta. (Casación Civil. Junio 1º de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ... 503, 1ª

- 92 -

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Su interpretación)

Es regla de hermenéutica contractual, aplicable también a los contratos administrativos, la contenida en el artículo 1622 del Código Civil, según la cual "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad". (Negocios Generales. Noviembre 22 de 1951. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 735, 1ª

- 93 -

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Tratándose de las clásulas de carácter estrictamente patrimonial de un contrato administrativo, cuales son todas aquellas que establecen el régimen económico del contrato, no son ni pueden ser extrañas, en orden a desentrañar su verdadero sentido, las reglas de interpretación establecidas por el C. Civil para los contratos de derecho privado, especialmente la contenida en el artículo 1622, inciso tercero, que consagra la llamada interpretación auténtica.

Esta doctrina sentada en numerosos fallos anteriores, fué reiterada por la Sala de Negocios Generales de la Corte en su sentencia de 10 de marzo de 1951 (G. J., n. 2098, pág. 458), después de acoger la opinión de los expositores que distinguen, en los contratos administrativos, las cláusulas propiamente reglamentarias de las de carácter estrictamente patrimonial. (Negocios Generales. Noviembre 22 de 1951. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....740, 1º y 2ª

- 94 -

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La Corte, en sentencia de la Sala de Negocios Generales de fecha 30 de noviembre de 1943 (G. J., n. 2001, pág. 655), dijo: "Cuando rigiendo un contrato celebrado con el Gobierno Nacional el contratista reclama por la forma de ejecución o la interpretación que se le está dando, o, expirado solicita el cumplimiento de prestaciones que estima pendientes a su favor, el Gobierno no tiene que dar contestación a esas solicitudes por medio de una resolución administrativa, que es la forma de darle expresión a la voluntad de la Nación, en que acepta o deniega la prestación. En el primer caso la Nación y el particular coinciden en la forma de dar ejecución o de cumplir el contrato, y entonces ese acuerdo de voluntades es como un desprendimiento del contrato, que obliga de consuno a las dos partes, al igual de lo que entre los particulares ocurre, según la última parte del artículo 1622 del Código Civil". (Negocios Generales. Noviembre 22 de 1951. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....740, 1ª y 2ª

- 95 -

CORTE (Su competencia como juzgador de segunda instancia en materia civil)

La Sala de Negocios Generales de la Corte conoce en segunda instancia de los asuntos civiles de que conocen en la primera los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, según lo prescribe el art. 37, numeral 1º del C. J. De manera que si el asunto sometido a la consideración de esta Sala está siguiendo el trámite correspondiente a la segunda instan-

cia en un Tribunal Superior, no es posible que la Corte conozca de las incidencias ocurridas en la última instancia del juicio, por la sencilla pero decisiva razón de que carece de facultad de conocer y decidir de lo principal. Además, el artículo 84 del Código Judicial, en su último inciso, declara que sólo son apelables ante la Corte los autos interlocutorios dictados en primera instancia por la Sala de Decisión de los Tribunales Superiores. (Negocios Generales. Abril 21 de 1952. Tomo LXXII. Número 2115) 298, 2ª

- 96 -

COSA JUZGADA (Qué debe entenderse por objeto y qué por causa de una demanda)

Para que la cosa juzgada surta efectos en otro juicio, se requiere —como lo estatuye claramente el artículo 474 del Código Judicial— que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera, y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes.

El objeto de la demanda consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman de la justicia, y por causa debe entenderse el hecho jurídico que sirve de fundamento a la pretensión. El hecho jurídico es el mismo, cuando en el nuevo juicio se aduce el mismo hecho específico ya invocado en el anterior. (Casación Civil. Mayo 9 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 86, 1ª

- 97 -

CUANTIA DEL JUICIO

El experticio a que se acude para el simple efecto de la regulación de la cuantía del juicio constituye un caso especial, por dos aspectos: 1°) porque el dictamen lo dá un perito único; y 2°), porque una vez corrido en traslado a las partes sin ser objetado, la prueba se perfecciona en su forma, y ya no es posible discutirla por los interesados. De consiguiente, al impartirle su aprobación el juez, queda regulada definitivamente la cuantía de la demanda, sin que en realidad importe que el funcionario lo diga así expresamente en su proveído. (Casación Civil. Julio 8 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ...507, 1ª

- 98 -

CUENTAS EN PARTICIPACION

Independientemente de las tres especies de sociedades indicadas en el artículo 463 del Código de Comercio, o sea, la sociedad colectiva, la anónima y la en comandita y la sociedad de responsabilidad limitada, permitida por la Ley 124 de 1937, el Código también reconoce la asociación o cuentas en participación (artículo 629 del C. de C.).

Lo que caracteriza esencialmente la asociación o cuentas en participación, es la circunstancia de que su existencia no se revela a los terceros (art. 629 del C. de C.). El contrato produce sus efectos entre los asociados; él no hace nacer una persona moral; no originada, por lo mismo, ningún efecto con respecto a terceros y engendra solamente obligaciones entre quienes acuerdan.

La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejercitar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganacias o pérdidas, en la proporción convenida (art. 629 del C. de C.).

Desde el punto de vista de la forma, la asociación o cuentas en participación es tratada como un simple contrato consensual. A diferencia de las otras clases de sociedades comerciales enumeradas, la asociación puede ser probada por todos los medios legales, sin que sea esencial un escrito y, por

lo demás, ella no requiere ninguna forma de publicidad.

La asociación no es una persona jurídica; por lo mismo, ella no tiene domicilio social, carece de patrimonio propio, distinto del patrimonio de los asociados. El gestor es reputado único dueño del negocio, en las relaciones externas que produce la participación. Los derechos respectivos de los asociados se determinan por el contrato. Cada uno de ellos debe, como en toda sociedad, hacer un aporte y obligarse a contribuír a las pérdidas que puedan resultar de las operaciones sociales, por lo menos hasta concurrencia de lo aportado.

En la definición (art. 629 del C. de C.) se dice que es éste un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una operación mercantil; y, de esta palabra "comerciantes", se ha tomado pie para decidir que sólo entre los del gremio puede existir la asociación; de modo que la convención no es eficaz sino entre comerciantes, y si en ella participan quienes no merezcan este calificativo, la convención no se rige por las disposiciones en estudio, siendo el pacto nulo; se agrega que, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, la sociedad forma persona jurídica, y como a la asociación no se le atribuye esta calidad, no puede subsistir jurídicamente y viene a reglarse por las disposiciones de la comunidad, por ser ineficaz la convención.

"El Código no exige —ha dicho el Dr. Félix Cortés— para celebrar útilmente cualquiera operación mercantil, la calidad de comerciante; todo el que tenga capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para celebrar operaciones mercantiles, las que se califican de tales, objetivamente consideradas, y no en razón de las personas que en ellas intervienen; quien, sin ser del gremio, ejecuta una operación mercantil, es comerciante, respceto del acto o contrato en que interviene (art. 10). Por consiguiente, si la operación que va a desarrollarse por medio de la asociación, es de suyo un acto de comercio, los partícipes toman la calidad de comerciantes para ese negocio, en caso de que por su profesión no merezcan la calificación general de tales".

"Anular un contrato de asociación sólo porque quienes lo celebran no estén dedicados originaria y profesionalmente al comercio, es exigir para este único convenio una capacidad especial no considerada en la ley; en otros términos: es crear una incapacidad que modifica fundamentalmente las normas que rigen tan importante materia, y ésto sin base jurídica alguna. Conviene insistir en el particular: naturalmente, el Código de Comercio fué expedido para su propia materia y para las personas dedicadas profesionalmente a ese ramo de actividades, de modo que al referirse a quienes celebran un contrato mercantil, usa como término genérico la palabra comerciantes; pero no en sentido restringido, como es obvio. Tanto más correcta es esta interpretación cuanto que, según se ha dicho, la incapacidad no puede surgir sino de un texto expreso, que no se encuentra en el caso en estudio; y se repite: quien no siendo comerciante ejecuta una operación mercantil para los efectos de esa operación y para las normas que la rigen, es un verdadero comerciante, auncuando no pesen sobre él las obligaciones generales impuestas a los del gremio". (Comentarios al Código de Comercio, Dr. Cortés, págs. 243 y 244 —Georges Ripert— Derecho Comercial, segunda edición, 1951, pág. 324).

Debe, pues, concluírse que tal contrato puede celebrarse por toda persona capaz, auncuando con anterioridad al acto, no estuviere matriculada o catalogada como comerciante. (Casación Civil. Junio 10 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ....402, 1ª y 2ª, y 403, 1ª

- 99 -

CUESTIONARIO (Qué debe incluírse en el que se propone al jurado)

El cuestionario que se someté al Jurado debe contener los elementos materiales de la infracción (cuerpo del delito), los atinentes a la responsabilidad del autor o partícipe, y las circunstancias modificadoras que puedan influír en la aplicación de la pena. El arma con que se consuma un homicidio no hace parte del cuerpo del delito del mismo, sino que apenas representa el instrumento que ha servido para realizarlo. Por eso, dice el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal, que "las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, se reconocerán y describirán detalladamente, se secuestrarán y harán parte del sumario para los efectos de la investigación".

No se concibe que si el arma fuera parte del cuerpo del delito, pudiera ella secuestrarse y agregarse al sumario, pues a nadie se le oculta que una noción filosófica y jurídica como es la del cuerpo del delito, pueda llegar hasta materializarse y confundirse con el medio usado para perpetrar la infracción.

Por ese motivo, la indicación precisa del arma empleada, no es sustancial consignarla en el cuestionario para configurar el cuerpo del delito de homicidio. Lo imprescindible al respecto es determinar que un hombre murió injustamente a consecuencia de la acción de otro hombre. De lo contrario, cada vez que el instrumento del delito no apareciera o no estuviese debidamente identificado, el delito de homicidio quedaría inexistente, cosa en verdad absurda.

Sólo cuando lo extraordinario del medio empleado para realizar el delito influye en la especie de éste y en el aumento enérgico de la sanción, por la temibilidad que revela el delincuente, entonces sí es el caso de interrogar al Jurado sobre esa especial circunstancia referente al modo de ejecución del ilícito. Tal sucede, por ejemplo, en el homicidio cometido por medio de incendio, inundación, siniestro ferroviario u otros de los delitos previstos en el Título VIII del Libro 2º del Código Penal, modalidades éstas gravísimas, que elevan el hecho a la categoría de asesinato, conforme al numeral 8º del artículo 363 de la obra citada. (Casación Penal. Mayo 27 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ...286, 2ª y 287, 1ª

- 100 -

CULPA

La Corte ha hecho ver que se puede incurrir en culpa no sólo por hechos positivos sino también por omisiones, y así lo expresa una sentencia de la Sala de Negocios Generales, de 12 de abril de 1946, a saber: "No solamente la comisión de hechos positivos hace incurrir en culpa, sino que el simple descuido, la negligencia, la producen, de acuerdo con el Código Civil. En el derecho moderno, como enseña Josserand, se abre un campo cada día más amplio a la doctrina de que no sólo por los hechos activos, como cuando derribamos a un peatón o difamamos al prójimo, se compromete nuestra responsabilidad, sino también por abstención, por la inercia. A la falta positiva, viene a oponerse y a agregarse la falta negativa, que consiste en abstenerse de un acto, de una intervención, de una iniciativa que se estiman obligatorios". (G. J., Tomo LX, pág. 576). (Casación Civil. Mayo 12 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ...101, 1ª

- 101 -

CURADOR AD LITEM (Terminación de la curaduría, por muerte del padre ausente)

La muerte del padre ausente cuyo paradero se ignora no pone fin a la curaduría ad litem del menor, sino que, como ocurre con el

mandato de apoderados continúa vigente mientras el representante legal del menor no concurra al juicio y asuma la representación.

Sobre el particular ha dicho la Corte: "Los curadores para pleito o ad litem, aunque no derivan la representación de la voluntad del representado, son mandatarios que el juez les dá a ciertas personas que no pueden o no quieren comparecer al juicio, en circunstancias que la ley determina, y como a mandatarios judiciales les es aplicable el artículo 264 del C. J." (G. J., Tomo 45, pág. 114, casación de 11 de agosto de 1936). (CasaciónCivil. Julio 24 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .. 552, 2ª

— D —

- 102 -

DECLINATORIA DE JURISDICCION (Cuándo procede esta excepción)

Dice el artículo 331 del Código Judicial que la excepción de declinatoria de jurisdicción se refiere al caso de que el juez carezca de ella, o no sea competente para conocer de la demanda.

Así, pues, ocurre la mentada excepción cuando el juez conoce de un negocio que no le corresponde, bien por su naturaleza o cuantía, ora por la calidad de las partes, ya por razón del lugar donde debe proseguirse, y en los eventos en que, existiendo de suyo la jurisdicción, se ha perdido, por alguna de las circunstancias especificadas en el estatuto procesal. (Negocios Generales. Mayo 10 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 312, 2ª

- 103 -

DELITO COMETIDO EN DISTINTOS LUGARES (Competencia para su conocimiento)

La norma del art. 57 del C. de P. P. obvia las dificultades que puedan presentarse cuando existe la circunstancia de que dos jueces puedan conocer del mismo negocio penal, en consideración a la naturaleza del hecho punible, pero que por presentarse en distintos lugares los acontecimientos que reflejan las diferentes fases del acto delictuoso, desde que éste surge en la mente del delincuente hasta su consumación plena, se presenta la duda de saber cuál de esos jueces es el competente para conocer del proceso; duda que la norma despeja señalando unos determinados eventos, los que al cumplirse, o bien todos conjuntamente, o bien unos por separado, otorgan jurisdicción territorial al juez en donde tales hechos se hayan operado. (Casación Penal. Julio 4 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 644, 2ª

- 104 -

DEMANDA (No pueden los empleados judiciales presentar la de inconstitucionalidad de leyes y decretos)

La demanda de inexequibilidad de una ley o un decreto, se propone ante la Corte, que es la cabeza de la rama judicial; aquélla constituye, por tanto, una típica gestión judicial.

A la vez, esa demanda o gestión judicial entraña una participación —lícita para todos los ciudadanos, pero vedada para el caso particular de los empleados judiciales— en ejercicio de la abogacía. (Sala Plena. Mayo 2 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....4, 2ª y 5, 1ª

- 105 -

DEMANDA (Requisitos de la de casación cuando se acusa por error en la apreciación de pruebas)

La simple manifestación hecha por el recurrente en la enunciación del cargo, según la cual la sentencia "contraría la ley sutantiva por infracción directa o aplicación indebida

o interpretación errónea por equivocada apreciación de las pruebas, habiendo incurrido el fallador en error de hecho y de derecho", no es suficiente. En primer término porque deja al juzgador sin saber cuál sea el sentido del error que se imputa respecto de cada prueba, y porque, en segundo lugar, no se determina expresamente la relación que pudo quedar establecida entre tal error y la violación de las normas legales sustantivas señaladas en el cargo. Sólo cuando el recurrente demuestre un error evidente en los autos que envuelva violación de la ley, o un error de derecho que implique el mismo quebrantamiento, el recurso de casación prospera. Una vaga referencia a las pruebas desestimadas o mal apreciadas, es impertinente, porque el recurso de casación no tiene por objeto revisar el pleito ni realizar un nuevo análisis general de las pruebas. Puesto que tal recurso no es una tercera instancia y se limita al examen de la sentencia en sus relaciones con la ley, la acusación de error en la prueba, no puede tener un carácter general y abstracto; el recurrente debe precisar cada error y demostrar que ha incidido indirectamente en la violación de determinadas disposiciones legales sustantivas. Sobre el particular es abundante la jurisprudencia de la Corte. (Casación Civil. Mayo 7 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 63, 2ª

- 106 -

DEMANDA (**Causa petendi. Inconsonancia**)

Sabido es que los fundamentos de hecho de la demanda constituyen la CAUSA PETENDI, configuran la litis y le señalan al juzgador el alcance de la sentencia que debe proferir para desatarla.

Como dice Ugo Rocco (Derecho Procesal Civil, pág. 169), para tener exacta noción de la CAUSA PETENDI debe considerarse que: "En las acciones de condena, además del caso en que el incumplimiento derive de la incertidumbre del derecho, la causa petendi debe ligarse al hecho violatorio del derecho. Y, ciertamente, sólo de la existencia de un derecho y de un hecho que lo viole, nace la razón de pedir la prestación de la actividad jurisdiccional".

Por eso, en los hechos de la demanda radica la CAUSA PETENDI de la pretensión aducida, y de ahí que el artículo 593 del Código Judicial dice que la sentencia debe fundarse "en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa", para resolver conforme a los primeros sobre las pretensiones del demandante y al tenor de los segundos (y también de aquéllos) sobre las excepciones del demandado. Este artículo consagra en Colombia la llamada "teoría de la sustanciación", que exige al actor señalar en su demanda los hechos que han engendrado el derecho que reclama, aunque nuestro Código le dá aplicación amplia y no rigurosa, pues no hace falta que se expresen precisamente todas las circunstancias que configuran el caso, sino que es suficiente con determinar aquellos hechos sustanciales de donde pretenda el demandante deducir su derecho, o sea, sus peticiones. Pero las circunstancias accesorias o complementarias, de segundo orden pudiera decirse, desde que se hallen probadas, deben estimarse para el efecto de la decisión por el juez, auncuando no hayan sido expuestas en la demanda. La primera clase de hechos, es decir, los sustanciales o principales, son los que constituyen la CAUSA PETENDI, y delimitan el objeto del litigio, en tal forma que el fallador no puede separarse de ellos y de su prueba, al proferir la sentencia, fundamentándola, por ejemplo en hechos sustanciales no expuestos en la demanda, a pesar de que se encuentren probados en el juicio. Excepcionalmente puede apoyarse el juez en aquellos que el demandado se ha encargado de alegar y exponer en la contestación de la demanda, pues así como los hechos de la demanda pueden servir para fundar una excepción perentoria a favor del demandado, también los expuestos en la contestación sir-

ven para fundar una sentencia favorable al demandante, siempre, claro está, que se encuentren debidamente probados. Por éso, el artículo 593 habla de "los hechos conducentes de la demanda y de la defensa".

La Corte, en muchas ocasiones, ha expuesto que la sentencia no puede separarse de los hechos alegados en la demanda, debidamente probados en el juicio.

Pues bien: en la demanda se persiguó la declaración de nulidad del contrato por simulación absoluta, de acuerdo con la antigua y ratificada jurisprudencia sobre esta materia; pero en ninguna forma se atacó el instrumento por causa de inhabilidad de uno de sus testigos, ni otra semejante. En estas condiciones, el Tribunal estaba impedido para pronunciarse sobre la nulidad absoluta del instrumento y en general sobre los efectos de la falta de edad de uno de sus testigos o su no presencia en el momento de darse lectura al mismo y de ser firmado por los comparecientes, pues al hacerlo, obraba ya de oficio. (Casación Civil. Junio 23 de 1952. Tomo LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....460, 1ª y 2ª

- 107 -

DEMANDA (Error en la cita de disposiciones legales aplicables)

Cuando el derecho que se demanda está de acuerdo con los hechos, es decir, se deduce de ellos, el error cometido por el demandante en el libelo al señalar las citas de la ley aplicable al caso, no obsta para reconocer el derecho; corresponde al juzgador la aplicación de la ley, aunque ésta no se señale en la demanda o se invoque la que no cuadra a los hechos que sirven de base a la acción. Esta doctrina ya ha sido sostenida en repetidas ocasiones por la Corte. (Casación Civil. Junio 6 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 368, 2ª

- 108 -

DEMANDA (Su interpretación)

Las demandas, como los contratos y las leyes, pueden y deben interpretarse, pero la pauta primordial al efecto es la de atenerse al sentido natural y obvio de sus términos. (Negocios Generales. Mayo 10 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 315, 2ª

- 109 -

DEMANDA (Su interpretación)

Ha dicho la Corte: "Una demanda es susceptible de interpretación, siempre que al hacerlo no se varíen los factores esenciales del litigio, constituídos por las súplicas del actor y los hechos en que se apoya" (Casación de 9 de julio de 1943. G. J., Tomo 45, pág. 307). (Casación Civil. Junio 10 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 403, 2ª

- 110 -

DEMANDA (Su interpretación)

La demanda tiene que apreciarse armónicamente como un conjunto a que concurren los hechos fundamentales y que no consiste tan sólo en su parte petitoria. De lo contrario, fácilmente podría desviarse o no comprenderse su intención y, de otro lado quedaría sin sentido la exigencia legal de que a más de contener lo que se demanda y los fundamentos de derecho en que se apoya, exprese con claridad y precisión los hechos u omisiones (G. J. art. 205). (Casación Civil. Julio 30 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117)... 590, 2ª

- 111 -

DEMANDADO (Quién tiene este carácter en un juicio)

La calidad de demandado, en nuestro procedimiento dispositivo, aparece exclusiva-

mente del libelo de la demanda, y por tanto corresponde al demandante señalar las personas contra las cuales endereza sus pretensiones, sin que le sea permitido al juez imponerle tal caráter a personas distintas. Precisamente, uno de los casos de ilegitimidad sustantiva de la parte demandada tiene lugar cuando se omite demandar a quien ha debido serlo, como cuando se pide por un tercero la nulidad de un contrato de compraventa o la declaración de simulación y únicamente se demanda al comprador y no al vendedor respecto del cual necesariamente debe producir efectos la sentencia que resuelve sobre la validez o nulidad del título. En algunos casos dispone el Código de Procedimiento Civil que se cite a determinadas personas o se les dé traslado de la demanda; por ejemplo, a los Personeros Municipales o al Procurador General de la Nación; pero además de tratarse de casos expresamente contemplados en el Código, no se trata tampoco de demandados en el sentido técnico de la palabra. El Juez que le diera carácter de demandado a una persona que no ha sido señalada como tal en el libelo, estaría aplicando la litis contestatio inquisitivamente, con violación de todo nuestro sistema procesal civil. (Casación Civil. Junio 7 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....377, 2ª y 378, 1ª

- 112 -

DEMORAS (Cuándo configuran abuso de autoridad)

Se configura el delito de abuso de autoridad consistente en demoras por parte de un funcionario judicial en el despacho de los negocios a su cargo, cuando está demostrado el elemento subjetivo o moral de la infracción, proveniente de negligencia, descuido u omisión del funcionario sindicado, en el cumplimiento de sus deberes, o la intención dolosa de rehusar, hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debía llevar a cabo.

Ninguna responsabilidad, pues, cabe cuando la demora obedeció a factores extraños a la voluntad del procesado, como el exceso de trabajo por el crecido número de negocios que cuando ocurrió la demora se ventilaban en la oficina a su cargo, circunstancia que equivale a un hecho imprevisto, ajeno al control del estatuto represivo y, por lo mismo, extraño a lo que éste tiene como violatorio de sus normas. (Casación Penal. Junio 6 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 610, 1ª y 2ª

- 113 -

DOCUMENTOS PUBLICOS (Su autenticidad se presume)

La acción ha sido establecida por la ley para alterar o cambiar una situación jurídica, creada, o por voluntad de las partes o por el querer del legislador, lo que indefectiblemente conduce a la conclusión de que la acción que no persigue esa finalidad, no puede prosperar.

De estos principios han concluído la doctrina y la jurisprudencia, que hay determinadas acciones que no pueden aceptarse por los jueces, cuales son, entre otras, las que los expositores apellidan INTERROGATORIAS, cuyo objeto es obligar al demandado a que explique qué consecuencias se propone sacar de tal o cual facultad que le pertenece, a saber si tiene o no determinadas pretensiones fundadas en este o aquel título.

También se ha aceptado uniformemente, que si la acción se funda en un documento público y solemne, no es necesario intentar juicio para que se declare la validez del acto y como consecuencia el derecho que de él nace, porque como documento público está amparado por la presunción de validez, mientras no se demuestre, en juicio contradictorio, su nulidad u otro vicio que lo invalide, y por tanto él produce todos los efectos legales

sin que se necesite una declaración judicial al respecto.

Esta presunción está consignada en el artículo 1759 del Código Civil que considera que las declaraciones que hagan los interesados en un instrumento público hacen plena fe contra los declarantes y ellas no pueden invalidarse sino por mutuo consentimiento de las partes o por causa legal.

Existiendo a favor de los actos celebrados aparentemente, con las formalidades legales, la presunción de validez, sería insensato e injustificable que se ocurriera a la justicia ordinaria demandando la validez de un acto que ni los otorgantes ni los terceros han tachado de nulo o de inválido. Y ésto es de rigor, porque si las partes o los terceros tuvieran que ocurrir a los jueces pidiendo la declaración de validez del acto solemne que ellos voluntariamente han celebrado, sería acabar con la fe pública que éstos merecen por sí mismos y con la de los funcionarios públicos encargados de darla, fe que es necesaria para la estabilización de las relaciones humanas, ya sean de familia, ya sociales y comerciales.

