

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXIV - BOGOTA, COLOMBIA. ENERO Y FEBRERO DE 1953 - NUMEROS 2124 y 2125

S A L A P L E N A

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 29 DE LA LEY 83 DE 1936, EN CUANTO DISPONE QUE LOS PROCURADORES DELEGADOS SERAN NOMBRADOS POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Con los ordenamientos de la Ley 83 de 1936, previstos en los artículos 1º, 2º, 10 y 11, es incuestionable para la Corte que los Procuradores Delegados son funcionarios que dependen inmediatamente del Procurador General, y, por tanto, que el artículo 29 de la expresada ley, en cuanto dispone que tales Delegados los nombra el Presidente de la República, contraría abiertamente el numeral 4º del artículo 145 del Estatuto Fundamental, puesto que aquí se establece que el Procurador General designa los empleados de su inmediata dependencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena.—Bogotá, quince (15) de enero de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El abogado doctor Mario Enrique Pérez demanda la declaración de inexecuibilidad del artículo 1º del Decreto-ley número 569 de 1947, en cuanto señaló como sueldo de los Procuradores Delegados Civil y Penal la suma de \$ 650.00 mensuales, y la del artículo 29 de la ley 83 de 1936, en la parte que dispone que "la designación de los Procuradores Delegados corresponde al Presidente de la República".

Refiriéndose a la primera disposición, expresa el demandante que cuando ella se expidió el sueldo mensual de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia era de \$ 1:000.00, según el artículo 1º de la ley 73 de 1945; que los Procuradores Delegados, de acuerdo con las atribuciones que les confiere la ley 83 de 1936, ejercen sus cargos de Agentes del Ministerio Público ante las Salas de la Corte; y que, en tales circunstancias, el sueldo fijado a dichos funcionarios por el Decreto 569 de 1947 no se ajustó al mandato del artículo 142 de la Constitución Nacional, conforme al cual "los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo".

De otra parte, el demandante estima que el artículo 29 de la ley 83 de 1936 se opone o contraviene al 145 de la Constitución, expresándose así sobre el particular:

"El Procurador General de la Nación, como cabeza del Ministerio Público, tiene funciones que le son propias en su carácter de tal, funciones que le han sido atribuidas por la misma Constitución. Una de tales atribuciones constitucionales es la de nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia.

"Ahora bien: Los Procuradores Delegados tienen la calidad de funcionarios de su inmediata dependencia, no sólo porque, según la ley, en el ejercicio

de sus funciones obran bajo la inmediata dirección del Procurador General, sino porque, en casos determinados, pueden ejercer otras que les señale aquél, fuera de que el Delegado en lo Civil tiene el carácter de Secretario General de la dependencia de la cual es Jefe el Procurador General.

“Por tanto, la ley que creó los cargos de Procuradores Delegados, como funcionarios dependientes del Procurador General, no podía establecer que su nombramiento correspondía a otra autoridad, porque con ello le estaba quitando al Procurador una atribución que la Constitución le había dado en forma muy clara y categórica”.

Sobre las dichas acusaciones de la demanda se pronunció en sentido favorable el señor Procurador General de la Nación, en concepto que lleva la firma del doctor Rafael Quiñones Neira.

Dice así el señor Procurador:

“Solamente ante la decisión de la H. Corte que no aceptó el impedimento manifestado por mí oportunamente, he de expresar mi concepto en el presente negocio, repitiendo la advertencia de que me hallaba desempeñando el cargo de Procurador Delegado en lo Civil cuando se expidió la reforma constitucional de 1945 que dispuso conceder a los funcionarios del Ministerio Público la misma remuneración que tuvieran los Magistrados o Jueces ante quienes actuaran, y también cuando se expidió la ley que fijó a los H. Magistrados de la Corte la asignación de \$ 1.000.00 mensuales. Desde entonces pensé que a los Procuradores Delegados debía reconocérseles el sueldo que se fijaba a los señores Magistrados de la H. Corte, porque además de las razones que ahora expresa el demandante, me constaba de modo directo y permanente que mi único oficio consistía en hablar en nombre de la Nación y de los Municipios ante la H. Corte. Y como la misma Constitución reconoció de modo expreso la existencia jurídica de los Procuradores Delegados como funcionarios del Ministerio Público (art. 150), mi convicción era absolutamente firme. Ahora tengo que manifestaros que mi modo de pensar no se ha modificado.

“En cuanto a la calidad de los Procuradores Delegados con relación al Procurador General, es indudable que de acuerdo con la ley 83 de 1936 que creó tales cargos, ellos son subalternos, colaboradores, dependientes inmediatos del Procurador General”.

Se considera:

La ley 83 de 1936, al crear las Procuradurías Delegadas en lo Civil y en lo Penal, las organizó como

secciones de la Procuraduría General de la Nación, dotándolas del personal necesario para el lleno de sus funciones. Y sobre ésto, estableció que los Procuradores Delegados comparecen ante la Corte Suprema de Justicia, en todos los negocios civiles y penales adscritos por la ley al Procurador General, y bajo su dirección; que además de dichas atribuciones, tendrán las que les asignen los reglamentos de la oficina; y que el Procurador Delegado en lo Civil reemplaza al Procurador General en los casos de falta temporal de éste, y desempeña las funciones de Secretario de la Procuraduría.

Así, con estos ordenamientos de la ley 83 de 1936, previstos en los artículos 1º, 2º, 10 y 11, es incuestionable para la Corte que los Procuradores Delegados son funcionarios que dependen inmediatamente del Procurador General, y por tanto, que el artículo 29 de la expresada ley, en cuanto dispone que tales Delegados los nombra el Presidente de la República, contraría abiertamente el numeral 4º del artículo 145 del Estatuto Fundamental, puesto que aquí se establece que el Procurador General designa los empleados de su inmediata dependencia.

En cambio, aunque por ministerio de la ley los Procuradores Delegados actúan ante las Salas de la Corte, ciertamente no lo hacen sino a nombre o como voceros de la Procuraduría General, a cuya dirección e inmediata dependencia se hallan sometidos. No de otra suerte podría entenderse la organización estructurada por la ley 83, cuando dispone que los Procuradores Delegados, como jefes de las secciones de negocios civiles y de negocios penales, hacen parte del organismo supremo del Ministerio Público. En realidad, lo que hizo aquella ley fue delegar en los Procuradores en lo Civil y en lo Penal funciones que antes debía cumplir directamente el Procurador General.

Naturalmente que los Procuradores Delegados, dada la importancia de sus actuaciones ante la Corte Suprema de Justicia, deberían gozar de asignaciones que guardaran relación con las devengadas por los Magistrados de esta entidad; mas desde el punto de vista constitucional, que es lo que aquí interesa, no es posible aceptar que aquellos funcionarios estén cobijados por el inciso final del artículo 142 de la Carta, el cual sólo sería aplicable, según lo visto antes, al Procurador General de la Nación.

Con todo, como el artículo 1º del Decreto 569 de 1947 no está ya vigente, pues fue subrogado por el Decreto-ley 144 de 1949, el cual en lo pertinente está hoy sustituido por la ley 4ª de 1952, que fija los

sueldos de los Procuradores Delegados en \$ 1.200,00 mensuales, la Corte nada habrá de resolver sobre la exequibilidad de aquella disposición, por sustracción de materia, de acuerdo con la doctrina que tradicionalmente ha sostenido a este respecto.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación,

RESUELVE:

Primero.—Es inexecutable el artículo 29 de la ley 83 de 1936, en cuanto establece que “la designación de los Procuradores Delegados corresponde al Presidente de la República”.

Segundo.—No hay lugar a decidir sobre la acusación de inconstitucionalidad del artículo 19 del

Decreto-ley 569 de 1947, en relación con el sueldo de los Procuradores Delegados en lo Civil y en lo Penal, por tratarse de una disposición que actualmente ha dejado de regir.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en el Diario Oficial y en la GACETA JUDICIAL.

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

QUEJA CONTRA LOS MAGISTRADOS DE UN TRIBUNAL SUPERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena.—Bogotá, enero diez y seis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Rodríguez Peña)

Por memorial fechado en La Dorada el día cinco de julio próximo pasado, el señor Luis E. Chiriví, solicitó de la Corte la investigación correspondiente por razón de los siguientes hechos, de que responsabiliza al Tribunal Superior de Manizales.

La mencionada Corporación nombró para Juez promiscuo del Circuito de La Dorada al señor Antonio de J. Arce “dos veces sumariado por el delito de falsedad en documentos públicos, contra quien apenas hace ocho días recibió el Honorable Tribunal de Manizales uno de tales sumarios, después de haber sido solicitada su suspensión y decretada por tal ilícito, hoy se encuentra repuesto a su puesto (sic) por ese mismo Honorable Tribunal que lo nombró sabiendo o no, se trataba de un perseguido por la Justicia; y ese Juez se ha asesorado en su oficina de otros dos elementos, el secretario y el Oficial Mayor del Juzgado, . . . también sumariados por los mismos delitos, con quienes ha convertido la jurisdicción, que sólo compete a la República, en instrumento de persecución banderiza, y medio oprobioso de sus fechorías”.

Como consecuencia de esta denuncia la Corte, en providencia de fecha veintiocho de los propios mes y año resolvió, “de conformidad con lo establecido en el Decreto Extraordinario N° 3665 de 12 de diciembre de 1950, comisionar al señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, para que se sirva ordenar las informaciones y pruebas a que haya lugar en relación con los hechos que se denuncian”.

En cumplimiento de esta comisión, el señor Fiscal 2° del Tribunal adelantó la correspondiente investigación, aunque sin darle a conocer por escrito a los señores Magistrados del Tribunal los actos que se les atribuyen como objeto de sanción, como lo previene el artículo 5° del expresado Decreto.

No obstante, y por cuanto los fines de esta formalidad se dirigen a obtener, de un lado, el mejor y más exacto conocimiento de los hechos, y a darles de otro, a los funcionarios inculcados la oportu-

nidad de ser oídos para sus descargos, considera la Corte innecesario dicho diligenciamiento, dada la convicción a que ha podido llegar sobre la verdad de los hechos denunciados, a través de las pruebas practicadas, y a la ausencia de mérito para fundar en ellas ninguna clase de sanciones contra los Magistrados a quienes se inculpa. **En efecto:**

Según aparece del auto de detención proferido por el Juzgado treinta y uno de Instrucción Criminal el día veinte de mayo de 1952, contra los señores Antonio J. Arce, Gerardo Henao Jaramillo y Fabio Zuluaga de la Calle, el sumario correspondiente se inició a virtud de denuncia dada por el señor Teniente Coronel Gustavo Sierra Ochoa, Comandante del Batallón Ayacucho, para que se establecieran los posibles delitos cometidos por el señor Juez Promiscuo del Circuito de La Dorada, Antonio J. Arce, quien “se ha dedicado a la tarea sistemática de acusar ante las autoridades superiores civiles a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía, . . . valiéndose para ello de declaraciones falsas, que consigue presionando maliciosamente a los declarantes y aprovechándose de la ignorancia de los mismos para hacerles firmar testimonios carentes de verdad”.

En tal virtud, el Comandante de la Cuarta Brigada con sede en Medellín comisionó al Juzgado treinta y uno de Instrucción Criminal para que iniciara la correspondiente investigación, lo que al efecto se hizo con fecha diez y seis de abril siguiente, dando lugar al auto de detención preventiva a que antes se hizo referencia, con la consiguiente solicitud al Tribunal de Manizales, para que se suspendiera previamente en sus funciones al Juez señor Arce. Dicha solicitud fue comunicada por oficio N° 64 de 23 de mayo siguiente.

Por acuerdo N° 21 de fecha 26 del propio mes de mayo, el Tribunal dispuso suspender “al señor Antonio J. Arce del cargo de Juez Promiscuo del Circuito de La Dorada. Mientras dura la suspensión, nómbrase interinamente y con carácter urgente, al señor José Giraldo Ocampo”.

Así las cosas, el Juez Investigador, mediante providencia de 24 de junio resolvió enviar el negocio al conocimiento del Tribunal, por considerarlo de su competencia, y en él se dispuso, por auto de 27 del mismo mes, “pasar este proceso a uno de los

señores Fiscales Superiores de la ciudad —repartimiento— a fin de que siga el trámite que le es inherente y se proceda como se estime conducente, y se saquen las copias necesarias para lo relacionado con el sindicado Arce, lo más pronto posible y dado que se halla detenido, y se envíen a este Tribunal para los efectos correspondientes”.

A conocimiento de la Fiscalía 2ª Superior el asunto, se procedió a considerar las distintas solicitudes de excarcelación que estaban pendientes, y al efecto, por auto del día siguiente (28 de junio) concedió el señor Fiscal “a los sindicados señores Antonio J. Arce, Gerardo Henao Jaramillo y Fabio Zuluaga de la Calle, el beneficio de libertad incondicional. Los dos últimos en razón de la suerte que ha corrido en favor del primero. Comuníquese esta resolución al H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial para lo que estime conveniente, en relación con la suspensión que del cargo de Juez Promiscuo del Circuito de La Dorada, representado por el señor Arce, habían sido pedidas”.

Comunicada esta providencia al Tribunal, decidió, por Acuerdo de 1º de julio, “levantar la suspensión decretada por Acuerdo N° 21 de 26 de mayo último del señor Antonio J. Arce del cargo de Juez Promiscuo del Circuito de La Dorada”.

Seis días después, el 7 de julio, el Tribunal de Manizales dictó su Acuerdo N° 26, “por el cual se nombra (entre otros) al doctor Luis Eduardo Gómez Bravo, Juez Promiscuo del Circuito de La Dorada, en propiedad”.

De estos antecedentes, que naturalmente se concretan a establecer la conducta de los señores Magistrados del Tribunal Superior de Manizales en relación con los hechos que han sido denunciados ante la Corte, pues la del ex-juez Arce es, hoy por hoy, extraña a su competencia, resulta claramente establecido lo siguiente:

Primero.—Que los hechos por los cuales se promovió contra el ex-juez y sus subalternos investigación penal, como ejecutados en razón de las funciones de su investidura, fueron posteriores al acto del nombramiento del primero por el Tribunal de Manizales; por lo cual sobra decirlo, no cabe deducir la menor responsabilidad contra los señores Ma-

gistrados, por concepto de dicho nombramiento.

Segundo.—Que al recibir el Tribunal la solicitud del investigador para que se suspendiera en el ejercicio de sus funciones de Juez al señor Arce, la Corporación obró inmediatamente de conformidad; de donde se sigue también que, como en el caso anterior, hay sustracción absoluta de materia, para establecer falta de ninguna clase.

Tercero.—Que al recibir el Tribunal el aviso de que la primitiva orden del Investigador había sido revocada por el Fiscal, procedió como era su deber, a declarar la terminación de la suspensión, por haber cesado la causa que la había originado; con lo cual obró asimismo, de conformidad con la ley; y

Cuarto.—Que una vez producido el restablecimiento del cargo, el Tribunal dando con ello una clara demostración de su interés por el buen nombre de la función de la Justicia, procedió a ejercitar, con loable diligencia, la facultad de reemplazar mediante nombramiento en propiedad, al inculcado que venía ejerciéndolo interinamente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena,

DECLARA:

No hay lugar a medidas disciplinarias para los señores Magistrados del Tribunal Superior de Manizales, por razón de los hechos que se dejan relacionados en la parte motiva de esta providencia.

Comuníquese al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

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

QUEJA CONTRA UN MAGISTRADO DE UN TRIBUNAL SUPERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena.—Bogotá, trece de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

El Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia envió a esta Corporación copia de la acusación que ante el señor Procurador General de la Nación formuló el señor Roberto de la Espriella contra el doctor Eduardo Díaz Alzamora, Magistrado del Tribunal Superior de Montería..

Sometidas a reparto estas diligencias, correspondió al suscrito Magistrado conocer del asunto, y en providencia de diez de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, dispuso comisionar al señor Fiscal del Tribunal Superior de Montería, a fin de que este funcionario recibiera la ratificación juramentada del querellante; y corriera traslado del expediente al señor Magistrado acusado para que hiciera los descargos de los hechos imputados, y presentara las pruebas que a bien tuviera, todo ésto de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Legislativo número 3665 de 1950.

El señor Fiscal, una vez cumplida su comisión, devolvió los autos a esta Superioridad, y cumplidos los requisitos del Decreto Legislativo 3665 mencionado, la Sala entra a considerar:

El señor De la Espriella López, en su denuncia, hace los siguientes cargos al Magistrado del Tribunal de Montería, doctor Díaz Alzamora:

1º Que el día 16 de agosto de 1952, el Magistrado acusado, en asocio del Juez Municipal de Montería y de los abogados Rafael Yances Pinedo y Clímaco Cabrales, se reunieron en el despacho de este último abogado con el fin de confeccionar un auto en el que no se debía acceder a compulsar unas copias que había pedido, las que se debían tomar del juicio posesorio por despojo, instaurado por el doctor Rafael Yances Pinedo como apoderado de Carlos Fabra y otros, contra Evangelista Gómez López.

Que ese auto, lesivo de los intereses del denunciante, fue confeccionado por las cuatro personas citadas —quienes se asociaron para el acto doloso que denuncia— en la máquina de escribir que usa en su oficina el señor Clímaco Cabrales, lo que se puede apreciar con el cotejo de tipos de máquina.

2º Que el doctor Díaz Alzamora “propició un escándalo en estado de beodez en la Plaza de Fandangos de esta ciudad, la noche que se celebraba el nombramiento de Gobernador de este Departamento. El doctor Díaz Alzamora sin recato ni decencia de ninguna naturaleza, irrumpió en algarabía contra respetables familias de esta ciudad, al igual que lo hizo recientemente el señor Clímaco Cabrales Pineda. La gravedad de estos hechos está tomando caracteres tan alarmantes que ha sido preciso dirigirse a la H. Corte Suprema para que impida la confirmación del señor Díaz Alzamora”; y

3º Que “su permanente estado de beodez en las calles de la ciudad no pueden ser buen indicio de rectitud para un funcionario público”.

Y que, “si su señoría considera prudente conocer antecedentes sobre este funcionario, gustosísimo le prestaría mi apoyo para conocer la verdad”.

Lo demás del denuncia se relaciona con otros funcionarios, tales como el Juez Municipal y Registrador Departamental del Estado Civil de Montería, y de actuaciones de abogados.

En la diligencia de ratificación que obra al folio 9 de este cuaderno, el señor Fiscal comisionado interrogó al denunciante sobre si “tenía más qué agregar, enmendar o corregir a su denuncia”, respondiendo el denunciante que “no tengo más nada que decir al respecto”.

Por separado hará la Sala el estudio de los cargos que se acaban de enumerar, para resolver lo que sea del caso.

Pero antes de entrar en materia, la Sala tiene que hacer la siguiente advertencia:

Según el artículo 1º del Decreto 3665 de 1950, las sanciones disciplinarias, de acuerdo con las normas que contiene este Decreto, “se impondrán por el respectivo superior”. Y el artículo 10 dice que “para los efectos de este Decreto se entiende por Superior la entidad o funcionario a quien corresponda nombrar en propiedad al inferior”.

Lo que quiere decir, que la Sala tendrá que ver únicamente con la acusación que contra el Magistrado del Tribunal Superior de Montería, doctor Eduardo Díaz Alzamora, ha formulado el señor Roberto de la Espriella. Y esta aclaración se hace, porque según la queja que aparece a los folios 2 a 5, se formulan allí cargos al Juez Unico Civil Mu-

nicipal de Montería, señor Pedro Galván Oviedo; al Registrador Departamental del Estado Civil, doctor Clímaco Cabrales Pineda, y al abogado Rafael Yances Pinedo.

Aclarado lo anterior, se tiene:

El señor De la Espriella ha presentado una petición dirigida al señor Juez Unico Civil Municipal de Montería, sobre la expedición de unas copias, que allí enumera, solicitud que, previo traslado a las partes, fue resuelta en el sentido de no acceder a su pedimento, por las razones que allí se consignan, o sean, la de ser el peticionario un extraño en el juicio, carecer de interés jurídico y no ser abogado.

Y otra solicitud, suscrita por el doctor Luis Carlos Berrocal L., en la que se pide al mencionado Juez una certificación sobre el mismo negocio de que se viene hablando. Tal certificación aparece expedida a continuación, absolviéndose el cuestionario propuesto y haciendo las aclaraciones que el funcionario estimó pertinentes.

Nada más presentó el denunciante como fundamento y prueba de sus cargos.

A) De los documentos presentados por el señor De la Espriella, que se acaban de relacionar, la Sala no puede deducir de ellos ninguna intervención por parte del Magistrado doctor Díaz Alzamora. Además, como puede verse a folios 36 a 38 de este expediente, el Juez Municipal, señor Pedro Galván Oviedo, rindió descargos ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, sobre su actuación en los mencionados documentos. Y en cuanto a la intervención del doctor Díaz Alzamora, dice el señor Galván Oviedo: "Paso por alto todas las injurias y comentarios inexactos tales como la participación que se le quiere atribuir a los doctores Díaz Alzamora, Clímaco Cabrales Pineda y Rafael Yances Pinedo, respetabilísimos profesionales de la ciudad, por considerar que en estos asuntos no se ventilan ofensas ni conjeturas, sino el cumplimiento del deber y de sus atribuciones por parte de un funcionario público".

En su escrito de descargos, y refiriéndose al punto que se trata, dice el señor Magistrado doctor Díaz Alzamora:

"En relación con lo afirmado por el señor Roberto De la Espriella López de que el suscrito intervino, en asocio del señor Pedro Galván Oviedo, del doctor Clímaco Cabrales, Delegado Departamental del Estado Civil, y del doctor Rafael Yances Pinedo, en la confección de un auto, por medio del cual no se atendió, por parte del primero que desempeñaba las funciones de Juez Civil Municipal, en esta ciudad,

la solicitud para que se le expidieran unas copias... es una cuestión de la cual ni siquiera tuve el mínimo conocimiento. Por éso, en cuanto a mí se refiere, es absolutamente falso lo afirmado".

Para terminar el cargo que se está estudiando, la Sala observa que ninguna prueba se ha presentado tendiente a demostrar la intervención del Magistrado doctor Díaz Alzamora en la confección de las providencias que se han traído originales a los autos, y en consecuencia, declara que no prospera la acusación en lo que a este punto se refiere.

B) Carece igualmente de pruebas la afirmación que hace el denunciante del escándalo propiciado por el Magistrado acusado, y de su permanente estado de beodez.

El querellante, que en repetidas ocasiones anunció probar lo dicho en su denuncia, nada trajo a los autos para demostrar el "permanente estado de beodez" y el escándalo que dice propició el Magistrado con motivo de la celebración del nombramiento de Gobernador de ese Departamento.

El denunciado, por su parte, trajo las declaraciones de los señores doctor Juan de Pérez Paniza, doctor Eduardo Pineda Pineda, don Miguel H. Gómez de Lavalle, doctor Casio Obregón Nieto (Juez del Trabajo), y doctor Hernando Guerrero Puello (Juez Segundo Municipal de Montería), rendidas ante el Juez Civil del Circuito de la ciudad, quienes depone sobre su buena conducta social y familiar; de que no es persona que permanentemente se encuentre en estado de beodez por las calles de la ciudad, y que la sociedad de esa ciudad lo tiene como un elemento digno de pertenecer a ella. Que el 23 de agosto de 1952, día en que se celebraba el nombramiento y la posesión del señor Gobernador del Departamento, el doctor Díaz Alzamora, en compañía de su señora esposa, asistió a los diversos actos sociales celebrados, como a una copa de champaña y a un baile en el Club Social, sin que el mentado doctor Díaz Alzamora se hubiera expresado en términos desobligantes o infamantes contra ninguna persona, y que una vez terminado el baile, se retiró con su esposa a su casa de habitación.

También allegó a los autos el doctor Díaz Alzamora los siguientes documentos:

Certificado del Tribunal Superior, sobre la elección del doctor Jaime Burgos Pareja como Juez Primero Promiscuo Municipal de esa ciudad, en reemplazo del señor Pedro Galván Oviedo, quien venía desempeñando el cargo en calidad de interino designado por la Alcaldía del Distrito; y sobre que la Corporación no ha designado después al señor Galván Oviedo para desempeñar el cargo de Juez

en ninguno de los Municipios de ese Distrito Judicial.

Certificado del mismo Tribunal, en el que consta que el Magistrado doctor Díaz Alzamora se declaró impedido y se separó del conocimiento del negocio sobre queja contra el señor Pedro Galván Oviedo, ex-Juez Municipal de ese Distrito.

Copias de las diligencias de posesión del señor Pedro Galván Oviedo y doctor Jaime Burgos Pareja, como Jueces Civiles Municipales, interinos, ante la Alcaldía de la ciudad.

El señor Fiscal comisionado, por solicitud del doctor Díaz Alzamora, pidió de los Juzgados Penal Municipal y del Circuito datos sobre antecedentes penales del señor De la Espriella López, que no es del caso tratar en este proveído.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,

reunida en Sala Plena, DECLARA INFUNDADOS los cargos que contra el Magistrado del Tribunal Superior de Montería, doctor Eduardo Díaz Alzamora, formuló el señor Roberto de la Espriella L.

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

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. — Agustín Gómez Prada. — Luis Gutiérrez Jiménez. — Rafael Leiva Charry. — Pablo Emilio Manotas. — Luis Rafael Robles. — Rafael Ruiz Manrique. — Manuel José Vargas. — Angel Martín Vásquez. — Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

RECURSO DE HECHO. — CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION. — AUNQUE LA CUANTIA FIJADA EN EL LIBELO INICIAL Y NO OBJETADA POR EL DEMANDADO, NO ALCANCE EL MINIMO SEÑALADO POR LA LEY PARA LA CASACION, PUEDE EXISTIR VERDADERO MOTIVO DE DUDA ACERCA DEL VALOR REAL DEL JUICIO

Como lo ha dicho la Corte, es posible que exista el verdadero motivo de duda a que alude el artículo 524 del C. J., sobre el valor real del litigio para efectos de la concesión del recurso de casación, aún en los casos en que la cuantía haya sido fijada por el demandante en el libelo inicial, sin objeción del demandado, en cifra que no alcance al mínimo que señala la ley para dar acceso a este recurso extraordinario.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

El 4 de junio de 1952, el Tribunal Superior de Pasto dictó sentencia en el juicio ordinario propuesto por Julio Daniel Burbano contra el doctor César Burbano. Esta sentencia fue recurrida en casación por el demandante, en la debida oportunidad, previa la solicitud de la práctica de una diligencia pericial de avalúo de la acción, o sea de los inmuebles objeto del litigio, por estimar que el valor de ella, es superior a diez mil pesos (\$ 10.000) y existir en el juicio un verdadero motivo de duda sobre la cuantía de aquélla.

El Tribunal en proveído de 26 de julio de 1952, accedió a decretar el avalúo pedido, mas como el demandante solicitara reposición de esa providencia, ordenó reponerla, tal como aparece en la de 17 de octubre de 1952 y en la cual rechaza la solicitud de avalúo de los inmuebles y niega el recurso de casación interpuesto por el demandado doctor Burbano, "por cuanto la cuantía de la acción no alcanza a la fijada por la ley para tal efecto".

Interpuesto el recurso de reposición contra el auto que negó el de casación, fue rechazado y se

expidieron las copias de rigor en estos casos, tales como la demanda principal, de las sentencias de primera y segunda instancias, con sus respectivas notificaciones; del auto que ordenó la diligencia pericial; del que decretó la reposición de éste, y muchas el recurso de casación; del que desechó la reposición de éste, y muchas otras que no tienen relación directa con el recurso de hecho que se decide.

El recurrente de hecho sostiene que todo el problema ahora debatido versa sobre la aplicación del artículo 524 del Código Judicial, en cuanto se refiere a la existencia en el juicio de un verdadero motivo de duda sobre la cuantía de la acción señalada en la demanda para los solos efectos de la competencia y la fijada por el Decreto número 3547 de 1950, para la procedencia del recurso extraordinario de casación.

Para resolver se considera:

Todo lo relativo a la interpretación del artículo 524 del C. J., en lo que hace a la consideración de la cuantía de la demanda y a la existencia de un verdadero motivo de duda acerca de este punto, se halla ampliamente estudiado por la Corte en sus sentencias de fechas 14 de diciembre de 1945, 30 de marzo y 19 de junio de 1950, que corren publicadas en la GACETA JUDICIAL, Tomos LXII, LXVI, LXVII, y en las cuales se acepta, en resumen: "La posibilidad de la existencia del verdadero motivo de duda a que alude el artículo 524 del C. J., sobre el valor real del litigio para efectos de la concesión del recurso de casación aún en los casos en que la cuantía haya sido fijada por el demandante en el libelo inicial, sin objeción del demandado, en cifra que no alcance al mínimo que señala la ley para dar acceso a este recurso extraordinario" y a ellas se remite la Sala.

Ahora bien, de las copias acompañadas al escrito en que se sustenta el recurso de hecho que se deci-

de, obsérvese a *prima facie*, que la acción propuesta es la consagrada en el artículo 2º de la ley 120 de 1928, evento en el cual no es necesario la fijación en la demanda inicial de la cuantía de la acción, de acuerdo con la ley citada, circunstancia que aunada a las consideraciones de la doctrina y la jurisprudencia, sobre la interpretación del artículo 524 del C. J., permite afirmar que, siendo la competencia exclusiva de los Jueces de Circuito en estos casos la cuantía que se fije en el libelo inicial, no tiene repercusión sobre el verdadero y real valor del litigio para los fines de la concesión del recurso extraordinario de casación; más cuando, por otra parte, en la actuación no existen otros elementos de donde pueda deducirse con certeza ese real valor, dando así motivo a que surja el verdadero motivo de duda a que alude el mencionado artículo 524. Así lo evidencian las determinaciones judiciales adoptadas por el Tribunal, en sentido opuesto, en sus providencias de 26 de julio y 17 de octubre de 1952.

En este estado, en que la realidad procesal es la de desconocimiento del verdadero y real valor de los inmuebles objeto del litigio, en cuanto se ignora, si él llega a la cantidad de diez mil pesos (\$ 10.000.00), o si es inferior o superior a esta suma, lo pertinente es ordenar al Tribunal que proceda a la práctica de la diligencia pericial pedida, para que con base en sus resultados, conceda o niegue el recurso de casación interpuesto.

En mérito de lo expuesto se resuelve:

Admítase el recurso de hecho de que trata la presente actuación, a fin de que el Tribunal de origen provea en la forma prevista en el artículo 524 del Código Judicial, y para ello, envíesele copia de esta providencia una vez ejecutoriada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Pablo Emilio Manotas. — Luis Enrique Cuervo.
Gualberto Rodríguez Peña. — Manuel José Vargas.
Emilio Prieto H. Secretario General Interino.

RECURSO DE HECHO. — QUE DEBE ENTENDERSE POR LA CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

Al tenor del artículo 519 de C. J. y del Decreto número 3547 de 1950, lo que determina la procedencia del recurso de casación desde el punto de vista de la cuantía, es el valor mismo del interés económico sobre el cual se pronuncia la sentencia, o sea el interés mismo del juicio, aun cuando el particular de quien lo propone pueda no llegar a aquel valor. De ahí precisamente que demandada una prestación por cantidad mayor a la de diez mil pesos, el parecer uniforme de la jurisprudencia haya siempre aceptado los recursos del demandante contra el fallo que sólo le negó quinientos.

Corte Suprema de Justicia, — Sala de Casación Civil b) — Bogotá, enero veintidós de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Dentro de los juicios de sucesión acumulados de Loreto Jiménez y Aura Rosa Cárdenas que cursan en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tuluá, se dictó por dicho funcionario la correspondiente sentencia aprobatoria de la partición, la que luego fue confirmada por el Tribunal Superior de Buga, en providencia de veintinueve de septiembre del año próximo pasado (1952).

Contra esta última interpuso el doctor Mario Varona Medina, como apoderado de los herederos Manuel Loreto, María del Socorro, Abelardo, Manuel Antonio, María de la Paz, María Concepción, Aura María y Carlos Rómulo Jiménez, y curador *ad-litem* de Alba Jiménez, recurso de casación ante la Corte, el que le fue negado en auto de seis de noviembre siguiente.

En tal virtud y reclamado este proveído solicitó en subsidio copia de lo pertinente para recurrir de hecho ante la Corte, motivo por el cual, deseada la reposición, debe ahora decidirse sobre la viabilidad o improcedencia de la apelación denegada. Para este efecto, se considera:

De acuerdo con el artículo 519 del C. J., “..... pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las siguientes sentencias de los Tribunales

Superiores en segunda instancia, cuando la cuantía alcance por lo menos a tres mil pesos (\$ 3.000) en los juicios ordinarios, o a cinco mil pesos (\$ 5.000) en los demás que en seguida se mencionan... 2º Las que aprueban las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas”.

Las cuantías de que trata este artículo, fueron luego elevadas por el Decreto número 3547 de 1950 a la suma de diez mil pesos.

De modo, pues, que al tenor de estas disposiciones, lo que determina la procedencia del recurso de casación desde el punto de vista de la cuantía, es el valor mismo del interés económico sobre el cual se pronuncia la sentencia, o sea el interés mismo del juicio, aun cuando el particular de quien lo propone pueda no llegar a aquel valor. De ahí precisamente que demandada una prestación por cantidad mayor a la de diez mil pesos, el parecer uniforme de la jurisprudencia haya siempre aceptado los recursos del demandante contra el fallo que sólo le negó quinientos.

Pero como en el caso de que aquí se trata, el valor de la masa hereditaria que fue materia de la partición, excede de los diez mil pesos prefijados por la ley, el recurso propuesto contra la sentencia que la aprobó es procedente, contra lo que equivocadamente ha sostenido el Tribunal de Buga.

En consecuencia se resuelve:

Concédese el recurso de casación propuesto contra la sentencia de veintinueve de septiembre del año próximo pasado proferida por el Tribunal Superior de Buga, y por medio de la cual se aprobó en segundo grado el trabajo de partición efectuado dentro de los juicios de sucesión acumulados de Loreto Jiménez y Aura Rosa Cárdenas.

Comuníquese esta providencia a dicho Tribunal para que previa citación de las partes, remita el expediente a esta Superioridad.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y cúmplase.

Pablo Emilio Manotas. — Luis Enrique Cuervo. Guaberto Rodríguez Peña. — Manuel José Vargas. Emilio Prieto, Secretario.

ACCION DE PETICION DE HERENCIA.— LA ADJUDICACION NO ES PRUEBA DEL MEJOR DERECHO A LA HERENCIA QUE OTRO PRETENDE, NI PUEDE INVOCARSE VALIDAMENTE CONTRA ESTE DENTRO DE LA CORRESPONDIENTE ACCION. — CAUSAL 6ª DE CASACION. — CON BASE EN ESTA CAUSAL NO SE PUEDE DISCUTIR LO RELACIONADO CON LA PERSONERIA SUSTANTIVA DE UNA DE LAS PARTES, PORQUE DICHA CAUSAL SOLO INCIDE EN CASACION CUANDO SE HA INCURRIDO EN ALGUNA NULIDAD SIMPLEMENTE PROCEDIMENTAL

1.—La acción de petición de herencia es la que confiere la ley al heredero de mejor derecho, para reclamar los bienes de la herencia ocupados por otra persona, que también alega título de heredero. Es, pues, una controversia en que se ventila entre el demandante y el demandado a cuál de ellos le corresponde en todo o en más parte el título de legítimo sucesor del causante en calidad de heredero y de consiguiente la universalidad de los bienes herenciales o una parte alcuota sobre éstos. De consiguiente, la cuestión de dominio de los bienes en esta acción es consecencial de la cuestión principal que allí se discute sobre la calidad de heredero. Por eso, cuando un bien se reclama como cosa determinada y singular, alegando no propiamente la calidad de heredero de mejor derecho, sino un título traslativo de dominio, como venta, permuta, donación entre vivos, etc., la acción nunca será de petición de herencia, aun cuando el título provenga del heredero que haya enajenado cosas de la herencia antes o después de la partición, sino una característica acción de dominio.