Esto ha dicho también en otras ocasiones la Sala de Casación Civil (v. Casación de 25 de abril de 1941, G. J. n. 1971, pág. 225). (Casación Civil. Julio 22 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....527, 2ª y 528, 1ª

- 114 -

DOLO (En materia contractual)

Al tenor del artículo 1515 del Código Civil, el dolo no vicia el consentimiento, sino cuando aparece que es obra exclusiva de una de las partes y la otra no hubiera contratado sin él. (Casación Civil. Junio 23 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 466. 2ª

- 115 -

DOMINIO (Su prueba)

Conforme al texto del artículo 765 del C. C., son títulos traslaticios de dominio los actos legales de partición y, por lo tanto, hay que considerar que la hijuela es título suficiente para comprobar dominio, siempre que a ésta no se oponga otro título anterior, pues en este evento hay que recurrir a los títulos anteriores de la hijuela. Esto mismo sucede con los demás títulos traslaticios de dominio, cuando a ellos se opone otro título anterior, así sea la mera posesión, que funda la presunción de ser el dueño, mientras no se pruebe lo contrario. Además, de conformidad con el artículo 752 del C. C., si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa entregada por él, o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición, otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. (Casación Civil. Mayo 7 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 68, 2ª

- 116 -

DOMINIO (Prueba en juicio reivindicatorio)

Para comprobar el dominio en un juicio reivindicatorio, debe presentarse la prueba específica correspondiente, la escritura pública registrada, según los términos del artículo 630 del C. J.; y no el certificado del Registrador, que es un elemento complementario de los títulos que requieren la solemnidad del registro, pero que en ningún caso constituye el título mismo, y que sólo excepcionalmente puede servir de prueba supletoria de éste, en el evento del artículo 2675 del C. C., comprobándose, previamente, las situaciones allí previstas. (Casación Civil. Mayo 7 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 68, 2ª

— E —

- 117 -

EDAD (Determinación de la de una persona)

La determinación de la edad de una persona en la forma prevista por el art. 400 del C. Civil sólo puede tener cumplimiento respecto de personas vivas y no respecto de quienes ya han fallecido. (Negocios Generales. Julio 25 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 811, 1ª

- 118 -

EJECUTIVO (Sentencia de excepciones)

La sentencia de excepciones ejecutoriada y dictada en juicio ejecutivo es obligatoria para las partes que en éste intervinieron, en lo relativo a la cuestión en ella decidida, mientras no se pida y decrete su revisión por la vía ordinaria. (Casación Civil. Junio. 6 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ...370, 2ª

- 119 -

EMPLEADOS JUDICIALES (No pueden presentar demandas de inconstitucionalidad)

A pesar de que la Constitución, en su artículo 214, confiere a toda persona el derecho de accionar o pedir en materia de demandas de inconstitucionalidad, su ejercicio no deja de entrañar una actividad propia de la profesión de abogado y de constituír una gestión judicial, que se cumple ante la Corte. Por eso, los empleados de la Rama Jurisdiccional no pueden presentar personalmente esta clase de demandas, porque, por expreso mandato del artículo 160 de la Constitución Nacional y del 2º del Código Judicial, los cargos del orden judicial son "incompatibles con TODA PARTICIPACION en el ejercicio de la abogacía", y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 del C. J., "los empleados del orden judicial y los del Ministerio Público no pueden ser mandatarios de profesión en negocios de ninguna especie, ni abogar en asuntos judiciales y administrativos, ni ejercer el cargo de albaceas o ejecutores testamentarios, aunque estén en uso de licencia. Cuando tengan que litigar en causa propia, deben constituír apoderado". (Sala Plena. Diciembre 6 de 1951. T. LXXII. Nº 2115) .....1, 2ª y 2, 1ª

- 120 -

ENCUBRIMIENTO

Según el artículo 200 (inciso 1º) del estatuto penal, los elementos esenciales del encubrimiento, en la forma de la RECEPTACION, son la compra o venta de la cosa y el conocimiento inequívoco ("a sabiendas") de su procedencia delictuosa, ésto es, ser el objeto (no instrumento ni medio) de un delito. (Casación Penal. Mayo 23 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 269, 1ª

- 121 -

ERROR (Cuál determina la nulidad del acto o contrato)

Desde luégo, como es sabido, no toda diferencia o desacuerdo entre la voluntad que se manifiesta y las obligaciones que de ella resultan, constituye un error susceptible de producir la anulación del respectivo acto o contrato; "tal doctrina —como lo observan Planiol y Ripert— no podría aplicarse sin exponer al contratante a tales riesgos que privarían de toda seguridad al comercio jurídico". La ley y la jurisprudencia limitan dicho efecto al error que recae sobre la naturaleza de la obligación, o como dice el Código Civil, "sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra", ERROR IN NEGOTIO, el cual lleva implícitamente envuel-

to un error en la causa de la obligación; o cuando "versa sobre la identidad de la cosa específica de que se trata", o sobre "la sustancia o calidad esencial" de la misma, o sobre una calidad accidental de la cual consta a la otra parte que constituye el principal motivo para contratar, ERROR IN CORPORE; o, finalmente, cuando el error se refiere a la persona con quien se contrata, por consideración especial a ella. Ni el error sobre la simple denominación del contrato, sobre los motivos que hayan determinado su celebración o sobre calidades no esenciales del objeto, ni el que haya podido producirse en el valor o por simples equivocaciones de cálculo, son suficientes para viciar el consentimiento, y producir como consecuencia, la nulidad del respectivo acto o contrato. (Casación Civil. Mayo 9 de 1952. T. LXXII. Número 2115) .....208, 2ª y 209, 1ª

- 122 -

ERROR (Requisitos para que prospere el recurso de casación por error en la apreciación de pruebas)

Para que el error en la apreciación de la prueba pueda constituír causal de casación, es indispensable que el recurrente demuestre en qué ha consistido tal error, si ha sido de derecho o de hecho que aparezca manifiestamente en los autos; que individualice y examine las pruebas que estime mal apreciadas, indicando el sentido de la indebida apreciación que configure el error alegado; que demuestre que en virtud de tal error el Tribunal incurrió en la violación de normas legales sustantivas, al dictar su decisión, expresando el sentido de tal violación, o sea si fué por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea. (Casación Civil. Mayo 13 de 1952. T. LXXII. Nº 2115)...115, 1ª y 2ª

- 123 -

ERROR DE DERECHO (En apreciación de pruebas)

El error de derecho tiene lugar cuando se juzga falsamente del valor legal de una prueba, por habérsela desestimado cuando debía tenerse en cuenta, o por habérsela apreciado cuando, no obstante su inadmisibilidad o inconducencia, no podía serlo, o por habérsele dado un alcance distinto al que legalmente le corresponde.

De esta suerte, es absolutamente inadecuado, como lo hace el recurrente en este pleito, hablar de error de derecho consistente en errónea interpretación, "por falta de apreciación de diversas pruebas ya pormenorizadas y analizadas, y al mismo tiempo en apreciación errónea de otras, para concluír la indebida aplicación de los arts. 1602 y 1603 del C. C., "porque el Tribunal de Cali, no podía aplicar al contrato de 1934 ningún contrato distinto..., ni tampoco podía aplicar ese artículo para referirlo a otras obligaciones". Porque, se ha dicho, el juicio equivocado en que consiste el error de derecho dice relación a la ley, criterio jurídico, y no al contenido mismo de otras pruebas; y porque al valorar la sentencia el influjo de determinados actos o contratos sobre el que es objeto de la litis, nada distinto hace a establecer los fundamentos de la conclusión a que precisamente debe llegar. (Casación Civil. Abril 16 de 1952. T. LXXII. Número 2115).. 168, 2ª

- 124 -

ERROR DE HECHO (Cuándo dá lugar a la casación)

El error de hecho que dá lugar a la casación de un fallo cuando a consecuencia de él se ha incurrido en violación de ley sustantiva es aquel que aparece "de modo manifiesto en

los autos", tal como lo requiere el numeral 1º del art. 520 del C. J. Y la jurisprudencia de la Corte ha sostenido de manera uniforme y reiterada que para que pueda hablarse de un error de esa naturaleza, en la apreciación de una determinada prueba, es necesario que la equivocación en que haya incurrido el Tribunal sea de tal magnitud que a primera vista y sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas, se vea que la apreciación hecha por él pugna evidentemente o de manera manifiesta con la realidad que surge de la prueba. (Casación Civil. Junio 1º de 1952. Tomo LXXII. Nos. 2116 y 2117) 504, 1ª

- 125 -

ERROR DE HECHO (Cuándo es causal de casación)

Sabido es que el error de hecho no es causal de casación sino cuando tiene el carácter de manifiesto o evidente, requisito indispensable para que la equivocada apreciación del juzgador dé lugar a la prosperidad del recurso contra el fallo de segunda instancia. (Casación Civil. Julio 30 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 582, 2ª

- 126 -

ESTADO CIVIL (Las certificaciones de notarios también son pruebas principales)

El artículo 22 de la Ley 57 de 1887 no dispone otra cosa que otorgarle a las certificaciones de origen eclesiástico, la categoría y alcance probatorio de las que expiden los Notarios —la de pruebas principales del estado civil— que antes no tenían, y no puede colegirse de ese texto, que por el hecho de ese equiparamiento legal, las últimas pierdan su carácter de pruebas principales de los hechos constitutivos del respectivo estado civil. (Casación Civil. Mayo 3 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 32, 1ª

- 127 -

ESTADO DE NECESIDAD (Requisitos para que sea causal de justificación en tratándose de delitos contra la propiedad)

Refiriéndose al estado de necesidad, dijo la Corte: "Este motivo tiene estrecha semejanza con la legítima defensa, por cuanto en ambas figuras se requiere la existencia de un grave peligro, inminente e inevitable de otro modo; ambas circunstancias entrañan situaciones de necesidad y angustia basadas en el instinto de conservación, que obra como fuerza impulsora de la acción o reacción que surge de dichos fenómenos jurídicos.

"Lo que en realidad de verdad diferencia la legítima defensa del estado de necesidad, es que en la primera se reacciona contra un agresor injusto, mientras que en la segunda no existe ese agresor, pues tal estado de necesidad no es "sino una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, también jurídicamente protegidos". De ahí que el agente activo del delito, obre bajo este estado contra un inocente.

"Pero esta diferencia marca —dice con toda razón el señor Procurador Delegado— un principio orientador muy notable en materia probatoria, a saber: que la aceptación del estado de necesidad es mucho más rígida y exigente que en la legítima defensa, precisamente porque en aquél la víctima es inocente y está amparada en el bien jurídico que sufre la lesión.

"Por eso, nuestro Código Penal requiere expresamente (lo que no exige para la legítima defensa) que el peligro no sea evitable de otra manera y que no deba afrontarse por obligación profesional (artículo 25, numeral 3º)".

"Y en tratándose del estado de necesidad en delitos contra el patrimonio, es mucho más severo y restringido, ya que sólo limita

la justificación del hecho a la subsistencia o vestido de la propia persona, o a la de su familia (se excluye el tercero o particular), siempre que 'se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas' (art. 430)". (Casación Penal. Julio 4 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 648, 2ª

- 128 -

EXCEPCIONES

Es constante la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que cuando la acción prospera no es imprescindible un pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia sobre las excepciones que se hayan propuesto o alegado, si éstas fueron tenidas en cuenta en la parte expositiva del fallo. Y la razón es ésta: declarada la acción, tácitamente se está expresando que los medios defensivos, las excepciones, no tienen fundamento jurídico, y sobra entonces referirse también a éstos en la parte resolutiva del fallo. (Casación Civil. Julio 30 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 572, 2ª

- 129 -

EXCEPCIONES DILATORIAS

El objeto de las excepciones dilatorias se dirige al procedimiento "para suspenderlo o mejorarlo", como dice el Código Judicial, pero no para dilatarlo o complicarlo, ni menos, para llevar a los jueces a adelantar conceptos que tienen su lugar adecuado en el fallo definitivo. (Negocios Generales. Mayo 10 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 315, 2ª

- 130 -

EXPEDICION DE MERCADERIA (Responsabilidad proveniente de esta clase de entrega o tradición)

La responsabilidad proveniente de la tradición o entrega simbólica que se hace a través de la simple expedición de la mercadería, se funda en el acuerdo previo que ha debido mediar entre el comprador y el vendedor, para formalizar el contrato y para que en ejecución de éste, se haga la expedición o despacho; por lo cual, si ese acuerdo previo no existe, tampoco cabe la consiguiente responsabilidad, mientras la mercadería no haya sido recibida materialmente por sus destinatarios. (Casación Civil. Abril 30 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 193, 2ª

- 131 -

EXTRADICION

Las condiciones que los artículos 708 a 715 del Código de Procedimiento Penal y el Decreto 2200 de 1938 exigen para que la extradición de un condenado pueda concederse, son las siguientes:

a) Que la solicitud se haya hecho por vía diplomática;

b) Que el hecho que la funda (la extradición) esté previsto como delito en Colombia y reprimido con sanción privativa de la libertad no menor de cuatro años; y

c) Que se hayan presentado copias auténticas de la sentencia y de las disposiciones penales aplicadas, con indicación de los actos que determinaron la solicitud, de la fecha y sitio en que se ejecutaron, y de los datos relativos a la identidad y peligrosidad del extraditando. (Casación Penal. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117)... 611, 1ª y 2ª

- 132 -

EXEQUATUR (Lo requiere la providencia extranjera sobre interdicción de una persona)

Para la Corte es incuestionable que la providencia con la cual se pone fin a un juicio de interdicción, resolviendo sobre el fondo de la cuestión y designando curador, es una sentencia ejecutable en Colombia en el caso de haberse dictado en país extranjero que le dé el mismo valor a los fallos judiciales proferidos en Colombia. Está en este punto de acuerdo la Sala con el señor Procurador General de la Nación, porque según nuestro sistema procesal civil, tal como lo enseña la totalidad de los expositores nacionales, es sentencia la providencia que le pone fin a la instancia y al juicio, al ejecutoriarse sin ser apelada ni tener consulta, o por tratarse de instancia única, cualquiera que sea la clase de juicio de que se trate.

Si es sentencia la resolución con que se le pone fin a una acción declarativa, con mayor razón tiene tal carácter la providencia que le pone término a una acción constitutiva. Este concepto se encuentra sostenido por los procesalistas italianos y alemanes, y así es como el profesor de la Universidad de Génova Ugo Rocco, dice: "La pretensión que se hace valer contra el Estado a través de la acción de simple declaración, es la pretensión pura y simple de la declaración, de una relación o estado jurídico. El acto con que el Estado satisface esta pretensión, es la sentencia en su tipo genuino, o sea, un acto que es única y exclusivamente, una sentencia (sentencia de mera declaración)". (Derecho Procesal Civil, edición mejicana, 1944, pág. 160).

Y más adelante agrega: "Y efectivamente, para que pueda atribuírse a un acto de los órganos jurisdiccionales el carácter de sentencia, se necesitan dos características imprescindibles: el carácter formal (por el cual es sentencia todo acto de los órganos jurisdiccionales realizado según los requisitos formales establecidos por las normas del derecho procesal) y el carácter substancial (por el cual es sentencia todo acto de los órganos jurisdiccionales que declara una relación jurídico-material o procesal-incierta)". (pág. 177).

El tratadista alemán Adolfo Schenke, en su obra "Derecho Procesal Civil", dice que las sentencias extranjeras sólo pueden producir sus efectos peculiares si son RECONOCIDAS en Alemania, y que "pueden ser reconocidas las sentencias extranjeras que tengan el carácter de firmes, entendiéndose por sentencia la resolución definitiva de un Tribunal que decide sobre el fondo de una cuestión civil, y ora sea de condena, declarativa o constitutiva" (pág. 281, edición española de 1950).

El artículo 466 del Código de Procedimiento Civil dice que se llama sentencia la resolución de carácter judicial si decide sobre la controversia que constituye la materia del juicio o "sobre lo principal de éste". En él se contempla así, expresamente, el caso de los juicios no contenciosos o sin controversia, pues de lo contrario sobraría la frase puesta entre comillas, la cual indica que son también sentencias las resoluciones que deciden sobre lo principal del juicio, poniéndole fin a la instancia, auncuando no haya controversia ni parte demandada, como en los juicios de sucesión, de licencia para enajenar bienes de incapaces, de interdicción judicial o de guarda de los incapaces. Y el mismo Código, en el artículo 821, le dá la denominación de fallo, es decir, de sentencia, a la providencia que resuelve sobre la demanda de interdicción judicial.

Observa la Sala que también sería necesario obtener el exequatur, para su cumplimiento en Colombia en tratándose de autos interlocutorios que tengan fuerza de sentencia, de conformidad con la ley.

Es necesario tener en cuenta que ninguna providencia de jueces extranjeros puede te-

ner obligatoriedad ni ejecución forzada en Colombia, sin que medie la autorización de los funcionarios competentes del órgano judicial colombiano, pues de lo contrario se estaría violando la soberanía nacional. Por eso, todos los autores enseñan que la jurisdicción es exclusiva, o sea, que en cada país los jueces respectivos son los únicos que pueden pronunciar decisiones judiciales obligatorias.

Sin duda alguna, la ejecución forzada de las sentencias como resultado de la obligatoriedad de la cosa juzgada, opera únicamente cuando se han ejercitado acciones de condena y, por consiguiente, la sentencia respectiva es de condena. De ahí, casualmente, su denominación. Pero no quiere ésto decir que las sentencias constitutivas o declarativas no necesiten ser reconocidas por ninguna autoridad para que sus efectos se produzcan y tenga plena realización el mandato en ellas contenido. Estas sentencias declarativas o constitutivas han tenido como causa la acción ejercitada por los interesados en obtener el pronunciamiento judicial, precisamente para hacerlo valer ante terceros o ante autoridades del Estado, en la mayoría de los casos. Rara es la ocasión en que se adelante un juicio sin que el interesado necesite para nada hacer valer o reconocer ante terceros la sentencia que se pronuncie.

El artículo 561 del Código Judicial dice: "Si se declara que debe darse cumplimiento a la sentencia se pide su ejecución ante el Juez competente". Pero ésto no quiere decir que siempre sea necesario pedir tal ejecución, sino que, en caso de serlo, el interesado debe recurrir al Juez competente conforme a las normas procesales comunes, sin que tal ejecución le corresponda adelantarla a la Corte. Por otra parte, el término "ejecución" debe entenderse en su acepción amplia de CUMPLIMIENTO; y es indudable que también las sentencias constitutivas y aún las declarativas deben hacerse valer en ocasiones ante los jueces: por ejemplo, cuando el curador designado necesita ejercitar sus derechos de tal en juicio, para vender un inmueble o cualesquiera otros bienes; o cuando el documento reconocido como auténtico en juicio declarativo va a hacerse valer para los efectos de un juicio de condena o ejecutivo. En todos esos casos y muchos más similares, la sentencia declarativa o constitutiva tiene cumplimiento ante el juez que conoce de ella, sujeto a partir de su existencia para proveer en uno u otro sentido. Como es obvio, no podría lograrse el cumplimiento o reconocimiento de la validez de tal sentencia extranjera de carácter declarativo o constitutivo, si previamente no se obtuvo el exequatur de la Corte.

De manera, pues, que una cosa es que las sentencias declarativas o constitutivas no impongan condena contra nadie, y otra muy distinta que no deban producir efectos jurídicos respecto de terceros, particulares o funcionarios públicos. La declaratoria de filiación natural, la simple nulidad de un matrimonio, el pronunciamiento de un divorcio o la interdicción de un incapaz, auncuando no conllevan condena que imponga obligaciones a nadie, producen sí efectos jurídicos para cuya realización se requiere el reconocimiento del valor de la sentencia por funcionarios públicos y aún el cumplimiento por parte de éstos de ciertos actos que son consecuencia necesaria de tales declaraciones, como la cancelación de la partida de matrimonio, el asentamiento de una nueva partida, el registro del fallo, el reconocimiento de las facultades de administración de bienes y guarda personal del pupilo, etc. Para todos estos efectos, cuando se los quiera deducir de una sentencia proferida en país extranjero, lo mismo que cuando se necesite hacerla valer ante terceros, o sea que éstos acepten la situación jurídica producida por ella, es absolutamente indispensable que, mediante los trámites del exequatur, se le reconozca por la Corte su valor y se ordene cumplirla en el territorio colombiano. De lo contrario, se estaría violando la soberanía nacional por el aspecto

de la jurisdicción, que exclusiva y soberanamente corresponde a los jueces de la República. Una sentencia de juez extranjero no podría ser reconocida sin haberse llenado esta solemne formalidad, porque lo que le dá su fuerza obligatoria, es el mandato de la Corte Suprema, que implícitamente contiene la orden judicial de ser obedecida dentro del territorio nacional. Sin esta orden, podría perfectamente un particular o un funcionario del Estado negarse a reconocerle eficacia, bien sea para efectos condenatorios o para simples fines declarativos o constitutivos.

Para la Sala, en conclusión, toda sentencia, en el sentido genérico explicado atrás, cualquiera que sea su naturaleza, dictada en otro país, necesita del exequatur para que pueda surtir efectos de todo orden en Colombia. (Casación Civil Junio 7 de 1952. Tomo LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....378, 2ª; 379, 1ª y 2ª y 380, 1ª

- 133 -

EXEQUATUR (Sus requisitos)

Para la prosperidad de una demanda de exequatur, lo primero que debe demostrarse es la vigencia de un tratado o, en subsidio, la existencia de la reciprocidad legislativa. Porque, al tenor del artículo 555 del Código de Procedimiento Civil, "la sentencia dictada en un país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le conceden los respectivos tratados existentes con ese país, y, a falta de éstos, la que allí se otorgue a las sentencias proferidas en Colombia".

De manera que, cuando no hay tratado público, es indispensable demostrar que la ley del país donde fué dictada la sentencia que va a ejecutarse en Colombia le dá el mismo valor a las sentencias de jueces nacionales colombianos, o sea, pues, que admite su ejecución allí. Y ésto equivale a probar la vigencia de la ley extranjera que establezca la reciprocidad en tal sentido.

No es necesario que en la ley extranjera se diga expresamente que las sentencias colombianas o de otros países podrán ser ejecutadas donde se ha expedido la ley, previo el lleno de las formalidades de trámite establecidas. Suficiente sería demostrar que la ley de ese país consagra el principio de la reciprocidad legislativa en esta materia. (Casación Civil. Junio 7 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 380, 2ª

— F —

- 134 -

FALSAS IMPUTACIONES (Sus diferencias con la calumnia)

Entre la calumnia propiamente dicha y la falsa imputación ante la autoridad, existe una nota que les es común: en ambas infracciones se trata de una imputación falsa; pero discrepan en cuanto el denuncio ante una autoridad, de un hecho que la ley erige en delito, contra persona indeterminada, a sabiendas de que no se ha cometido, o contra persona determinada, a sabiendas de que es inocente, atendido el bien jurídico protegido y la naturaleza especial de cada una de esas formas delictuales, constituyen tipos penales diversos. En las falsas imputaciones, la nota característica consiste en la falsedad cometida en perjuicio de las funciones del Estado, por lo mismo de ser aquélla una infracción contra la administración de justicia. La falsa imputación no viene a ser sino un medio para poner en ejercicio la acción de la justicia con el fin de perseguir un delito supuesto. La calumnia, en cambio, se singulariza en que implica un ataque contra la integridad moral de la persona ofendida. Varía, pues, la naturaleza de esos hechos, y su alcance es diferente, por la manera de manifestarse cada uno de ellos, pudiéndose, en consecuencia, decir que la imputación falsa, como delito contra la justicia, tiene características de delito pú-

blico, mientras que la calumnia apenas constituye una relación penal de fisonomía privada, en el sentido de que el derecho lesionado es individual y el bien jurídico tutelado pertenece a esta naturaleza por lo cual para ser perseguible por la ley penal, es necesaria querella de parte, mientras que aquélla tiene la nota de la oficiosidad, es decir, no exige aquel procedimiento. (Casación Penal. Mayo 23 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 275, 1ª

- 135 -

FALSEDAD

No puede existir delito de falsedad porque se cambie la fecha que primitivamente se había puesto a un proyecto de providencia, para poner en cambio la correspondiente al día en que se firmó, porque la providencia no podía tener existencia jurídica sino en este día, y resulta equivocado hablar de falsedad en documentos, antes de que éstos tengan esa calidad. (Casación Penal. Mayo 9 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....247, 1ª y 2ª

- 136 -

FERROCARRILES (Demandas contra los Ferrocarriles Nacionales)

Estableciendo el artículo 2º del Decreto 2645 de 1943 que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales "disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma", y "ejercerá todas sus funciones con una completa independencia", no puede entenderse que en la última parte del artículo, cuando se agrega que el Consejo "tendrá la personería activa y pasiva de la Nación... en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios", se quisiera desconocerle aquella autonomía jurídica. Más congruente es admititr que esta parte de la disposición se refiere únicamente a los BIENES E INTERESES NACIONALES sometidos al Consejo, en el sentido de que éste tenga la personería activa y pasiva de ese PATRIMONIO NACIONAL descentralizado, por medio de su Administrador General. (Negocios Generales. Mayo 8 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....308, 2ª y 309, 1ª

- 137 -

FILIACION NATURAL (Diferencias entre la excepción de pluralidad de relaciones y la de vida disoluta)

El numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 consagra con el carácter de excepciones perentorias las defensas de que dispone el presunto padre para oponerse a que opere la presunción de paternidad que establece, si cree que no obstante las relaciones sexuales estables con la madre del hijo que se le imputa, no fue su progenitor y que la pluralidad de relaciones sexuales de la mujer dentro del lapso en que legalmente se presume la concepción, establecida de modo fidedigno, desnaturaliza la presunción de paternidad que lleva implicada la fidelidad de la mujer, pues entonces el hijo puede serlo de cualquiera de los hombres que la han poseído carnalmente en el tiempo indicado.

Pero esta excepción, cuya demostración corre a cargo del demandado, se integra según la ley con la triple prueba del hecho material de las relaciones sexuales concurrentes, de la determinación o individualización del hombre u hombres con quien las haya tenido y de la coincidencia de esas relaciones con la época legal de la concepción. Esta situación exceptiva, dentro de la ley colombiana, requiere las preindicadas demostraciones concretas, y es bien distinta de la llamada excepción de vida disoluta, concerniente de manera general a la mala conducta notoria de la madre, que otras legislaciones autorizan. (Casación Civil. Mayo 29 de 1952. T. LXXII. Número 2115) .....214, 2ª y 215, 1ª

- 138 -

FILIACION NATURAL (Reconocimiento por parte de la madre)

Sin la partida de nacimiento, medio específico para comprobar ese hecho, no funciona la presunción de reconocimiento por parte de la madre. No basta que ésta afirme, expresa o tácitamente, serlo, si por los medios legales no se acredita el hecho primordial del nacimiento, con la respectiva copia del acta del registro civil o del eclesiástico, o con la prueba supletoria en la forma prevista por la misma ley, con otros documentos auténticos, con declaraciones de testigos que presenciaron los hechos constitutivos de ese estado civil o con la posesión notoria del mismo. (Casación Civil. Mayo 30 de 1952. Tomo LXXII. Número 2115) 220, 2ª

- 139 -

FILIACION NATURAL (Prueba de la posesión notoria del estado de hijo natural)

Conforme al contenido clarísimo del artículo 4º de la ley 45 de 1936, las relaciones sexuales de los pretendidos padres en la época de la concepción del hijo lo mismo que la confesión inequívoca de paternidad contenida en "carta u otro escrito cualquiera", si bien constituyen fundamentos específicos para la declaratoria judicial de la paternidad, no son ni pueden ser prueba del de notoriedad del estado civil, que "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 y amigos o el vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento"; y no en que los pretendidos padres hubieran tenido relaciones íntimas al tiempo de la concepción del hijo, o en que el padre se hubiera dado como tal por "carta u otro escrito cualquiera que contenga una confesión inequívoca de paternidad", mucho menos mediante simple declaración hecha ante personas particulares que más tarde se presentan a testimoniarlo ante el Juez. (Casación Civil. Junio 9 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....390, 2ª y 391, 1ª

— H —

-140-

HEREDERO (Su derecho a pedir, en juicio, para la sucesión)

La no apertura del juicio de sucesión del causante o la falta de las copias de los autos atinentes a dicha apertura y reconocimiento de herederos, no tiene ninguna importancia, porque probado como está el carácter de hijo legítimo y, por tanto, de heredero, el derecho a pedir en tal condición ha quedado establecido. Ni es de interés la existencia de otros herederos, porque sabido es que cualquiera de los herederos representa por activo a la sucesión y por ende a la sociedad conyugal disuelta, sin que sea indispensable que todos concurran a demandar. (Casación Civil. Junio 11 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 412, 1ª

- 141 -

HEREDEROS (Notificación a los herederos cuando el ejecutado muere durante el juicio)

Es cierto que la notificación a los herederos, cuando muere el ejecutado en el curso del juicio, debe ser personal para que surta sus efectos, pues una notificación por estado a quienes son extraños al juicio es práctica y legalmente inexistente. Pero si los herederos ya son partes, el solo hecho de su actuación en tal juicio los hace conocedores del título o títulos ejecutivos que allí obran, y la notifi-

cación personal carece de objeto, como lo ha dicho la Corte. Con mayor razón no puede aceptarse que en juicio separado se alegue después como causal de nulidad la falta de tal notificación personal.