En consecuencia, para establecer el mejor derecho a la herencia o a la cuota de ella que las partes litigan, lo procedente no es la confrontación de la hijuela de adjudicación que ampara al demandado, con las pruebas aducidas por el actor para demostrar su calidad de heredero, sino la de los medios probatorios en que cada una de las partes funda esa misma condición, para concluir el derecho preferente de quién deba ser llamado a recibir la herencia.

La adjudicación, como título traslativo de dominio de la comunidad herencial al heredero, es prueba de dominio, y como tal puede fundar acción reivindicatoria frente a títulos

posteriores; pero no es prueba del mejor derecho a la herencia que otro pretende, ni puede por consiguiente invocarse válidamente contra éste dentro de la correspondiente acción, cuyo objetivo exacto es el de fijar la prevalencia de esa calidad en virtud de la cual tiene el demandado en su poder los bienes que se le adjudicaron.

2.—Conforme al contenido clarísimo del artículo 520 del C. J., la causal 6ª en él establecida sólo incide en casación cuando en el juicio se ha incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley"; y estas nulidades son, por su naturaleza, simplemente procedimentales y no sustantivas, como que su creación se dirige, no a definir los derechos de las partes, que corresponde a la sentencia, sino a garantizar la firmeza de las bases mismas de la organización judicial (incompetencia de jurisdicción) así como el legítimo derecho de las partes a defenderse (ilegitimidad de personería y falta de citación o emplazamiento).

Dentro de este concepto, la causal de nulidad por ilegitimidad de la personería de una de las partes tiene lugar cuando comparece defectuosamente al juicio, ya porque lo haga directamente sin tener capacidad legal para ello, como en los casos del menor, el demente, etc., o ya porque la gestión se desarrolle por conducto de un tercero, sin facultades para presentarla. Y la nulidad por falta de citación o emplazamiento, cuando quien figura como parte en la controversia, no fue llamado a ésta en forma debida. Pero son infundadas y como tal improcedentes cuando el vicio en que se hace consistir la primera, descansa en la idea de la ilegitimidad del derecho mismo que se pretende, y el fundamento de la segunda, es

el de no haberse dirigido la acción contra otras personas legalmente llamadas también a responder. Porque en el primer caso la persona es claramente sustantiva, y como tal insusceptible de originar un vicio procesal; y en el segundo, el fallo que se pronuncia es RES INTER ALIOS respecto de quienes no han sido parte en el juicio, por lo cual no cabe la posibilidad jurídica de que se viole su legítimo derecho a defenderse.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

1.—Por escritura número 816 de 11 de diciembre de 1893 de la Notaría del Socorro, Manuel Ortiz adquirió por compra hecha a Salomón Gómez G. y Ramón N. Gómez, un predio conocido con el nombre de “Vega Grande”, ubicado en jurisdicción del Municipio de Curutí, y alindado como en aquel instrumento se expresa.

2.—El día 4 de febrero de 1896, Manuel Ortiz contrajo matrimonio católico con María Fidelia García.

3.—Mediante escritura número 312 de 9 de junio de 1906 de la Notaría de Málaga, Manuel Ortiz otorgó su testamento, en el cual declara que “para todos los efectos civiles y políticos, reconozco por medio del presente como a mis hijos legítimos” a Manuel, Eulalia, María Reyes y Belisario, Isidro, Eugenia, José Natividad y Joaquín Ortices, procreados antes del matrimonio con María Fidelia. Agrega luego:

“Cuando contraí matrimonio con la señora García, ésta aportó a él un derecho en la comunidad de ‘Chicacuta’... de cuya finca soy responsable a mi mujer; yo aporté como bienes míos: un terreno en el punto denominado Vega Grande..., tres derechos de tierra en las comunidades de Chicacuta con cuatro casas de techo pajizo... y cincuenta calvas. “Hoy tengo como de mi propiedad esos mismos bienes y cuatro reses más... De la cuarta parte de mis bienes de que puedo disponer a mi arbitrio es mi voluntad mejorar a mis hijos Belisario, Eugenia, José Natividad y Joaquín Ortices con la suma de mil pesos papel moneda, que se dividirá entre ellos por iguales partes... Del remanente de bienes instituye como herederos a su esposa y a sus hijos.

4.—El 25 de octubre de 1903 falleció Manuel Ortiz; y sus herederos antes que hacer juicio de sucesión, enajenaron sus respectivos derechos, así:

a) *María Fidelia v. de Ortiz*

Por escritura número 546 de 20 de octubre de 1919, dijo venderle a Pedro Anaya G. “la mitad del derecho y acción que por gananciales como cónyuge sobreviviente del señor Manuel Ortiz Caicedo tiene y puede corresponderle en el terreno común denominado ‘Vega Grande’”.

Por escritura número 627 de 22 de diciembre de 1920, dijo venderle a Eulalia, Eufemia y Joaquín Ortiz y José Galván, “los derechos y acciones que en seguida se expresan y que la vendedora tiene y le corresponden por su porción conyugal y gananciales en los bienes de la sucesión de su finado esposo legítimo, el señor Manuel Ortiz Caicedo... así: A Eulalia Ortiz una sexta parte reconocida dentro del inmueble de Vega Grande. A los demás adquirentes no les señala cuota, ni fuera de Eulalia y de Galván, comparecen a aceptar la compra; y por escritura número 629 del mismo día 22 de diciembre de 1920, le vende a Pedro C. Anaya “una sexta parte de los derechos y acciones o sea la parte que le queda por sus derechos y acciones en los bienes de la sucesión de su finado legítimo, señor Manuel Ortiz Caicedo”.

b) *Manuel Ortiz García*

Vendió la mitad de sus derechos a Ramón Camacho (R. número 593 de 12 de octubre de 1912); éste a Félix Rojas (R. número 56 de marzo 24 de 1917); Rojas a José Galván (R. número 223 de 17 de noviembre de 1917).

c) *María Reyes Ortiz*

Transmitió sus derechos por fallecimiento a su hija María de los Angeles Jaimes, quien los vendió a Benilda Galván de Camacho, por escritura número 477 de 13 de noviembre de 1945.

d) *Belisario Isidro Ortiz*

Vendió la mitad de sus derechos a José Galván, por escritura número 423 de 13 de noviembre de 1915.

La otra mitad la transmitió por muerte de Fidelia de Ortiz, quien la vendió a Félix Rojas (escritura número 292 de julio 1º de 1917 de Málaga), y

ésta a José Galván, según escritura 223 de 17 de noviembre de 1917 de la Notaría de San Gil.

e) *Eugenia Ortiz*

Vendió sus derechos a Pedro Anaya, escritura 625 de diciembre 21 de 1920; éste a Rogelio Ramírez, escritura número 157 de 8 de julio de 1921, y Ramírez a José Galván, por escritura número 512 de 27 de octubre de 1923.

f) *José Natividad Ortiz*

Vendió sus derechos a José Galván, según escrituras número 611 de 27 de noviembre de 1913 y 245 de 2 de junio de 1915.

g) *Joaquín Ortiz*

Traspasó sus derechos a Benjamín Galván, conforme a escritura número 75 de 26 de marzo de 1938.

5º Mediante escritura número 288 de fecha 1º de julio de 1939 de la Notaría Primera de San Gil, los esposos José Galván y Eulalia Ortiz de Galván liquidaron provisionalmente la sociedad conyugal existente entre los dos, y en ella se le adjudicó a la segunda "en pleno dominio, uso, y goce el predio de la Vega, ubicado en jurisdicción del Municipio de Curití".

6º Por escritura Nº 152 de 25 de agosto de 1939 de la Notaría Segunda de San Gil, la señora María Eulalia Ortiz, transfirió a título de venta a la señora Benilda G. de Camacho "el derecho de dominio y posesión que tiene, en un predio denominado "La Vega", vereda de "Vega Grande", en jurisdicción del Municipio de Curití".

7º—Más tarde mediante escritura número 300 de 12 de diciembre de 1941 de la misma Notaría de San Gil, los señores José Galván y Eulalia Ortiz Galván, enajenaron a título de venta, al señor Benjamín Galván "los derechos que por gananciales, porción conyugal y a cualquier otro título le corresponden o puedan corresponderle a María Fidelia García de Ortiz en la liquidación de la sociedad conyugal de Manuel Ortiz Caicedo y en la sucesión testamentaria del mismo y los derechos y acciones que a José Natividad Ortiz, Abel Sarmiento y María de los Angeles Jaimes en representación de su madre María Reyes Ortiz, Eugenia o Eufemia Ortiz, Manuel Ortiz y Belisario Ortiz y a la misma vendedora Eulalia Ortiz de Galván les correspon-

den o pueden corresponder en la sucesión testamentaria del mismo Manuel Ortiz Caicedo".

8º—Con base en esta última escritura, Benjamín Galván, promovió el juicio de sucesión de don Manuel Ortiz Caicedo, dentro del cual obtuvo a su favor el decreto de posesión efectiva que dictó el Juzgado del Circuito de San Gil, con fecha diez de agosto de 1942, en relación con la finca de "Vega Grande", y más tarde, la correspondiente adjudicación del inmueble, mediante providencia de 22 de agosto del mismo año (1942).

9º—Con estos antecedentes, la señora Benilda Galván de Camacho demandó el día tres de agosto de 1946 ante el Juzgado Civil del Circuito de San Gil a Benjamín Galván, para que con audiencia suya previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primero.—Que es nulo el decreto de posesión efectiva de la herencia de diez de agosto de mil novecientos cuarenta y dos y la adjudicación de fecha veintidos de agosto del mismo año, de nulidad absoluta, procedentes del Juzgado Civil del Circuito de San Gil, en favor de Benjamín Galván, del predio denominado Vega Grande, ubicado en la vereda de Vega, región del Basto del vecindario de Curití con su casa pajiza y tres caneyes de secar tabaco, alinderado así: por el norte el río Chicamocha; por el sur, la cuchilla de El Verdal; por el oriente, con el predio de El Campán; y por el occidente, la quebrada de Picaderos hasta dar en el segundo lindero en dirección norte.

"Segundo.—Que como consecuencia de lo pedido en el punto anterior, se ordene que la finca descrita, vuelva a la herencia de Manuel Ortiz Caicedo, representada por Benilda Galván de Camacho, subrogataria de los herederos del citado Manuel Ortiz Caicedo, y se proceda a la adjudicación de la finca con arreglo a los títulos que tengo relacionados, disponiendo que el demandado haga la restitución correspondiente, y se haga nueva partición.

"Tercero.—Que como consecuencia se cancele el registro del decreto de posesión y adjudicación de la finca de Vega en jurisdicción del Municipio de Curití, registro que se especificará en la sentencia.

"Cuarto.—Que el demandado Benjamín Galván debe pagar los frutos civiles y naturales, como poseedor de mala fe, desde el 22 de agosto de 1942 hasta el día en que restituya la finca a la sucesión de Manuel Ortiz Caicedo.

"Quinto.—Que si el demandado se opusiere a esta demanda, se le condene al pago de las costas del juicio.

"Para el caso improbable de que no prospere la declaración de nulidad absoluta demandada en el punto primero petitorio de este libelo, pido como declaraciones y condenaciones subsidiarias, las siguientes:

"a) Que Benilda Galván de Camacho, como subrogatario de los herederos de Manuel Ortiz Caicedo, tiene facultad de ejercitar el derecho de petición de herencia en la sucesión del citado Ortiz Caicedo, calidad que se le debe reconocer con arreglo a los títulos relacionados.

"b) Que como consecuencia de lo pedido en el punto anterior, se disponga que Benildo Galván de Camacho tiene derecho prevaleciente a heredar a Manuel Ortiz Caicedo, y se le haga la adjudicación con arreglo a los títulos relacionados.

"c) Que como consecuencia de lo pedido en los dos puntos anteriores se condene al demandado Benjamín Galván a restituir a la sucesión de Manuel Ortiz Caicedo, representada por la subrogataria Benilda Galván de Camacho, el predio de Vega Grande, ubicado en la yereda de Vega, región del Basto del vecindario de Curití, con su casa pajiza y tres caneyes para secar tabaco, por los linderos expresados en el punto primero petitorio de la acción principal.

"d) Que como consecuencia de lo anteriormente pedido en la acción subsidiaria, se cancele el registro del decreto y adjudicación de la finca de Vega Grande, ubicada en jurisdicción del Municipio de Curití, registro que se especificará en la sentencia.

"e) Que Benjamín Galván debe pagar los frutos naturales y civiles, como poseedor de mala fe, desde el 22 de agosto de 1942, hasta el día en que restituya la finca a la sucesión de Manuel Ortiz Caicedo.

"f) Que si Benjamín Galván se opusiere a esta acción subsidiaria, se le condene a pagar las costas del presente juicio.

"Subsidiariamente a las dos acciones anteriormente descritas, pido a usted, se hagan las declaraciones y condenaciones siguientes:

"a) Que Benilda Galván de Camacho es dueña del predio de 'Vega Grande', ubicado en la yereda de Vega, región del Basto del vecindario de Curití con su casa pajiza y tres caneyes de secar tabaco, alinderado en la forma expresada en el punto primero petitorio de la acción principal.

"b) Que como consecuencia de lo pedido en el

punto anterior se ordene a Benjamín Galván entregar a Benilda Galván de Camacho, dicha finca, con los frutos civiles y naturales, como poseedor de mala fe, desde el 22 de agosto de 1942 hasta el día en que la restitución se verifique.

"c) Que en consecuencia se cancele el registro del decreto de posesión y adjudicación de la finca de Vega Grande, ubicado en jurisdicción del Municipio de Curití, registro que se especificará en la sentencia.

"d) Que si el demandado se opone, se le condene a pagar las costas del juicio".

10º—Tramitado legalmente el juicio fue decidido en su primera instancia por sentencia de 22 de octubre de 1947, así:

"1º—Declarar improcedente la acción de nulidad de que trata la petición primera principal de la demanda.

"2º Declarar próspera la acción subsidiaria de petición de herencia, y en consecuencia, declarar que Benilda Galván de Camacho, tiene derecho prevaleciente sobre Benjamín Galván para heredar al causante Manuel Ortiz Caicedo, en calidad de subrogataria de los derechos de los herederos del de cujus que en seguida se relacionan.

"Consecuencialmente, adjudíquense a Benilda Galván de Camacho, en la calidad dicha de subrogataria, y dentro de la sucesión de Manuel Ortiz Caicedo:

"La mitad de los derechos hereditarios de Manuel Ortiz García; los derechos de Isidro Belisario Ortiz, los derechos de Eugenia o Eufemia Ortiz, y el derecho que ésta compró a María Fidelia García, según la escritura N° 627 de 22 de diciembre de 1920 de la Notaría 2ª de Málaga; los derechos de José Natividad Ortiz; la mitad de los derechos de María Fidelia García; el derecho que José Galván compró a María Fidelia García, según la escritura N° 627 de 22 de diciembre de 1920 de la Notaría 2ª de Málaga; los derechos de María Eulalia Ortiz, y el derecho que ésta compró a María Fidelia García según la ya citada escritura N° 627.

"Todos estos derechos están vinculados en el predio denominado Vega Grande, ubicado en la yereda de Vega, región del Basto, del vecindario de Curití, con su casa pajiza y tres caneyes de secar tabaco, alinderado así: por el norte, el río Chicomocha; por el sur, la cuchilla de El Veredal; por el oriente, con el predio de El Champán, y por el occidente, la quebrada de Picaderos hasta dar en el segundo lindero en dirección norte.

"3º—Condenar al demandado Benjamín Galván a

restituir a la actora Benilda Galván de Camacho, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, los derechos de que trata el numeral segundo inmediatamente anterior.

"4º—Condenar a Benjamín Galván a pagar a Benilda Galván de Camacho el valor de los frutos naturales y civiles de los derechos de que trata el numeral segundo que precede, percibidos después de la contestación de la demanda, es decir, desde el primero de febrero del presente año hasta el día del pago. El valor de estos frutos se hará efectivo al ejecutarse esta sentencia en la forma prevista por el artículo 553 del C. J.

"5º—Ordenar el registro de esta sentencia en la oficina de registro de esta ciudad. Ordenar asimismo la cancelación del registro de la demanda, para lo cual se librará el correspondiente oficio al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

"No se hace especial condenación en costas".

11.—De esta providencia apelaron las dos partes interesadas en el juicio para ante el Tribunal Superior de San Gil, donde se puso término a la segunda instancia en fallo de 30 de junio de 1950, en el cual se resolvió CONFIRMAR el de primer grado, "pero con las siguientes modificaciones:

"a) Se confirma el numeral primero en todas sus partes;

"b) El numeral segundo quedará así: Declarar próspera la acción subsidiaria de petición de herencia, y en consecuencia, declarar que Benilda Galván de Camacho tiene derecho concurrente con Benjamín Galván para heredar al causante Manuel Ortiz Caicedo, en calidad de subrogatario de los derechos de los herederos del de cujus que en seguida se relacionan: La mitad de los derechos hereditarios de Manuel Ortiz García; los derechos de María Reyes Ortiz; los derechos de Eugenia o Eufemia Ortiz, y el derecho que ésta compró a María Fidelia García según escritura número 627 de 22 de diciembre de 1920 de la Notaría 2ª de Málaga; los derechos de José Natividad Ortiz; la mitad de los derechos de María Fidelia García; el derecho que José Galván compró a María Fidelia García, según la escritura Nº 627 de 22 de diciembre de 1920 de la Notaría 2ª de Málaga; los derechos de María Eulalia Ortiz, y el derecho que ésta compró a María Fidelia García según la ya citada escritura Nº 627. En todas las demás partes se confirma el numeral.

c) Se confirma sin modificaciones y en todas sus partes los numerales 3º, 4º y 5º;

d) Ordénase la cancelación en la Registra-

tura del Circuito de San Gil, del Registro de la sentencia de adjudicación de bienes proferida en el juicio sucesorio del señor Manuel Ortiz Caicedo con fecha agosto 22 de 1942, registro que obra en el Libro número 1º, tomo 1º impar a la partida 369 folios 282 y 283 y en Libro de Causas Mortuorias a la partida número 41, tomo 3º folio 1º;

e) Benjamín Galván devolverá a la herencia el valor de las enajenaciones de cuerpo cierto que hizo por medio de las escrituras números 203 y 204 de 11 de mayo de 1945 a favor de Zenón Moreno Adarme y Wenceslao Flórez, pasadas ante el señor Notario Segundo del Circuito de San Gil, en cuanto este valor excediere al valor de su cuota hereditaria que se establecerá al hacer la partición numérica de los bienes de la sucesión del señor Manuel Ortiz Caicedo (art. 1324 del C. C.); y

f) No hay lugar a condenación en costas en la instancia".

12º—A solicitud del señor apoderado de la demandante este fallo fue luego aclarado por el Tribunal en providencia de veintinueve de agosto siguiente, así:

"1º—En el ordinal b) de la parte resolutive quedan incluidos los derechos de Isidro Belisario Ortiz, adquiridos por Benilda Galván de Camacho según la escritura Nº 152 de agosto de 1939.

"2º—La ejecución de la mencionada sentencia no tiene cabida dentro de este mismo expediente sino como continuación del juicio sucesorio del señor Manuel Ortiz Caicedo".

13º—Para llegar a estas conclusiones comienza el Tribunal por examinar los distintos medios exceptivos propuestos contra las acciones deducidas en la demanda, los cuales encuentra no probados; se detiene luego a considerar los antecedentes de la controversia a través de las escrituras y actuaciones de que ya se habló en apartes anteriores de este fallo, sintetizando así el concepto que ellas le merecen, en la parte que toca con el recurso de casación.

"Efectivamente, por medio de la escritura Nº 288 de liquidación de la sociedad conyugal existente entre José Galván y María Eulalia Ortiz, a ésta se adjudicó la finca de la Vega como un cuerpo cierto. Por esta razón dicha escritura fue inscrita en el Libro de Registro número Primero. En julio de 1939, fecha de la liquidación de la sociedad conyugal, José Galván no era dueño de toda la finca de la Vega, pero sí había adquirido los derechos hereditarios de Manuel, María Reyes, Isidro Belisario, Eufemia o Eugenia y José Natividad Ortiz y María Fidelia García, en la proporción indicada

en el numeral 14º de esta providencia. Nemo dat quod non habet. Si José Galván no era dueño de toda la finca de la Vega mal podía transferirla como cuerpo cierto. Pero como José Galván había adquirido en dicha finca los derechos hereditarios que se acaban de relacionar, derechos que habían ingresado al patrimonio de la sociedad conyugal, y como por medio de la escritura N° 288 se trataba de liquidar dicha sociedad, es lógico que a María Eulalia no se le transfirió la finca de la Vega, pero sí se le transfirieron los derechos herenciales que en ella tenía la sociedad conyugal. Esta interpretación encaja perfectamente dentro del precepto contenido en el artículo 752 del C. C. que reza: "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". Sin esta interpretación se iría contra el artículo 1603 *ibidem* que estatuye que los contratos deben interpretarse de buena fe, y contra el artículo 1620 del mismo Código, según el cual, el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no es capaz de producir *efecto alguno*.

"Cosa análoga puede y debe decirse respecto de la escritura N° 152. Por medio de este instrumento que sólo fue registrado en el Libro Primero, María Eulalia Ortiz vendió a Benilda Galván de Camacho, como cuerpo cierto, la finca de La Vega. Mas como María Eulalia no era dueña de toda la finca, aplicando los mismos principios debe entenderse que no transfirió *los derechos hereditarios* que en ella tenía, es decir los derechos que María Eulalia adquirió por medio de la escritura N° 288, más los derechos que ella tenía directamente como heredera de Manuel Ortiz Caicedo, más el derecho que la misma María Eulalia adquirió de María Fidelia García al tenor de la escritura N° 627 antes citada.

"Siendo ésto así, cuando se liquidó el juicio de sucesión de Manuel Ortiz Caicedo sí tenía Benilda Galván de Camacho derechos en tal sucesión, derechos hereditarios que ya están determinados en el cuerpo de este fallo, y consiguientemente sí tiene la actora Benilda personería sustantiva para entablar la demanda que es materia de este estudio. Y siendo ésto así, es infundada la excepción materia de este análisis".

"...Sostiene además el doctor Rojas Gómez, que la personería sustantiva de la actora es ilegítima, porque no se halla demostrado que José Galván hubiera contraído matrimonio con Eulalia Ortiz García y que no estando tal hecho demostrado, la fuente

de donde pretende derivar su derecho la actora, cual es la escritura por medio de la cual Eulalia Ortiz de Galván le transfirió a Benilda Galván de Camacho los derechos que le correspondían en la liquidación de la sociedad conyugal con su esposo José Galván, no le confiere título o personería para reclamar lo que pretende.

"En realidad no se halla en los autos legalmente acreditado el matrimonio de José Galván con Eulalia Ortiz García. Aparece sí, una acta de matrimonio en que se dice que el 19 de julio de 1912 contrajeron matrimonio Julio José Muñoz, hijo natural de Claudia Muñoz, con María Eulalia Ortiz, hija legítima de Manuel Ortiz y María Fidelia García y una constancia de que han tenido y procreado dos hijos: Benilda de seis años y Benjamín de cinco a quienes reconocen como hijos legítimos.

"La legitimación para obrar de la actora, no queda ni puede quedar subordinada a la existencia o no existencia de la sociedad conyugal formada por José Galván y Eulalia Ortiz García. Benilda Galván de Camacho adquirió la mayor parte de los derechos en "Vega Grande" por compra a Eulalia Ortiz de Galván. Esta los adquirió en la liquidación provisional de la sociedad con su esposo José Galván, como lo acredita la escritura número 288 de 1º de julio de 1939, pasada en la Notaría 1ª de San Gil. Por lo tanto la actora tiene título legítimo en qué apoyar su derecho o pretensión, lo que establece sin lugar a duda su legitimación para obrar. En la escritura mencionada se dice que comparecieron los señores José Galván y María Eulalia Ortiz, cónyuges entre sí, y que procedieron a liquidar la sociedad conyugal existente entre ellos. Esta declaración aunque no hace plena fe contra terceros, sí la produce contra los declarantes y siendo ello así, el hecho de la sociedad conyugal queda establecido de modo indubitable".

Y luego de relacionar las sucesivas enajenaciones de que se ha hablado, concluye:

"El señor Manuel Ortiz Caicedo contrajo matrimonio con María Fidelia García y ambos cónyuges reconocieron como sus hijos legítimos a Manuel, Eulalia, María Reyes, Belisario, Eugenia, José Natividad y Joaquín Ortiz García. El señor Manuel Ortiz Caicedo otorgó testamento disponiendo de sus bienes propios y reconociendo como sus únicos y universales herederos a todos sus hijos ya citados y a su esposa María Fidelia García. La mortuoria del señor Ortiz Caicedo no se abrió a raíz de su muerte sino que sus hijos y su cónyuge fueron vendiendo y transmitiendo sus derechos y acciones en la sucesión. De ahí que, a Benilda Galván de Camacho co-

respondan los siguientes derechos: La mitad de los derechos hereditarios de Manuel Ortiz García; los derechos de María Reyes Ortiz García; los derechos de Isidro Belisario Ortiz García; los derechos de Eugenia o Eufemia Ortiz García, y el derecho que ésta compró a María Fidelia García según la escritura N^o 627 de 22 de diciembre de 1920 de la Notaría 2^a de Málaga; los derechos de José Natividad Ortiz; la mitad de los derechos de María Fidelia García; el derecho que José Galván compró a María Eulalia Ortiz García y el derecho que ésta compró a María Fidelia García según consta de la misma escritura.

“De modo pues que la actora Benilda Galván de Camacho, es subrogataria de los derechos enunciados y por lo tanto tiene derecho concurrente con Benjamín Galván sobre la finca rural denominada ‘Vega Grande’, en la que se hallan vinculados los derechos de los señores Ortiz García y de María Fidelia García, y como la totalidad de tales derechos están ocupados por el demandado Benjamín Galván, debe ser condenado éste a restituír los que le correspondan a la actora, junto con sus frutos naturales y civiles, desde la contestación de la demanda, por ser poseedores de buena fe.

“En el fallo que se revisa el sentenciador estimó que Benilda Galván de Camacho tenía derecho prevaleciente a heredar a Manuel Ortiz Caicedo. Para la Sala el derecho de la actora es simplemente concurrente con el que tiene el demandado. Cuando un heredero ejercita la acción de petición de herencia tiene derecho prevaleciente a heredar, excluye al heredero putativo, lo que no acontece cuando su derecho es apenas concurrente, porque entonces tanto el actor como el demandado son llamados a la herencia en la proporción de su respectivo interés.

“Para la Sala fue motivo de preocupación y de estudio el hecho de si el demandado había ocupado la herencia con buena o mala fe y llegó a la conclusión de que ésta no se hallaba demostrada y que por consiguiente el fallo debía mantenerse en este sentido.

“En el juicio de sucesión de Manuel Ortiz Caicedo no hubo partición numérica de los bienes relictos sino posesión efectiva de la herencia con la consiguiente sentencia de adjudicación de bienes. El Juzgado olvidó tomar alguna medida sobre los efectos de tal sentencia frente a la declaratoria de los derechos de Benilda Galván de Camacho reconocidos en el fallo. Este vacío lo subsanará la Sala ordenando la cancelación del registro de la citada sentencia de adjudicación, para que la actora pueda hacer uso del artículo 952 del Código Judicial que

la faculta para pedir a su favor el decreto de posesión efectiva de la herencia.

“Como el demandado enajenó algunos lotes del predio de ‘Vega Grande’, según consta en el juicio, debe dársele aplicación al artículo 1324 del código civil que dispone, que el que ha ocupado de buena fe una herencia no será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico. Como esta circunstancia no aparece establecida en los autos, deberá considerarse cuando se haga la respectiva partición numérica de los bienes pertenecientes a la sucesión del señor Manuel Ortiz Caicedo, con el fin de que al subrogatario Benjamín Galván se le adjudiquen como parte de su cuota los lotes enajenados o se le ordene devolver a la herencia el valor de las enajenaciones, en cuanto este valor excediere al valor de su cuota hereditaria”.

13^o—Contra este fallo recurrió en casación el señor apoderado de la parte demandada, y al formalizar su demanda le hizo los siguientes cargos:

Primero.—Con base en la causal 1^a del artículo 520 del C. J., por ser la sentencia violatoria de los artículos 1321, 1325, 955, 1323, 965, 665, 946, 960 del C. C. por haber dejado de aplicar algunos de tales textos, y por haber aplicado indebidamente otros, y de los artículos 1873, 346, 347, 740, 741, 752, 756, 759, 2637 y 2641 del mismo Código y 22 de la ley 57 de 1887 y 79 de la ley 153 de 1887, por apreciación errónea de las siguientes escrituras públicas... , por haber incurrido el Tribunal en errores de derecho que aparecen de modo manifiesto en los autos frente a los títulos del demandado”. Y cita la casi totalidad de las que relacionan las distintas enajenaciones descritas en los anteriores apartes de este fallo, cuya estimación considera equivocada, así:

a) El registro de la sentencia de adjudicación que se hizo al demandado dentro de la mortuoria de Ortiz Caicedo, fue anterior a la competente inscripción de gran número de las escrituras, por medio de las cuales los herederos de aquél enajenaron los derechos de que ahora se pretende subrogar la demandante Galván de Camacho. En tal situación se hallan las escrituras Nos. 546 de 28 de octubre de 1919, 625 de 21 de diciembre de 1920, 157 de 6 de junio de 1921, 512 de 27 de octubre de 1923, 611 de 27 de noviembre de 1913, 245 de 29 de junio de 1915, 423 de 13 de noviembre de 1915, 573 de 12 de octubre de 1912, 56 de 24 de marzo de 1917 y 223 de 16 de noviembre de 1917, de que en otro lugar se habló, a todas las cuales dió equivocada-

mente el sentenciador un valor preferencial sobre el título de adjudicación.

b) Por la escritura 546 de 20 de octubre de 1919, Fidelia García vendió a Pedro Anaya la mitad del derecho y acción que por gananciales tiene y puede corresponderle en la sucesión de Manuel Ortiz Caicedo, sobre el inmueble de Vega Grande; y luego por escritura N^o 627 de 22 de diciembre de 1920, la misma Fidelia volvió a vender a Eulalia, Eugenia y Joaquín Ortiz y a José Galván "los derechos y acciones que tiene y le corresponden por concepto de porción conyugal y de gananciales" en la misma sucesión. Pero resulta que adquirida la expresada finca por el causante antes de formarse la sociedad conyugal, Fidelia García no podía tener derecho alguno sobre ella a título de gananciales, por lo cual nada le transmitió a Anaya; ni instituida como heredera en el testamento, tenía derecho a porción conyugal sino a herencia, por lo cual tampoco pudo transmitirles derecho alguno a los Ortiz y a Galván. Fuera de que vinculados estos últimos derechos o determinados lotes, sólo se identificó el correspondiente a los de Eulalia, sin haberse establecido que los demás formaran asimismo parte del inmueble de Vega Grande. Por lo tanto, incurrió el Tribunal en error al apreciar estas escrituras, y las que como consecuencia de ellas se otorgaron posteriormente, para deducir el mejor derecho de herencia que le reconoció a la demandante.

c) Conforme a la escritura número 480 de 1927, Luis Felipe Niño vende a José Galván todo el derecho y acción que con su esposa Eugenia Ortiz, adquirió de María Fidelia García en la sucesión de Manuel Ortiz Caicedo, según escritura 627 de 22 de diciembre de 1920; sin embargo, por dicho instrumento, el señor Niño nada adquirió, ni está demostrado su matrimonio con Eugenia Ortiz.

d) Mediante escritura número 423 de 13 de noviembre de 1915, Belisario Isidoro Ortiz vendió a José Galván la mitad de sus derechos hereditarios; la otra mitad la transmitió al morir a su madre que no la enajenó, por cuanto lo vendido por ella a Félix Rojas en escritura número 292 de 1^o de julio de 1917 de la Notaría de Málaga, y que éste dijo luego traspasar a José Galván por escritura 223 de 17 de noviembre siguiente de la Notaría de San Gil, fue simplemente el derecho y acción que tiene y le corresponde o puede corresponderle en los bienes de la sucesión del señor Isidro Belisario Ortiz", y no en la de Manuel Ortiz Caicedo.

De igual manera lo vendido por María de los Angeles Jaimes a la señora Camacho de Galván, según escritura número 477 de 13 de noviembre de

1945, fue tan sólo los derechos que tenía en la sucesión de su madre María de los Reyes Ortiz, y no en la del padre de ésta, Ortiz Caicedo, que es de la que se trata.

Por consiguiente y contra lo aceptado por el Tribunal, el derecho de la demandante por estos dos conceptos, viene a quedar limitado a la mitad de los que le correspondían a Belisario Isidro en la sucesión de su padre.

e) No está acreditado en autós el matrimonio de Eulalia Ortiz y José Galván; luego la liquidación provisional de la sociedad hecha por escritura 288 de 1^o de julio de 1939 de la Notaría Primera de San Gil y en virtud de la cual se adjudicó a la primera la finca de Vega Grande, así como la venta que en razón de ella le hiciera la Ortiz a la demandante, por escritura número 152 de 25 de agosto siguiente otorgada en la Notaría Segunda del mismo Circuito, carecen de valor, contra lo reconocido en la sentencia.

f) Finalmente, por medio de la escritura número 152 de 25 de agosto de 1939, la señora Galván de Camacho adquirió de María Eulalia Ortiz "el derecho de dominio y posesión que tiene en un predio denominado "La Vega", vereda de "Vega Grande", no los derechos herenciales que en dicho predio tuvieran los herederos de Manuel Ortiz Caicedo, que es cosa distinta, "como se desprende del contenido del artículo 1321 del C. C. que dejó de aplicarse en el fallo recurrido, en toda su integridad".

14. La Sala considera:

"La acción de petición de herencia, como lo ha dicho la Corte, es la que confiere la ley al heredero de mejor derecho para reclamar los bienes de la herencia ocupados por otra persona, que también alega título de heredero. Es, pues, una controversia en que se ventila entre el demandante y el demandado a cuál de ellos le corresponde en todo o en más parte el título de legítimo sucesor del causante en calidad de heredero y de consiguiente la universalidad de los bienes herenciales o una parte alicuota sobre éstos. De consiguiente la cuestión de dominio de los bienes en esta acción es consecencial y enteramente dependiente de la cuestión principal que allí se discute sobre la calidad de heredero. Por eso cuando un bien se reclama como cosa determinada y singular, alegando no propiamente la calidad de heredero de mejor derecho, sino un título traslativo de dominio, como venta, permuta, donación entre vivos, etc., la acción nunca será de petición de herencia, aun cuando el título provenga del heredero que haya enajenado cosas de la herencia antes o después de la partición, sino una ca-

racterística acción de dominio". (Casación, 9 de abril de 1940. G. J. número 1955, pág. 229).

En consecuencia, para establecer, como corresponde en el presente caso, el mejor derecho a la herencia o a la cuota de ella que las partes litigan, lo procedente no es la confrontación de la hijuela de adjudicación que ampara al demandado, con las pruebas aducidas por el actor para demostrar su calidad de heredero, sino la de los medios probatorios en que cada una de las partes funda esa misma condición, para concluir el derecho preferente de quién deba ser llamado a recibir la herencia.

La adjudicación como título traslativo de dominio de la comunidad herencial al heredero, es prueba de dominio, y como tal puede fundar acción reivindicatoria frente a títulos posteriores; pero no es prueba del mejor derecho a la herencia que otro pretende, ni puede por consiguiente invocarse válidamente contra éste dentro de la correspondiente acción, cuyo objetivo exacto es el de fijar la prevalencia de esa calidad en virtud de la cual tiene el demandado en su poder los bienes que se le adjudicaron.