El artículo 1434 del Código Civil pretende simplemente evitar que los herederos sean sorprendidos con un mandamiento de pago. Luego, si éstos son parte en el juicio ejecutivo, la finalidad de impedir que sean condenados sin defensa ha quedado satisfecha. (Casación Civil. Julio 24 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....548, 2ª y 549, 1ª

- 142 -

HIPOTECA (Prueba de que el demandado es dueño de la propiedad hipotecada)

Habiéndose indicado en los hechos de la demanda que los demandados son los actuales dueños de la finca sobre la cual pesa el gravamen hipotecario, esta calidad era necesario establecerla con el título respectivo y la correspondiente nota de su inscripción en la Oficina de Registro. El principio general de la prueba sobre tradición de bienes raíces requiere, para su demostración, que se presente el respectivo instrumento público, debidamente inscrito. Cuando se compruebe la pérdida del protocolo, dice el artículo 2675 del C. C., o del expediente en que estaba consignado el título original registrado, y no existiere en poder del respectivo interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública, 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.

Verdad es que en ciertos casos y para determinados efectos, en el Código procesal civil se admite como prueba sumaria del dominio la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos, para que se verifique que la finca embargada pertenece a la persona en cuya cabeza se registre el embargo, conforme lo dispone el artículo 1008 del C. J.

Igual cosa se ordena en cuanto al artículo 1189 del mismo Código, pero como se puede observar, tal facultad se circunscribe a los casos en tales disposiciones señalados. (Casación Civil. Julio 31 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....593, 2ª y 594, 1ª

— I —

- 143 -

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA DEL DEMANDADO

Así como para poder formular las peticiones de la demanda se necesita que el actor tenga la legitimación o personería sustantiva que lo faculte para ello, también para oponerse en forma válida a las pretensiones de la contrademanda es necesario que el demandado en ella sea precisamente aquel que conforme a la ley esté llamado a responder. En caso contrario, se tendría una ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte actora o de la parte demandada.

La Corte ha dicho sobre este particular: "Hay ilegitimidad en la personería sustantiva del demandado cuando el demandante dirige contra el heredero, en su carácter personal, acción reivindicatoria de una finca poseída por el de cujus, en vez de dirigirla contra la sucesión, aún ilíquida, representada por el heredero" (Negocios Generales, junio 7 de 1937, G. J., Tomo 45, pág. 532). Lo mismo sucede, como es obvio y también lo ha sostenido en muchas ocasiones la Corte, cuando se demanda al heredero en su propio nombre y aún en su carácter de representante de la sucesión, habiéndose debido demandar a la sociedad conyugal. (Casación Civil.

Junio 11 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....417, 2ª y 418, 1ª

- 144 -

IMPEDIMENTOS

No existen en nuestro procedimiento penal las causales que propiamente podrían llamarse de abstención, que constituyen "una serie ilimitada de motivos no fijados en su totalidad en la ley, ya que, dada la delicada función que se encomienda al Juez, éste puede abstenerse hasta por razones graves de conveniencia" (Florian). Pero es indudable que dentro de las causales de impedimento, hay motivos de esa índole que, por consideraciones morales, bien pueden ser invocadas por el funcionario en orden a encontrar una incompatibilidad entre el cumplimiento de sus deberes y los motivos que podrían perturbar la serenidad de su criterio y la rectitud y honestidad con que debe administrar justicia.

Por tanto, si bien las causales de recusación deben ser interpretadas de una manera restrictiva, en forma que si no está señalada de una manera expresa en la ley la causal invocada, ella no opere en orden a arrebatar la jurisdicción del Juez recusado; en cambio, cuando se trata de impedimento manifestado por el funcionario, con el ánimo de que se le liberte del conocimiento de un proceso por consideraciones morales, incluídas por lo menos implícitamente en las causales que señala la ley, debe tener más elasticidad la manera de apreciar esa actitud de conciencia del funcionario, para declarar el impedimento que propone. (Casación Penal. Mayo 16 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 266, 1ª

- 145 -

IMPEDIMENTOS (Por parentesco)

El parentesco existente entre el Procurador Delegado en lo Penal y el Juez de primera instancia, no es causal de impedimento para que aquél actúe como Agente del Ministerio Público en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal. (Casación Penal. Mayo 6 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 237, 2ª

- 146 -

INCAPACIDAD PARA TRABAJAR (Nunca se confunde con la perturbación funcional)

La tesis de que la incapacidad para trabajar se confunde con la perturbación, cuando ésta es transitoria o de corta duración, no puede aceptarse en la exégesis de la legislación penal que rige, porque de ser de otra manera, las demás secuelas de la lesión perderían su existencia autónoma, que la ley consagra, para reducirlas arbitrariamente a un común denominador, que sería la simple incapacidad de trabajo que todas ellas comportan, en mayor o menor grado, y que no impide tenerlas en cuenta para graduar la penalidad, según se manifiesten en cada caso particular.

De no ser ello así, habría que formar un cuadro de incapacidades, clasificándolas por categorías, señalando cuáles pueden admitir dicha confusión, porque no sobrepasaron en mucho la duración de la simple incapacidad para trabajar, y cuándo sucede lo contrario, porque el tiempo que duró la perturbación o cualquiera otra de las consecuencias de la lesión, resulta igual o más largo que la incapacidad, dosimetría de las lesiones que no autoriza el Código Penal.

El fenómeno de la incapacidad funcional debe considerarse independientemente de cualquiera otra consecuencia proveniente de la lesión. Como se ha visto, los dos términos son diferentes desde el punto de vista científico y también jurídico, y, por lo mismo, no es posible confundirlos por la simultaneidad de resultados frente a cada caso penal. De

otra suerte, sería fácil confundir conceptos distintos que obedecen a una clasificación diferente dentro de la ciencia médico-legal. (Casación Penal. Julio 18 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....703, 1ª y 2ª

- 147 -

INCONSONANCIA (Cuándo es causal de casación)

Como lo tiene repetido la Jurisprudencia, la causal segunda de casación por inconsonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, sólo tiene lugar 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 dejado de resolver sobre lo que fué materia de la controversia. (Casación Civil. Abril 16 de 1952. Tomo LXXII. Nº 2115) 167, 1ª

- 148 -

INCONSONANCIA

El reconocimiento de una excepción perentoria, excluye por sí solo, como es obvio, la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones deducidas por los litigantes. (Casación Civil. Mayo 30 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 222, 1ª

- 149 -

INCONSONANCIA (En qué consiste la que es causal de casación)

La causal segunda de casación sólo procede cuando se han resuelto puntos ajenos a la controversia, pero nunca cuando el Tribunal haya considerado la condición sub judice de manera diferente a como la apreció alguna de las partes litigantes, o porque se hubiera abstenido de decidir de acuerdo con los puntos de vista expuestos por alguna de ellas. (Casación Civil. Junio 13 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 430, 1ª

- 150 -

INCONSONANCIA

Desde que una demanda es susceptible de interpretarse y tal facultad existe en el juzgador, el hecho de que en la sentencia no se resuelva sobre uno de los aspectos que el demandante juzga ha debido decidirse, no quiere decir que por este motivo la sentencia no esté en conformidad con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; cabría en tal caso, la acusación por error de hecho en la interpretación de la demanda. (v. G. J., Tomo 45, pág. 488). (Casación Civil. Julio 22 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 533, 1ª

- 151 -

INDAGATORIA

Dictado el auto de proceder, con sujeción a las normas de los artículos 429 y 431 del C. de P. P., no era lógico revocarlo, dictar sobreseimiento temporal y reabrir la investigación, únicamente con el propósito de recibir indagatoria y practicar las pruebas que de aquélla pudieran surgir.

Sin dejar de reconocer la importancia que esa diligencia pueda tener para la defensa del procesado, ella —según la prescripción del art. 365— "no es necesaria para continuar el sumario ni para calificar el mérito como —de acuerdo con el art. 433— tampoco es necesaria su presencia, ya que, hecha la declaración de reo ausente, "el juicio sigue hasta su terminación".

La ley procesal, además dá otras oportunidades, durante el juicio, en que el procesado puede, personalmente, exponer lo que no pudo —por ausencia— en la instrucción, y so-

licitar también la práctica de todas las pruebas conducentes a su defensa. (Casación Penal. Junio 3 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 596, 2ª

- 152 -

INDICIOS (Error de derecho en su apreciación)

Es tesis aceptada la de que si el sentenciador estudia separadamente varios indicios y los rechaza, porque aisladamente son insuficientes, pero sin examinar si con una debida coordinación y análisis, todos juntos suministran una convicción, no sólo incurre en una apreciación errónea, sino en error de derecho atacable en casación. Porque los indicios deben ser avaluados en conjunto, y sólo su conexión, siendo graves y precisos, induce a una estimación final sobre el hecho que indican o presumen. (Casación Civil. Mayo 7 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 72, 1ª

- 153 -

INEPTA DEMANDA (Excepción de)

La excepción de inepta demanda, es simplemente dilatoria, de acuerdo con el artículo 330 del C. Judicial; pero la jurisprudencia tiene aceptada como perentoria temporal la de ineptitud sustantiva de la demanda, y de acuerdo con ella se debe decidir en la sentencia. (Casación Civil. Julio 30 de 1952. Tomo LXXII. Nos. 2116 y 2117) 574, 1ª

- 154 -

INSPECCION OCULAR (Sus requisitos y diferencias con el reconocimiento judicial)

La prueba de la inspección ocular, como lo enseña el artículo 724 del C. J., es la que, a petición de parte o de oficio, ordena hacer el Juez, acompañado de peritos o testigos, con el objeto de examinar las cosas o hechos litigiosos, o relacionados con el debate, con el fin de juzgar con más acierto.

Cuando se habla de peritos o testigos, no puede ser indiferente nombrar testigos en vez de peritos, cuando la naturaleza de las cosas exija que se nombren éstos y no aquéllos. Así, pues, si el hecho requiere algunos conocimientos especiales, el Juez debe nombrar peritos que lo acompañen y ejecuten a su vista la operación necesaria, como si se tratara de reconocer, por ejemplo, los errores de construcción de un edificio que se dice es un peligro para el predio vecino, o de saber la dirección y longitud de una línea divisoria. Si el examen no exigiere tales conocimientos profesionales, bastará al Juez que se asocie de testigos, como cuando se trata de hacer derribar los árboles que úno hubiere plantado a menor distancia de la pared divisoria de aquella que permite la ley.

La inspección ocular es un medio probatorio que permite al Juez ponerse en relación directa con las cuestiones que se pretende demostrar pericial o testificadamente, dándole ocasión y manera de realizar observaciones personales respecto de los hechos y circunstancias litigiosas que le sirvan de orientación y base para sentenciar acertadamente, las cuales, consignadas en el acta cuando la inspección se ha practicado dentro del juicio, hacen plena prueba.

No sucede lo mismo con el reconocimiento judicial, que se verifica sin otra intervención que la del solicitante, con peritos o testigos que el Juez designa libremente. Esta inspección extrajudicial, practicada a virtud de lo dispuesto en el art. 732 del C. J., que autoriza a cualquier interesado para pedir fuera de juicio, a título de abonamiento probatorio, la práctica de diligencias de tal índole sobre hechos o cosas determinadas, 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. (Casación Civil. Mayo 3 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....41, 2ª y 42, 1ª

- 155 -

INSPECCION OCULAR (No es prueba única para la identificación de predios)

La identificación de una finca raíz resulta de confrontar la realidad territorial con la descripción que de aquélla se hace en la demanda o en los títulos de dominio. Si la correspondencia entre una y otra resulta exacta, es decir, si los linderos y la situación que se describen en lo escrito están conformes con los que aparecen en el terreno, la identidad queda establecida. En el caso contrario, la identificación no se habrá producido o será deficiente.

Se comprende que a tal comprobación puede llegarse por distintos medios de prueba, de los cuales será el más apropiado, por lo general, el reconocimiento que por sí mismo haga, el juez, sin que ésto signifique que él pueda ignorare, mediante su inspección personal, verificar la identificación. Casos habrá en que no podrá hacerlo sino auxiliado por expertos, y de ahí que, según las cosas o hechos que han de examinarse, debe aquél asociarse de testigos o de peritos. Cuando la ciencia de estos últimos se requiere, realmente son ellos, no el Juez los que hacen la identificación y aunque su dictamen figure en el acta de la inspección, no será ella la prueba plena del hecho investigado, sino el experticio mismo, si reúne las condiciones legales para la plenitud probatoria, desde luego que el acta no la tiene sino respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez. Lo que demuestra que la identificación puede acreditarse también por dictamen pericial.

No exige, pues, nuestro código de procedimiento civil la inspección ocular como único medio para la identificación de predios, ni lo ha establecido así la jurisprudencia, ni lo han pretendido los expositores. Hay en ésto libertad probatoria y lo importante es que la cuestión se establezca en forma que lleve al juzgador la convicción absoluta de que el predio que se trata de reivindicar existe realmente y que su situación y linderos que lo individualizan son los mismos que el actor describe en su demanda, de acuerdo con sus títulos de dominio. (Casación Civil. Julio 25 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 559, 1ª

- 156 -

INTERES (Cuándo es causal de impedimento)

Ha dicho la Corte: "El interés a que se refiere la ley procesal en la causal anotada, significa el provecho, la utilidad, tánto en el orden moral como en el material, que la persona pueda tener en la prosecución o desenlace del litigio. Este interés se demuestra por la inclinación más o menos vehemente del ánimo de la persona hacia el objeto del proceso y se realiza por su intervención real —como integrante de la parte civil, por ejemplo— o como coadyuvante en la defensa o persecución del procesado, siempre que el provecho o utilidad sean claramente perceptibles para los juzgadores y puedan determinar un error en la certeza o equidad del fallo de la justicia". (G. J., Tomo LXIV, pág. 208). (Casación Penal. Mayo 16 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 266, 2ª

- 157 -

INTERES (Cuál es el que se requiere para alegar nulidad absoluta de un acto o contrato)

El interés requerido por el art. 2º de la Ley 50 de 1936, para alegar la nulidad absoluta, no puede consistir en el meramente procesal, entendiendo por tal el que se adquiere por el hecho de proponer y sostener la controversia, pues con tal criterio la acción de nulidad prácticamente degeneraría en una acción popular, que en nuestra legislación sólo se concede en casos excepcionalmente

previstos en la ley. Por aquél, debe entenderse el interés jurídico actual y cierto, no meramente eventual o hipotético, que es el protegido por la ley, y que se cifra en el perjuicio que en sus derechos sufre o sufriría la persona que alega el interés, al mantenerse vigente y producir efectos el acto o contrato viciado de nulidad absoluta. (Casación Civil. Mayo 20 de 1952. T. LXXII. Número 2115) .. 125, 2ª y 126, 1ª

- 158 -

INTERPRETACION DE LA DEMANDA
(Cuándo se puede variar en casación la de los juzgadores de instancia)

Corresponde al Juez interpretar el libelo de demanda, desentrañando el móvil que le ha servido de guía, hasta donde lo permitan la razón jurídica y la ley.

En repetidos fallos ha dicho la Corte que la interpretación de la demanda es una cuestión de hecho de la privativa competencia del juzgador, la cual no puede desconocerse en casación, a menos que resulte demostrado un error evidente en ello. (v. G. J., n. 1883, pág. 484). (Casación Civil. Julio 22 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 532, 2ª

- 159 -

INTERVENCION EN POLITICA
(Delito de)

Ya ha dicho la Corte en varias ocasiones, que lo que la Constitución Nacional y la ley prohiben, es que los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados de la misma, sean miembros activos de los partidos políticos o intervengan en debates de carácter electoral o político. Y esta situación existe cuando forman parte de directorios políticos o cuando intervienen en debates electorales o políticos respecto de los actos preparatorios, coetáneos o posteriores al debate. Toda otra actuación que no tenga relación directa con esas actividades, puede ser censurable para el funcionario que la realiza y ser constitutiva de causal de mala conducta, pero no alcanza a ser un ilícito prohibido y sancionado por la ley penal. (Casación Penal. Julio 4 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 655, 1ª

- 160 -

IRA (**Interpretación del art. 28 del C. P.**)

La Corte, en varias oportunidades, ha sentado doctrina acerca de la interpretación del artículo 28 del Código Penal, y ha hecho la distinción precisa entre las nociones de gravedad e injusticia de la ofensa, dejando establecido en forma clara que no es dable reconocer la atenuante especial a que se refiere la disposición citada, sino cuando ambos conceptos —gravedad e injusticia— concurren de modo simultáneo.

No es suficiente la gravedad; es necesario que vaya acompañada de la injusticia y aquélla y ésta, como características especiales de la ofensa o de la provocación, deben ser declaradas de modo expreso en el veredicto del Jurado, para que el juzgador pueda aplicar en la sentencia el artículo 28.

Gravedad e injusticia no son precisamente términos similares ni equivalentes, de forma que reconocido el uno, no por lo mismo se entiende aceptado el otro. De conformidad con la norma legal, deben estar presentes en las modalidades de la infracción, para que constituyan circunstancia atenuante de la responsabilidad.

Por eso, cuando el Jurado en el veredicto expresa uno solo de los términos, no le es permitido al Juez suponer la voluntad de los jueces de conciencia, interpretando la respuesta al cuestionario como una modificación de aquella responsabilidad.

El silencio del Jurado sobre uno de los presupuestos de la excusa por provocación, lleva a considerar la decisión de aquel tribunal como inequívoca demostración de que no es-

tuvo en su ánimo atemperar la pena por este concepto. Hubiéralo querido, y sin necesidad de emplear términos sacramentales, fácilmente así lo habría estampado en el veredicto, sobre todo porque siendo esta materia motivo de especial controversia en el curso del juicio público, su aceptación o rechazo no podía provenir sino de quienes siendo jueces de conciencia, estaban por ello mismo capacitados para adoptar en la decisión uno de los extremos del caso controvertido, resultando igualmente cierto que cualquiera que hubiera sido la decisión, el fallo habría tenido el carácter de definitivo, porque la íntima convicción era en esta oportunidad inapelable.

El carácter de injusticia en la provocación implica una vinculación de naturaleza ilícita con el hecho cometido, de tal suerte que por tener aquella calidad, puede afirmarse de él que la ley lo prohibe por esa misma circunstancia. En cambio, la gravedad hace referencia a conceptos más cercanos a las consecuencias mismas de la infracción. Como prohibición legal y consecuencias suman un común denominador, para aceptar una excusa fundada en aquellos motivos determinantes de la ira, sin los cuales ésta o el dolor no habrían podido producirse, resulta necesario exigir ambos extremos, no uno sólo, para que tenga aplicabilidad una norma que los exige conjuntamente, no de manera autónoma o independiente. (Casación Penal. Mayo 6 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....250, 2ª y 251, 1ª

- 161 -

IRA E INTENSO DOLOR (Requisitos para que se configure la circunstancia del art. 28 del C. P.)

Repetidas veces ha dicho la Corte cuáles son las condiciones que exige el artículo 28 del Código Penal para que se acepte la circunstancia allí contemplada: a) que haya habido una provocación, esto es, gestos, palabras o actos que agravien, que lesionen material o espiritualmente e inciten a reaccionar; b) que esa provocación sea grave, o sea, de tal entidad que justifique o al menos explique el rechazo violento de la injuria; c) que la provocación sea injusta, es decir, contra derecho, porque no puede admitirse que la ley quiera otorgar un privilegio a los sujetos dóciles a la ira, o poco resistentes ante las fuerzas perturbadoras del equilibrio psíquico. Pues, ni la emoción ni la pasión son, por sí solas, circunstancias atenuantes, sino que pueden serlo por los estímulos o motivos que les han dado nacimiento; o mejor, no basta obrar en estado de ira o de intenso dolor, sino que tales situaciones se hayan producido por agravios de magnitud que se hayan hecho injustamente. (Casación Penal. Julio 25 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....709, 1ª y 2ª

— J —

- 162 -

JUSTICIA ORDINARIA (Su incompetencia para conocer de controversias originadas en la prestación de servicios por empleados públicos)

En el ordinal segundo del artículo 76 del Código Judicial se estatuye que corresponde a los Tribunales Superiores la decisión de los asuntos contenciosos en que sea parte un Departamento y en que se controviertan cuestiones de derecho privado.

Mas en el caso que se estudia, en que se trata del pago de unos aumentos de sueldo a un empleado departamental, no se controvierte una cuestión de derecho privado, porque en las relaciones entre el Estado y sus servidores no hay un contrato de trabajo y, por tanto, las controversias que surjan no son cuestiones de derecho privado, supuesto que se trata de relaciones de servicio público.

Esa misma razón hace concluír que tampoco le corresponde a la jurisdicción del tra-

bajo el conocimiento del negocio, ya que, según los artículos 2º y 100 del decreto número 2158 de 1948, sólo conoce esa rama de las cuestiones provenientes de un CONTRATO DE TRABAJO y de "LA EJECUCION de todas aquellas obligaciones emanadas de una relación de trabajo". (Negocios Generales. Junio 26 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 772, 1ª

- 163 -

JUSTICIA MILITAR (Competencia para conocer de delito de asociación para delinquir)

De acuerdo con el artículo 11 del Decreto 1231 de 1º de junio de 1951, a partir del 1º de junio del mismo año, la justicia militar sólo quedó con competencia para conocer de los delitos que le atribuía el Código de Justicia Penal Militar y además, de aquellos procesos por delitos distintos de los contemplados por dicho Código, en los cuales, al entrar en vigencia el artículo en mención, ya se hubiera convocado Consejo de Guerra Verbal. Y como en el proceso de que aquí se trata, el primero de junio citado aún no se había convocado Consejo de Guerra Verbal, la justicia militar perdió la competencia para seguir conociendo de él, pues, de otro lado los delitos a que el proceso se refiere no son de los contemplados por el Código de Justicia Penal Militar.

Lo estatuído por el artículo 4º del Decreto 1591 de 28 de junio de 1951, no cambió, en relación con la competencia para conocer del aludido negocio, la situación establecida por el mencionado artículo 11 del Decreto 1231, porque aunque en aquel artículo se dispone que la justicia militar seguirá conociendo de los delitos de asociación para delinquir, ese Decreto sólo entró a regir desde la fecha de su expedición, o sea desde el 28 de julio, sin efecto retroactivo para procesos iniciados con anterioridad a su vigencia, o lo que es lo mismo, que el Decreto 1591 sólo estatuyó la competencia de la Justicia Penal Militar para conocer de los procesos por delitos de asociación para delinquir que fueran cometidos a partir del mencionado 28 de julio de 1951. (Casación Penal. Julio 4 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 657, 2ª

—L—

- 164 -

LEGITIMA DEFENSA (Cuándo puede alegarla el provocador inicial)

Tanto la jurisprudencia como los tratadistas, exigen para que se configure la legítima defensa, una agresión injusta, y la injusticia de ésta no existe cuando el que alega la defensa ha provocado la agresión de que es víctima, por un hecho personal suyo contrario a derecho. También se exige que la provocación sea grave, es decir, que tenga capacidad para colocar al ofendido en un estado de ira o intenso dolor que sea excusante de su reacción. Porque no cualquier palabra ofensiva, carente de capacidad para producir uno de esos estados pasionales, podría tenerse como provocación grave, pues ello equivaldría a dejar sin defensa a las personas, contra los ataques de los individuos camorristas y peleadores. Debe haber en esos casos, una provocación suficiente, para que el provocador pierda el derecho de ejercitar la legítima defensa ante una reacción exagerada, desmedida y peligrosa.

Los tratadistas están conformes en exigir en tales casos la gravedad y capacidad de la ofensa, para que se pueda reaccionar legítimamente, y cuando el motivo de esa reacción carece de esas condiciones, falta la necesidad de tal reacción, y el móvil determinante de ella no sería el de repeler una agresión actual e injusta que pone en peligro un bien jurídicamente protegido, sino que sería más bien el odio o la venganza hacia el ofensor, y, en tales circunstancias, esa provocación carece-

ría de virtualidad para destruír el derecho de defensa en quien es objeto de una reacción desproporcionada.

Además de lo anterior, como exigen Carrara, Groizard y otros penalistas, la provocación del que posteriormente se defiende, debe ser inmediata al hecho, es decir, que haya continuidad entre la provocación y la serie de actos que culminan en el encuentro personal. Entre la provocación y el resultado, todo ha de concurrir al desarrollo y fin de la acción, en un lugar y tiempo determinados. Así, la conducta reprobable del creador del conflicto ha de suscitar razonablemente la reacción del ofendido, luégo el ataque de éste y, en seguida, el rechazo de su violencia por parte de quien se defiende. En ese proceso debe existir un nexo causal necesario. Si en ello hay solución de continuidad, si el tiempo, el lugar y las circunstancias ulteriores rompen los efectos de la primitiva ofensa, el inicial provocador puede alegar la justificación al ser agredido de nuevo, porque mediando esa distancia entre los hechos precedentes y los tardíamente posteriores, la primera provocación queda desvanecida, borrada de la nueva escena, y entonces el verdadero promotor de ésta queda en condiciones de atacante injusto, por obrar sin razón ni derecho y en un arrebato de cruda venganza. (Casación Penal. Mayo 6 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) . . 242, 2ª y 243, 1ª y 2ª

- 165 -

LEGITIMA DEFENSA (Lo relacionado con ella, es materia de la causal 2ª de casación)

Cuando se alega en casación lo relativo a la legítima defensa y a cualquiera de los motivos que justifiquen el hecho, no es la causal 4ª la pertinente, sino la 2ª, en tratándose de juicios en que no ha intervenido el jurado, porque es ésta —la 2ª— la que prevé una errónea interpretación o apreciación de los hechos, "siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción". La legítima defensa excluye la existencia del delito, porque implica el ejercicio de un derecho, y quien lo pone en práctica, no es responsable penalmente. En consecuencia, la causal 4ª nada tiene que ver con el motivo de justificación del hecho, ya que la nulidad se predica de actos procesales realizados sin la observancia de las formalidades que la ley señala para su validez jurídica. La nulidad está establecida para salvaguardiar los derechos del procesado a quien debe juzgarse llenando las formalidades propias del juicio penal; por manera que cuando en perjuicio de la defensa del acusado se pretermiten ciertos actos del proceso o no se llevan a efecto como la ley indica, la causal 4ª de casación tiene fundamental operancia. En cambio, lo concerniente a la legítima defensa se relaciona con un problema estrictamente probatorio, que es materia de la causal 2ª, la que no es admisible en juicio por jurado. (Casación Penal. Junio 24 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....637, 2ª y 638, 1ª

- 166 -

LIBERTAD CONDICIONAL (No puede concederla la Corte como tribunal de casación)

La Corte, cuando actúa como tribunal de casación, carece de competencia para estudiar y resolver un pedimento de libertad condicional, porque, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 671 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 6º de la misma obra, el competente para resolver ese pedimento, es el Juez que hubiere dictado la sentencia. (Casación Penal. Junio 18 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 636, 2ª

— M —

- 167 -

MANDATO

No es requisito indispensable para poder exigir el pago de lo que el gestor adeude como consecuencia del ejercicio de un mandato, la rendición o discusión previa de las cuentas. (Casación Civil. Mayo 9 de 1952. Tomo LXXII. Número 2115) 90, 2ª

- 168 -

MANDATO (Expiración del judicial)

El mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal según el claro tenor del artículo 264 del C. J. (Casación Civil. Mayo 7 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 64, 2ª

- 169 -

MEJORAS (Pago de las realizadas en suelo ajeno con asentimiento de su dueño)

Es en obedecimiento del principio jurídico de que nadie puede enriquecerse sin causa y a expensa ajena, como se establece en favor de quien edificó, plantó y sembró con asentimiento del dueño, tánto el derecho de obtener el pago de la edificación, plantación o sementera, como el de asegurarse el pago, reteniéndola.