De esta suerte, derivado el derecho de heredar que las partes discuten dentro de este juicio, de la subrogación que por distintas enajenaciones les hicieron los llamados directamente a suceder en los bienes de Ortiz Caicedo, lo que exactamente correspondía en el recurso, no era atacar la confrontación de los títulos en que la demandante funda su mejor derecho a la herencia con la hijuela de adjudicación exhibida por el demandado, y que si oponible en controversia sobre dominio, no lo es en la de petición de herencia; sino antes bien, controvertir los términos como el sentenciador enfrentó los dos órdenes escriturarios de subrogación herencial, entre los que ocupan el primer lugar las números 152 de 25 de agosto de 1939 y 300 de 12 de diciembre de 1941, para establecer, a través de su contexto y del modo y tiempo como respecto de cada instrumento se cumplió con la formalidad del registro, el error en que incurriera al asignarle valor preferente a la primera de tales documentaciones sobre la segunda.

En consecuencia no proceden los cargos de que tratan los apartes a) y f) de la síntesis que concreta los formulados y por lo tanto, deben rechazarse.

15.—En cuanto a los reparos contenidos en los numerales b), c) y d) que según lo dicho, versan sobre la ineficacia de muchas de las enajenaciones que precedieron a la escritura por medio de la cual

la señora Galván de Camacho adquirió de María Eulalia Ortiz de Galván el derecho de dominio sobre el inmueble de "La Vega", y del que ésta se consideró titular a través de éstas y otras enajenaciones de simples derechos herenciales, se observa lo siguiente:

Tanto el derecho de herencia que la demandante invoca en este juicio, como el sostenido por el demandado Benjamín Galván, y a virtud del cual pudo éste obtener la exclusiva adjudicación del inmueble, arrancan en definitiva de la misma fuente, y tienen por consiguiente un origen común, o sea: del derecho que María Eulalia y su esposo José Galván habían adquirido en la sucesión de Manuel Ortiz Caicedo, y que sucesivamente enajenaron así: mediante la venta hecha por la esposa a la primera, a través de la previa liquidación de la sociedad conyugal en la que le había sido adjudicado todo el inmueble; y por lo que más tarde le hicieran los mismos cónyuges al demandado Benjamín Galván. Lo cual, dicho en otras palabras significa, que las reales o supuestas irregularidades de que adolezcan los contratos que precedieron a estas dos enajenaciones, las afectarían por igual a una y otra, y por lo mismo, son insusceptibles de determinar situaciones jurídicas preferentes entre sí.

En consecuencia, estos cargos, son igualmente infundados.

16.—No es distinta la conclusión a que es preciso llegar en relación con el cargo de que trata el ordinal a), sobre la falta de prueba del matrimonio celebrado entre José Galván y María Eulalia Ortiz y consiguiente invalidez de la adjudicación que a la última se hiciera al liquidarse la sociedad que en aquel hecho se origina, y a virtud de la cual pudo la esposa enajenarle el inmueble a la demandante.

Porque la verdad es que el objeto y fin de esta controversia, no es ni ha sido el de resolver sobre el estado civil de casados en que se hallaran Galván y la Ortiz cuando acordaron la liquidación de la sociedad conyugal, y que el recurrente ni siquiera rechaza, sino que simplemente impugna por la ausencia del medio probatorio específico previsto por la ley para acreditarlo; ni tampoco se trata en ella de decidir sobre la validez o invalidez de aquella liquidación con base en la falsa calidad jurídica de quienes la llevaron a cabo. Su objeto es simplemente, el de fijar el mejor derecho de herencia que a cada una de las partes corresponde en conformidad con las pruebas aducidas por ellas al debate; y de la escritura de liquidación, cuyo contenido sólo ahora trata de impugnarse, claramente resulta que ella

se formalizó por los comparecientes "cónyuges entre sí", o sea, con aptitud jurídica bastante para realizarla. Luego mientras la situación de que da fe ese instrumento, no se modifique legalmente, esto es, en controversia trabada para dicha finalidad, el acto conserva todo su valor, y como tal debe ser apreciado en la sentencia.

17.—Segundo. Con fundamento en la causal 6ª del artículo 520 del C. J. impugna el recurrente la sentencia, por "haberse incurrido en la causal de nulidad de que trata el numeral segundo del artículo 448 del Código Judicial, por ilegitimidad de la personería, tanto de la parte demandante, como de la demandada".

Y para sustentarla alega, que de acuerdo con lo dicho al tratar de los cargos anteriores, "Benilda Galván de Camacho carecía de toda acción... contra Benjamín Galván, como titular cesionaria de derechos y acciones vinculados a un cuerpo cierto, de los herederos de la sucesión de Manuel Ortiz Caicedo. Por tanto, surge de bulto la ilegitimación sustantiva de su personería en el juicio.

Dice además, que "es ilegítima también, por incompleta, la personería sustantiva de la parte demandada", por lo que respecta a la acción restitutoria que como consecuencia de la de petición de herencia se propuso, porque en autos se demostró que Benjamín Galván no es poseedor exclusivo del inmueble sobre que versa la controversia, desde que, con posterioridad a la adjudicación enajenó algunas partes a Cenón Moreno Adarme y a Wenceslao Flórez, de las cuales éstos se encuentran actualmente en posesión, y que como tales debían haber sido llamados al juicio.

18.—Conforme al contenido clarísimo del art. 520 del C. J., la causal 6ª en él establecida sólo incide en casación, cuando en el juicio se ha "incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley"; y estas nulidades son por su naturaleza, simplemente procedimentales y no sustantivas, como que su creación se dirige, no a definir los derechos de las partes que corresponde a la sentencia, sino a garantizar la firmeza de las bases mismas de la organización judicial (incompetencia de jurisdicción), así como el

legítimo derecho de las partes a defenderse (ilegitimidad de personería y falta de citación o emplazamiento).

Dentro de este concepto la causal de nulidad por ilegitimidad de la personería de una de las partes tiene lugar, cuando comparece defectuosamente al juicio, ya porque lo haga directamente sin tener capacidad legal para ello, como en los casos del menor, el demente, etc., o ya porque la gestión se desarrolle por conducto de un tercero, sin facultades para representarla. Y la nulidad por falta de citación o emplazamiento, cuando quien figura como parte en la controversia, no fue llamado a ésta en forma debida. Pero son infundadas y como tal improcedentes cuando, como es el caso, el vicio en que se hace consistir la primera descansa, en la idea de la ilegitimidad del derecho mismo que se pretende, y el fundamento de la segunda, es el de no haberse dirigido la acción contra otras personas legalmente llamadas también a responder. Porque en el primer caso la personería es claramente sustantiva, y como tal insusceptible de originar un vicio procesal; y en el segundo, el fallo que se pronuncia es *res inter alios* respecto de quienes no han sido parte en el juicio, por lo cual no cabe la posibilidad jurídica de que se viole su legítimo derecho a defenderse.

En consecuencia, el cargo es ineficaz y debe desecharse.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta (30) de junio de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada por el Tribunal Superior de San Gil en este juicio.

Las costas en el recurso a 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.

INADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS NUEVOS EN CASACION. — VIOLACION DIRECTA DE LA LEY, COMO CAUSAL DE CASACION

1.—No puede haber infracción directa de la ley cuando el Tribunal ni desconoció la existencia de la norma, ni desechó tampoco su eficacia para regir la situación de hecho que allí contempla.

2.—El recurso extraordinario de casación, en cuanto juzga una actividad IN JUDICANDO, que puede rebasar los límites dentro de los cuales ésta se ejerció. Como lo anota el profesor Crepón, "Para que un medio sea admisible ante la Corte de Casación para que ésta pueda examinar si tal medio está bien fundado, es preciso que él no sea nuevo, es decir, que no haya sido presentado por primera vez ante la Corte de Casación, mientras que los Jueces cuya decisión se ataca no han sido requeridos a examinar la litis desde el punto de vista en que se la coloca ante la Corte Suprema... Esta regla no es siempre absoluta, en el sentido de que un medio puede ser presentado por primera vez ante la Corte de Casación, cuando es un medio de orden público. Pero esta excepción al principio, debe ser, ella misma, inmediatamente delimitada; no puede recibir aplicación sino en tanto que la regla de orden público invocada se desprenda nítidamente de las constancias de la decisión atacada, que tal regla se imponga en vista de tales constataciones, de modo que no necesite, para saber si su aplicación está justificada, un examen de circunstancias o de actos que no ha sido hecho por el Juez de fondo" ('Du Puorvoi en Cassation'. T. 2º, págs. 2 y ss.).

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

(Magistrado ponente: doctor Rodríguez Peña)

José Manuel Upegui Mora contra Elena Upegui

Resultando:

1. A 14 de mayo de 1945, el doctor Gabriel Ro-

jas Arbeláez, apoderado de Elena Upegui Mora, se dirigió al Juzgado del Circuito de Armenia, pidiéndole, en memorial suscrito allí mismo, que comisionara al Juzgado Municipal de Montenegro para que, conforme a interrogatorio elaborado por el memorialista, se recibieran los testimonios de los señores Adán Arias y otros cuatro, en calidad de instrumentales de un testamento verbal que se decía otorgado en Montenegro, por la señora Sofía Mora de Upegui, domiciliada en esa población, natural de Salento, mujer viuda, quien se hallaba en peligro próximo de muerte a causa de grave enfermedad la noche del 7 de mayo del citado 1945.

2. Es lo cierto que la señora falleció al día siguiente. Que prosperó la solicitud sobre recepción de los testimonios, conforme a lo pedido por el representante de la señorita Elena Upegui y que los citados comparecieron para declarar de manera casi uniforme ante el Juez comisionado. Que éste, una vez recibidas las declaraciones las remitió al Juzgado del Circuito de Armenia el cual expidió el decreto de que se hace relación en seguida.

3. Lleva fecha de 15 de octubre de 1945 y su parte resolutive dice así:

"En virtud de las consideraciones anteriores el Juzgado Civil del Circuito de Armenia (Caldas), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, manda tener y valer las siguientes declaraciones como testamento privilegiado verbal de la señora Sofía Mora v. de Upegui, colombiana, natural de Salento en este Departamento de Caldas, de 64 años de edad, formuladas el día 7 de mayo de 1945, a eso de las once de la noche, ante los señores Adán Arias, Luis Angel Peláez, Augusto Jaramillo, Sonny Botero y Enrique Tabares, mayores y vecinos de Montenegro: 'Que era su intención otorgar su testamento, pues se sentía próxima a morir, aunque en uso, en ese momento, de sus facultades mentales. Que entre los bienes de su propiedad había dos solares, uno de ellos con casa de habitación ubicados en el área de Montenegro, y alindados así: el primero: por el frente, o sea, por el norte, con la carrera 5ª; por el oriente con predio de la sucesión de Ildefonso o Alfonso Sán-

chez; por el occidente, con la calle 10ª; y por el sur, con propiedad de la señorita Maruja Upegui Mora, este solar con casa de habitación; y el segundo: por el norte, con casa y predio de Maruja Upegui Mora; por el oriente, con la sucesión de Ildefonso o Alfonso Sánchez; por el occidente, con la calle 10ª; y por el sur, con la calle 6ª. Que era su voluntad que en la partición y adjudicación de sus bienes relictos se adjudicaran los solares y casas dichas, a las señoritas Elena Upegui Mora y Elvia Ocampo Mora, en la siguiente forma: a la primera hasta concurrencia de libre disposición (así está en la copia al folio 34 v. del cuaderno N° 2). Que era su voluntad que su hija Elena Upegui Mora recibiera íntegramente la cuarta de mejoras y que la señorita Elvia Ocampo Mora recibiera íntegramente la cuarta de libre disposición. Que se les adjudicara en todo caso los solares y casas mencionados, para pagarles las cuartas dichas y que si esos inmuebles no cubrieren el valor de las cuartas, se tomará el resto de los demás bienes. Y que del acervo bruto se dedujeran todos los gastos de enfermedad y entierro, deudas hereditarias y gastos ocasionados por la ventilación del juicio mortuario. Y que instituía a todos sus hijos herederos universales. Como consecuencia de lo anterior, dispone que por los interesados se registre y protocolice como testamento de la mencionada señora Sofía v. de Upegui este decreto...".

4. Por apelación interpuesta contra el que precede, el Tribunal Superior de Pereira por auto de la Sala de Decisión y con fecha 27 de febrero de 1946 confirmó el Decreto del Juez. En dicha providencia se lee:

"Sobre ese particular (el Tribunal se refiere al interrogatorio sometido a los testigos y a las contestaciones dadas por los mismos) ha debido el señor Juez ser demasiado riguroso en la averiguación de aquellos puntos sobre que debían ser examinados los testigos instrumentales, procurando recibir, no una declaración que concuerde con la pregunta en su forma literal, testimonio éste responsivo, sino procurando escribirlas aún con los propios términos de que se valga el testigo con el fin de evitar, hasta donde sea posible, la adulteración de las verdaderas declaraciones hechas por el testador. Se averigua en primer lugar si éste aparecía estar en su sano juicio, puesto que si no estaba en pleno uso de sus facultades mentales, no tendrían valor alguno; en segundo lugar, se le pregunta si el testador les dijo en forma clara e inequívoca que su intención era la de testar, y si cuando ésto sucedía lo veían, oían y enten-

dían perfectamente todo lo que él enunciaba, y por último, y ésta es la parte más importante de la declaración, deben manifestar en forma conteste y clara acerca de sus declaraciones y disposiciones testamentarias que en suma constituyen la verdadera voluntad del testador sobre lo que debe hacerse después de su muerte con respecto a sus bienes, es decir, a qué personas deben ir como herencia o legado, en qué forma o bajo qué condiciones, etc...."

"En el caso de autos siendo testigos, los señores Luis Angel Páez, Sonny Botero, Adán Arias, Enrique Tabarco y Augusto Jaramillo; hablan de las circunstancias que determinaron las declaraciones verbales de la señora Sofía Mora v. de Upegui en un momento de juicio y en un instante de lucimiento mental, acaecido cuando la causante se hallaba en estado de peligro tan inminente para su vida, que parecía no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne. Refieren también que fue la intención de dicha señora la de testar, y en seguida, con una minuciosidad pasmosa, cuentan cuáles fueron las declaraciones y disposiciones testamentarias hechas por la testadora, hasta el punto de expresar las dimensiones de los bienes legados a Elena Upegui Mora y Elvia Ocampo Mora, por sus linderos, y hasta la concurrencia, para la primera, de la cuarta de mejoras, y para la segunda hasta la cuarta de libre disposición".

5. El señor José Manuel Upegui Mora, como heredero de la señora Sofía Mora v. de Upegui le dió poder al doctor Jesús Rincón Serna para que demandara en juicio ordinario a las señoritas Elena Upegui Mora y Elvia Ocampo Mora, a fin de que se decretara judicialmente la nulidad del testamento, o supuesto testamento verbal de la causante señora Sofía Mora v. de Upegui, el cual se hizo constar en sentencia de fecha 15 de octubre de 1945. El Juzgado del Circuito de Armenia admitió la demanda y, una vez tramitada, se le puso fin a la primera instancia con el fallo de fecha 11 de abril de 1947 el cual niega todas las peticiones de la parte demandante y la condena en costas.

6. Por apelación subió el negocio a conocimiento del Tribunal Superior de Pereira, donde se tramitó la segunda instancia a la cual se le puso fin con el fallo del 13 de noviembre de 1947 que ha sido materia del recurso de casación.

7. Considera el Tribunal entre otras cosas:

"Sirvieron de fundamento a la decisión comentada, en las diligencias sobre testamento privilegiado verbal de la señora Sofía Mora v. de Upegui, las siguientes probanzas: Declaraciones de los se-

ñores Luis Angel Peláez, Enrique Tabares, Augusto Jaramillo, Adán Arias y Sonny Botero, quienes afirman el 18 de junio de 1945 ante el Juez Municipal de Montenegro, en lo sustancial, lo siguiente (aquí reproduce la sentencia del Tribunal el contenido de la última voluntad de la señora Sofia Mora v. de Upegui, según las dichas declaraciones)".

Se extiende el fallo acusado en el análisis de otros testimonios llevados al debate por la parte demandante para concluir que "No tienen la calidad de responsivos que exige la del artículo 688 del C. Judicial, toda vez que no responden a ninguna pregunta formulada por el Juez que investiga la verdad en cuyo esclarecimiento contribuye el declarante, sino que por el contrario, se limitan a contestar afirmativamente el interrogatorio formulado por el apoderado del actor, con repetición textual de las razones y palabras apuntadas en cada pregunta".

El fallo confirma la sentencia apelada por razones distintas de las que sirvieron de fundamento a la primera, pero la revoca en su ordinal segundo para resolver que no hay condenación en costas de la primera instancia, como tampoco en las de la segunda. De esta providencia recurrió en casación el señor apoderado de la parte actora; y como la demanda se encuentra debidamente sustentada corresponde ahora decidirla, como se hace, previas las siguientes consideraciones:

8. El Tribunal Superior de Pereira, sostiene el recurrente, "incurrió en el fallo, en la primera causal del artículo 520 del Código Judicial, por infracción directa de la ley, por aplicación indebida de la ley y por interpretación errónea de la ley...", así:

a) Por infracción directa del artículo 1092 del C. C., según el cual "el testamento verbal no tendrá lugar sino en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne"; por cuanto "la supuesta testadora vivía a menos de dos cuerdas del Notario, y éste estuvo en su casa y no obstante no se le ocupó, y por cuanto la edad de la supuesta testadora era muy avanzada y si era su voluntad testar ha debido hacerlo en salud y en los primeros días de su enfermedad y no lo hizo; es decir, por cuanto el supuesto testamento privilegiado no reúne la condición excepcional, limitada y clara de la disposición citada, de "que parezca no haber tiempo o modo de otorgar testamento solemne".