Por plantar o edificar en suelo ajeno, quien tal cosa hizo, no se hace dueño de la tierra, por este solo hecho, pero tampoco pierde su esfuerzo, su trabajo y su dinero, El trabajo incorporado a la tierra constituye hoy principalmente un gran factor para fijar el monto de las prestaciones cuando se presenta el fenómeno de indemnizar a quien, con consentimiento del dueño, ha efectuado mejoras en suelo que no le pertenece.

Si existe una convención entre las partes, respecto al reconocimiento de las mejoras, para el caso de que voluntariamente se termine el contrato por el solo querer del arrendador, este mismo acuerdo o convención ha de ser observado para el caso en que se ha operado también la terminación del contrato, por sentencia del Juez y por causa originada en el propietario de la tierra, porque si bien el contrato no contempló tal evento, la ley le obliga a ello. (Casación. Civil. Julio 27 de 1952. T. LXXII. Ns. 2116 y 2117) ...499, 1ª

- 170 -

MINAS (Oposición a un contrato de concesión)

Cuando no se trata del juicio ordinario que se origina en la oposición formulada por un particular a la concesión por parte del Gobierno Nacional para la explotación de una mina, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 85 de 1945, sino del iniciado directamente ante los tribunales, sobre dominio de los yacimientos mineros, el Gobierno no está obligado a remitir el expediente al Tribunal del conocimiento, como, por el contrario, lo está en el otro caso. (Negocios Generales. Julio 10 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 777, 2ª

- 171 -

MORA

Es verdad que de acuerdo con el artículo 1615 del Código Civil, se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituído en mora, pero no es menos cierto que la mora supone la existencia de la obligación y su exigibilidad, y mal puede hablarse de esa existencia y menos de la exigibilidad estando en tela de juicio la obliga-

ción misma. (Casación Civil. Junio 13 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ...431, 2ª

— N —

- 172 -

NULIDAD (Por indebida representación)

Al tenor del artículo 450 del C. J., ordinal 1º, no puede alegarse la nulidad por indebida representación "cuando se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante", y en juicio posterior sólo es pertinente la acción de la parte que no estuvo legalmente notificada o representada en el juicio. Habiéndose, pues, declarado en éste su legal representación y notificación con audiencia de quien en el otro pide la declaración de nulidad, no cabe plantear después la misma cuestión con base en idéntica causa ya discutida y fallada. Esto se deduce lógicamente del artículo 457 del C. J., si se tiene en cuenta que por ser una norma exceptiva debe interpretarse dándole alcance restringido, para hacer del recurso en juicio posterior una medida de limitada ocasión, pues se ha establecido en favor de quien no tuvo oportunidad legal de defenderse dentro del juicio cuya nulidad se pide.

El ordinal 1º del art. 450 del C. J. debe entenderse en el sentido de que no cabe alegar de nuevo la nulidad, no solamente en el mismo juicio sino también en otro posterior, y con mayor razón en el último, pues de lo que ciertamente se trata es de impedir que quien ya intentó la nulidad por ilegitimidad de personería quede en posibilidad de desconocer la validez de ésta, declarada por providencia en firme, y con su audiencia. (Casación Civil. Julio 24 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 553, 1ª

- 173 -

NULIDAD (Cuándo procede la declaración oficiosa de la de un acto o contrato)

El poder excepcional que al Juez le otorga el art. 2º de la Ley 50 de 1936, y que antes le conferían los arts. 15 de la Ley 95 de 1890 y 1742 del C. C., para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto o ilimitado, sino que, por el contrario, está condicionado, entre otras circunstancias, por la imprescindible de que la nulidad aparezca, como lo requiere expresamente dicho artículo 2º, de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta. Esto ha sostenido la Corte en jurisprudencia que ha reiterado durante más de medio siglo. (Casación Civil. Mayo 20 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 125, 2ª

- 174 -

NULIDAD (Restituciones consiguientes a la declaración de nulidad)

Es verdad que conforme a los preceptos que el recurrente cita como violados por el sentenciador, "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, dá a las partes derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo", y que "en las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada una responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias". Pero naturalmente, subordinados cada uno de estos derechos, en su naturaleza y extensión, al modo y tiempo como cada una de las partes haya cumplido con las obligaciones

contractuales que se invalidan. El vendedor tiene derecho a la restitución del bien enajenado y a sus frutos, y el comprador a la del precio y sus intereses, siempre que las obligaciones contractuales de donde procede la de restituír se hubieren cumplido, porque no es posible devolver sino lo que se ha recibido; y el tiempo desde el cual obligan las prestaciones accesorias debe medirse en relación con la fecha en que se ejecutaron las principales, precisamente porque sólo así vuelven las cosas al estado jurídico en que las partes se encontrarían, de no haberse realizado.

Por tánto, trabada la controversia sobre la base de la no entrega de los bienes enajenados, la declaratoria de nulidad que se impetraba no podía determinar obligaciones restitutorias a favor de la vendedora, por lo mismo que la demandada no tenía la cosa en su poder, ni había podido por consiguiente percibir frutos de ninguna clase. (Casación Civil. Abril 17 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 173, 2ª

- 175 -

NULIDAD CONSTITUCIONAL

La nulidad de carácter constitucional no opera cuando los intereses de la parte lesionada con la informalidad no resultan perjudicados 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 menoscabado tales garantías consagradas por la Constitución y la ley, no puede hablarse de hecho ninguno constitutivo de nulidad. (Casación Penal. Julio 11 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) ... 677, 1ª

- 176 -

NULIDAD CONSTITUCIONAL (Por redactar el cuestionario sometido al jurado en desacuerdo con el auto de proceder)

Ha sido doctrina constante de la Corte que en los juicios con intervención del Jurado, el cuestionario que ha de sometérsele debe contener todo lo relacionado con los elementos materiales del delito imputado, con los de la responsabilidad del acusado y con las circunstancias modificadoras que influyen en la determinación. De ahí que el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 disponga que el interrogatorio que el Juez someta al Jurado, debe versar sobre el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica. Es decir, que el auto de proceder viene a constituír una pauta definitiva dentro de la cual debe moverse el Juez y que no tiene otra compensación que la facultad otorgada por el artículo 29 de aquella ley, en virtud de la cual los jueces de conciencia, "si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas de las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación". Por otra parte, la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o constitutivas del delito, corresponde al Juez de derecho (artículo 499 del C. de P. P.); y dispone el artículo 480 del mismo estatuto que la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate.

De manera que, en esta clase de negocios, hay tres actuaciones procesales de la mayor importancia, en que cada una de ellas sirve de base o sostén a la siguiente, guardando entre sí una íntima relación de dependencia: el auto de proceder, que formula los cargos contra el procesado; el cuestionario, que

sintetiza ese pliego de cargos del enjuiciamiento; y la sentencia, que desarrolla el veredicto del Jurado.

Si esta armonía se rompe, porque el Juez formula los cuestionarios arbitrariamente, saliéndose del auto de proceder y consignando circunstancias distintas a las allí determinadas, sencillamente viola con ello el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, que indica de manera clara cómo debe redactarse el interrogatorio que han de absolver los Jurados. Y en esa forma impide que éstos puedan calificar los hechos punibles materia del debate, como lo manda el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.

Y al condenar a una persona en tales condiciones, sin el lleno de las fórmulas propias del juicio, se infringe el artículo 26 de la Constitución Nacional, encaminado a tutelar las garantías que deben darse al procesado en su juzgamiento. (Casación Penal. Julio 25 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) ... 708, 2ª y 709, 1ª

- 177 -

NULIDADES (**Para que desaparezca la de ilegitimidad de personería, no se requiere consentimiento expreso del representado**)

El ordinal 4º del artículo 450 del C. J., comprende dos situaciones procesales: cuando el que obra por otro carece de poder, interviniendo como agente oficioso, o cuando el mandato judicial es imperfecto legalmente. El indebidamente representado debe hacer una clara manifestación de que acepta la agencia oficiosa o el poder aparente o putativo. No es indispensable que el consentimiento sea expreso; bastaría que el interesado intervenga en una diligencia, reciba una notificación o dirija cualquier escrito al Juez, sin reclamar contra quien se ha arrogado su personería. En tales condiciones, la personería y, en consecuencia, la actuación procesal, se consolidan. (Casación Civil. Mayo 3 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 37, 2ª

- 178 -

NULIDADES (**Cuándo puede declararlas de oficio la Corte en casación**)

Cuando la Corte casa la sentencia del Tribunal y entra a fallar como juez de instancia, tiene la oportunidad de pronunciarse en forma oficiosa sobre una nulidad que de manera manifiesta aparezca en el título o contrato. También puede decretar la nulidad oficiosamente cuando se controvierta entre las partes que celebraron el acto en que ella consta. (Casación Civil. Junio 11 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 417, 1ª

- 179 -

NULIDADES (**Su declaración hecha en casación, aprovecha también a los procesados no recurrentes**)

Como lo dijo la Corte, en sentencia de 4 de julio de 1941: "No sería lógico ni conforme con el principio de la igualdad ante la ley, y por lo mismo, repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor, se considere como tal, para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según los autos, en concurso recíproco y sin mediar ningún hecho o circunstancia diferencial que sustraiga a uno de los acusados de la imputación común. La jurisdicción viene a ser también indivisible en casos como éste, así para la Corte como para los juzgadores de instancia.

"Otra cosa sería que el fallo fuese absolutorio respecto del reo no recurrente, pues entonces se interpondría una razón elemental de justicia, consagrada por la jurisprudencia de la Corte, como es la de que en ca-

saciones promovidas por los reos, no debe empeorarse su situación. Sobra decir que menos podría modificarse la del reo que fué absuelto" (G. J., Tomo LI, ns. 1973-74, pág. 648). (Casación Penal. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 634, 2ª

- 180 -

NULIDADES

Repetidas veces ha dicho la Corte que la omisión de la formalidad consagrada por el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que el Juez no interrogó personalmente al enjuiciado, para informarmarse acerca del hecho, antecedentes personales del acusado, sus condiciones de vida, y, en general, de todo lo que tienda a revelar su personalidad, no es violatoria de ninguna garantía procedimental. (Casación Penal. Mayo 27 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 287, 1ª y 2ª

— P —

- 181 -

PARTE CIVIL (Alcance de sus derechos como recurrente en casación)

Estando delimitada la actividad de la parte civil exclusivamente a lo relativo a la indemnización de los perjuicios, no puede dicha parte impugnar en casación un fallo alegando haberse desestimado una prueba sobre el cuerpo del delito o sobre la responsabilidad penal del acusado, con miras a obtener una pena más gravosa en su cantidad o en su especie, porque ello equivaldría a intervenir en los motivos de la casación penal que, por mandato expreso de la ley, le está negada tal intervención. (Casación Penal. Julio 15 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 688, 2ª y 689, 1ª

- 182 -

PARTICION

La Corte ha dicho que los numerales 3º y 4º del artículo 1394 del Código Civil "no son reglas absolutas sino relativas y por lo mismo no puede decirse, en manera alguna, que se trata de principios concretos de derecho positivo, y que su infracción constituya la causal de casación consistente en violación de ley sustantiva" (G. J., XIX, pág. 159). Claro que si de las pruebas del proceso resulta que el partidor se ha desviado de manera notoria del espíritu de justicia y de equidad que aquellas reglas comportan, habría razón para que un cargo con esas bases prosperara y por eso dice la Corte sobre las reglas de aquel artículo: "Las expresiones verbales de que se vale el legislador no son absolutas, sino que dan una norma del esfuerzo que debe realizar el partidor, dentro de lo posible para buscar la equivalencia y la igualdad. Claro es que en muchos casos y en virtud de las pruebas que aducen los interesados se demuestra plenamente que dentro de esa posibilidad ha podido el partidor acercarse más a la equivalencia y a la igualdad, y que por no haberlo hecho así ha lesionado el derecho de uno o de varios interesados, y entonces prospera la objeción. La cuestión es de hecho y la prueba debe suministrarla el objetante" (G. J., n. 1979. pág. 429). (Casación Civil. Julio 26 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ...566, 1ª

- 183 -

PERITAZGO

De conformidad con el artículo 721 del C. J., en el caso de avalúos o de cualquiera regulación de cifra numérica en que haya desacuerdo entre los peritos, se toma el medio aritmético, "a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este e-

vento, el Juez hace la regulación que estime equitativa y conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; y aún puede decretarse de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe". De donde resulta que, en el caso de un avalúo en que los peritos no están de acuerdo, puede ofrecerse una de dos situaciones: que la diferencia entre los dos extremos no exceda del cincuenta por ciento, y entonces debe el Juez para fijar el justo precio, tomar el medio aritmético de los guarismos fijados por los peritos; o que dicha diferencia sea mayor, y entonces, dada la incertidumbre a que conduciría el procedimiento mecánico de una deducción sacada de antecedentes ostensiblemente equivocados, debe el Juez elegir, entre una regulación equitativa hecha sobre los datos que le ofrezcan los propios dictámenes y demás pruebas del proceso, y el nuevo justiprecio por peritos que él mismo designe. (Casación Civil. Abril 17 de 1952. T. LXXII. Número 2115) .....173, 2ª y 174, 1ª

- 184 -

PERITAZGO

El acta judicial en que consta un avalúo es indudablemente un instrumento público, que, como tal, prueba plenamente la existencia, la autenticidad del experticio, pero una cosa es la eficacia probatoria de los instrumentos de esa clase, y otra su fuerza eficiente, su efecto jurídico respecto de las partes. La existencia de dicha acta y, por tanto, el avalúo que ella contiene, es indiscutible. ¿Pero cuál es el mérito probatorio de ese avalúo cuya autenticidad no se discute? Es claro que depende de la estimación que legalmente le dé el juzgador, pues el experticio no pierde su calidad de tal por el hecho de que su autenticidad sea incontrovertible. El argumento del recurrente de que el avalúo mencionado, por haberse producido en otro juicio, ya no puede apreciarse como experticio, sujeto en su valoración a las pertinentes normas del Código de Procedimiento, sino como instrumento público intocable, no puede aceptarse. (Casación Civil. Mayo 20 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 140, 2ª

- 185 -

PERITAZGO (Requisitos para que pueda ser apreciado como prueba)

La prueba pericial es pertinente siempre que se trate de demostrar judicialmente hechos cuyo conocimiento depende de la aplicación de principios o prácticas especiales de determinada ciencia o arte, distintas a la ciencia del derecho, y en los cuales son expertos conocedores los peritos, viene a tener oportunidad cuando se requiere hacer apreciaciones u observaciones técnicas que exigen conocimientos especiales de índole profesional. Esto está expresado con laconismo en el artículo 705 del Código Judicial, conforme al cual "para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales intervienen peritos". Cuando se trata de cuestiones de complejidad técnica, en que se necesita una especialización intelectual, la prueba pericial es insustituible por otra. "Siempre que se trate de una comprobación que exige conocimientos especiales, se requiere la prueba o juicio especial", dice el doctor Concha en su tratado sobre pruebas judiciales.

Pero, para que la prueba pericial cumpla su función judicial civil, tiene que estar rodeada de ciertas condiciones, que a la vez que son una garantía para las partes, son una seguridad para el Juez que ha de tenerla en cuenta al fallar. Y si esas condiciones no se cumplen, las partes tienen derecho a oponerse y a rechazar la prueba, y el Juez no puede aceptarla. Una prueba pericial que se ha practicado sin citación de la parte contraria o sin llenarse las formalidades legales sobre peritos, no puede estimarse en la sentencia.

Entre las condiciones de que se trata, están como principales:

a) Que los peritos sean nombrados por las partes, que cada parte nombre su perito, y que el Juez los acepte y les dé posesión (arts. 705 y 715 C. J.);

b) Que cada parte pueda tachar o recusar el perito de la otra (art. 708);

c) Que los peritos deliberen juntos (art. 716). La razón de la ley al disponer que los peritos practiquen juntos la diligencia, es la de que en lo posible, se consulte el examen de unos mismos hechos y que los peritos puedan cruzar ideas y opiniones acerca de los resultados a que esos mismos hechos se prestan, a fin de apreciarlos mejor, científicamente, y dar garantía al derecho;

d) Que rendido el concepto pericial, se dé; a las partes conocimiento de él (art. 719 C. J.). Sin traslado, el dictamen no alcanzó su perfección jurídica, y constituye apenas una prueba incompleta, inconducente para llevar al ánimo del juzgador la plena convicción, fundamento necesario de toda condena. No es susceptible de estimación el dictamen pericial respecto del cual a las partes no se les ha brindado la oportunidad de impugnarlo.

Los peritos no son jueces, y lo que ellos expresan será estimado por el juzgador en cuanto el dictamen se ajuste a las normas que lo regulan. Un concepto pericial no obliga al Juez, cuando de su estudio aparece que se pretermitieron regulaciones que la ley prescribe como garantía del derecho de las partes. (Casación Civil. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ...444, 2ª y 445, 1ª

- 186 -

PERITAZGO (Su valor probatorio)

El dictamen pericial, ni aún en el caso de que haya sido objetado y se rechacen las objeciones, tiene necesariamente el valor de plena prueba, pues éste sólo le corresponde cuando es uniforme y está explicado y debidamente fundamentado; pero es al juzgador de instancia a quien le incumbe analizarlo para determinar si reúne esas calidades, y sólo cuando encuentre que en verdad las tiene, debe conferirle pleno valor probatorio, pues la ley no lo obliga a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente. Así lo ha entendido la Corte en reiterada y uniforme jurisprudencia. (Casación Civil. Junio 6 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ...370, 1ª

- 187 -

PERITAZGO (Inadmisibilidad en juicio civil del practicado en proceso penal)

El dictamen pericial practidao dentro de un proceso penal sin intervención ni contradicción de quien es demandado en juicio civil, carece de pleno valor probatorio en este último juicio, porque no reúne todas las condiciones y requisitos que la ley exige en materia civil para su producción adecuada. (Casación Civil. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 446, 1ª

- 188 -

PERITAZGO (Su valor probatorio en materia penal)

En numerosas decisiones de la Sala de Casación Civil de la Corte se ha sentado la jurisprudencia de que la prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la valuación jurídica del Juez, que es al que en definitiva corresponde determinar el valor probatorio del peritazgo, pues no es éste un elemento de convicción judicial que obra automáticamente, sino un factor de orden legal que sirve al fallador para fundar sus conclusiones. (Casación Penal. Julio 15 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 692, 1ª

- 189 -

PERITOS

Los peritos están obligados a rendir su dictamen sin otra norma que la verdad descubierta a través de la ciencia que posean, para auxiliar al Juez en el descubrimiento objetivo de los hechos que son materia del proceso penal. Cuando afirman conclusiones que no se compadecen con el criterio que informa la cuestión sobre que se les interroga, quiere decir que no cumplen con la misión que se les confía. (Casación Penal. Julio 18 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 703, 2ª

- 190 -

PERJUICIOS

El perjuicio causado a una persona dá 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 suficiente del hecho culposo, del daño sufrido y de la relación de causalidad que liga la culpa y el daño. (Casación Civil. Mayo 3 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 42, 2ª

- 191 -

PERJUICIOS (Presunción de culpabilidad por actividades peligrosas)

Es indiscutible que las entidades de derecho público, lo mismo que los particulares, son responsables, en principio, de los daños que se causen a consecuencia de defectos de instalación de cualesquiera servicios, y también de los descuidos, imprudencias u omisiones que les sean imputables en la conservación o prestación de los mismos, bien directamente o bien por actos de los encargados de su dirección o manejo. Y cuando se trata de actividades que de suyo implican riesgo o peligro, se presume la culpabilidad de quien presta el servicio o explota la empresa o negocio, pero no con presunción abstracta, que conduciría a la teoría de la culpa objetiva o del riesgo creado, sino con presunción concreta, es decir, aplicable a cada caso de perjuicio o daño que sobrevenga como efecto necesario de la actividad peligrosa.

La presunción de culpabilidad, derivada de presumirse también la condición de peligrosidad de ciertas actividades, invierte entonces la carga de la prueba, la cual ya no se rige por la regla general de que toca al demandante de la reparación acreditar la culpa. Este queda entonces, por fuerza de aquella presunción, exento de dicha prueba. Y el responsable del daño no podrá eximirse de la imputación presunta, sino mediante la prueba de la ausencia de culpa, si del hecho de las personas por quienes responde se trata, o comprobando fuerza mayor o caso fortuito, o intervención de causa extraña, si el hecho dañino proviene del ejercicio de actividades peligrosas.

Pero no hay que perder de vista que la presunción, en tales casos, es sólo de culpabilidad, es decir, que al damnificado le corresponde demostrar plenamente el hecho perjudicial y la relación de causalidad entre éste y el daño que originó, los cuales no se presumen. Probando que el hecho ocurrió y que produjo el perjuicio, la culpabilidad del agente directo o indirecto, que lo hace responsable civilmente, queda establecida por presunción legal, que él deberá destruír, si quiere liberarse. (Casación Civil. Junio 10 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 396. 1ª

- 192 -

PERJUICIOS (Por culpa contractual)

Las obligaciones indemnizatorias contractuales, no pueden deducirse sino como consecuencia obligada de la inejecución o incumplimiento. (Casación Civil. Junio 23 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 474, 1ª

- 193 -

PERUICIOS

La estimativa de los perjuicios teniendo como base la supervivencia tiene especial cumplimiento cuando se trata de la muerte de la víctima. Cuando son lesiones personales, esa estimación debe gravitar principalmente sobre el tiempo de duración de la incapacidad o de las demás secuelas que dejen aquéllas. (Casación Penal. Julio 15 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 693, 1ª

- 194 -

PERJUICIOS (Competencia de la justicia penal para hacer la regulación de su monto)

La práctica de remitir al juez civil el incidente sobre regulación, mediante el trámite establecido por el artículo 553 del Código Judicial, no se ajusta a los principios sobre jurisdicción y competencia.

Sobre el particular, la Corte, en Sala Plena, dijo lo siguiente:

"Como es desacertada por contraria a los principios expuestos y a los que rigen el procedimiento para casos que no han sido expresamente previstos, la práctica generalizada —cuando la condena por juicios ha sido hecha en abstracto— de declararse el Juez Penal incompetente para hacer posteriormente la respectiva regulación, con el pretexto de estar finalizada su función por virtud del fallo que hizo dicha condena, pues el artículo 7º del C. de P. P. enseña que "son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código y en leyes especiales las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el Código de Procedimiento Civil". Y el artículo 550 de esta última obra establece que "El juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial, debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponde el conocimiento, conforme a las reglas generales. En el caso de que para cumplir el fallo no se requiere otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o segunda instancia". Pero como en el caso de condena en abstracto, la regulación del QUANTUM no requiere un nuevo juicio, sino la simple tramitación de un incidente (artículo 553 del C. de P. C.), síguese entonces que es el propio Juez penal que pronunció la condena, el llamado para hacer la correspondiente regulación, y el Juez Civil es competente para conocer del juicio ejecutivo que haya de seguirse posteriormente para el cobro de la suma correspondiente". (Casación Penal. Julio 15 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....
693, 2ª y 694, 1ª y 2ª

- 195 -

PERJUICIOS

Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del C. Civil, en armonía con el artículo 1571 del mismo Código. El que realiza el pago se subroga en la acción contra el otro u otros responsables, según el art. 1579 siguiente. (Negocios Generales. Julio 25 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 810, 2ª

- 196 -

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS
(Su indemnización se debe también a menores de siete años)

Ya la Corte rechazó la reducción del resarcimiento de los perjuicios morales subjetivos a la mitad para personas de corta edad que han alcanzado el uso de la razón, diciendo que ella "repugna a los sentimientos afectivos, que en más de las veces son de mayor intensidad en niños de corta edad que en los adultos" (Sentencia de 13 de febrero de 1951, G. J., Tomo LXIX, pág. 245).

Mas quiere hoy la Sala revaluar también la dotcrina de que la indemnización de perjuicios morales subjetivos no se debe a hijos que no han llegado al uso de la razón al tiempo del fallecimiento de uno de sus progenitores, admitida por la Corte en varios fallos, para llegar a la contraria de que se debe decretar en su favor, aunque no hayan cumplido los siete años, que es la edad comunmente admitida para suponer el discernimiento.

La doctrina que se analiza tiene como base la de decir que si el perjuicio moral subjetivo consiste en la lesión que se sufre en los afectos, en el dolor del ánimo ocasionado, para un caso como el de que se trata, por la pérdida de una persona querida, mal puede ordenarse su reparación en favor de quien no ha podido experimentarlo por falta de raciocinio. Dicho de otro modo, la obligación del resarcimiento no puede existir si la pena no se ha sentido, y ese sufrimiento en la parte meramente afectiva, no puede sentirlo quien no ha llegado al uso de la razón.

Pero la tesis falla por dos aspectos, el primero de los cuales es el de que hoy no se considera la indemnización de los perjuicios morales subjetivos como una compensación del sufrimiento, como el PROETIUM DOLORIS de que habló Josserand, pues que, como dice Ripert, "sería profundamente inmoral afirmar que quien ha sido afectado en sus sentimientos, haya de consolarse del golpe merced de la indemnización que habrá de recibir". Los perjuicios morales son irreparables en especie. Cuando ocurren, se trata de proporcionar una "satisfacción de reemplazo", como la llama este mismo comentador, para quien "los daños y perjuicios no tienen en este caso un carácter de indemnización, sino UN CARACTER EJEMPLAR".

En forma más circunscrita al argumento, éste flaquea también por lo inaceptable que resulta afirmar que el menor de siete años no siente verdadera pena por la falta de la tutela afectiva de sus progenitores, sobre todo de la madre, pues ello resulta arbitrario y opuesto a la realidad. Pero admitiendo que haya un límite de tiempo, que pudiera fijarse en más o en menos, en que el infante no siente dolor del ánimo por la pérdida de sus padres tampoco se podría negar reparación, pues es indudable para la Corte que esa pena o afección habría de terminar por sentirse CIERTAMENTE, al salir de los umbrales que en materia de edad se han venido teniendo en cuenta hasta ahora.