El fallo infringió directamente el artículo 1094 del C. C. al darle validez a las declaraciones que

recibió el Juez Municipal de Montenegro, contra lo preceptuado por aquella disposición que ordena sean recibidos por "el Juez del Circuito en que se hubiere otorgado el testamento"; y porque en dichas diligencias se omitió recibir la de "todas las otras personas cuyo testimonio le pareciere conducente" al esclarecimiento de los hechos que en él se mencionan, y citar para dicho acto "a los demás interesados, residentes en el mismo Circuito".

b) "Para que la ley se aplique debidamente es necesario que se observe rigurosamente en su espíritu. El de los testamentos privilegiados no es el de enriquecer sin causa, ni el de dejar sin herencia a quien tiene derecho a ella. Ese espíritu tiene como finalidad esencial la de abrir un camino a quien hallándose en inminente peligro de muerte y careciendo de tiempo y de modo para solemnizar sus últimas voluntades, no deja sus bienes al azar. El Tribunal le dió aplicación indebida a los artículos 1087 a 1097 del C. Civil y por tanto su fallo debe ser infirmado".

c) Por último, sostiene el recurrente "el fallo que acuso conlleva el vicio de interpretación errónea de la ley sustantiva o sea de los artículos 1087 a 1097 del C. Civil por razones antedichas, pero contempladas por el aspecto de la interpretación errónea, pues el H. Tribunal ha debido interpretar aquellas disposiciones, no como un instrumento que allane los caminos del ambicioso, del falsario, del perjuro, sino como una norma que hace culminar en forma honorable las postrimeras voluntades de un moribundo y encuentra sus manifestaciones a la altura de lo solemne y valedero".

La Corte observa:

Frente al contenido del artículo 520 del C. J. según el cual "procede el recurso de casación por los siguientes motivos: "1º Por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", se hace necesario precisar una vez más, el sentido exacto como a través de cada uno de estos motivos puede ser ella impugnada ante la Corte.

La mecánica del recurso de casación contra las sentencias judiciales ha sido explicada por los autores como un verdadero silogismo, en el que la premisa mayor es la norma jurídica, la menor el hecho o hechos verificados por el juzgador en el proceso, y la conclusión, el fallo que desata la controversia; y técnicamente debe formalizarse, conforme a las siguientes ideas que la jurisprudencia ha recogido, y que el conocido expositor D. Manuel Plaza, expone así:

"a) La **violación de la ley** (infracción directa) no se reduce... a denunciar un **absoluto desconocimiento** de la norma; hipótesis poco frecuente, porque presupone una ignorancia, que no es normal atribuir al Juez; mas puede producirse por otros caminos, en que el yerro es más fácil y más necesaria la utilización del recurso. Para comprobarlo, basta pensar que el Juez, para discurrir sobre el caso concreto, tiene que afirmar, ante todo, la **existencia** de la norma, problema que, pese a la aparente limitación del concepto, lleva en sí envueltos otros que, por ser de menos fácil solución, hacen posible el error; porque conocer la existencia de la norma, no es sólo saber que vive en el mundo jurídico, sino lo que es más importante, determinar si está vigente o se ha extinguido; y es, asimismo, necesario precisar su ámbito en el tiempo y en el espacio. El Juez ha de decidir con arreglo a un precepto, cualquiera que sea su naturaleza peculiar, la eficacia que tiene para regir una situación de hecho; y no lo ha de lograr, si no considera la cuestión de su subsistencia (problemas de derogación de la ley o modificación de la costumbre), sus límites temporales (problemas de retroactividad y de transición); su efectividad especial por razón del territorio (extensión de la norma nacional, ámbito de aplicación de la extranjera), o por razón de las personas a quienes la norma es aplicable. En ocasiones, la violación de la ley puede producirse, o por desconocimiento del rango y preferencia que una norma tiene en relación con las demás, o por ignorancia acerca de su naturaleza propia, en punto a la posibilidad de que pueda omitirse o modificarse por voluntaria decisión de las partes. Adquiere así el concepto de violación legal un vuelo insospechado, que no es el error contra el **jus constitutionis** del Derecho Romano, ni el que en la técnica francesa se denominó **contravention expresse au texte de la loi**.

"b) Muy distinto alcance tiene el concepto de la infracción **por interpretación errónea**, aunque, como el anterior, debe referirse a la premisa mayor del silogismo; no se trata ya de una cuestión de existencia, subsistencia o determinación del **alcance** de la norma, sino, lo que es muy distinto, de un error acerca de su **contenido**. Tiene el organismo jurisdiccional que decidir, cuál es el pensamiento latente en la norma, como medio único de poder aplicarla con rectitud; y ha de inquirir su sentido sin desviaciones ni errores; pues cuando en ellos se incurre, la casación pretende corregirlos, poniéndolos de relieve y subyando la insuficiencia en el juicio, o el exceso cometido al for-

mularlo. Y la censura de la sentencia, por este concepto específico, no podrá hacerse de otro modo que poniendo de manifiesto el desconocimiento de las normas o principios interpretativos que al Juez se ofrecieron. La mayor o menor flexibilidad de esta interpretación y su tendencia, dependerá, es claro, del sistema característico de cada país y aún de cada tendencia. Basta, a nuestro propósito, señalar el hecho, sin que aquí precise traer a colación toda esa variada gama de teorías y sistemas en orden al sentido de la interpretación (voluntad del legislador, voluntad objetiva de la ley, interpretación libre, jurisprudencia de intereses); a sus **clases** (declarativa, correctiva, extensiva, restrictiva); a sus elementos (gramatical, lógico, histórico, sistemático, o como quiere DE BUEN, reduciendo a dos figuras las que pudiéramos denominar **clásicas**, de interpretación literal y la interpretación lógica).

"Lo interesante para nosotros en este momento, es poner de relieve la diferencia esencial que por su contenido y alcance ofrecen la infracción por violación de normas, y la que se engendra en la interpretación de las mismas.

"c) Otro tipo de infracciones recoge nuestra ley positiva, fácilmente separable de los dos que acabamos de considerar; nos referimos al concepto de la **aplicación indebida**. En este caso, el error **in judicando**, no se contiene en la premisa mayor del silogismo, sino en su premisa menor; porque es al subsumir los hechos establecidos en la norma, cuando el error puede cometerse. Calamandrei señala a este respecto, la posibilidad de que en él se incida por dos distintos modos, que son perfectamente aplicables en nuestra técnica; porque, o puede errarse al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de **diamosis jurídica**, según la frase ingeniosa que emplea) o puede padecerse equivocación al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto. Los dos supuestos, sin embargo, y el ilustre escritor italiano lo hace ver con su agudeza habitual, conducen a una aplicación indebida de la norma; y por éso, añade, aunque conceptualmente se perciba la diferencia entre la errónea **calificación jurídica**, y la **equivocada aplicación**, se trata, en verdad, de dos momentos de un mismo proceso lógico-jurídico, si bien aquél tiene carácter **preparatorio**, puesto que es necesario supuesto de la subsunción del hecho en el ámbito de la norma jurídica, que equivocadamente se estima aplicable.

"En relación con el tema concreto que es objeto

de este apartado, plantéase el problema de saber si las leyes pueden infringirse por **inaplicación**. Doctrinalmente, parece inconcusa la afirmación de que el legislador español, conformándose en ésto con los de la generalidad de los países cuyas huellas seguimos, no ha contemplado esa hipótesis; y es reiterada y conocidísima la jurisprudencia que así lo establece (en fecha reciente, SS. 16 de marzo y 27 de abril de 1936, el T. S. insistió en ese punto de vista). Mas la verdad es que, en muchos casos, el tema de inaplicación de normas, torpemente desconocidas, juega en casación, si no aisladamente, por lo menos en relación con las infracciones que en ese sentido pudiéramos denominar **directas**. Ciertamente que lo que se desconoce por indisculpable omisión, no es, en puridad, lo que se viola o infringe. Pero forzosamente, por el obligado encadenamiento entre una y otra cuestión, el tema de la aplicación **indebida**, obliga a restaurar el derecho perturbado y afirmar, por ese camino, cuál es la norma que, debiendo hacerse valer, **no se aplicó**.

“Con lo expuesto, queda bien esclarecido, en nuestro sentir, cuál es el alcance que el **concepto** de la infracción tiene en nuestro sistema legislativo; y la imposibilidad de confundir, entre sí, cualquiera de los tres a que la L. E. C. hace alusión: de donde se desprende, por lo menos, la conveniencia de procurar que no se invoquen indistintamente. Es éste un tema al que dedicaríamos atención mayor, de no ser porque, la que se le ha prestado, basta para captar las ideas fundamentales que al propósito conviene tener en cuenta” (La Casación Civil, págs. 214 a 218).

10. Ahora bien. Si se aplican estos principios al cargo de “infracción directa del artículo 1092 del C. C.” invocado en primer término por el recurrente, no se comprende el modo como el fallo del Tribunal de Pereira pudo llegar a dicha violación, cuando ni desconoció la existencia de la norma, ni desechó tampoco su eficacia para regir la situación de hecho que allí se contempla. Dice en efecto, la precitada disposición, que “El testamento verbal no tendrá lugar, sino en dos casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo ó tiempo de otorgar testamento solemne”; y el Tribunal, teniendo en cuenta dicho precepto, y la forma como se acreditaron los supuestos que él previene, negó la declaratoria de invalidez del testamento otorgado por la señora Mora de Upegui. Las razones mismas expuestas por el recurrente, como fundamento de este cargo, como son, la corta distancia que mediaba entre las habitaciones de la testadora y

el Notario, el haber estado éste en casa de la primera sin que se le pidieran sus servicios etc., hacen ver claramente que no es por desconocimiento de la existencia o eficacia del precepto que precisamente se ataca en el fallo, sino más bien por infracción indirecta, a través de una equivocada apreciación de la prueba con que se areditó el inminente peligro en que se hallaba la vida de la testadora de forma “que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne”.

Pero como, el estado de probabilidad en que la ley coloca el derecho a otorgar esta clase de testamentos, a más de ser de muy difícil rectificación por la naturaleza subjetiva que tiene, resultó luego confirmado con el hecho mismo de la muerte que se produjo poco después del otorgamiento, tampoco es posible deducir, con base en estos hechos, el manifiesto error en la apreciación de las pruebas, susceptible de conducir, por modo indirecto, a la violación del expresado artículo.

11. Como el anterior resulta igualmente inaceptable el cargo que se formula por infracción directa del artículo 1094 del C. C., al darle la sentencia validez a las declaraciones que por comisión del respectivo Juez del Circuito, recibió el Municipal de Montenegro a los testigos del otorgamiento, cuando dicha facultad está privativamente reservada al primero, y por no haber citado a todos los interesados para dicho acto, ni haber recibido el testimonio de otras personas. En efecto:

De acuerdo con el precitado artículo “Para poner el testamento verbal por escrito, el Juez del Circuito en que se hubiere otorgado, a instancia de cualquiera persona que pueda tener interés en la sucesión, y con citación de los interesados residentes en el mismo Circuito, tomará declaraciones juradas a los individuos que los presenciaron como testigos instrumentales, y a todas las otras personas cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer los puntos...” que a continuación señala. Es decir que en dicho precepto, la ley no defiere derechos ni obligaciones para las partes que puedan militar en la controversia, sino que se limita simplemente a señalar normas de procedimiento; lo cual, y en consecuencia con el parecer uniforme de la doctrina y la jurisprudencia, quiere decir, que el precepto no es sustantivo sino adjetivo, y que, por lo tanto su infracción, si susceptible de conducir a la del precepto o preceptos que definen tales derechos, y a la consiguiente infirmación del fallo por este motivo, no lo es para producir tales resultados por obra

exclusiva de ese quebrantamiento de orden puramente procedimental.

De otro lado, la violación que se funda en el primero de los conceptos que invoca el recurrente, antes que una infracción directa del mismo, tal como arriba se explicó, implica un cargo de infracción indirecta, por error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, porque sería precisamente a través de esas declaraciones, que se suponen ilegalmente recibidas, como podía el sentenciador llegar a aquella violación. Y no es éste el aspecto por el cual dicho cargo se presenta.

Finalmente, no sobra advertir, que ni entre los hechos de la demanda, ni luego en el curso de las instancias, hizo el demandante la menor alusión a la incompetencia del Juez comisionado para recibir las declaraciones con que luego hubo de comprobarse la última voluntad de la causante, y que sólo ahora y como medio nuevo, ha venido a invocarse en casación. Pero como el recurso extraordinario, en cuanto juzga una actividad **in judicando**, no puede rebasar los límites dentro de los cuales ésta se ejercitó, síguese entonces que también por este motivo es improcedente el expresado cargo.

“Para que un medio sea admisible ante la Corte de Casación, para que ésta pueda examinar si tal medio está bien fundado, dice el Profesor Crepón, es preciso que él no sea nuevo, es decir, que no haya sido presentado por primera vez ante la Corte de Casación, mientras que los Jueces cuya decisión se ataca no han sido requeridos a examinar la litis desde el punto de vista en que se la coloca ante la Corte Suprema... Esta regla no es siempre absoluta, en el sentido de que un medio puede ser presentado por primera vez ante la Corte de Casación, cuando es un medio de orden público. Pero esta excepción al principio, debe ser, ella misma, inmediatamente delimitada; no puede recibir aplicación sino en tanto que la regla de orden público invocada se desprenda nítidamente de las constataciones de la decisión atacada, que tal regla se imponga en vista de tales constataciones, de modo que no necesite, para saber si su aplicación está justificada, un examen de circunstancias o de actos que no ha sido hecho por el Juez de fondo” (Du Pourvoi en Cassation, T. 2º págs. 200 y ss.).

Por ello, y considerando el concepto de la competencia como de orden público, tampoco proce-

dería la aceptación de este cargo como medio nuevo, ya que la calificación del concepto a través de la norma que se pretende violada, implicaría un estudio muy espacioso respecto de la incapacidad jurídica del Juez del Circuito para encomendar a un Municipal la práctica de esta clase de diligencias, que el sentenciador de instancia no tuvo la oportunidad de hacer. 7

12. No entiende la Sala de qué manera ha podido el sentenciador de instancia violar, por aplicación indebida e interpretación errónea, los artículos 1087 a 1097 del C. C., que se limitan a consagrar normas de procedimiento para solemnizar los actos testamentarios privilegiados, y a reconocer el derecho de impugnarlos a la manera de cualquier otro testamento auténtico, como exactamente lo han hecho los actores de esta controversia. En el fallo no se desconoce ninguno de estos principios, cuya infracción habría determinado la de otros preceptos sustantivos, ni sus conclusiones se han fundado sobre concepto distinto al que rectamente inspira tales preceptos, como es el darle a la persona que se halla en inminente peligro de muerte, la facilidad para disponer libremente de sus bienes.

Los cargos, son, pues, en su totalidad infundados y por tanto, deben rechazarse.

A mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Pereira en este juicio el trece (13) de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947).

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas, con salvamento de voto.

Luis Enrique Cuervo, con salvamento de voto.—

Gualberto Rodríguez Peña. — **Manuel José Vargas**.—**Hernán Copete**, Conjuez. — **Emilio Prieto**,

Ofi. Mayor.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DRES. LUIS ENRIQUE CUERVO ARAOS Y PABLO EMILIO MANOTAS

Cuando uno de los suscritos, como magistrado ponente, elaboró el proyecto de sentencia para decidir el recurso de casación interpuesto en el presente negocio, atendió al aspecto fundamental de la acusación contra la sentencia del honorable Tribunal Superior de Pereira, o sea, al que se refiere a la estructura jurídica del testamento verbal, como acto propio de la vida civil, rodeado de severos requisitos por la ley sustantiva, uno de los cuales fue desconocido por la providencia materia de la casación, según explicará adelante, materia de la casación, según se explicará adelante.

que proponía la infirmación de aquélla, hubo de examinarse el punto de si la demanda proponía un **medio nuevo**, o no lo proponía. Entonces defendimos la segunda tesis, porque la consideramos exacta y así seguimos considerándola. Los otros dos señores magistrados estuvieron por la primera y así se formó el empate y para dirimirlo se llamó al conjuer que indicó la suerte.

Reanudadas las discusiones, tuvimos la sorpresa de presenciar que el debate tomó otro giro distinto y que nuestros colegas ya no estimaron tan categórica la cuestión del medio nuevo sino que se pasó a otras distintas no enfocadas por la Sala en sus primeras deliberaciones, aunque también el campo del debate lo constituía la mecánica de la casación. En efecto: la mayoría de la Sala, formada con el conjuer, se decidió porque el recurrente ha debido formular un cargo, no por infracción directa, sino por infracción indirecta fundada en error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial relativa al testamento de la señora Sofía Mora de Upegui.

Como discrepamos del parecer de nuestros colegas, nos hemos visto en la imperiosa necesidad de salvar nuestro voto, y, al efecto, expondremos las razones de nuestro disentimiento.

Primero expondremos la manera como ha debido fallarse este negocio; segundo, haremos algunas observaciones sobre el tema de los medios nuevos cuyas características desconocidas por la mayoría de la Sala, han debido evitar el error que la llevó a sacrificar la ley sustantiva a una doctrina abusivamente lógica de la mecánica de la casación.

I.—Primero, cómo ha debido fallarse este pleito conforme a derecho.

Aquí nos limitaremos a transcribir los "considerandos" del proyecto del primer ponente.

Como se observa que el problema planteado ante la Corte, de si el Juez del Circuito puede o no comisionar para recibir las declaraciones de los testigos instrumentales del testamento verbal, no fue ventilado en las instancias, surge la duda, a primera vista, de si se tratara de un medio nuevo. Sin embargo, con poco que se reflexione, la duda desaparece. En efecto:

El concepto de **medio nuevo** no alcanza a comprender o abarcar los puntos de puro derecho aplicables al pleito, aunque no hubieran sido debatidos en las instancias, porque el medio nuevo supone un hecho nuevo que se alega por primera vez en casación, como cuando en las instancias no se invoca la prescripción, y ante la Corte sí; cosa muy distinta de la cuestión nueva o argumento nuevo que, sin alterar los hechos definitivamente asentados en el proceso, es decir, alegados oportunamente y bien probados, razona apreciaciones jurídicas por primera vez, las cuales proceden en casación, dados los fines propios de este recurso extraordinario. A ésto pudiera agregarse que, si a nadie le es ilícito alegar la ignorancia de la ley, muy menos a los jueces encargados de aplicarla.

Respecto de la situación procesal concreta, ya hubo oportunidad para transcribir entre los considerandos de la sentencia acusada, aquellos apartes en donde se dice que sirvieron para fundamentar el decreto sobre testamento privilegiado verbal de la señora de Upegui, las declaraciones de Luis Angel Peláez y otros, "quienes afirman el 18 de junio de 1945, ante el Juez Municipal de Montenegro (se subraya)..."; lo cual significa que el sentenciador tuvo en cuenta que no fue el Juez del Circuito el que recibió el testimonio de los que —se dice—, presenciaron o pretendieron presenciar el testamento verbal de la señora Sofía de Upegui, como testigos instrumentales. Ante el Juzgador se propuso esa realidad procesal, y ante ella dictó su fallo.

No hay, pues, obstáculo legal de ninguna espe-

cie que impida considerar y decidir en el fondo el punto propuesto por el recurrente.

Se pregunta si el Juez del Circuito puede comisionar a un Juez Municipal, o a cualquiera otro funcionario, para recibir las declaraciones a que se refiere el artículo 1094 del C. C. cuando dice: "Para poner el testamento verbal por escrito, el Juez del Circuito en que se hubiere otorgado, a instancia de cualquiera persona que pueda tener interés en la sucesión, y con citación de los demás interesados, residentes en el mismo Circuito, tomará declaraciones juradas a los individuos que lo presenciaron como testigos instrumentales, etc."

Parece que el Juez del Circuito sí pudiera comisionar, por tres razones:

1^a—Porque el art. 133 del C. J. dice que los Magistrados y Jueces pueden comisionar a las autoridades judiciales de la misma o inferior categoría, etc. para que practiquen diligencias judiciales; aunque se les prohíbe comisionar para la práctica de pruebas que deba llevarse a cabo en el mismo lugar de su residencia, a excepción de los casos relativos a la instrucción de sumarios y perfeccionamiento de los mismos.

2^a—Porque el art. 680 del mismo código dice que al testigo residente en lugar distinto en donde se sigue el juicio, se le interroga por medio de comisionado, a quien se le libra el despacho respectivo, salvo que una de las partes solicite que el examen se haga por el Juez de la causa.

3^a—Porque solamente el art. 235 del código de procedimiento penal establece que los testigos deberán ser interrogados personalmente por el funcionario de instrucción o el Juez, ante su secretario, y que en ningún caso ni por ningún motivo podrá el Juez ni el funcionario de instrucción delegar esta función.

Sin embargo, otra cosa opina el doctor Hernando Morales en su curso de Derecho Procesal Civil cuando expresa:

"Testamento verbal.—Los artículos 1090, 1091, 1092 y 1093 del código civil establecen los requisitos que debe reunir el testamento verbal. El art. 1094 dice que para poner el testamento verbal por escrito el Juez del Circuito en que se hubiere otorgado, a instancia de cualquier persona que pueda tener interés en la sucesión y con citación de los demás interesados, residentes en el mismo Circuito, tomará declaraciones juradas a los individuos que lo presenciaron como testigos instrumentales y a todas las otras personas cuyo testimonio le pareciere conducente a establecer los puntos

que en seguida enuncia. Además es necesario probar la muerte del testador (art. 934 del C. J.).

"Es interesado en formular la solicitud cualquier asignatario de los que figuran en el testamento y deben citarse los demás asignatarios que aparecen en el testamento y que residan en el mismo Circuito. Creemos que la citación debe ser personal, de modo que ha de notificárseles en esta forma el auto que dicte el Juez llamando a declarar a los testigos, entre otras razones para que puedan presentarse a repreguntarlos.

"Practicada dicha notificación, los testigos citados deben comparecer al Juzgado a declarar, siguiendo las reglas generales sobre testimonio, **pues consideramos que no es posible comisionar a otro Juez para la recepción de tales declaraciones, ya que el Código Civil es explícito cuando expresa que ellas deben recibirse ante el Juez del Circuito en que se hubiere otorgado el testamento.** Además el artículo 1096 ordena enviar la información de los testigos al Juez del último domicilio, si no lo fuere el que la ha recibido, para que aquél falle sobre ella, lo que confirma que la ley ha querido adscribir privativamente al primero de dichos Jueces la recepción de los testimonios" (Curso de Derecho Procesal Civil, parte especial, edición de 1947, págs. 441 y 442).

Se corrobora la opinión precedente releyendo el artículo 934 del código judicial y comparándolo con el 44 de la Ley 100 de 1892. Hélos aquí:

934 del C. J.—"El testamento verbal se consigna en decreto judicial mediante las formalidades establecidas en los artículos 1094 a 1096 del código civil, y a petición del interesado que presente la prueba de la muerte del testador".

44 de la Ley 100 de 1892.—"Es Juez competente para decretar la apertura o publicación de un testamento el del Circuito donde el testador tuvo su último domicilio, y puede comisionarse la diligencia al Juez del Circuito en que se haya verificado el otorgamiento".

Reflexionando sobre ésto se descubre, ante todo, conforme a las reglas propias de la legislación procesal que, antes del código de 1931, dicha legislación, al contemplar la apertura o publicación del testamento, consagraba la competencia privativa del Juez del Circuito, sin perjuicio de la facultad para comisionar, pero no a otro juez de categoría inferior, sino precisamente a otro juez del circuito.

La Ley 105 de 1931, en su artículo 934, copiado, se abstuvo de innovar reglas distintas, remitiéndose de manera pura y simple al código civil.

Ahora bien: de aquí se desprende, que si el de-

recho viejo permitía comisionar, ello era con la exigencia precisa y muy dicente de que el comisionado fuera un juez del Circuito; y que en el derecho nuevo se tuvo cuidado de evitar hasta la más leve discrepancia con las normas sustantivas del código civil.

Ya empieza, pues, a vislumbrarse cómo sería inadmisibles el que las reglas comunes de las diligencias judiciales, previstas en los artículos 133 y 680 de la citada Ley 105 de 1931, pudieran aplicarse al testamento verbal, acto muy grave de la vida civil, el cual aparece enmarcado dentro de requisitos y exigencias muy peculiares que el código de la materia elevó a la categoría de solemnidades, que es como decir formalidades esenciales para que dicho acto cobre existencia y produzca efectos ante la ley.

Contribuye a que resalte el sentido de esta palabra "solemnidad" su propia etimología que trae el diccionario de la lengua. Porque **solemnidad**, del latín **solemnitas**, es la calidad de **solemne**, y **solemne**, del mismo origen, **solem-nis**, viene de **solusannis**, que es aquello que sólo se hace, ocurre o practica una vez al año. Como las sesiones de academias y colegios. Ahora bien: ocurrencias de tal naturaleza revisten de suyo importancia desusada y se hallan rodeadas de cierto aparato que sirve para realizarla. De ahí que lo **solemne** en derecho, lo mismo que lo **solemne** en la vida humana, deba diferenciarse de modo grande y hasta aparatoso, de todo aquello que pueda revestir figuras o señales que caen dentro de lo común y rutinario.

No sólo considerado en sí mismo, sino respecto del criterio con que haya de apreciarse.

Para fijar, por tanto, ese criterio seguro de valoración sobre exigencias de la ley en punto de testamentos, es provechoso rastrear los orígenes del derecho objetivo aplicable a tales actos y podría empezarse la consulta compulsando el código civil del Estado Soberano de Cundinamarca expedido en el año de 1859, donde se advierte que, no obstante haber sido más fiel trasunto del de Chile que el mismo nacional de 1873, el primero se separó de su modelo en esta materia, quizá por considerarla peligrosamente liberal, y así no se resolvió a darle acogida al testamento verbal, como se verifica con la lectura de los artículos 1107 y 1108 de aquella obra. Rezan así esos textos del Código Civil de Cundinamarca:

"Art. 1107. — Son testamentos privilegiados o excepcionales: 1º el que en ciertas circunstancias pueden otorgar las personas a quienes no es posible otorgar testamento solemne; 2º el que en cer-

tas circunstancias pueden otorgar los individuos que se hallan en servicio militar.

"Art. 1108.—En los casos en que una persona se encuentre en peligro inminente de la vida y en lugar en que no haya Notario o el número necesario de testigos para poder otorgar testamento solemne, valdrá como testamento el que **por escrito** dictare ante tres testigos, de los cuales dos al menos, sepan leer y escribir, aunque los testigos no sean vecinos del Distrito en que tenga lugar el otorgamiento. Por lo demás, en este testamento se observarán las mismas formalidades que en el testamento solemne nuncupativo otorgado ante cinco testigos".

En el código civil francés tampoco figura el testamento verbal, entre los privilegiados. Don Andrés Bello se inspiró, para redactar los artículos 1029 y siguientes del código de Chile, iguales a los números 1087 y siguientes del nuestro, en la antigua legislación española, generalmente en la Ley de Partidas y especialmente en el Fuero Juzgo. La Ley once del título V, Libro II, de este viejo monumento de la legislación castellana, incluye entre las varias maneras en que podía otorgar su última voluntad una persona, la cuarta que en la versión al romance dice así:

"E la manda que es fecha en la quarta manera, que es de suso dicha, por testimonias sin escripto, ... estonse deve valer, pues (por después) que las testimonias iuraren que fueron rogadas que fuesen testimonias, e que juren antel iuez fasta VI meses aquello que es contenido en la manda".

Con todo, el texto en romance acabado de copiar, no contiene una cláusula esencial prevista por el texto original latino, de donde pasó al código de Chile, y que se halla en las siguientes voces tomadas del aparte que empieza de este modo: "Illa vero voluntas defuncti...". Una traducción libre al castellano podría ser ésta: "Pero aquella voluntad del difunto la cual aparece que fué dada a conocer según el cuarto orden, es decir, por prueba de palabras solamente, porque no hubo manera de ponerla por escrito, a causa de **peligro imprevisto** (quae instante quecumque periculo conscribi nequieverit), pero la prueba la hizo precisa el mandado del moribundo, etc.". Ahí está —a no dudarlo—, el antecedente inmediato del artículo 1092 que en nuestro código civil hace posible el testamento verbal, pero sólo "en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne".

Cuando dice la ley testamento solemne, en lo que acaba de transcribirse, no puede entenderse

prescindiendo de la noción fundamental consagrada por el artículo 1055 donde se asienta el principio de que el testamento, cualquiera que sea la clase a que pertenezca, es siempre un acto **más o menos solemne**, y ello implica que el testamento por esencia se halla sometido a la observancia de ciertas formalidades o requisitos, que la ley exige o prescribe, para el valor del mismo, en consideración a su naturaleza, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan (art. 1741 del C. C.). Esta doctrina puede decirse que es de derecho universal, profesada desde antiguo por los juristas romanos, recogida por el derecho español y también respetada por el nuestro. Un viejo expositor del derecho real español, el doctor José María Alvarez, explicaba esta doctrina en términos que siguen siendo rigurosamente exactos.

“Todas las solemnidades que las leyes exigen, se deben guardar en el testamento; si una se omite, el testamento es injusto y nulo. Es la razón, porque estas solemnidades las introdujeron las leyes, y éstas, siendo de derecho público, no pueden mudarse por la voluntad de los particulares. Por solemnidades entendemos aquí ciertos requisitos esenciales, que las leyes de ninguna suerte quieren que se omitan en el testamento, y la razón porque las exigen está fundada en que no hay cosa que más deseen los hombres que adquirir bienes por herencia, por cuya causa nada hay más expuesto a fraudes y trampas que el testamento; impedir, pues, estas maldades intenta el derecho con establecer tantas solemnidades, tantos testigos y tantos requisitos, para que no sea fácil fingir un testamento, falsificarlo o corromperlo” (Instituciones del Derecho Real de España, tomo I, págs. 230 y s. Bogotá, año de 1836).

Visto, pues, que el testamento que puede otorgarse en el caso de peligro inminente de la vida del testador, previsto por el citado artículo 1092 del código civil, no es, rigurosamente hablando, un testamento desprovisto de solemnidades, importa aclarar en qué sentido ello se explica, siendo así que lo único exigido por la ley es que haya tres personas a lo menos ante quienes el testador haga de viva voz sus declaraciones y disposiciones, de manera que todas le vean, oigan y entiendan.

Partiendo de la conclusión formulada por el artículo 1097 del código civil, cuando reza que “el testamento consignado en el decreto judicial, protocolizado, podrá ser impugnado de la misma manera que cualquier otro testamento auténtico”, se descubren elementos indicativos de que el legislador, al unificar de tal modo lo que precede,

contempló tres grados en la evolución genética del testamento verbal; a saber:

1º—El hecho de que alguien, hallándose en una situación de peligro tan inminente de su vida y deseando declarar su última voluntad no pueda hacerlo por los trámites comunes y se valga de tres testigos, o más, ante los cuales hace de viva voz sus declaraciones y disposiciones;

2º—Gestión de parte interesada que pone en actividad al Juez del Circuito en donde se hicieron dichas declaraciones de viva voz por persona próxima a morir, actividad que obliga a ponerse en comunicación inmediata con los testigos instrumentales a quienes les recibe el juramento de rigor y a cumplir estrictamente con todos los requisitos y exigencias puntualizados en los artículos 1094, 1095 y 1096 del Código, hasta dictar el decreto por el cual certifica solemnemente que la persona dicha, cuyo fallecimiento está acreditado, hizo tales y cuales declaraciones y disposiciones constitutivas de su testamento verbal;

3º—Una vez en firme ese decreto judicial, o mejor, sin recurso pendiente ante la jurisdicción superior, se protocoliza todo lo actuado, previo registro, en una Notaría.

Ahora se comprenderá por qué el verdadero testamento verbal no ha de estimarse acto perfeccionado, sino después de inserto en el protocolo notarial el expediente que encierra las actuaciones supradichas. De ahí que deba sostenerse que todas las formalidades o requisitos, tan minuciosamente señalados por la ley sustantiva, que han de consumarse, entre el momento en que el moribundo hace de viva voz sus declaraciones y disposiciones para que valgan como su última voluntad, y el de la protocolización a que se refiere el artículo 1097 del código civil, sean tenidos como otros tantos elementos de rigurosa concurrencia, con carácter de solemnidades imprescindibles de que dependen la existencia y validez del acto, como se ha dicho.

Comparando ahora las actividades y la misión del Juez que certifica sobre la existencia de un testamento verbal, con las demás atribuciones propias de su cargo, que le confieren las leyes, resalta una diferencia sustancial, muy importante, pues si en el primer caso le corresponde dar fe de la última voluntad de esa persona, en el segundo se limita a ejercer su ministerio corriente al servicio de la justicia.

Tal diferencia resaltará todavía más pensando que allá el Juez del Circuito tiene la investidura de un ministro de fe, es decir, que desempeña fun-

ciones propias de los Notarios, mientras que aquí es sólo ministro de justicia.

El código civil, cuando regula las actividades notariales, o sea las de aquellos funcionarios cuya misión consiste nada más que en ser depositarios de la fe pública, consagra en su artículo 2550 una norma de la cual se desprende que tales funciones son indelegables.

Véase pues el texto citado: "Las funciones del Notario sólo pueden ejercerse por cada Notario dentro de la circunscripción del respectivo circuito de Notaría. Todos los actos y contratos que, fuera de tal circunscripción, autorizare un Notario, en su carácter oficial, son nulos".

Es cierto que la ley parece que sólo consagrara la nulidad de los actos y contratos autorizados por el Notario fuera del territorio de su circunscripción. Pero ésto no quita que la frase arriba subrayada —por cada Notario—, no deba entenderse en el sentido de que el Notario está obligado a prestar sus servicios de manera personal y directa, como quien debe cerciorarse por sí, y que se le impide comisionar a otra persona para que lo desempeñe. Es ésta una norma que se explica de suyo y que nunca se ha prestado para dudas o vacilaciones.

Sentado lo anterior es fácil comprender que siendo el Juez del Circuito un verdadero ministro, depositario de la fe pública, para que certifique y manifieste que una determinada persona otorgó testamento verbal, las funciones propias de ese encargo, no pueden, de ninguna manera, confundirse con las funciones que ejerce cuando dirige una controversia legítima entre partes hábiles. Es decir, que la autorización de los arts. 133 y 680 del código judicial, sobre comisiones en general, y en especial, para recibir testimonios fuera del lugar donde se ventila el juicio, no son aplicables, de ninguna manera, a las actividades que la ley señala al Juez cuando reconstruye el proceso de un testamento verbal.

Fuera de lo anterior y viniendo a la consideración de las normas aplicables a la recepción del testimonio, no cabe la menor duda de que el Juez del Circuito, como funcionario exclusivamente competente, instituido por la ley para poner por escrito el testamento verbal, es el único preparado y capacitado para apreciar a través de las mil circunstancias de orden psicológico, moral y aún material, si el testigo está diciendo la verdad y transmitiendo de manera fiel lo que oyó decir a quien otorgaba testamento verbal.

Y no sólo la tarea del Juez es delicada e indelegable respecto de cada uno de los testigos, sino que también debe preocuparse por averiguar en

qué manera se garantiza el testimonio contra los grandes peligros, por desgracia muy frecuentes, de testigos que se ponen de acuerdo previamente para dar una versión de aquello que presenciaron.

Cuando los testimonios resultan demasiado minuciosos y concordantes entre sí, toca al Juez, echando mano de todas sus facultades críticas, cerciorarse de que los testigos, ni se han engañado, ni tienen interés de engañar, sino que sirven de verdaderos instrumentos, leales y veraces de transmisión de la voluntad del testador, la cual no tiene, por otra parte, garantía o defensa distinta de la celosa observancia del Juez en el desempeño del delicado encargo que le impone la ley.