Y ésto porque, como afirman los comentadores, "entra en el resarcimiento todo daño que se derive necesariamente del hecho injurioso" (Chironi). Dicho de otro modo, es indispensable que el daño exista, que sea CIERTO y que sea causado por el hecho ilícito. Pero no es necesario que se haya experimentado, pues basta la certidumbre de que el hecho causal lo producirá, caso en que también el daño es cierto y, por tanto, es justo asignar una indemnización. Así Planiol y Ripert dicen que "un perjuicio no realizado todavía, puede justificar una condena inmediata, si resulta ser cierta su realización futura, por tratarse del desarrollo indudable de un perjuicio actualmente en evolución". (Negocios Generales. Mayo 20 de 1952. T. LXXII. Número 2115) .....325, 2ª y 326, 1ª

- 197 -

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS

La Corte, en sentencia de 20 de mayo de 1952, hizo revaluación de las normas jurisprudenciales que venían rigiendo la indemnización de perjuicios morales subjetivos, haciéndola extensiva a los hijos que por no haber llegado al uso de la razón se consideraban fuéra de ese derecho en razón de su natural incapacidad para experimentar el dolor moral consiguiente a la pérdida de sus progenitores. (Negocios Generales. Julio 25 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 812, 1ª

- 198 -

PERSONERIA SUSTANTIVA (Muerte de uno de los litigantes)

La personería sutantiva de una de las partes en juicio, no sufre menoscabo por el hecho de la muerte de la persona demandante o demandada después de trabada la litis contestatio. Este hecho posterior puede plantear un problema de representación para el apoderado, con referencia naturalmente a la personería adjetiva, pero de ninguna manera puede alterar la litis contestatio ni hacer desaparecer el derecho del demandante, cuando éste es el que murió, para ejercer su acción. (Casación Civil. Mayo 7 de 1952. T. LXXII. Número 2115) .....64, 1ª y 2ª

- 199 -

PETICION DE HERENCIA Y REIVINDICACION

En garantía de los derechos que asisten al heredero, éste puede ejercitar cualquiera de estas acciones: la reivindicatoria o de dominio, en favor de la herencia que representa, para que el tercero que desconoce los derechos del causante sobre determinados bienes de que aquél se halla en posesión, sea condenado a restituírlos. La de petición de herencia de que trata el artículo 1321 del C. C., la cual ejercita personalmente el heredero contra quien pretende esta misma calidad, para que, previo reconocimiento de aquella condición, se declare su derecho a la totalidad de la herencia o parte de ella, y se le restituyan las cosas hereditarias de que el demandado se halla en posesión. Y la reivindicatoria de que trata el artículo 1325, que en interés personal ejercita asímismo el heredero adjudicatario contra el tercero que adquirió la cosa del heredero aparente, o que la posee por otro título distinto e inferior al de su causante.

A diferencia del sentido que los expositores chilenos le asignan a estos principios de contenido idéntico en las dos legislaciones, nuestra Jurisprudencia no le reconoce al heredero el derecho de reivindicar para sí los bienes que forman el acervo hereditario, con fundamento en la simple delación de la herencia, sino subordinado a la previa adjudicación, o sea, al modo de la tradición del dominio por el registro; por lo cual y mientras ésto no se haya efectuado o no se haya declarado el derecho preferente del heredero a los bienes ocupados por otro, no puede ejercitar en su provecho la mencionada acción. "La acción del artículo 1321 del C. C., ha dicho la Corte, no puede dirigirse sino contra la persona que esté ocupando la herencia en calidad de heredero, de tal modo que es improcedente dirigirla contra quien posee, aunque sea indebidamente, un bien determinado por haberlo adquirido por un título distinto del de heredero, por compraventa, donación, etc. El poseedor vencido en el juicio de petición de herencia debe restituír todas las cosas hereditarias que conserva en su poder, no sólo las que al tiempo de la muerte pertenecían al de cujus, sino los aumentos que haya tenido la herencia. En relación con las co-

sas que no ocupa o que no están en su poder por haberlas enajenado, destruído o deteriorado, la orden de restitución no es procedente y la obligación del demandado sufre la transformación señalada en el artículo 1324 del C. C. Cuando el que arrogándose la calidad de heredero ha ocupado indebidamente la herencia y ha enajenado a otras personas las cosas hereditarias, puede el heredero hacer uso de la acción reivindicatoria en razón de estas cosas, si son reivindicables y contra los terceros que no las hayan adquirido por prescripción, como lo dispone el artículo 1325 del Código citado, pero no es posible obtener la restitución de estas cosas con la simple acción de petición de herencia. En estos juicios si el demandado, ocupante de la herencia en su condición de heredero declarado, ha enajenado los bienes de ella a un tercero y éste no ha comparecido como parte en el juicio de petición de herencia, auncuando el demandante pruebe su acción, o sea su carácter de heredero preferente, no por ello es el caso de acceder a las peticiones de la demanda consistente en que se condene al demandado a la restitución de los bienes que le fueron adjudicados como heredero.

"Respecto de cosas hereditarias que el heredero demandado y vencido en el juicio no conserva en su poder por haberlas enajenado o las que han sufrido deterioro, es preciso distinguir si eran poseídas de buena o mala fe, porque en el primer caso solamente será responsable de las enajenaciones o deterioros en cuanto lo hayan hecho más rico, y en el segundo, de todo su importe, aunque no se haya enriquecido con ellos" (Casación 6 de octubre de 1940, G. J. n. 1964, pág. 328). (Casación Civil. Julio 23 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....540, 2ª y 541, 1ª y 2ª

- 200 -

PETROLEOS (Valor de las sentencias proferidas por jueces de los Estados Soberanos)

La Corte ha reconocido toda validez para demostrar la propiedad privada del suelo y de los petróleos existentes en el respectivo subsuelo, como declaración plena del reconocimiento por parte del Estado de esa propiedad, las sentencias que hubieron de proferir los órganos judiciales de los Estados de la antigua República Federal en orden a deslindar la propiedad de la Nación de la de los particulares, tal como se contempla en el caso de las aducidas en este juicio, dictadas en desarrollo de la ley local de 10 de octubre de 1867, del Estado Soberano de Bolívar. (Negocios Generales. Junio 16 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 763, 1ª

- 201 -

POLICIA (Cambio de radicación de procesos contra miembros de la Policía Nacional)

Dos son las causas que pueden dar lugar al cambio de radicación de un proceso penal: motivos de conveniencia para la recta administración de justicia; y necesidad de tomar medida, para la salud del procesado o sindicado, cuando se comprueba que padece enfermedad grave que exige cambio de clima o de residencia.

Cuando se trata de causas criminales contra los Oficiales, Suboficiales, Agentes y Detectives de la Policía Nacional, el artículo 5º de la Ley 5ª de 1943, dispone:

"Facúltase al Gobierno para variar por una sola vez en cada caso, la radicación de causas criminales que se sigan contra los Oficiales, Suboficiales, Agentes y Detectives de la Policía Nacional, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, aunque no se reúnan las condiciones generales establecidas para el cambio de radicación de los procesos criminales".

La Corte, interpretando esta disposición, ha dicho:

"No puede entenderse que el cambio de radicación de procesos adelantados contra miembros de la policía, por delitos cometidos

en ejercicio de sus funciones, pueda hacerse sin causa alguna distinta de la de su investidura oficial, pues una medida como ésa, de carácter extraordinario, ha de tener razones legales que la justifiquen. Piensa la Sala que la citada ley consagró una especie de presunción, como la que si los hechos han sido realizados en virtud del cargo de guardianes del orden público, es muy fácil que sobre ellos caigan la animadversión de las personas sobre las cuales han ejercitado su fuerza coactiva, o de sus allegados, o de los sujetos del mismo ambiente, lo que obliga a no emplear un criterio tan riguroso o restringido, con posible mengua de sus intereses de defensa. Pero, de todas maneras es preciso demostrar que el cambio es conveniente para la recta administración de justicia". (Casación Penal. Junio 3 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....598, 2ª y 599, 1ª

- 202 -

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO LEGITIMO (Su prueba)

La posesión notoria del estado de hijo legítimo, consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres. Esa posesión, para que pueda legalmente recibirse como prueba del estado civil, deberá haber durado 10 años continuos, por lo menos (art. 398 C. C.,) y deberá probarse en juicio, mediante un conjunto de testimonios dignos de fe, que la establezcan de un modo irrefragable (art. 399). Esos caracteres de la posesión determinados en el Código para cada caso especial, constituyen asímismo condiciones de esencia de esta última prueba supletoria del estado civil detalladamente reglamentada en la ley. No basta, dentro del conjunto de exigencias legales, demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo, y la fama, para tener por establecido el estado de que se trata; se requiere, además, establecer, con el mismo mérito probatorio, que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años continuos, por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume que puede formarse de manera aceptable la fama pública. (Casación Civil. Mayo 20 de 1952. T. LXXII. N° 2115) .....129, 1ª y 2ª

- 203 -

POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL (Apreciación de su prueba)

Como lo ha anotado la Corte, es indiscutible que cuando se trata de estimar la prueba referente a la posesión notoria de un estado civil, el criterio que ha de guiar al Juez en la apreciación del "conjunto de testimonios fidedignos" que se aduzca para demostrarla, ha de ser muy estricto, desde luégo que el artículo 399 del C. C. expresamente requiere que esa posesión se establezca "de un modo irrefragable", es decir, que no se pueda contrarrestar. (Casación Civil. Mayo 20 de 1952. T. LXXII. N° 2115) .....128, 1ª y 2ª

- 204 -

POSESION NOTORIA (Del estado de hijo natural)

Conforme al artículo 6° de la Ley 45 de 1936: "La posesión notoria de 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 en que sus deudos y amigos y el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento".

Y el artículo 398 del C. C., de aplicación rigurosa en este caso, por lo prevenido en el

7º de la misma ley 45, agrega: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos". (Casación Civil. Julio 22 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 521, 1ª

- 205 -

PREDIOS URBANOS (Prueba del dominio privado)

Comentando el precepto del artículo 7º de la Ley 200 de 1936, la Corte, en providencia de la Sala de Negocios Generales de 30 de junio de 1948, dijo que de conformidad con él, "acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio por un tiempo no menor del de la prescripción extraordinaria. Otras disposiciones de la misma ley, los artículos 1º, 2º y 3º, se refieren a la propiedad rural privada, frente a la Nación, y establecen algunas reglas para destruír la presunción a favor del Estado de las tierras baldías, y el artículo 3º previene que los títulos inscritos otorgados entre particulares con anterioridad a esa ley no demuestran propiedad privada respecto de terrenos que no sean adjudicables, que estén reservados o destinados a cualquier servicio de uso público.

"El artículo 7º, referente a la propiedad urbana, admite la validez de los títulos inscritos para comprobar la propiedad privada y expresa que las otras disposiciones de la ley —entre ellas se halla la que se traslada del artículo 3º— no se aplican a la propiedad urbana. Respecto de ésta no es pertinente considerar lo que la ley establece para la propiedad rural en relación con terrenos no adjudicables, reservados o destinados al servicio o uso público. A la propiedad urbana no se aplica, para la comprobación del dominio privado, frente a la Nación, sino la norma expresa del artículo 7º, que permite acreditar tal propiedad privada con los títulos otorgados con anterioridad a la ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término exigido para la prescripción extraordinaria". (G. J., Tomo LXIV, pág. 589). (Negocios Generales. Julio 15 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117)... 785, 2ª

- 206 -

PRENDA (Obligaciones del acreedor prendario)

Tratándose de créditos dados en prenda, cabe dentro de la concepción de acto conservatorio la obligación del acreedor prendario de cobrar oportunamente los créditos o frutos del crédito y de ejercitar contra el deudor moroso las acciones judiciales tendientes a asegurar el pago puntual del crédito, para evitar que éste se merme o perjudique por razón exclusiva de su renuencia a cumplir este acto de conservación.

Pero siendo la prenda un contrato bilateral, es indudable que la primera noción elemental que de una convención de esta índole se desprende, es la de dar, vale decir, hacer un cambio, obtener una equivalencia. Como quiera que de todo contrato bilateral nacen obligaciones recíprocas, presididas por un elemental concepto de justicia conmutativa en el campo de las relaciones económicas, pugnaría con naturales principios de equidad y sería absurdo jurídicamente, permitir que una vez creadas por la expresa voluntad de las partes, pudieran vivir y progresar y ser exigibles con absoluta independencia la una prestación de la otra que le sirve de equivalencia. Antes bien, si hacemos de esa contraprestación o contravalor, como dicen los economistas, un elemento esencial del contrato bilateral, se llega a tener hasta la noción de causa como factor de validez del pacto, para que el contratante cumplido obligue a su

contraparte a cumplir su respectiva prestación, a fin de impedir un enriquecimiento sin causa.

En presencia de un pacto bilateral y real como el de prenda, cuyo carácter accesorio es manifiesto, ya que tiende exclusivamente a asegurar el exacto cumplimiento de una obligación principal a la que accede, es lógico y jurídicamente exacto que todas las obligaciones del acredor prendario están acompasadas al hecho de que el deudor que constituyó la prenda haya cumplido fiel y oportunamente sus recíprocas prestaciones.

Para asegurar este equilibrio entre las partes vinculadas por una relación jurídica bilateral, el legislador ha consagrado sanciones eficaces que doten a las obligaciones que de ella nacen, de fuerza coercitiva y operante. Los artículos 1546 y 1609 del C. C., entre otros, son instrumentos jurídicos que cumplen a cabalidad estos fines y proporcionan al contratante cumplido, medios eficaces para obtener el aniquilamiento de la convención o para constreñir al deudor moroso a cumplir su prestación.

Fielmente interpretado, el artículo 1609 mencionado eleva a la categoría de norma estos principios. Si en el pacto no se ha determinado cuál de las prestaciones debe cumplirse primero, cualquiera de las partes puede negarse a hacerlo, mientras la otra, a su vez, no cumpla o se allane a cumplir lo debido. Y en tal evento, si el contratante renuente pretende obligar a la otra a rendir su contraprestación, ésta puede rehusar su obligación, fundada en tales principios de equidad y en el artículo 1609 que los consagra, reteniendo provisonalmente la prestación que se impuso contractualmente. De ahí nace la llamada excepción de inejecución, derivada del contrato no cumplido y denominada "exceptio non adimpleti contractus", fundada en esas normas de justicia conmutativa y en aquella que preside la vida de los negocios bilaterales, consistente en que cada parte es acreedora. (Casación Civil. Mayo 9 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....89, 1ª y 2ª y 90, 1ª

- 207 -

PRESCRIPCION (De un comunero contra los otros copropietarios)

La nueva ley (51 de 1943) no desconoce, pues, la existencia de la comunidad, ni reforma las disposiciones que la reglamentan; sólo busca legalizar las situaciones de hecho, resultantes de que un comunero, desconociendo el derecho de los demás, tome una parte de la comunidad, o todo el bien común y lo explote económicamente, con ánimo de señor y dueño y con prescindencia de los demás, comuneros, por el tiempo requerido para alegar la prescripción extraordinaria.

La doctrina de esta Corte también había ahondado en el problema, y con anterioridad a la expedición de la ley, la Sala Civil había dicho que "si un comunero logra poseer la cosa común con ánimo de señor y dueño y con exclusión de los demás condueños de origen, hace suya la cosa de un modo absoluto" (Sentencia de 15 de marzo de 1945, G. J., Tomo 58, n. 2017, pág. 662).

Lo dicho es suficiente para concluír que el comunero que haya poseído el bien común, con explotación económica, en su propio nombre y en las condiciones que la ley exige para la prescripción extraordinaria, con exclusión de los demás comuneros, ganará como cualquier otro poseedor en su caso, el dominio del bien por el modo de la usucapión. (Casación Civil. Mayo 30 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .. 226, 2ª y 227, 1ª y 2ª

- 208 -

PRESCRIPCION (Su renuncia)

Según el art. 2514 del Código Civil, la prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente, pero sólo después de cumplida.

Se renuncia tácitamente, cuando el que puede alegarla, manifiesta por un hecho suyo, que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos. (Casación Civil. Mayo 30 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 228, 1ª

- 209 -

PRESCRIPCION

El artículo 2531 del Código Civil exige, como es obvio, la posesión durante 30 años, para que tenga lugar la prescripción extraordinaria; pero cuando habla de que el dueño no demuestre que el poseedor le haya reconocido dominio en este tiempo, se está refiriendo, como el simple tenor literal del ordinal 3º lo pone de manifiesto, a la hipótesis de que el prescribiente haya sido originalmente un simple tenedor y se pruebe ésto con la presentación del título de mera tenencia, caso en el cual se presumirá su mala fe y no habrá lugar a la prescripción, a menos de concurrir la dos circunstancias anotadas; que el OPOSITOR que se pretende dueño no demuestre el reconocimiento de su dominio por el poseedor en los 30 últimos años y que éste pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

A quien alega la prescripción como excepción o como acción, le corresponde demostrar que durante 30 años por lo menos ha tenido la posesión material sin interrupción, violencia ni clandestinidad; y a la vez para frustrar la prescripción en favor del poseedor que ha aducido tal prueba, a quien se pretende dueño le basta llevar la prueba de que durante este lapso el prescribiente le reconoció expresa o tácitamente su dominio. Pero en ningún caso el artículo 2531 del Código Civil exime al prescribiente de demostrar plenamente su posesión material en el lapso legal. Por el contrario, se lo exige así terminantemente, de acuerdo con el principio general de Derecho Procesal de que corresonde al actor probar los hechos de su demanda, y al demandado los que constituyen sus excepciones. (Casación Civil. Julio 30 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 582, 1ª

- 210 -

PREVARICATO. (Para que se configure se requiere el elemento "a sabiendas")

Jurídicamente, el prevaricato se caracteriza por el apasionamiento con que se dictan los fallos o resoluciones por los funcionarios o empleados públicos, característica que permite establecer una línea de separación entre este delito y otras infracciones que por ciertos aspectos tienen con él algunas semejanzas.

La Corte, interpretando el artículo 168 del Código Penal, ha dicho que para que el prevaricato se configure, se requieren tres elementos: la calidad oficial del agente; que éste proceda a sabiendas; y que realice el acto por simpatía o animadversión hacia los interesados.

No obstante lo anterior, en la misma oportunidad, expuso su opinión de que la redacción del artículo 168 podía prestarse a interpretaciones, es decir, que cuando el prevaricato consistía en la ejecución de actos positivos, podía entenderse que bastaba el elemento a sabiendas, y cuando radicaba en actos negativos del funcionario, era necesario probar, además, el sentimiento o móvil subjetivo determinante de la actuación arbitraria e injusta, aunque la doctrina tradicional de la Sala ha sido la de que, para que exista el prevaricato, es necesario que se demuestre no sólo que el funcionario ha procedido a sabiendas, sino por simpatía o animadversión para con las partes (fallo de 1º de octubre de 1948, G. J. ns. 2064-2065, pág. 911).

Para la existencia del delito de prevaricato, no basta que se dicten providencias desfavorables a unos interesados y favorables a otros, pues esto no traduce siempre la simpatía hacia unos o la animadversión hacia otros. No sólo se requiere que el proceder del funcionario sea contrario a la ley, sino, además, que actúe con conocimiento de que, al proceder así, viola las normas legales. Lo contrario sería aceptar que toda sentencia revocada, dá fundamento para seguir proceso por prevaricación, contrariando lo dispuesto por el estatuto represivo, que exige para la existencia punible del prevaricato, la concurrencia del dolo específico. Y ésto es así, porque el prevaricato no radica en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo, sino entre el derecho declarado y el derecho conocido, o en otros términos, en la discordancia entre el derecho declarado y el estado de creencia en la mente del Juez, lo que quiere decir que debe haber en estos casos la pretensión del funcionario de querer hacer pasar como derecho, algo que él sabe positivamente que no lo es, lo cual permite deducir que el error y la ignorancia del derecho, excluyen el prevaricato. (Casación Penal. Mayo 15 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ...258, 2ª y 259, 1ª

- 211 -

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO

Por principio de prueba por escrito, se entiende, según la definición legal que trae el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso". La doctrina ha interpretado esta definición en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituír manifestación clara, total y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio de prueba, sino una completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuírle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponden al principio de prueba por escrito: que exista un escrito, que no sea del contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo; y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso. En idéntico sentido se expresó la Corte en sentencia de mayo de 1948. (G. J. Tomo LXIV, pág. 391). (Casación Civil, Mayo 13 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ... 117, 2ª y 118, 1ª

- 212 -

PRUEBAS

Las pruebas legalmente practicadas en un juicio son aceptables en otro, y esto, porque las pruebas elaboradas legalmente, son actos jurídicos auténticos, que demuestran la realización de ciertos hechos determinados como suficientes para producir efectos también determinados. (Casación Civil. Mayo 3 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 42, 2ª

- 213 -

PRUEBAS

Nuestro sistema probatorio está regulado por las siguientes normas: fijación previa de los medios probatorios a los cuales hay que recurrir, aislada o conjuntamente, para probar todo hecho o todo acto jurídico; asignación, en la ley, de un determinado valor probatorio a cada uno de esos medios y excepcional delegación al Juez de la facultad de apreciar su valor de convicción (como en los indicios); sometimiento de cada prueba a un sistema ritual para allegarlas a los autos, que es de orden público, porque no puede alterarse por convenio entre las partes. Sistema que, además, se caracteriza por la marcada tendencia a que la iniciativa en la elección de

las pruebas, corresponde exclusivamente a los litigantes y por el principio de contradicción y publicidad.

Consagra este principio de contradicción y publicidad de la prueba, el art. 597, al estatuír:

"Para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso:

"1º—Por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas;

"2º—Por haberse presentado en las inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes;

"3º—Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiere tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión;

"4º—Por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esta facultad".

Declaración legislativa, complementada con las que gobiernan y fijan los respectivos períodos de prueba. Así, los arts. 746 y 758 del C. J., dividen el término ordinario en dos etapas: la primera, de diez días para pedirlas, y la segunda, de treinta para practicarlas, permitiendo que en cualquier estado del juicio hasta la citación para sentencia o antes de fallarse, la parte contra quien se ha presentado la prueba, puede contradecirla para que se desestime, y adquirir conocimiento de ella, por ante el Juez o por medio de la notificación del auto que decrete la pedida o presentada.

De donde se infiere que el pensamiento del legislador en cuanto a la oportunidad del allegamiento de pruebas, es el de que pueden formar parte del proceso para los efectos de estimar su mérito, si han sido "pedidas, decretadas y practicadas conforme a una de las cuatro formas o maneras que expresamente prevé el art. 597 del C. J.", es decir, agotadas las etapas de contradicción y publicidad. (Casación Civil. Junio 11 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....426, 1ª y 2ª

- 214 -

PRUEBAS (En segunda instancia)

Lo que precluye en casos de vencimiento del período que otorga el art. 758 durante la segunda instancia, según entiende la jurisprudencia la doctrina del artículo 597 "es la posibilidad de pedir pruebas, en cuanto hace a los litigantes, y en relación con el Juez, la de decretar la práctica de ellas". Esto es, no su incorporación al proceso, siempre y cuando que la no práctica o la demora en ella, no obedezcan a culpa de la parte interesada y que se produzca el allegamiento antes del fallo. (Casación Civil. Junio 11 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 427, 1ª

- 215 -

PRUEBAS (Apertura a pruebas de un incidente)

Para abrir a pruebas un incidente —como en otros casos previstos en el C. Judicial— no se requiere petición de parte, sino que el Juez, con vista en los hechos controvertidos, y en ejercicio de la tutela de los derechos confiados a la autoridad, proceda a dar cumplimiento a este trámite procedimental. Corresponde, pues, al Juez, considerar si las cuestiones a decidir son únicamente de derecho, o si, en cambio, en la controversia se plantean hechos que necesitan ser probados para llegar al pleno conocimiento de la verdad. (Negocios Generales. Mayo 6 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 295, 2ª

- 216 -

PRUEBAS (Cuándo puede rechazarse por inconducente la práctica de una prueba)

De acuerdo con el artículo 596 del C. Judicial, las pruebas deben ceñirse al asunto

materia de la decisión y son inadmisibles las inconducentes y legalmente ineficaces.

Pero el problema de la inconducencia o ineficacia de una prueba envuelve una cuestión de fondo que no puede ser decidida A PRIORI por el juzgador sino en el momento de fallar, a menos que el carácter de inconducente o ineficaz de lo que se pide sea tan palmario o protuberante por su absoluta falta de conexión con el asunto materia de la decisión, que imponga su inmediato rechazo en guarda de la economía procesal. Lo contrario podría prestarse a abusos y a muy graves consecuencias para el reconocimiento del derecho de las partes y para la debida ilustración del fallador, fin de todo recto procedimiento judicial. (Negocios Generales. Mayo 20 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 331, 2ª

- 217 -

PRUEBAS (Su apreciación en procesos penales)

No es tarea siempre sencilla descubrir el verdadero valor de convicción que determinada prueba ofrece. Ello porque en la generalidad de los casos la prueba en el proceso penal es compleja, o lo que es igual, se encuentra diseminada en distintas formas o categorías, cuyo valor probatorio resulta del conjunto de todas. De aquí que la labor del Juez en estas ocurrencias, no puede limitarse a la esquemática enunciación de los elementos de convicción que el proceso aporta, sino que su misión consiste en desentrañar con el mayor cuidado el contenido probatorio de cada una de ellas, la fuerza de convicción o de certeza legal que ofrece la energía con que conduce al establecimiento de una afirmación categórica. (Casación Penal. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117).... 622, 1ª y 2ª

- 218 -

PRUEBAS (Su práctica durante el sumario)

La Corte ha mantenido la doctrina de que en virtud de la oficiosidad del procedimiento penal, "la justicia no ha de buscar solamente pruebas de cargo contra el acusado, sino también las que puedan favorecerlo, puesto que en el juicio penal, a diferencia del civil, no se debaten meros intereses de particulares, sino que se trata de servir el más elevado interés público, que es el de administrar justicia, y por ese medio defender a la sociedad, pero dando, al propio tiempo, seguridad y protección al procesado, que puede ser inocente y que en todo caso, no ha de ser penado por rigor desproporcionado a su culpabilidad".

Dentro del sumario, el investigador está obligado a verificar con igual celo las citas que en su favor haga el sindicado, y desde luégo, a practicar todas las pruebas o diligencias que puedan resultar conducentes a establecer su irresponsabilidad en los hechos que se le atribuyen (art. 295 del C. de P. P). En todo caso, en esta etapa del proceso es pertinente y necesario allegar no sólo la prueba de cargo, sino también la de descargo, sin que el procesado tenga obligación alguna de producir esta prueba, ya que basta sugerirla, para que la justicia la busque y reciba, a fin de que opere en su favor, si en realidad es favorable a sus pretensiones. (Casación Penal. Junio 17 de 1952. Tomo LXXII. Nos. 2116 y 2117) ...633, 2ª y 634, 1ª

- 219 -

PRUEBAS (Valor de la acusación de un procesado contra otras personas)

La acusación del procesado a sus copartícipes —"CHIAMATA DEL CORREO"— en la clásica expresión italiana— exige (según los expositores de Psicología Judicial), para

que se tenga como prueba, los siguientes requisitos:

a) Que la confesión que de su participación hace el indagatoriado sea cierta, esto es, que evidentemente haya concurrido al delito;

b) Que la inculpación no se inspire en sentimientos innobles (odio venganza, perversidad), ni tenga el propósito oculto de atenuar la responsabilidad del inculpante, descargándola sobre otros;

c) Que dicha inculpación sea "vestida", esto es, que se presente como parte central de la narración completa de las modalidades de la coparticipación, y

d) Que concuerde con otros indicios, esto es, que no sea la única prueba de la responsabilidad de los copartícipes. (Casación Penal. Julio 8 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 665, 2ª

— R —

- 220 -

REBELION (Delito de)

El delito de rebelión, de acuerdo con el artículo 139 del Código Penal, incluye los siguientes elementos:

a) Haber participado en el alzamiento en armas; y

b) Que este alzamiento tenga en miras finalidades fundamentales en cuanto al régimen interno del Estado, como sería derrocar al Gobierno legítimamente constituído o modificar el régimen institucional en lo relativo a la formación, funcionamiento o renovación de los Poderes Públicos.

Estos requisitos son indispensables para que se configuere la infracción y por su ausencia, el delito no existe o degenera en otro distinto. El hecho de que el agente activo haya tenido el papel de promotor o director del alzamiento o tome parte en él como empleado con mando o jurisdicción militar, política o judicial, o actúe en ese alzamiento sin tener ninguna de las categorías anotadas, no constituye elemento esencial del delito; la determinación del puesto que se haya ocupado en el movimiento subversivo, sólo sirve para fijar la situación jurídica del procesado en lo relacionado con la sanción penal que le corresponda, de acuerdo con las normas de la ley penal. Lo que quiere decir que cualquiera que haya sido el puesto que se hubiere desempeñado en el alzamiento, se deben reunir, para que se pueda responsabilizar por dichos delitos, los requisitos que lo integran. (Casación Penal. Julio 11 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) .....672, 1ª y 2ª

- 221 -

REINCIDENCIA

Para calificar al acusado como reincidente, es necesario llevar al proceso la copia completa de las sentencias condenatorias anteriores. Ello porque en la reincidencia se exigen requisitos estrictos, de orden positivo y de orden negativo, que sólo el conocimiento íntegro de los fallos puede suministrar, para deducir tal agravante. En cambio, para deducir la simple circunstancia accesoria de peligrosidad referente a condenas anteriores, es suficiente establecer claramente que el delincuente las sufrió en cualquier tiempo; que fue realmente condenado, cualesquiera que hayan sido los delitos en que incurrió, los motivos determinantes y las condiciones personales del infractor. De tal suerte, que si la condena anterior puede ser ineficaz para demostrar reincidencia, aquélla no desaparece de la historia judicial o policiva del sujeto para mostrarlo como peligroso y digno de una pena adecuada a sus impulsos delictuosos y a la defensa de la sociedad. (Casación Penal. Mayo 27 de 1952. T. LXXII. Nº 2115)....
289, 2ª y 290, 1ª

- 222 -

REIVINDICACION (Pago de mejoras)

Habiendo el Tribunal considerado a los demandados como poseedores de buena fe y aceptado que tienen mejoras en el lote que se reivindica, ha debido reconocerles el derecho a que ellas se les abonen de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 966, que estatuye que "el reivindicador elegirá entre el pago de lo que valga al tiempo de la restitución, las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo". (Casación Civil. Junio 13 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 436, 1ª

- 223 -

REIVINDICACION (Sólo el poseedor material puede ser demandado)

La acción reivindicatoria es la que corresponde al dueño de una cosa singular, de que no esté en posesión, para que le sea restituída. Y el artículo 946 del Código Civil dice, expresamente, que su objeto es obtener que "el poseedor de ella sea condenado a restituírla" (restituír la posesión).

Por consiguiente, son presupuestos de esta acción: a) la calidad de dueño del demandante; b) la naturaleza singular de la cosa; c) la ausencia de posesión del titular del dominio; y, d) la calidad de poseedor de esa cosa singular, del demandado.

Al demandante corresponde la prueba de esos presupuestos esenciales de la acción. En esta clase de juicios no es suficiente la prueba de que el demandado tiene la cosa en su poder, pues se requiere que la tenga en calidad de poseedor, precisamente, y no a título precario. Cabe aquí aplicar la norma de que al actor le incumbe probar los hechos de su demanda, y uno de éstos es, cuando se ejercita la acción reivindicatoria, el de la posesión del demandado.

Además, sabido es que la posesión inscrita es cosa enteramente distinta de la posesión material, y que la acción reivindicatoria se ejercita necesariamente contra el poseedor material y no contra el simple poseedor inscrito. Si una de las partes tiene la posesión inscrita solamente, ésta debe ser el demandante; y si ambas la tienen, el demandado ha de ser, también indispensablemente, el poseedor material del inmueble. No existe reivindicación contra quien tenga la simple calidad de poseedor inscrito, porque lo que se persigue es la restitución, la material y no la simbólica representada en la cancelación del registro. Mal podría el juez condenar al demandado a restituír materialmente la cosa demandada, sin existir la plena prueba de que ella se encuentra en su poder y en calidad de poseedor. (Casación Civil. Julio 24 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ....554, 2ª y 555, 1ª

- 224 -

REIVINDICACION

El artículo 214 del C. J. impone al demandado a quien se atribuye la posesión de la cosa mueble o inmueble, la obligación de negar categóricamente que sea el poseedor, si la afirmación de la demanda no es cierta. Se trata de exigir lealtad a las partes en la determinación de la litis, a efecto de que ese fundamental presupuesto de la acción quede desde un principio enteramente establecido, con el doble objeto de evitar un proceso innecesario y de darle al demandante la oportunidad de enderezar su acción contra el verdadero poseedor.

En el caso presente, el demandado a quien en forma clara se imputa el carácter de poseedor, se limitó a decir sobre tal hecho que "Se arrimarán al juicio los elementos de convicción". Es decir, no negó la calidad de po-

seedor. Se limitó, simplemente, a eludir la respuesta clara y categórica que en caso de no tener la posesión exige el citado artículo 214 del Código Judicial. Y al proceder así, es indudable que el demandado se hizo responsable del inmueble o de su valor, pues no hay la plena prueba de que el demandante hubiera procedido de mala fe, a sabiendas de que aquél no era el poseedor. (Casación Civil. Julio 24 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .. 555, 1ª

- 225 -

REIVINDICACION (Interpretación del art. 215 del C. J.)

Negado el hecho de la posesión del demandado, debió aplicarse el artículo 215 del C. J. y sustanciarse esa negativa como excepción dilatoria, comprendida en la de inepta demanda. De ese modo se habría resuelto previamente ese punto sustancial, en forma que si se decidía en favor del excepcionante, éste quedaba exento de la demanda. En caso contrario, la posesión del demandado habría sido base indiscutible para el juzgador al dictar la sentencia definitiva.

Pero es claro que si la excepción no se tramitó, por descuido del juez y de las partes, lo que implica la renuncia tácita de esa formalidad procedimental, la situación creada por la demanda y su contestación permaneció inalterable, es decir, que por la afirmación de aquélla de estar el demandado en posesión de la finca, negada por éste, siguió pesando sobre la parte actora la carga de la prueba de ese hecho. Y si esa prueba no se produjo en forma plena, el Tribunal no podía desatar la acción reivindicatoria en favor del demandante, ni puede decirse que convirtió en perentoria la excepción dilatoria no sustanciada, pues lo que ocurre cuando el demandado niega los hechos de la demanda y el actor no los acredita suficientemente, no es que la negativa constituya una excepción perentoria, sino que la acción no prospera por faltar la prueba de los elementos que la informan, o de alguno de ellos. La excepción que se opone a lo sustancial de la acción supone siempre la comprobación de ésta, porque toda excepción perentoria es un hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de la obligación o la declara extinguida. Si la obligación no existe formalmente, la excepción no puede operar para desconocerla o extinguirla. (Casación Civil. Julio 25 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 562, 1ª

- 226 -

REIVINDICACION

Como lo dijo la Corte: "Cuando el lote de terreno que demanda el actor en acción reivindicatoria contra el poseedor, hace parte de otro mayor que pertenece en su totalidad al demandante, nada impide que éste solicite como primera petición de la demanda la declaración de ser dueño de todo el globo de tierra. Tal declaración de ser dueño de todo el globo entraña una acción petitoria, o más bien, un hecho fundamental necesario para reclamar la entrega de la porción poseída. La acción reivindicatoria no recae sino sobre este lote, sobre él versa exclusivamente la petición de entrega en razón de estar los demandados en posesión de él y pertenecer al demandante todo el globo...". (G. J., Tomo XXXV, pág. 298). (Negocios Generales. Junio 10 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 748, 2ª y 749, 1ª

- 227 -

REIVINDICACION (Alcance del precepto del art. 215 del C. J.)

Es indudable que en el caso contemplado por el artículo 214 del C. J., el SILENCIO del demandado sobre la posesión de la cosa que es materia de la litis, unido a la prueba de do-

minio por el actor, son suficientes para establecer presuntivamente dicha posesión respecto del primero, y hacerlo en consecuencia responsable de la cosa misma o de su precio. Pero si, como lo previene el artículo 215, el demandado antes que limitarse al silencio, NIEGA expresamente la calidad de poseedor porque se le demanda, entonces lo que se modifica no es, como en el caso anterior, la aplicación del principio sobre carga de la prueba, que sigue gravitando sobre el actor, sino el procedimiento para establecer el hecho, a fin de evitar, mediante los trámites breves de un incidente de excepciones dilatorias, la dispendiosa e inútil controversia que implica el juicio ordinario. (Casación Civil. Mayo 5 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ...199, 2ª y 200, 1ª

- 228 -

REIVINDICACION (El demandante debe probar la posesión del demandado)

La reivindicación o acción de dominio, como lo enseña el artículo 946 del C. C., es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sa condenado a restituírla. De donde se sigue que siendo esta acción restitutoria, por naturaleza, su viabilidad en juicio se halla forzosamente subordinada a la comprobación, no sólo del dominio o propiedad de donde emana el derecho del actor a proponerla, sino del estado de posesión en que se halla el demandado, y por cuya razón puede ser obligado a restituír; por ello, y como lo repite luégo el artículo 952 subsiguiente, "la acción del dominio se dirige contra el actual poseedor", porque nadie sino el que tiene la cosa en su poder, puede ser obligado a restituírla. Pero, como al tenor del artículo 1557 del mismo Código, "incumbe probar las obligaciones o su extinción al qué alega aquéllas o ésta", es claro entonces que, fundado el deber de restituír en la posesión afirmada por el actor, a nadie sino a éste le corresponde probarla, a efecto de que su pretensión pueda prosperar. (Casación Civil. Mayo 5 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 199, 1ª

- 229 -

REIVINDICACION

La circunstancia de que por razones de interés general no pueda ordenarse la restitución o entrega del bien al demandante, por haberse incorporado a una obra pública o de servicio público, no quiere decir que no se halle consagrada en la ley civil la acción correspondiente para obtener el pago de su valor, acción que también se halla dentro del título de la reivindicación y que la Corte ha declarado viable en esos casos. (Negocios Generales. Julio 15 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 783, 1ª

- 230 -

REIVINDICACION (No requiere certificado que acredite suficiencia del título)

El certificado de que trata el artículo 635 del C. J. sólo es necesario allegarlo en los casos en que la ley expresamente requiere un título registrado suficiente, y entre ellos no está comprendido ni el de reclamación de indemnización de los perjuicios ocasionados a un inmueble, ni aún aquellos en qué se propone una acción reivindicatoria. Así lo ha sostenido reiteradamente la Corte, en varios fallos. (Casación Civil. Mayo 12 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 93, 1ª

- 231 -

REIVINDICACION (Prueba del dominio)

Al "dueño" que quiere demostrar "propiedad", le toca probar su derecho, pero exhibido el título, no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando

la fecha del registro del título, es anterior a la posesión del reo. Si se pidiese esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la "probatio diabólica", que el buen sentido rechaza por innecesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares.

A "contrario sensu", cuando una de las partes en el juicio reivindicatorio, presenta como título una hijuela extraída de un sucesorio, o de uno de división de comunidades, sociedades, etc., entonces, esa hijuela no vale por sí sola para justificar la radicación del derecho de dominio en la persona que la aduce, si al mismo tiempo no acompaña el título de adquisición del causante, ya se trate de la sucesión, o de la comunidad, o sociedad. Esto porque el heredero, particularmente, por virtud de ficción legal, se confunde con el causante, se consideran una misma persona. (Casación Civil. Mayo 7 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ...68, 1ª y 2ª

- 232 -

REINTEGRO (En delitos contra la propiedad)

La disposición contenida en el artículo 429 del Código Penal no deja duda de que el reintegro tiene que ser total y como consecuencia de un acto espontáneo del agente del delito, quien así demuestra su arrepentimiento.

El reintegro total se justifica porque en los delitos contra el patrimonio el bien jurídico que se lesiona es la propiedad, y la ley toma en cuenta, al sancionarlo, el perjuicio sufrido por el sujeto pasivo del delito. Por manera que si a éste se le devuelve el objeto materia del ilícito, el daño privado desaparece y el hecho punible adquiere menor gravedad, que debe compensarse con una sanción benigna y equitativa.

Pues, no puede olvidarse que el arrepentimiento del agente del delito, claramente demostrado por la libre y espontánea restitución del objeto materia del ilícito, es el aspecto más interesante de la norma, ya que en el sistema de la actividad psico-física como base de la imputabilidad penal y del estado peligroso como medida de la sanción, dicho arrepentimiento está indicando que el sujeto tiene sentimientos nobles y capacidad de readaptación para la vida en comunidad; es decir, que es menos peligroso, lo cual comporta una prudente reducción de la pena. (Casación Penal. Julio 4 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 650, 1ª

- 233 -

REMATE (Juicio de nulidad de un remate)

La diligencia de remate y la aprobación del Juez, equivalen a una escritura pública que debe registrarse. Esos dos actos judiciales hacen de título en la venta que realiza el Juez, hacen de escritura pública, y si el remate en sí es una venta, venta forzada que se realiza por decreto judicial en pública subasta, como lo dice el artículo 741 del C. C., en su inciso tercero, sería ilógico y se rompería la armonía de un sistema jurídico, si para una venta común ante Notario se exigiera escritura pública y no se exigiera esa misma escritura para la venta que se realiza ante el Juez.

Por eso, cuando en juicio, sea para pedir la declaración de nulidad de la misma, o para cualquier otro fin, se debe comprobar la compraventa hecha en remate, es necesario presentar la copia auténtica del remate y su aprobación judicial que equivalen a escritura pública que debe ser registrada, y esa prueba no puede ser reemplazada por otra, ni por la confesión. La falta de la copia equivale a la inexistencia. (Casación Civil. Mayo 20 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 121, 2ª

- 234 -

RENTAS NOMINALES (Amortización de su capital)

La ley 60 de 10 de junio de 1872, en el parágrafo segundo del art. 10, dijo lo siguiente: "La Renta Nominal perteneciente a patronatos y capellanías se podrá también amortizar en los términos de la presente Ley, si hacen postura en el remate respectivo las personas a quienes la legislación civil en cada Estado reconozca como propietarios de esos capitales".

El Código Fiscal que se aprobó por medio de la Ley 106 de 1873, en su artículo 2156, consagró exactamente el mismo principio de la Ley 60 de 1872 que se transcribió antes. Tales disposiciones demuestran que sí era posible amortizar los capitales.

Además, la Renta Nominal que gravaba al Estado por concepto de la deuda interna, creada por el Decreto de 9 de septiembre de 1861 y que en el año de 1918 no estaba amortizada, se reconoció por la Ley 23 de ese año, y los títulos que poseían entonces los beneficiarios, se ordenaron cambiar por bonos con ratas diferentes según su procedencia (art. 27 de la Ley 23 de 1918). Esta ley, en sus artículos 20 y 21, autorizó al Gobierno para convertir en bonos a voluntad de los tenedores, los Certificados de Renta Nominal, siempre que no estuvieran prescritos. En el segundo de los artículos citados, ordenó que esos certificados CONTINUARIAN AMORTIZANDOSE POR EL SISTEMA ORDINARIO DE REMATES.

Lo anterior demuestra, pues, que sí era y fué posible amortizar el capital de las Rentas Nominales por el sistema de remates, como lo dispusieron el art. 10 de la Ley 60 de 1872 y el art. 2156 del Código Fiscal de 1873. (Negocios Generales. Julio 15 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) . . . 791, 2ª y 792, 1ª

- 235 -

RESOLUCION DE CONTRATOS (No es jurídica su declaración en los de tracto sucesivo)

En contratos destinados a producir una serie de efectos escalonados y llamados por eso de tracto sucesivo, lo jurídico no es declarar la resolución que produce efectos hacia el futuro y hacia el pasado, sino hablar de TERMINACION, denominación que ha aceptado la doctrina, considerando que en estos casos los efectos de la declaración sólo pueden operar hacia el futuro. (Negocios Generales. Junio 4 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 713, 1ª

- 236 -

RESPONSABILIDAD CIVIL

Los efectos de la responsabilidad civil por culpa extracontractual no se modifican ni se agravan por el hecho de que se originen en delitos penales o civiles, y no en simples cuasidelitos o culpas. En uno u otro caso, el agente responde civilmente por la plenitud del daño causado que sea consecuencia del hecho culposo o delictuoso. En la culpa aquiliana, no existen, como en la contractual, las graduaciones de grave, leve y levísima, ni opera tampoco la distinción de perjuicios previstos o previsibles y perjuicios consecuenciales inmediatos o directos (artículos 1604 y 1616 del C. C.). Pero esto no significa que, en principio, tratándose de la responsabilidad extracontractual, sea indiferente que ésta emane de un delito o de una simple culpa, pues si en ambos casos la víctima tiene derecho a una reparación completa del daño, existen diferencias por otros aspectos, como sería, por ejemplo, que cuando la culpa de una de las partes proviene de ilícito penal o de delito civil (culpa dolosa), se descarta

la simple culpa que pueda imputarse a la otra parte, aunque haya influído en el daño. La intención positiva de perjudicar a otro absorbe, por decirlo así, los descuidos o negligencias en que haya podido incurrir el agraviado. (Casación Civil. Mayo 20 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....138, 2ª y 139, 1ª

- 237 -

RETROVENTA (Naturaleza jurídica de este pacto)

El pacto accesorio de retroventa no es más que una condición resolutoria expresa, que cuando falla determina que la venta se convierta en pura y simple, y que cuando ocurre o se realiza, invalida la compraventa, extingue los derechos del comprador y restituye las cosas al estado que antes tenían. Ese pacto accesorio, no le comunica incertidumbre alguna, de más o de menos, al contenido de las prestaciones estipuladas inicialmente por las partes o los gravámenes que cada una se impuso en beneficio de la otra. (Casación Civil. Junio 1º de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117).....503, 2ª

- 238 -

RUEDA DE PRESOS

No se vé por qué causa resulte nula una diligencia de reconocimiento en rueda de presos cuando se hace dentro del mismo texto de una declaración en la que se acusa a determinada persona como autora de un delito. Esa diligencia no sería precisa si el deponente afirma conocer al agente de la infracción y es capaz de identificarlo con su nombre y apellido. Pero si apenas puede dar la filiación de él, el reconocimiento se impone, no solamente porque así lo manda el artículo 370 del Código Procesal Penal, sino porque no se encontraría otro medio más expedito para lograr la identificación del sindicado. De aquí que el artículo siguiente, 371, señale la forma de practicar dicho reconocimiento, rodeándolo de solemnidades y de formalidades que lo hagan eficaz para el objeto que se propone. Si estas formalidades se cumplen, que son las únicas que lo vuelven válido ante la ley, la circunstancia de hacerse en la misma declaración o en diligencia distinta, es indiferente. Lo fundamental es que no se prescinda de las solemnidades prescritas, porque la falta de éstas sí puede implicar deficiencias graves en el reconocimiento, que lo vician; las circunstancias en que se practica, en manera alguna conducen a idéntica conclusión. (Casación Penal. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 628, 2ª

— S —

- 239 -

SENTENCIA (Puede servir de prueba en juicio contra persona que no intervino en el proceso donde se dictó)

Lo que el artículo 474 del C. J. estatuye e impide es que las sentencias firmes dictadas en un juicio se opongan como cosa juzgada en otro con el propósito de extinguir o enervar la acción que éste se propone, cuando no se reúnen los requisitos que esa norma contempla; pero no que las sentencias judiciales puedan aducirse y utilizarse en calidad de prueba contra quien no fue parte en la controversia en que ella se profirió y que se tenga por tal mientras éste no le oponga otro elemento de convicción que destruya su fuerza probatoria. Así, si A en juicio contra B obtiene sentencia definitiva en que se le reconoce como titular del dominio de determinado inmueble, esa sentencia puede después utilizarla en juicio reivindicatorio contra C, y ella debe ser estimada como prueba del do-

minio para vencer a C., mientras éste no le contraponga otra prueba que acredite su mejor derecho, tal como sería un título de dominio o una posesión material anteriores. Es decir, la sentencia es admisible y opera como prueba; no en calidad de cosa juzgada. (Casación Civil. Mayo 3 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 22, 1ª

- 240 -

SENTENCIA (Cuándo pueden ocurrir fallos "por apariencia de verdad probable, por verosimilitud")

Los fallos o decisiones "por apariencia de verdad probable, por verosimilitud", tienen ocurrencia en los litigios en que la cosa o determinados hechos, han de estimarse como presuntos por el juzgador y aunque quepan hipótesis contrarias a la presunta, una vez probados los hechos que constituyen la presunción, le dan oportunidad de aplicarla al juez; y en general, en todos los casos en que opera una presunción o ficción legal en cualquiera de las ramas del derecho. (Casación Civil. Mayo 3 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 35, 1ª

- 241 -

SERVIDUMBRES

Si es verdad que la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, no es menos cierto también que esa relación jurídica crea derechos, de donde surgen obligaciones correlativas. Tales derechos son reales, por cuanto se ejercen sobre una cosa sin consideración a persona determinada, esto es, en el sentido de que cualquiera que sea el propietario de un predio, puede gozar de las ventajas atribuídas a éste, como son también reales las obligaciones que de aquellos derechos emanan.

De allí que en los contratos sobre constitución de una servidumbre, no son ni pueden ser extrañas las estipulaciones que consagran otras tantas obligaciones reales, sin que por ello se altere o cambie la naturaleza bilateral de tales contratos. (Negocios Generales. Mayo 28 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 345, 2ª

- 242 -

SERVIDUMBRES

En principio, la servidumbre no impone al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo en utilidad del predio dominante. Empero esta regla derivada de la propia naturaleza de la servidumbre, que apenas consiste en una limitación del derecho de propiedad, tiene, sin embargo, excepciones, como lo enseña el inciso 2° del artículo 882 del Código Civil. Tal acontece no sólo respecto de la servidumbre de demarcación a que dicho inciso 2° se refiere, sino también de la de cerramiento de que trata el artículo 904, en las cuales lo que propiamente considera la ley como servidumbre, es, relativamente a la llamada de demarcación, la obligación que pesa sobre el dueño del predio colindante con otro de concurrir a la fijación sobre el terreno de los límites que entre sí los separan; y en relación con la de cerramiento, la obligación impuesta al dueño de concurrir también a la construcción y conservación de las cercas divisorias comunes, concurrencia que en ambos casos comporta la necesidad de hacer alguna cosa.

Puede igualmente suceder que en el título constitutivo de la servidumbre, entendido por tal el acto jurídico destinado a establecerla, el propietario del predio sirviente se obligue a ejecutar por su cuenta ciertas obras que aunque no constituyen el objeto princi-

pal de la servidumbre, son indispensables para su ejercicio; o que en dicho título se estipule un modo o forma especial de ejercerla. (Negocios Generales. Mayo 28 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....344, 2ª y 345, 1ª

- 243 -

SERVIDUMBRE DE LUZ (Alcance del art. 953 del C. C.)

El JUS LUMINUM de los romanos, que era "el derecho de abrir una ventana en la pared del vecino, para dar luz a mi casa", fué adoptado como servidumbre en los proyectos del señor Bello, y pasó, hace ya un siglo, a ser texto legal del Código Chileno; y este texto fué adoptado en nuestra legislación civil, desde muchos años atrás, cuando el progreso nacional era casi imperceptible, por lo general no había sino habitaciones de un solo piso, y no se conocían los edificios de varias plantas, ni se conocían los materiales de construcción que la arquitectura moderna emplea para economía, para embellecimiento y para comodidad. Hoy, cuando esa arquitectura puede emplear materiales martillados traslúcidos e intrasparentes, que iluminando los cuartos no dan vista hacia afuera y que dan seguridades a los muros, el artículo 953 del C. C., en lo que respecta a la altura de tres metros, no tiene aplicación para esos casos, y no se puede apuntar violación de él si con aquellos sistemas de edificación, que garantizan la seguridad de las habitaciones, se garantiza también la imposibilidad de dar vista hacia afuera, que es pensamiento cardinal del artículo comentado. (Casación Civil. Mayo 31 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 232, 2ª

- 244 -

SIMULACION (Su declaración judicial no afecta a terceros de buena fe)

El tercero de buena fe, que ateniéndose al acto ostensible, compra una cosa que fué adquirida simuladamente por su antecesor en el dominio de ella, no es perjudicado por la sentencia que declara la simulación, porque si por una parte el tercero no tiene por qué estar al corriente, ni saber de las estipulaciones secretas pactadas entre los antecesores del dominio que ha adquirido, por la otra, la seguridad y estabilidad de las convenciones, sería imposible. Quien compra una cosa se atiene, cuando el contrato consta en escritura pública, a lo que han declarado las partes, auncuando no sea cierto, y por eso enseña el artículo 1934 del C. C., que si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario, sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esa prueba, habrá acción contra terceros poseedores, y en tratándose de bienes muebles, por lo mismo que ese contrato no requiere escritura pública, si el que debe una cosa mueble a plazo o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe (artículo 1547 ibidem). (Casación Civil. Mayo 5 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....50, 2ª y 51, 1ª

- 245 -

SOCIEDADES DE HECHO (Responsabilidad personal de los socios frente a terceros)

Las sociedades de hecho —como lo tiene repetido la jurisprudencia— son aquellas que se originan, o en el expreso consentimiento de los interesados, pero sin sujeción a los requisitos o solemnidades prevenidas

por la ley para el cumplido funcionamiento de las de derecho; o en la implícita voluntad de asociación, que se manifiesta por la elaboración de dos o más personas en una operación o serie de operaciones para una utilidad común. En el ejercicio de tales actividades, pues, el ente social en cuyo interés se desarrollan, carece de toda personalidad y es, por lo mismo, incapaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones, por lo cual no es la sociedad sino los socios personalmente quienes "responden solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho", según lo previene el inciso segundo del artículo 472 del C. de Co.

Se comprende así, por qué, al organizarse de hecho una sociedad, la prueba de su existencia y modo de funcionamiento, no pueden hallarse subordinados a los medios solemnes de la escritura o del correspondiente extracto con que es forzoso acreditar los de las sociedades de derecho comerciales y aún algunas de las civiles, sino que se rigen por los ordinarios que la ley reconoce para los actos y contratos en general, en los términos establecidos por el artículo 477 del C. de Co., que dice: "Tampoco podrán (los socios) alegar la falta de una o más de las solemnidades mencionadas, contra los terceros interesados en la existencia de la sociedad, y éstos podrán acreditarla por cualquiera de los medios probatorios que reconoce este Código".

De esta suerte, al entrar una de estas sociedades en relaciones con terceros, el término de la responsabilidad personal y solidaria de los socios por los actos realizados por éstos en interés de aquélla, tiene naturalmente que medirse por el tiempo a que se haya referido el conocimiento o aviso de funcionamiento a virtud del cual dichos terceros aceptaron contratar en interés de la sociedad; o en caso de indeterminación, por el de la fecha o día en que posteriormente se les haga saber el fin de las operaciones comunes.

Y es porque, fundada aquella responsabilidad personal y solidaria de los asociados, en los términos de organización privada de que expresamente se hizo sabedores a los terceros que contratan en interés de la comunidad, los pactos posteriores con que se le modifique o extinga, auncuando susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos entre los estipulantes, no lo son ni podrían serlo respecto de aquéllos que, al contratar sobre la base de un aviso expresamente comunicado, tienen derecho a que sus efectos se modifiquen o suspendan del mismo modo a como se originaron, o sea, mediante noticia expresa en contrario; ni siquiera el conocimiento privado, vale tanto como decir, el adquirido por conductos ajenos a la expresa declaración de los asociados, es apto a la consecución de tales fines, como claramente resulta del principio consignado en el artículo 477 del C. de Co., antes transcrito. Si así no fuera, la buena fe con que el tercero acepta contratar en interés de la comunidad, quedaría expuesta a la sorpresa de actos a que es completamente extraño. Por ello, el artículo 2140 del C. C., de aplicación analógica al caso de las sociedades de hecho, en lo que es compatible con la naturaleza de éstas, tiene establecido: "La disolución de la sociedad no podrá alegarse contra terceros sino en los casos siguientes: "1º Cuando la sociedad ha expirado por la llegada del día cierto prefijado para su terminación en el contrato. 2º Cuando se ha dado aviso de la disolución por medio de la imprenta, o por carteles fijados en tres de los parajes más frecuentados del respectivo lugar. 3º Cuando se pruebe que el tercero ha tenido oportunamente noticia de ella por cualesquiera medios". (Casación Civil. Abril 30 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....190, 2ª y 191, 1ª

- 246 -

SOCIEDADES COMERCIALES (Alcance probatorio del certificado de la Cámara de Comercio)

Desde luégo la finalidad primordial del certificado a que se refiere el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, se halla dirigida a facilitar, por medio de la publicidad que constituye el registro en la Cámara de Comercio, la prueba sobre el advenimiento de la sociedad a la vida jurídica y su actual existencia, que de otra suerte estaría circunscrita al medio directo de la escritura de organización. Pero como a más de las especificaciones que se refieren a la personalidad social, el certificado debe precisamente contener no sólo las estipulaciones de que trata el inciso 2° del art. 469 del C. de Co., sino todas aquellas que de alguna manera tengan que ver con el interés de los terceros en cuyo beneficio obra el registro (domicilio de la sociedad, facultades del administrador, supervivencia de la sociedad después de muerto uno de los socios, nombramiento de liquidador, etc.), y nada se opone a que pueda relacionar otras ajenas a dicho interés, resulta inaceptable limitar el valor probatorio del certificado a la existencia de la persona jurídica cuando las otras especificaciones que allí se relacionan tienen el mismo origen solemne de la primera, y están por consiguiente rodeadas de las mismas garantías de autenticidad; y cuando, en definitiva, la prueba de la existencia de la persona moral que él suministra, viene precisamente a descansar sobre el sello de verdad que el propio certificado le imprime a aquellas especificaciones extractadas de la escritura.

Claro está, como lo observa el Dr. Rocha en su tratado sobre "La prueba en Derecho", puede "suceder que se necesite mejor la escritura misma en copia registrada, además del certificado de registro mercantil y de la personería del gerente, cuando se discuta o se desee conocer el alcance de unas cláusulas, que en su integridad sólo las trae la escritura y no el extracto; entonces la escritura se llevará registrada por razón de la necesidad de conocer su contenido completo y no porque sea indispensable para acreditar la constitución y existencia social". En consecuencia, y siguiendo el pensamiento del distinguido comentarista, si no se discute o desea conocer el alcance de la estipulación a que el extracto alude, o si éste la relaciona en su integridad, resulta innecesaria la escritura; y el certificado que en su origen sólo estaba destinado a comprobar la organización y existencia social, virtualmente es también apto para acreditar esas otras especificaciones que su texto relaciona. (Casación Civil. Julio 22 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) . . 525, 2ª y 526, 1ª

- 247 -

SOCIEDAD CONYUGAL

Como lo dijo la Sala de Casación Civil en sentencia de 15 de febrero de 1948: "En cuanto a la capacidad legal concedida a la mujer por la Ley 28 de 1932 y lo declarado en la Ley 68 de 1946, es necesario contemplar dos situaciones distintas:

"a) Con respecto a los bienes sociales existentes el 1° de enero de 1933 como de la sociedad conyugal, se entiende que dicha sociedad no se ha liquidado y que el bien que está en cabeza de la mujer no puede ser enajenado por ésta sin la concurrencia del marido. Pero éste sí podría enajenarlo como si fueran bienes propios. Tal es el alcance de la Ley 68 de 1946.

"b) Con respecto a los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, a partir del primero de enero de 1933, cada uno de ellos tiene la libre disposición de los que por cualquier causa adquiriera" (G. J. ns. 2057 y 2058. pág. 735). (Casación Civil. Julio 22 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) . . . 535, 1ª

- 248 -

SOCIEDAD CONYUGAL

Antes de la expedición de la Ley 68 de 1946, que por vía de interpretación señala la manera como debe entenderse y aplicarse la Ley 28 de 1932, la Corte había situado dentro de la calificación de inoponibilidad de fondo, los contratos celebrados por uno solo de los cónyuges, respecto de bienes sociales adquiridos antes del primero de enero de mil novecientos treinta y tres (1933), reputándolos inoponibles por falta de concurrencia del cónyuge que no había prestado su asentimiento; en esta interpretación creyó no sólo ajustarse a los términos de la Ley 28 de 1932, sino especialmente a la finalidad social de sus preceptos. Para llegar a esta estructura jurisprudencial, la Sala abandonó sus primitivas tesis sobre nulidad de los mencionados contratos. (Casación Civil. Julio 22 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) ... 532, 1ª

- 249 -

SOCIEDAD CONYUGAL (**Requisitos para la subrogación de un bien propio de uno de los cónyuges**)

Por regla general, son bienes sociales los adquiridos a título no gratuito durante el matrimonio, pero el artículo 1873 del C. C. estipula que no obstante no entrarán a formar parte del haber social los inmuebles que fueron debidamente subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges, ni las cosas compradas con valores propios de uno de éstos, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.

Pero, para que opere una tal subrogación, es indispensable, conforme lo preceptúa el artículo 1729 ibidem, que el segundo inmueble (o sea el adquirido últimamente) se haya permutado por el anterior que era bien propio del cónyuge, o que, vendido el primero durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el segundo; y que en la escritura de permuta o en las de venta y de compra se haya expresado el ánimo de subrogar. La simple manifestación de subrogar hecha en la escritura de compra del segundo inmueble, no es suficiente para que la subrogación cumpla sus efectos conforme a la ley. (Casación Civil. Junio 11 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ..... 412, 2ª y 413, 1ª

- 250 -

SUCESION (**Demandas contra sucesión ilíquida**)

Es doctrina reiterada de la Corte, que cualquiera de los herederos pueden demandar en nombre de la sucesión o de la sociedad conyugal que representen, ya que no es admisible la exigencia de que todos obren de consuno, pues se haría en muchos casos nugatorio el derecho de quienes estén interesados en el ejercicio de tales acciones; mas también se ha dicho en numerosos fallos, que, por el contrario, para demandar debidamente a la sucesión o a la sociedad conyugal ilíquidas, y obtener una sentencia condenatoria que indispensablemente ha de producir sus efectos contra todos los hederedos y el cónyuge sobreviviente que las representen, debe demandarse no a uno o a varios de éstos, sino precisamente a todos ellos.

Es necesario, no obstante, considerar que, como la sucesión no es una persona jurídica, sino una especie de comunidad representada por los herederos, cuando se demanda a aquélla se entiende estarse demandando a éstos. Por tanto, la petición de que se condene a la sucesión es equivalente a la de condena contra los herederos que la representan, y si todos éstos han sido demandados, la condena puede prosperar; pero si sólo ha sido demandado uno de los herederos, solamente es posi-

ble proferir la condena contra éste, en la parte proporcional que le corresponda de acuerdo con su cuota herencial, porque condenar a la sucesión equivale a condenar a todos los herederos. De esta manera, sin condenarse a quien no ha sido parte en el juicio, sí se impone la condena pedida, en cuanto al heredero llamado al juicio y en cuanto a cuota herencial y responsabilidad proporcional en el pasivo social. (Casación Civil. Junio 11 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ....418, 1ª y 2ª

— T —

- 251 -

TESTAMENTO (La declaración de nulidad de éste no conlleva la de su registro y la del juicio de sucesión)

De la declaración de nulidad del testamento, por haberse omitido al otorgarlo cualquiera de las formalidades a que debe sujetarse conforme a la ley, no pueden sin embargo deducirse las de nulidad del registro del testamento y del juicio de sucesión que con base en él hubo de seguirse, como tampoco la que se dirige a obtener que la herencia sea liquidada y distribuída de acuerdo con las reglas que rigen la sucesión ab intestato. Porque conformadas las dos primeras actuaciones por requisitos distintos e independientes a los del otorgamiento, los defectos o vicios del testamento, nada tienen que hacer con las formalidades de que deben estar rodeadas las primeras, para su validez y respecto de las cuales no se ha opuesto reparo específico ninguno, y porque el hecho de invalidarse el testamento, podría no conducir a la regulación de la herencia por las normas de la sucesión abintestato, como en el caso de que se presentara otro testamento.

Por lo demás el registro del fallo en que se declara la nulidad, cancela de hecho los del testamento y diligencia de publicación, y pone a los beneficiados con él, en aptitud de adelantar el juicio de sucesión de conformidad con las normas respectivas, si no está aún concluído, o de proponer las acciones correspondientes a la debida liquidación y adjudicación de la herencia, si el juicio estuviere fenecido; con lo cual, las consecuencias finales vienen a ser las mismas que las perseguidas a través de medios o de acciones claramente inadecuados. (Casación Civil. Abril 22 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ...181, 2ª y 182, 1ª

- 252 -

TESTAMENTO CERRADO

Si el fin de la limitación de que trata el artículo 1079 del C. C., como en general el de todas las prevenciones y solemnidades de que debe estar rodeada esta clase de actos, no es otro que el de asegurar absoluta y eficazmente la autenticidad de las declaraciones testamentarias, esa garantía, respecto del escrito que en sobre cerrado se presenta al Notario y a los testigos, no puede alcanzarse sino a través de una doble condición: que el otorgante esté EN CAPACIDAD ACTUAL DE VERIFICAR que el contenido del escrito corresponde fielmente a la determinación libre y espontánea de su voluntad; y que disponga asímismo de la APTITUD NECESARIA PARA DEMOSTRAR EN EL HECHO aquella identidad o concordancia. La primera se cumple mediante la prueba de su conocimiento en el arte de la lectura; la segunda, por la atestación de que debe dar fe su propia firma al pie del escrito de disposiciones, como implícitamente lo previene a continuación el inciso segundo del artículo 1080.

"Se requieren, pues —dice don Fernando Vélez— dos condiciones esenciales para poder otorgar testamento cerrado: 1ª Saber leer; 2ª Saber escribir. De suerte que no basta que una persona sepa una de estas dos cosas para que pueda testar de una manera secreta. La razón de ésto es clara: como del testamento cerrado, el Notario y los testigos só-

lo conocen la cubierta en que aquél se encierra, la garantía de que no se alteren sus disposiciones, la busca la ley en los conocimientos del testador.

"De ésto resulta lógicamente que el saber leer y escribir implica que se pueda leer y escribir, pues de lo contrario, conocimientos adquiridos que no puedan practicarse si se nos permite la palabra, no servirían de precaución para impedir que al testador se le adulteren las disposiciones de su testamento". (Est. sobre el D. C. C., tomo IV, n. 219).

Lo cual corresponde exactamente al pensamiento expuesto por la Corte, cuando en sentencia de 26 de marzo de 1908, se expresa así:

"La firma del testador es solemnidad requerida para la validez del testamento cerrado. Si otra persona, por imposibilidad del testador, firma por él, no es el testador quien firma el testamento, sino esa otra persona, aunque lo haga a nombre del primero, y el testamento no sería válido. Si la ley hubiera querido autorizar este procedimiento, lo hubiera declarado expresamente, como lo ha hecho en casos análogos.

"Firma del testador es el nombre y apellido con rúbrica que el testador, de mano propia, pone al pie de su testamento (el cual puede estar escrito de mano propia o ajena), para darle autenticidad. De manera que al prescribir la ley que el testamento cerrado deberá estar firmado por el testador, prescribe que el nombre y apellido constitutivos de la firma sean escritos de propia mano del testador".

El ciego, por ejemplo, sólo puede "testar nuncupativamente y ante Notario o funcionario que haga veces de tal. Su testamento será leído en alta voz dos veces: la primera por el Notario o funcionario y la segunda por uno de los testigos, elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial en el testamento", conforme lo prescribe el artículo 1078 del C. C. Auncuando él sepa leer, el estado de incapacidad en que se encuentra al tiempo del otorgamiento para ejercer esa aptitud, le inhabilita para asegurar frente a terceros la autenticidad de las declaraciones que privadamente puede hacer, aún garantizadas con su propia firma, y de ahí por qué no pueda tampoco valerse de un comisionado que a nombre suyo ejercite aquella facultad.

De la misma manera, quien al tiempo de dictar las disposiciones de última voluntad, se encuentre en incapacidad física de estampar de su puño y letra la firma con que antes acostumbraba autorizar los actos de su vida civil, por el mismo hecho está inhabilitado para garantizar la identidad entre lo dispuesto por él y lo que en privado resulte suscrito por un tercero a nombre suyo, en términos de lograrse evidenciar que el pliego presentado no pudo ser alterado o aún reemplazado por otro.

Se explica así, por qué tratándose de la firma del testador al pie del documento que contiene sus disposiciones, no es aceptable hablar del válido cumplimiento de aquella formalidad a través de la firma de un tercero que como mandatario las suscribe a nombre del otorgante: porque encaminado dicho requisito a establecer la autenticidad de un acto, que es reservado por su naturaleza, la forma indirecta o por conducto de terceros como pudiera cumplirse, no sólo conduciría al resultado de la muy difícil comprobación del encargo, sino que aún suponiéndolo evidenciado, desvirtuaría forzosamente el objeto mismo de la formalidad.

No sucede lo propio en tratándose de la firma con que el testador debe suscribir el acta de presentación redactada en la cubierta y la escritura de otorgamiento, y que en el caso de imposibilidad física pueden ser suplidas con la de otra persona que lo haga a ruego suyo. Porque siendo éste un precepto de excepción para tales casos, no es dable jurídicamente aplicarlo por analogía a otros distintos; y porque tratándose en aquellos actos de hacer público y solemne el otorgamiento, se comprende sin dificultad la previsión legal

de que la firma pueda ser suplida por ante la fe del funcionario y de los testigos que garantizan la autenticidad de aquellos actos; lo cual, como es obvio, no sucede respecto del pliego mismo de disposiciones, que, se ha dicho, es, por su naturaleza, reservado. (Casación Civil. Abril 22 de 1952. T. LXXII. Número 2115) .....180, 1ª y 2ª; 181, 1ª y 2ª

- 253 -

TESTIMONIO (Cuándo constituye plena prueba)

Para que formen plena prueba, no basta que las dos o más declaraciones de testigos hábiles concuerden en todas las circunstancias objetivas del hecho. Es preciso también que las deposiciones cumplan los demás requisitos intrínsecos que persiguen las reglas de los artículos 687, 688 y 689 del Código de Procedimiento Civil, porque el esclarecimiento de la verdad es lo que importa a la justicia, y este fin no se alcanza, por medio de la prueba testimonial y según los principios de la sana crítica, sino cuando es el mismo testigo quien expone todo cuanto sabe sobre el punto de que se trata, explicando cada respuesta para demostrar así que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos. De ahí que cuando él no es capaz de dictar sus respuestas las redacta el funcionario, pero después de conferenciar con el testigo hasta cerciorarse de qué es lo que sabe y quiere decir, tomando aquél especial empeño en que el testimonio sea responsivo, exacto y completo, y haciendo todo lo conducente a poner en claro la confianza que merezca el testigo y la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos que afirma o de que tiene noticia, todo según las sabias pautas contenidas en las citadas disposiciones legales. (Casación Civil. Junio 10 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) .....395, 1ª y 2ª

- 254 -

TESTIMONIO (Cuándo puede prosperar el recurso de casación por indebida aplicación del art. 702 del C. J.)

La Corte ha dicho que cuando un fallador aplica el art. 702 del C. J., obra dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica, y que para que pueda modificarse la apreciación del Tribunal en este caso es necesario que haya interpretado equivocada o erróneamente las pruebas que figuran en autos. En otros términos, para que pueda prosperar en casación el reparo consistente en que el Tribunal aplicó ese artículo, es indispensable que se demuestre que el Juez no tuvo en cuenta la calidad, numéro, fama e ilustración de los testigos cuyas deposiciones le sirvieron de prueba. (Casación Civil. Mayo 26 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 160, 2ª

- 255 -

TESTIMONIO (Sospecha por amistad)

La solidaridad de actividades, así como la de cualquiera profesión u oficio, sobre todo si une a las personas un vínculo de amistad que las aproxima más en el desempeño de tales actividades y oficios, constituye un estímulo psicológico no despreciable, que en determinadas ocasiones se convierte en un resorte anímico que mueve la voluntad a la ejecución de actos que para el que los realiza corresponden a la creencia de que un deber de compañerismo y de amistad a ello lo empujan. (Casación Penal. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ..630, 2ª y 631, 1ª

- 256 -

TESTIMONIO

Aceptar que un testigo no merece crédito en sus afirmaciones porque pertenece a un

partido político distinto del inculpado sería crear una tacha de parcialidad artificiosa que no corresponde a ningún concepto científico de la manera de apreciar la prueba testifical; sería limitar tanto este elemento probatorio, que la sola enunciación del hecho restaría credibilidad al testigo. Para hacer viable esa impugnación a la imparcialidad del declarante, correspondería en cada caso establecer que obró movido sólo por ese sentimiento y que éste fué el único que determinó su testimonio. Lo que significaría que a quien alega esa circunstancia, le corresponde probarla, pues no puede presumirse la mala fe, con fundamento solamente en la afirmación que hace quien la formula.

El Código de Procedimiento Penal establece los medios en virtud de los cuales el Juez puede valorar el testimonio con la crítica del mismo, para reconocer o rechazar su credibilidad. Fuera de esta norma, que es el artículo 224 de aquella obra, no puede partirse de meros supuestos, fundados en presunciones acomodaticias para negar imparcialidad al testimonio, porque este procedimiento llegaría a limitar tanto la prueba testifical, que en lugar de operar la presunción de buena fe del declarante, se partiría de su mala fe, para desconocer el valor que para la justicia aporta con sus afirmaciones, lo que constituiría una inversión de los principios que fundamentan la apreciación de los medios probatorios en postulados totalmente distintos.

La pasión política puede ser una causal de parcialidad. Pero es necesario demostrar, para que así se declare, que sólo ese sentimiento determinó al testigo a falsear los hechos. Si apenas ello se afirma por quien presenta la tacha, no puede ésta prosperar, porque ello constituiría un verdadero quebrantamiento de los principios científicos que garantizan la prueba testimonial y señalan la forma de apreciarla para que sea criterio de certeza legal. (Casación Penal. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Nos 2116 y 2117) ....627, 2ª y 628, 1ª

- 257 -

TESTIMONIO

Dentro del orden natural de las cosas, es imposible asignar dañada intención o siquiera merma en la credibilidad del testimonio a dos afirmaciones que no se destruyen mutuamente, lo que las haría grandemente sospechosas, sino que corresponden a dos modos de apreciar el color, no en cuanto al valor cualitativo de éste, v. gr. negro, blanco, sino en la determinación de los matices que pueden existir entre estos mismos, y que necesariamente corresponde a un grado de apreciación del testigo, que no puede implicar desarmonía la divergencia. Otra cosa sería que los declarantes coincidieran en todo, aún en los más insignificantes detalles, porque entonces la misma uniformidad de sus deposiciones crearía la sospecha fundada de que sus afirmaciones no responden a lo que vieron o presenciaron, sino a influencias en sus espíritus, que los determinó a señalar a una persona, porque les fué sugerida esa determinación. (Casación Penal. Junio 17 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ...629, 2ª y 630, 1ª

- 258 -

TIERRAS (Prueba de su propiedad)

Tratándose de un particular que invoca su propiedad frente al Estado, debe gobernarse el debate por las disposiciones de la Ley 200 de 1936, sobre tierras, pues sus preceptos elevaron a la categoría de prueba plena de la propiedad la que antes no se reconocía como eficaz, por no tener apoyo en la legislación. (Negocios Generales. Julio 15 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ....785, 1ª y 2ª

- 259 -

TIERRAS (Prueba contra la Nación de la propiedad privada)

Estando demostrado que el terreno de la litis está situado dentro del área urbana de

la ciudad de Barranquilla, y que respecto de él existen títulos inscritos con anterioridad a la Ley 200 de 1936, en que constan tradiciones de dominio por un lapso mucho mayor de veinte años, no puede menos de admitirse como de propiedad privada ese terreno, a la luz del artículo 7º de la expresada Ley 200. (Negocios Generales. Junio 10 de 1952. Tomo LXXII. Nos. 2116 y 2117) 749, 2ª

- 260 -

TRABAJOS PUBLICOS

La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en declarar que es competente para conocer de acciones sobre el reconocimiento del dominio privado de predios en que la Nación dispute la propiedad, destinándola a obras públicas. (Negocios Generales. Julio 18 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) ...801, 1ª

- 261 -

TRABAJOS PUBLICOS

La Corte en varias sentencias ha sentado ya la doctrina de que la justicia ordinaria es competente para conocer de las controversias originadas en ocupaciones por causa de trabajos públicos, cuando se trata de ocupaciones que equivalen a una desposesión definitiva de la propiedad privada que fue ocupada o a verdaderas expropiaciones. (Negocios Generales. Julio 15 de 1952. T. LXXII. Números 2116 y 2117) 783, 1ª

- 262 -

TRABAJOS PUBLICOS (Competencia para conocer de controversias originadas en su realización)

Estima la Sala que la Constitución de 1886, al exigir para las enajenaciones forzosas MANDAMIENTO JUDICIAL, no se refirió con esta expresión sino a la justicia ordinaria o común, que era el poder judicial por antonomasia, y no a jurisdicciones de carácter especial como la de lo contencioso-administrativo: en primer lugar, porque esta jurisdicción no se instituyó en aquel Estatuto, donde apenas se le dejó a la ley la facultad de establecerla (artículo 164); y en segundo término, porque el artículo 1º de la Ley 105 de 1931, que es reproducción casi exacta del artículo 1º de la Ley 100 de 1892, estatuyó lo siguiente:

"La administración de justicia se ejerce de modo permanente por los Tribunales ordinarios, que son: la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores y de Circuito, los Jueces Municipales y los Jueces de Menores.

"En casos especiales se ejerce por el Senado, el Consejo de Estado, los Tribunales Militares, las autoridades administrativas y aún por personas particulares, en calidad de jurados, árbitros, etc., que participan en las funciones judiciales, sin que el ejercicio transitorio de esas funciones ni la participación ocasional en ellas incluya a tales entidades, ni a los empleados que las componen, en la jerarquía llamada por la Constitución Poder Judicial".

De otro lado, si en la reforma de 1945 se establece que "son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional", incluyendo dentro de esta última rama a las entidades de lo contencioso-administrativo, no por ello es menos cierto que la expresión JUDICIAL se mantuvo o reservó únicamente para los organismos de la justicia ordinaria o común, como se desprende de las disposiciones de dicha reforma incorporadas como artículos 5º y 159 de la actual codificación constitucional, que en lo pertinente dicen:

Artículo 5º, inciso final: "La ley podrá crear y suprimir Intendencias y Comisarías, anexarlas total o parcialmente a los Departamentos, darles estatutos especiales, regla-

mentar su organización electoral, judicial y contencioso-administrativa".

Artículo 159, inciso 1º: "Las calidades exigidas a los funcionarios del Orden Judicial, del Ministerio Público y de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se acreditarán en la forma que la ley determine".

Pero si de acuerdo con la Constitución, tratándose de expropiaciones, la transferencia de la propiedad y consiguiente indemnización requieren la intervención de la justicia civil u ordinaria (una vez cumplida la fase administrativa previa), ¿cómo no ver también en ese principio la competencia judicial cuando se trata de la indemnización o pago de zonas incorporadas por la administración a obras de interés público, siendo así que lo que se busca en estos casos, en el fondo, es el cumplimiento de la garantía constitucional?

Es claro que en la ocupación de terrenos privados por razón de trabajos públicos no hay traspaso de propiedad sino solamente desposesión; pero si esa desposesión va acompañada de incorporación definitiva a un servicio público, el verdadero dueño no pierde únicamente el goce de su inmueble, sino que queda imposibilitado para recuperarlo. Como lo dice Marcel Waline, en estos casos "el propietario no puede ejercer las acciones posesorias, por ejemplo, la de restitución, pues esto entorpecería el funcionamiento de un servicio público".

De aquí que de las acciones sobre indemnización o pago, que tienden a legalizar esa situación de hecho, haya de conocer la justicia a quien corresponde constitucionalmente la garantía de la propiedad privada. (Negocios Generales. Junio 10 de 1952. T. LXXII, Números 2116 y 2117) .....747, 2ª y 748, 1ª

- 263 -

TRANSACCION

No define el código de procedimiento lo que es la transacción, sino el civil, al expresar que es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o previenen uno eventual, y añade que no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa (art. 2469).

Dos principios pueden sentarse al respecto, para deducir las conclusiones pertinentes sobre el problema planteado: la primera, que la transacción puede proponerse como excepción dilatoria, según el artículo 341 del código judicial. Y ello se explica, puesto que si dichas excepciones dilatorias se dirigen al procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, no consultarían la seriedad y respeto que se debe a los fallos judiciales que se prosiguiera una acción cuando ya las partes han prevenido las dificultades por convenio anterior. Y la segunda, que la transacción produce entre los interesados el efecto de cosa juzgada, de acuerdo con los artículos 2483 y 2484 del código civil.

Pero este efecto no se produce si no abarca el objeto de las pretensiones debatidas o debatibles ante los jueces, como apenas es lógico y natural. Esto es, y como lo dice Fernando Vélez, "que la demanda tenga el mismo objeto que la transacción", pues ésta debe haber extinguido el motivo de la diferencia que se pretende resolver nuevamente por medio del juicio. (Negocios Generales. Mayo 8 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) 304, 1ª

- 264 -

TRANSACCION (Cuándo procede como excepción dilatoria)

El Código Civil define la transacción diciendo que es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, y agrega que no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa (art. 2469).

La transacción puede proponerse como ex-

cepción dilatoria (art. 341 del C. J.), "ya que ella produce entre los contratantes el efecto de cosa juzgada (artículos 2483 y 2484 del Código Civil)", como lo advierte la Comisión Redactora del Código Judicial. Mas para que produzca ese efecto, debe abarcar el objeto de las pretensiones debatidas o debatibles ante los jueces, como es apenas lógico y natural. Esto es, y como lo dice Fernando Vélez, "que la demanda tenga el mismo objeto de la transacción", pues ésta debe haber extinguido el motivo de la diferencia que se pretende resolver nuevamente por medio del juicio. (Negocios Generales. Mayo 10 de 1952. T. LXXII. N° 2115) .....313, 2ª y 314, 1ª

— V —

- 265 -

VENTA

Las declaraciones de dos o más testigos consistentes en haberle oído decir al comprador, cada uno en momentos o circunstancias distintas, que él no había pagado el precio de la venta, constituyen una grave presunción de tal confesión extrajudicial, y ella debe tomarse como prueba en el juicio. Pero no constituye plena prueba contra lo declarado en la escritura de venta, si tal confesión no fue hecha en presencia de las partes o de sus apoderados. (Casación Civil. Junio 23 de 1952. T. LXXII. Nos. 2116 y 2117) 466, 1ª

- 266 -

VENTA (La de derechos hereditarios no debe registrarse en el libro de causas mortuorias)

La venta de los derechos hereditarios puede realizarse aún antes de iniciado el juicio de sucesión, y la escritura correspondiente debe, por eso, registrarse en el libro número 2º, y no en el de causas mortuorias, de que trata el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, aunque dicha venta se haya realizado después de la iniciación del juicio, porque la escritura sobre enajenación de derechos hereditarios, no emana de ese juicio, sino es pasaporte para entrar en él por medio de la subrogación.

Sobre el particular, dijo la Corte en sentencia de casación, de 8 de mayo de 1942: "Por lo demás, si se pensara en que hay una sucesión de por medio, tampoco esa consideración determinaría por sí sola el registro de tales cesiones en el Libro de causas mortuorias, porque bien sabido es que tal Libro, según el art. 38, está destinado exclusivamente para los títulos o actos que tengan origen en un JUICIO DE SUCESION, verbi gratia, el decreto de posesión efectiva, la partición y su sentencia aprobatoria; y los instrumentos sobre cesión de derechos hereditarios, sólo contienen contratos sobre enajenación de un derecho genérico y abstracto, que no proviene ni se deriva de las resultas de tal juicio. (Casación Civil. Mayo 13 de 1952. T. LXXII. Número 2115) .....106, 2ª y 107, 1ª

- 267 -

VENTA DE COSA EMBARGADA (El interés jurídico de quien demanda su nulidad no termina con el levantamiento del embargo)

El interés de quien demanda en juicio la nulidad del contrato de compraventa de un bien embargado y la consiguiente indemnización de perjuicios, no cesa ante la simple cancelación del crédito y el consiguiente levantamiento del embargo, porque aquél demanda la indemnización de perjuicios ocasionados con el contrato de compraventa, y ellos bien pueden subsistir, no obstante la extinción de la obligación principal por pago efectivo. Además, la persistencia en llevar adelante la acción de nulidad, también sería justificable en interés de la moral y de la ley. (Casación Civil. Mayo 3 de 1952. T. LXXII. Número 2115) 16, 1ª

- 268 -

VENTA DE COSA EMBARGADA (Tanto el contrato como el registro quedan afectados de ilicitud)

Es indiscutible que en Colombia el contrato de compraventa no es modo de transferir el dominio y que en este punto se diferencia sustancialmente nuestro derecho del francés. Sobra toda explicación o comentario al respecto, por ser algo elemental. Sin embargo, de que nuestro Código Civil no le dé al contrato de compraventa el efecto de transferir por sí solo el dominio, no se deduce que la prohibición de enajenar un bien no comprenda la de venderlo simplemente.

En efecto, enajenar un bien es transferir su propiedad por el titular a otra persona, bien sea a título oneroso o gratuito. Es decir, dentro del concepto jurídico de enajenación se comprenden todos aquellos actos en virtud de los cuales se realiza la transferencia del dominio de una persona a otra, por un acto de voluntad, llámese éste donación, venta, permuta. Por tanto, enajenar es el género, y estas últimas son las diversas especies o formas en que puede presentarse el propósito o la intención de enajenar.

Es cierto que tanto en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, como en los de carácter jurídico, entre éstos el de Escriche y el modernísimo "Diccionario de Derecho Privado", de la Editorial Labor (1950), redactado por un grupo de eminentes jurisconsultos españoles, se define la enajenación como el acto de transferir el dominio de una persona a otra. Mas no significa ésto que porque en Colombia la venta por sí sola no produzca tales efectos, no esté comprendida dentro de la genérica prohibición de enajenar el bien embargado, que consagra el artículo 1521 del Código Civil.

Para la Corte no existe la menor duda que el sentido y alcance del citado texto, son los de prohibir todo acto por el cual se disponga del bien embargado para hacerlo salir del patrimonio de la persona que figura como dueña. Ahora bien: la transferencia del dominio del inmueble a virtud de venta, se verifica con el concurso de los dos actos consecuentes y sucesivos: el contrato mediante escritura pública y su registro. Tanto el primero como el segundo son indispensables para surtir esos efectos. Por tanto, en virtud de la terminante y genérica prohibición de enajenar las cosas embargadas, los dos actos, el contrato de venta y su registro, quedan afectados por ilicitud, en el caso de que se realicen sobre un bien embargado. De lo contrario, sería necesario admitir que el registro es completamente independiente del contrato, lo que no es posible, ya que para llevar a cabo aquél, es indispensable haber celebrado éste mediante escritura pública. (Casación Civil. Mayo 3 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) .....11, 2ª y 12, 1ª

- 269 -

VEREDICTO (Diferencias entre el contradictorio y el contraevidente)

Entre el veredicto contraevidente y el veredicto contradictorio hay diferencias sustanciales: el contradictorio surge cuando el Jurado afirma simultáneamente dos hechos, uno positivo y otro negativo, que no pueden lógicamente coexistir, y el contraevidente, cuando afirma hechos que se oponen a la realidad del proceso, esto es, a la construcción probatoria. (Casación Penal. Mayo 27 de 1952. T. LXXII. Nº 2115) ...280, 2ª y 281, 1ª

TABLA

DE DISPOSICIONES INTERPRETADAS, CITADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXXII DE LA "GACETA JUDICIAL"

Nota: Las cifras que se hallan bajo la columna de "números" corresponden a los apartes de doctrina que componen este "Indice".

Artículos	Números
CONSTITUCION DE 1886	
164	262
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE	
5	262
26	87; 176
159	262
160	119
214	119
CODIGO CIVIL	
149	20
150	20
398	202; 204
399	202; 203
400	117
741	233
752	115
765	115
769	20
882, inciso 2°	242
904	242
946	5; 223; 228
947	20
952	228
953	243
966, inciso 3°	222
1078	252
1079	252
1080, inciso 2°	252
1321	199
1324	199
1325	199
1394, ords. 3° y 4°	182
1434	141
1497	91
1510	89
1515	114
1521	268
1546	206
1547	20; 244
1548	20
1557	228
1571	195
1602	123
1603	123
1604	236
1609	206
1615	171
1616	236
1622	92; 93; 94
1643	20
1729	249
1742	173
1757	31
1759	4; 113
1766	20
1873	249
1934	244
1940	20
1944	20
1960	76
1963	76
2140	20; 245
2181	44

Artículos	Números
2199	20
2326	80
2330	80
2344	195
2469	263; 264
2483	263; 264
2484	263; 264
2514	208
2525	80
2531	209
2675	116; 142
CODIGO PENAL	
25, num. 3º	127
28	160; 161
139	220
168	210
200, inciso 1º	120
201	22
333	21
363, num. 8º	99
429	232
430	127
Libro 2º, Tit. VIII	99
CODIGO DE COMERCIO	
10	98
463	98
469, inciso 2º	246
472, inciso 2º	245
477	245
629	98
CODIGO JUDICIAL	
2	119
37, num. 1º	95
76	162
84, inc. último	95
151	9
153	9
159	85
170	85
205	110
209	9
214	224; 227
215	225; 227
233	77

Artículos	Números
264	101; 168
330	153
331	102
341	263; 264
398	8
398, ords. 4º y 5º	7; 9
450, ord. 1º	172
450, ord. 4º	177
457	172
466	15; 132
471	65
474	96; 239
487	15
491	15
519	37
520, num. 1º	34; 42; 124
520, num. 2º	61; 63
520, num. 6º	73
542, y sigts.	38
550	194
553	194
555	133
561	132
593	106
596	217
597	213; 214
600	16
604	85; 86
630	116
635	230
662	47
687	253
688	253
689	253
702	51; 253
705	185
708	185
715	185
716	185
719	185
721	183
724	154
732	154
734	4; 37
758	213; 214
782	37
784	37
818	37
821	132
822	37

Artículos	Números
842	37
849	37
870	37
1008	142
1030	37; 38
1189	142
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
6	166
7	194
10	22
57	79; 103
58	25; 27
65	78
224	256
295	218
316	99
365	151
370	238
371	238
429	151
431	151
433	151
452	180
480	177
499	177
567, num. 2°	66
569	55
671	166
708	131
CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR	
2	56
233	56
CODIGO FISCAL	
65	18
77	18
LEYES ESPECIALES	
Ley de 10 de octubre de 1867 del Estado de Bolívar	
——	200
Ley 60 de 10 de junio de 1872	
10, inciso 2º	234
Ley 106 de 1873	
2156	234
Ley 57 de 1887	
22	126
38	266
Ley 153 de 1887	
93	211
Ley 95 de 1890	
15	81; 173
16 y sigts.	81
17	81
22	82
Ley 100 de 1892	
1	262
Ley 23 de 1918	
20	234
21	234
27	234
——	234
Ley 28 de 1931	
40	246
Ley 84 de 1931	
——	87
Ley 105 de 1931	
1	262
Ley 28 de 1932	
——	247; 248

Artículos	Números
Ley 34 de 1936	
9	18
Ley 45 de 1936	
4	139
4, num. 4º	137
6	204
7	204
Ley 50 de 1936	
2	157
Ley 200 de 1936	
1	205
2	205
3	205
7	205; 259
——	18; 258; 259
Ley 124 de 1937	
——	98
Ley 4ª de 1943	
28	176
29	176
Ley 5ª de 1943	
5	201
——	25
Ley 51 de 1943	
——	207
Ley 3ª de 1945	
——	67
Ley 85 de 1945	
5	83; 170
Ley 68 de 1946	
——	247; 248
Ley 81 de 1946	
3	83
DECRETOS	
Decreto de 9 de septiembre de 1861	
——	234
Decreto 2200 de 1938	
——	131
Decreto legislativo 1381 de 1940	
——	10
Decreto reglamentario 1382 de 1940	
——	10
Decreto 2465 de 1943	
2º	136
Decreto 2158 de 1948	
2º	162
100	162
Decreto 1231 de 1951	
1º	78
11	13; 163
Decreto 1591 de 1951	
4º	13; 163

INDICE ALFABETICO

- A -

Acosta Josías H. contra Gonzalo Chaves y otra.—Juicio ordinario sobre simulación... 501

Aljure Amelia.—Solicitud de exequatur de la sentencia de interdicción judicial de la mencionada señorita, proferida por el Tribunal Civil de Apelaciones del Departamento Líbano Norte de la República Libanesa ... 371

Alvarez Marco Tulio contra Ignacio Saboyá y otros.—Juicio ordinario sobre vigencia de un grávamen hipotecario 591

Alzamora Carmen H. de, contra José M. Leyva.—Juicio ordinario. — Apelación contra un auto del Tribunal Superior de Santa Marta que decidió la recusación de un Magistrado 297

Alzamora Carmen H. de, contra José M. Leyva.—Solicitud de reposición del auto anterior 299

Angel Escobar Eduardo contra el Departamento de Caldas y la Empresa del Ferrocarril de Caldas. — Juicio ordinario sobre pago de perjuicios por incumplimiento de un contrato de arrendamiento 768

Angulo B. Julio contra la Nación.—Juicio ordinario sobre reivindicación 742

Arraut, Luz María Viñas v. de, y otros contra Parrish & Compañía.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 440

Arrechea, Nicolasa Caicedo de, contra José Vicente Peña y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad del testamento de José Tomás Caicedo 217

Arredondo Trujillo Santiago y otro.—Casación por homicidio 668

Arzayús Eduardo contra Rodolfo Arzayús.—Juicio ordinario sobre que es inválida la división material de un globo de terreno... 508

Atuesta Gustavo contra Victoria Lynton de Serrano Plata.—Juicio ordinario sobre pago de unos honorarios profesionales 420

Azuero Soto Leopoldo.—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra él, por el delito de abuso de confianza ... 684

- B -

Barrera María Luisa contra Rafaél Mora Blanco. — Juicio ordinario sobre filiación natural 213

Betancur Bernardino contra Cándida Rosa Betancur H. y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa... 588

Bocanegra Emiliano contra Manuel Loreto Jiménez.—Juicio ordinario sobre reivindicación 487

- C -

Cala M. Milciades y otro, contra María Antonia González de García y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de unos contratos.. 420

Camacho Francisco Alberto. — Casación por homicidio en Hipólito Bohórquez 282

Canal Olarte Juan B.—Casación por el delito de rebelión 669

Cañón, Ana María Peña de, y otro contra Noel Parra Palacio.—Juicio ordinario sobre mejor derecho a la adjudicación de un terreno baldío 150

Caparroso de la Espriella Lácides contra el Departamento de Bolívar.—Juicio ordina-

rio sobre pago de una suma de dinero por concepto de sueldos 771

Carrillo Flórez Isidoro.—Sobreseimiento definitivo en su favor, por cargos de prevaricato, abuso de autoridad y detención arbitraria 256

Carvajal de Castro Miguel A. y otro contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pago de los réditos o intereses de renta nominal correspondientes a unas capellanías o fundaciones 789

Castro Borrero José contra Numa Pompilio Casasfranco. — Juicio ordinario sobre nulidad de unos contratos 529

Castro Trespalacios Pedro, como administrador de la comunidad de la tierra "Boquete" y "Hatillo", y otros contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 773

Cavelier German contra el Departamento de Cundinamarca.—Juicio sobre imposición de una servidumbre de acueducto 765

Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. contra la Nación.—Juicio ordinario.—Incidente sobre excepción dilatoria de transacción, propuesta por la parte demandada da 302

Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. contra la nación y contra JOHN O. BOWER.—Juicio ordinario.—Recurso de súplica contra la Providencia por la cual el Magistrado Sustanciador resolvió que la excepción de transacción propuesta por la parte demandada, debía decidirse en la sentencia 310

"Comuneros propietarios de las Tierras de Juan de Acosta" contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 333

Constancia del Magistrado doctor Gerardo Arias Mejía al auto de la Sala Plena que resolvió no admitir la demanda de inconstitucionalidad de una ley, presentada por el doctor Jesús Medardo Rivas Sacconi 3

Corchuelo Héctor Hugo y otro.—Cambio de radicación del proceso contra ellos por lesiones personales 276

Córdoba José María contra Jesús Rodríguez.—Juicio ordinario sobre reivindicación 65

Cortés O. Eusebio contra Clemente Sierra Ruíz.—Juicio ordinario 109

- CH -

Charry Rafaél María y otra contra la Nación y otro.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. — Apelación contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá que resolvió no admitir la demanda 752

Chacón y otro contra lá Nación.—Juicio ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 815

Chañaga José Félix.—Casación por homicidio 293

Charry Juan de Dios contra Ascención Rojas de Niño—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato 8

Charry Rafaél María contra la Nación y otro. Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. — Recurso de apelación contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá que resolvió no admitir la demanda 752

Chaverra López Balvino y otros contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 321

- D -

Dangond Ovalle Jaime.—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio.. 695

Delgado Guillermo contra Carlos García M. Juicio ordinario sobre suspención de unos trabajos 91

Del Vecchio Angel y Tonino contra Rafaél Sánchez Navas.—Juicio ordinario sobre oposición a un deslinde. — Inadmisibilidad del recurso de casación 506

Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company. — Juicio sobre rendición de cuentas.—Apelación de un auto 714

- E -

Echeverry García José María contra Juan José Cadavid R. y otros.—Juicio ordinario sobre entrega de unos lotes de café 162

Escobar S. Alejandro contra Antonio Cefair.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de arrendamiento 437

Escobar Julio Enrique contra Roberto Jiménez y otros.—Juicio ordinario sobre reivindicación 568

- F -

Flórez Daniel y otros contra Liborio Morano Cuenca. — Juicio ordinario sobre pertenencia de una isla por haberla adquirido por accesión 17

Fernández Arroyave Francisco Antonio. — Casación por homicidio 367

- G -

Gaines P. Alberto y otro contra el Municipio de Cartagena.—Juicio ordinario sobre cumplimiento de unos contratos 359

Galindo Barrios Mario contra Eugenia Pineda de Tobar.—Juicio ordinaro sobre pertenencia de una casa por haberla adquirido por prescripción 578

García Clara Rosa contra Arsenio de J. López y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de un poder otorgado por escritura pública, sobre nulidad de unos contratos de compraventa y sobre pertenencia de un inmueble 442

García Cadavid Guillermo contra Eva Cadavid y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad del testamento cerrado de Tiberio Cadavid.. 175

García Teodolinda contra Juan Mendoza y otros. — Juicio ordinario sobre nulidad de un remate 119

Gavilla G. Alfonso contra Julio C. Ríos y otros. — Juicio ordinario sobre nulidad de unos contratos 210

González Manuel y otros contra Aristides Forero y otros.—Juicio ordinario sobre reivindicación 536

Goyeneche Ciro E.—Cambio de radicación de un proceso 254

Guido Carlos contra el Departamento del Magdalena.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 724

- H -

"Hacienda de Perodías Limitada", contra Apolinar Ortíz.—Juicio ordinario sobre reivindicación 194

"Hacienda de Perodías Ltda." contra Apolinar Ortíz.—Juicio ordinario sobre reivindicación 553

Hernández Carlos C.—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra él por los delitos de abusos deshonestos y de corrupción de menores 613

Huertas Hernández Pedro. — Casación por el delito de encubrimiento 267

Huertas Zacarías contra Eufrasio Huertas.—Juicio ordinario sobre que el demandante tiene contra el demandado la acción para exigir la entrega de la cosa vendida 467

- J -

Jaramillo Roque y Compañía Ltda. contra Jesús Calle Machado.—Juicio ordinario sobre pago del precio de unas mercancías 183

- L -

La Marca Angelo.—Solicitud de extradición.. 611
Ley primera de 1943, artículo segundo, acu-

sada como inexequible. — No se admite la demanda 1

Ley primera de 1943, artículo segundo. — Solicitud de reposición del auto anterior 4

Lewinsky Walter.—Casación por el delito de lesiones personales 686

Libreros Antonio María.—Cesación del procedimiento contra él por cargos de intervención en política como juez superior de Buga 652

- M -

Magistrados del Tribunal de Pereira. — Queja contra ellos formulada por el doctor Jorge Ríos López 357

Maldonado Escudero David.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad 607

Manjarrés Herrera Rafaél y otros.—Cambio de radicación de un proceso 603

Manotas Wilches Edgardo contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 754

Martínez Isabel Gómez v. de, contra "Empresa Eléctrica Industrial del Quindío".—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 70

Martínez Misas Jorge.—Impedimento del Magistrado del Tribunal Superior de Neiva, doctor Fidel Borrero Durán, para conocer de un proceso contra aquél por el delito de extorsión 264

Martínez Muñoz Ricardo y otros Magistrados del Tribunal Superior de Pasto. — Queja formulada contra ellos por Francisco A. Guerrero 6

Martínez Miceno. — Recurso de queja contra el doctor Guillermo Zarama y otros Magistrados del Tribunal Superior de Pasto 595

Micolta Enrique contra el Banco Agrícola Hipotecario. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 131

Millán Julio, Gaitán Luis C., Sicard Hernando Casación por rebelión militar 674

Montalvo Pedro A. contra Magdalena Fruit Company. — Juicio ordinario sobre terminación de un contrato de arrendamiento 494

Morantes Ana Rita contra María Luisa Barroso v. de Cote Bautista y otro.—Juicio ordinario sobre filiación natural 517

Morillo Emiliano I.—Juicio contra él por cargos de abuso de autoridad 659

Mosquera Mena Antonio.—Cesación del procedimiento contra él por calumnia y falsas imputaciones 271

Mosquera Jaramillo Enrique. — Impedimento del doctor Luis Zafra, para actuar como Procurador Delegado en lo Penal en el recurso de casación interpuesto por aquél 237

Mosquera Jaramillo Enrique. — Casación por robo 646

Muñoz Carlos Eduardo contra Rafaél del Carmen Morales. — Juicio ordinario originado en el rechazo dado por Muñoz a las objeciones formuladas por Morales y otros contra las cuentas rendidas en juicio por Muñoz y referentes a la administración de éste como albacea en la sucesión de Edelmira Zamora Gómez 478

Muñoz Luis Carlos y otros contra el Municipio de Salamina.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 27

- N -

Nación (la) y Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales contra "Santa Marta Railway Company Limited".—Juicio ordinario.—Recurso de súplica contra un auto 328

Nación (la) y Compañía de Cementos del Ca-

ribe S. A.—Recurso de súplica contra un auto proferido en un juicio ordinario seguido contra las dichas entidades 776

Nariño Temístocles contra Jacinto Suárez.—Juicio ordinario sobre simulación 46

Nieto, Isabel Malo de y otra contra la Nación.—Juicio ordinario. — Recurso de súplica contra un auto 306

Niño, Rosa Delia Espinosa de, contra Ricardo Antolínez.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato 104

- O -

Olivos Efraín.—Cambio de radicación de un proceso 597

Orejuela Leonardo contra José Luis Upegui y contra la sociedad "A. Aristizábal y Compañía".—Juicio ordinario 366

Ortega Guevara José Manuel.—Casación por homicidio 248

Osorio Clara Rosa contra Eliseo Arredondo y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de un juicio ejecutivo y de unos remates 543

- P -

Parra, María de la Paz Garzón de, contra Ricardo Rincón y otra.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato 451

Peláez, Carmen Lozano de, contra Cornelia González de Sarmiento y otros.—Juicio ordinario sobre reivindicación 432

Pérez Pablo Emilio contra el Departamento de Cundinamarca.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 338

Pill Alfredo y otros.—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra ellos 460

Pineda Roberto y otros.—Casación por robo.. 663

Pinto Valderrama Alejandro contra Elvira Soler v. de Pinto.—Juicio ordinario 407

Pitalúa Ramona contra el Municipio de Cartagena.—Juicio ordinario 393

Pomar Lozano Alfredo. — Recurso de casación 617

Porras S. Pedro J.—Cambio de radicación de un proceso 261

Portillo, Pabla Alemán de, contra Aníbal y Alfonso E. Faisal.—Juicio ordinario 123

- Q -

Quintana M. José Gabriel contra The National City Bank of New York, sucursal de Bogotá.—Juicio ordinario 75

- R -

Ramírez Eulogio y otra contra Enrique Ramírez. — Juicio ordinario sobre simulación 70

Rey, Cecilia Gutiérrez de, y otra contra la Nación. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 802

Restrepo, Ana Mejía de, y otros contra el Departamento de Antioquia. — Juicio ejecutivo 318

Revlon Products Corporation contra Salcedo hermanos y Compañía. — Exequatur de una sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de Nueva York 146

Riascos César contra Compañía Comercial del Magdalena, Limitada. — Juicio ordinario sobre nulidad de un artículo nuevo de la reforma de estatutos de la mencionada Compañía 522

Rivera, Georgina Rivera de, y otros. — Colisión de competencias para conocer de un proceso contra ellos 643

Roca, Insignares Paulina Esther contra la Nación. — Juicio ordinario 779

Rojas Parra Tiburcio contra Antonio Patiño C. y otros.—Juicio ordinario 229

- S -

Sabogal Urías. — Objeciones formuladas por uno de los interesados en el juicio de sucesión de Urías Sabogal, a la partición realizada en ese juicio 563

Salazar, Lucía Mejía de, y otros contra el Municipio de Pereira.—Juicio odinario sobre indemnización de perjuicios 94

Salazar Roberto Alfonso contra Laurentino de J. Correa.—Juicio ordinario sobre reivindicación 404

Salazar de Matallana Rosa contra Luis José, Leonor y otros hijos de Ana Cecilia Vírguez. Juicio ordinario sobre nulidad de un reconocimiento de hijos naturales 147

Saldarriaga, Ernestina Ruíz de, contra Judith Alvarez.—Juicio ordinario sobre rescisión, por lesión enorme, de un contrato de compraventa 170

Saldarriaga o Cardona María Enriqueta y otro contra Carlos Enrique Cardona. — Juicio ordinario sobre filiación natural 382

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Luis Gutiérrez Jiménez, al auto de la Sala Plena que no admitió la demanda de inexequibilidad del artículo segundo de la Ley primera de 1943 3

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Rodríguez Peña, al mismo auto 3

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Luis A. Flórez a la sentencia de la Sala de Negocios Generales proferida en el juicio ordinario de Balbino Chaverra López y otros contra la Nación 327

Sociedad Minera de Guayaquíl contra Alpidio Ramírez.—Juicio ordinario sobre propiedad y posesión de una mina 234

Striedinger José M. contra la Nación. — Juicio ordinario sobre pertenencia de unos terrenos ocupados por causa de trabajos cúbicos 797

Suárez Atencia Angel Emilio.—Casación por homicidio 703

- T -

Talero, Marina Gutiérrez de.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios.—Incidente de nulidad 316

Texas Petroleum Company.—Reposición de un auto 295

Tropical Oil Company y otra contra la Nación. — Juicio ordinario sobre interpretación de las cláusulas de un contrato 717

Toro Gil Martín y otro contra Alfonso Toro.—Juicio ordinario 399

- U -

Ulloque Meneses José contra Teófilo Kiuhan. Juicio ejecutivo 475

- V -

Valencia Andrés contra Ricardo Bermúdez y otra.—Juicio ordinario sobre nulidad de un remate y sobre otros objetos 223

Valencia Arsecio.—Casación por homicidio .. 279

Vallejo Pedro contra Cine Colombia S. A.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 53

Vásquez Trujillo Alejandro.—Casación por lesiones personales 698

Velasco Edilma. — Solicitud de excarcelación y de libertad condicional 636

Velásquez M. Rogelio contra el Departamento del Chocó.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 712

Vélez Baldomero.—Casación por lesiones personales 238

Vega (de la) Francia Vélez v. de.—Resolución aprobada con ocasión de su fallecimiento 357

Vera Amador Héctor.—Proceso contra él por el delito de uso indebido de bienes del Estado 291

Villa S. Hernando contra los Ferrocarriles Nacionales. — Juicio ordinario 340

- Z

Zafra Segundo, Manuel y Marco A. contra la Nación. — Juicio ordinario sobre reivindicación 300

Zarante Ramos Juan. — Sobreseimiento definitivo en su favor, por cargos de falsedad en documentos públicos 245

Zualuaga Gómez Félix y otro contra la Sociedad de Comercio Mowerman Hnos.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 38

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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.