Viniendo ahora al objeto concreto de este pleito, es manifiesto que el recurrente acierta cuando acusa la sentencia del Tribunal de Pereira, como violatoria del artículo 1094 del C. C., en el concepto de haber admitido aquélla, como legal, el procedimiento seguido por el señor Juez del Circuito de Armenia quien, al decretar el testamento de la señora Sofía de Upegui, prescindió del principio de la intermediación cuando recibía las declaraciones de los que sirvieron de testigos instrumentales; pues, como se ha visto, aquél comisionó al Juez Municipal de Montenegro, cuando ello no está permitido por el derecho.

Lo expuesto hasta aquí sería motivo suficiente para casar la sentencia, y en instancia procederían a su vez otras consideraciones que reforzarían la declaración de nulidad absoluta que se ha pedido respecto del testamento verbal de la señora Sofía de Upegui.

En efecto, no sólo se pretermitieron, las solemnidades exigidas por la ley, en el proceso reconstructivo de un testamento verbal, entendidas como arriba se explicó, las que estriban en la circunstancia de que el Juez del Circuito se abstuviera de recibir, por sí mismo, las declaraciones de los testigos instrumentales, valiéndose de Juez comisionado, sino que también se violaron otras normas que la doctrina y la jurisprudencia chilenas han deducido rectamente, interpretando tanto la letra como el espíritu de la ley.

Dice el eminente expositor don Luis Claro Solar en sus conocidas "Explicaciones de Derecho Civil Chileno":

"717.—La deposición de los testigos instrumentales es exclusivamente personal; deben ellos declarar verbalmente, sin atenerse a formulario que haya podido ser presentado al Juez para su examen, diciendo el interesado en su solicitud que los testigos le han dicho que éso fue el testamento dispuesto por el testador en la exposición que

les hizo. Se ha fallado que interrogados los testigos instrumentales solamente al tenor de las preguntas formuladas en el interrogatorio presentado por la parte interesada, el testamento es nulo (476 Tomo décimo cuarto, pág. 261)".

Ahora bien, consultando el cuaderno N° 2 del expediente se encuentra desde el folio 17 v. en adelante, entre las piezas protocolizadas para los efectos del art. 1097 del C. C., el memorial que presentó al citado Juez del Circuito de Armenia el apoderado de las demandadas para pedir que se recibiera declaración jurada a los señores Adán Arias A., Luis Angel Peláez, Augusto Jaramillo, Sonny Botero y Enrique Tabares, todos mayores y vecinos de Montenegro, a fin de que declararan conforme a un interrogatorio que incluye el memorialista y allí mismo puede leerse.

Ese interrogatorio es el que les presenta ya hecho a los testigos instrumentales, el testamento verbal de doña Sofía Mora v. de Upegui, con inclusión de linderos de las propiedades que allí se mencionan, lo cual es muy extraño, pues apenas parece creíble que una persona moribunda, al otorgar testamento verbal exprese linderos de las fincas, cuando ello ni siquiera se acostumbra en el testamento escrito, ni en parte alguna lo exige la ley.

Viene luego la comparecencia de los testigos, ante el Juez Municipal de Montenegro, y en las actas correspondientes consta de manera casi invariable que el testigo ciñe su declaración al interrogatorio elaborado por el representante de la persona interesada en el testamento verbal, o sea la señorita Elena Upegui Mora quien, junto con doña Elvia Ocampo Mora se apersonaron debidamente en el debate, frente a la causa de los herederos ab intestato, que son los demás hijos legítimos de la causante.

III. — Los medios nuevos

Dice la sentencia:

"...no sobra advertir, que ni entre los hechos de la demanda, ni luego en el curso de las instancias, hizo el demandante la menor alusión a la incompetencia del Juez comisionado para recibir las declaraciones con que luego hubo de comprobarse la última voluntad de la causante, y que sólo ahora y como medio nuevo, ha venido a invocarse en casación. Pero como el recurso extraordinario, en cuanto juzga una actividad **in judicando**, no puede rebasar los límites dentro de los cuales ésta se ejercitó, síguese entonces que tam-

bién por este motivo es improcedente el expresado cargo".

A nuestro entender existen aquí varios puntos que deben examinarse separadamente para ver si el concepto de medio nuevo tiene aplicación ahora: a) incompetencia del juez comisionado; b) naturaleza jurídica de los testimonios con que se conoce un acto verbal de última voluntad; c) el medio nuevo en las cuestiones de puro derecho.

a) **Incompetencia del juez comisionado.** Si la mayoría de la Sala entiende por incompetencia, en este caso, aquella de que trata el ordinal 1° del artículo 448 del C. J. notorio sería que entonces no se podría hablar de la causal primera de casación, sino de la sexta, pues se estaría en presencia de nulidad adjetiva; si la prohibición de comisionar se enfoca por este lado, habría que aceptar la misma tesis, o sea que hubo causal de nulidad, la cual sólo puede alegarse por la vía de la sexta en casación. El problema en realidad se plantea y resuelve como en el primer proyecto se entiende al analizar el testamento verbal como acto jurídico de la vida civil, en donde la ley por graves y claros motivos de orden público hace al Juez del Circuito ministro de fe para dar testimonio, en condiciones especiales, de la última voluntad del difunto que la otorgó verbalmente. Y como en tal caso no se permite por la ley un procedimiento distinto del integrado por los requisitos que señalan los artículos 1094 a 1097 del código civil, se estaría frente a una nulidad sustantiva, que no adjetiva, como parece entenderlo la mayoría de la Sala.

b) **Naturaleza jurídica de los testimonios con que se conoce un testamento verbal.** Esta no es una prueba simple, como el testimonio común y corriente que se recibe en el término probatorio de cualquier juicio ordinario. No. Las declaraciones de los testigos que presenciaron la de última voluntad del difunto otorgante de testamento verbal, constituyen un medio para que el Juez pueda pronunciar el decreto de que trata el art. 1096 del código civil, que es el instrumento legal del testamento mismo. Por tanto, no son pruebas judiciales sino verdaderas piezas integrantes de un acto jurídico e inseparables de éste. El criterio para valorarlas es restringido y el mismo que debe aplicarse cuando se trata de actos solemnes. Porque el testamento, como se explica en la primera parte de este salvamento, es "un acto más o menos solemne" (art. 1055 del C. C.).

c) El Tribunal sentenciador se abstuvo de pro-

nunciar la nulidad del testamento verbal, no obstante hallarse manifiesta de cuerpo presente la infracción del artículo 1094 del C. C. implícitamente invocada en la demanda cuando dijo: "Pero las expresadas declaraciones de los supuestos testigos instrumentales señores... no reúnen los requisitos legales capaces de hacer valer jurídicamente aquel supuesto testamento privilegiado, porque no hay unanimidad en los testigos, porque sus declaraciones no están acordes en cuanto a lugar, día, hora, palabras de la sedicente testadora, aptitud mental de ésta y demás requisitos que la ley prescribe para que un testamento de esta naturaleza sea válido" (Hecho 3º de la demanda).

Al Tribunal se le presentó una actuación relativa a ese testamento y como lo dijo en su fallo y se hizo notar en la primera parte de este salvamento, la situación concreta, fundamental para la existencia y validez del acto jurídico la apreció con pleno conocimiento de que "el 18 de junio de 1945, ante el juez municipal de Montenegro" se recibieron las declaraciones de los testigos instrumentales por comisión del Juez del Circuito. Cuando el Tribunal admite esas declaraciones como válidas civilmente, deja de aplicar el artículo 1094 del C. C. Ahora bien, cuando se acusa en casación por este último motivo, no puede decirse que ello implique un "medio nuevo en casación"; pues si bien es cierto que el Tribunal no mencionó ese artículo y que las partes no lo habían invocado literalmente, no es menos exacto que la decisión del Tribunal contiene implícita pero necesariamente la consideración de que el mencionado artículo 1094 no es aplicable, cuando en realidad sí lo es, consumándose así su violación directa, consistente, como dice la Corte, "en dejar de aplicarlo en un caso que requería su aplicación".

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2 de septiembre de 1936 estudió y definió este punto en la manera que pasa a verse. Dijo la Corte:

"Se llama medio nuevo en casación según Faye, "La Corte de Casación, tratado sobre atribuciones, su competencia y el procedimiento observado en materia civil" N° 123, el que no ha sido expresa o implícitamente sometido por la parte que lo invoca al tribunal cuya decisión se ataca, o que no ha sido apreciado por este tribunal". "Hay casos, dice el mismo autor, en que el juez ha creído de su deber examinar de oficio un medio que no había sido presentado. Este medio no puede ser considerado como nuevo, puesto que su admisión o su refutación han servido de base a la sentencia atacada que puede encontrarse viciada. Se ha decidido inclusive que el demandante en casación pue-

de, en ese caso, producir en respuesta un medio nuevo sin que se le pueda reprochar el no haberlo presentado ante el juez de hecho...".

"Por otra parte, aquí se trata de un medio de **puro derecho** que no puede por lo tanto ser considerado como nuevo; se refiere a la violación de un texto legal que el juez tenía que examinar, dado el tenor de la demanda y los hechos sobre los cuales ella se fundó. 'El Juez que conoce de un asunto —dice una sentencia de 20 de febrero de 1854 de la Corte de Casación francesa— no puede juzgarlo sino conforme a las leyes que rigen la materia aun cuando la aplicación de estas leyes no haya sido formalmente invocada por las partes'. Y otra sentencia de la misma Corte, de fecha 26 de junio de 1876, establece que 'los jueces que conocen de una demanda tienen obligación de examinar todos los argumentos y medios de derecho que por su naturaleza pueden ser conducentes a la apreciación del fundamento de la demanda, de tal suerte que esos medios, aunque no hayan sido propuestos ante los jueces de apelación, pueden ser suscitados ante la Corte de Casación y no constituyen medios nuevos".

Esto mismo es lo que escribe el doctor Alberto Goenaga en su original y meritoria tesis para el doctorado, a saber:

"Si fuere posible llevar a la Corte un extremo diverso de los presentados a los primeros jueces; si se admitiera ante ella la alegación de un medio que altera la causa tal como la conoció el Tribunal, se violaría el principio fundamental de su institución porque si está instituida para examinar en relación con el derecho únicamente las sentencias de los Tribunales capaces de fundar la excepción de cosa juzgada, ésto es, para apreciar la aplicación que en estos fallos se haya hecho de la ley a los distintos hechos y circunstancias de la causa, es lógico que sea preciso, para ello, presentarle y mantenerle esos hechos y circunstancias así como los conoció y estimó el Tribunal común.

"Conviene advertir que este principio no debe extenderse hasta el punto de comprender en él ciertos medios que le son ajenos y que, por lo mismo, pueden invocarse por la primera vez ante la Corte, aunque no se hayan presentado explícitamente en las instancias del pleito; pero que se consideran sometidos implícitamente a la consideración del Juez de fondo. Estos medios son los que se llaman de **puro derecho**, los cuales no son otra cosa que nuevos argumentos de la cuestión jurídica que se sometió al juzgador y que se reputan presentados a él, de manera implícita, con la

cuestión misma; porque es bien sabido que el Tribunal encargado de resolver de conformidad con la ley un asunto litigioso está en la obligación legal de contemplar y examinar ese asunto en todos y cada uno de sus aspectos jurídicos, y si lo resolviera sin apreciarlo en alguno de tales aspectos, incurrirá en omisión de pronunciar sentencia sobre éste. El argumento de derecho a que dá lugar este aspecto jurídico de la causa que ha dejado de considerarse y fallarse, constituye un medio o extremo que puede llevarse ante la Corte en Casación sin contingencias de que lo rechace por nuevo, porque propiamente no lo es".

Finalmente debe observarse que siendo de orden público las formalidades con que el código civil ha querido garantizar la pureza de la verdad en el testamento verbal de que se trata, resulta de aplicación obligada la doctrina del expositor Camille Schegvaihe, Magistrado del Tribunal de Apelaciones de Bruselas, en su obra "Tratado Práctico del recurso de casación, etc.". De la edición belga de 1885 copiamos:

"Nº 111.—Los medios de orden público deben ser suplidos de oficio por el juez de fondo (es decir que los jueces de instancia deben suplir de oficio los medios de orden público); si, pues, estos medios son fundados, el juez que no los haya suplido, viola la ley; por tanto, pueden producirse por primera vez ante la Corte en Casación".

Queda por tanto comprobado que cuando se extreman las conclusiones de la teoría sobre medios nuevos, en la forma como lo ha hecho la mayoría de la Sala, se hace de esta teoría una interpretación "abusivamente lógica", expresión con que Planiol califica aquellas conclusiones propias de la escuela de la exégesis, que sacrifica frecuentemente la fuente real del derecho, a la fuente formal por razones de técnica. Está es lo que hemos querido significar al recordar la expresión de Planiol.

La teoría de los medios nuevos tuvo importancia indudablemente mucho mayor cuando regía la legislación que expresaba como uno de los fines del recurso de casación, el de enmendar los agravios hechos a las partes. De ahí que se insistiera con tanto énfasis en que las partes no debían sorprenderse mutuamente en el ejercicio del recurso de casación, invocando hechos por primera vez, que no se hicieran valer en las instancias. Sin perjuicio de que ésto valga como regla general, aún dentro del viejo sistema que señalaba ese fin colateral del recurso de casación, no pueden considerarse medios nuevos aquellos hechos previstos expresamente por las disposiciones legales que subordinen los actos jurídicos a ciertas formalidades de orden público. Ellas consagran implícitamente derechos que no pueden renunciarse porque son de interés social y no de significación particular o individual. Y teniendo ahora como fin principal el recurso de casación el interés general de la ley y el de la unidad en la jurisprudencia, no puede negarse que los medios de orden público están fuera de aquellas hipótesis en que las partes no podían sorprenderse, porque esas disposiciones de orden público son de estricta observancia y deben aplicarse a pesar de los descuidos de las partes al plantear el problema jurídico de su controversia ante los Jueces de instancia.

Si se sigue extremando la tesis sobre medios nuevos con el criterio exegético profesado por la mayoría de la Sala, bastaría, para burlar las disposiciones de orden público, incurrir en omisiones maliciosas al formular las demandas para obtener por vía indirecta la convalidación de los actos más irregulares y contrarios a la ley, como éste del testamento verbal de la señora Sofía Mora v. de Upegui pretermitiendo así los requisitos impuestos por el legislador y que los jueces en manera alguna pueden olvidar.

Luis Enrique Cuervo A.—Pablo Emilio Mantas.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. — EL TRIBUNAL PUEDE HACER POR SI MISMO LA REGULACION, CONFORME A LOS MISMOS DICTAMENES Y DEMAS PRUEBAS DEL EXPEDIENTE, CUANDO ENTRE EL JUSTIPRECIO MAYOR Y EL MENOR MEDIA UNA DIFERENCIA QUE EXCEDE UN CINCUENTA POR CIENTO ESTE ULTIMO

A través de los artículos 705, 716 y 721 del Código Judicial, se ve muy claramente establecido cuál es el camino que corresponde seguir al juzgador frente a un avalúo pericial: aceptar como plena prueba el dictamen "uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos", que pueden ser los principales, o uno de éstos y el tercero; regular él mismo el avalúo por el medio aritmético de los tres conceptos, cuando entre los dos extremos, el justiprecio mayor y el menor, media una diferencia que no excede de un cincuenta por ciento esta última; o en este último evento, puede, legamente, optar por uno de estos dos procedimientos: hacer por sí la regulación que estime equitativa, conforme a los mismos dictámenes y demás pruebas del expediente, o decretar de oficio un nuevo avalúo por medio de peritos designados por él.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Mediante libelo de ocho de mayo de 1946 presentado ante el Juez 1º Civil del Circuito de Pasto, la señora Josefa Chaves de Arturo demandó a don Eladio Arturo Ch., para que con audiencia suya se hicieran por la vía ordinaria, las siguientes declaraciones:

"Primera. — Que se declare resuelto el contrato de compraventa que consta en la escritura pública número 809 de 7 de septiembre de 1943, celebrado entre mi mandante, señora Josefa Chaves de Arturo y el señor Eladio Arturo Ch. sobre el terreno denominado "San Bernardo", por los linderos que luego se expresarán, y por consiguiente se hagan las restituciones mutuas que ordena la ley;

"Segunda. — Por consecuencia de la declaración anterior, se condene al demandado a la restitución y entrega del fundo "San Bernardo" materia de dicho contrato y conocido por los siguientes linderos: por el frente, a su entrada, el camino que conduce al río Guátara, partiendo de la loma "El Tambillo", sigue deslindando con terrenos de Elvira y Magdalena Cabrera; por el costado derecho, con propiedad de Julián Villota y Pedro Gómez, ceja, zanja, zanjón y cimientó de piedra por medio en estos dos costados; por el costado izquierdo, con terrenos de José Cuntindic y Jesús Joja, zanja por medio, quedando cerrado este lado por una cerca de cabuya, hasta salir a la loma; y por la cabecera, con una cuadra de Canuto Henríquez y Alejandro Cabrera, zanja de por medio, y de allí, de través, a salir al camino real, punto de partida. Este fundo así deslindado se halla situado en el Municipio de Sandoná y cercano a la población, siendo poseído actualmente por el comprador-demandado, señor Arturo Ch.

"Tercera.—Como consecuencia de la misma resolución, también se condena al demandado a lo siguiente: a pagar a mi mandante la indemnización de perjuicios por no haber cumplido la obligación de pagar el precio de esta venta; perjuicios que se liquidarán al ejecutar el fallo que se dicte; y a pagar los frutos naturales y civiles que se hubiesen percibido o que se hubiesen podido percibir, desde la fecha de la escritura expresada, con mediana inteligencia y actividad.

"Cuarta.—Como acciones subsidiarias a las anteriores, y para que se declaren en su orden, también propongo las siguientes:

"a) Se declare rescindido por lesión enorme el contrato arriba expresado y celebrado entre los citados contratantes, en la escritura pública número 809 de 7 de septiembre de 1943, también expresada, y relativo al mismo fundo "San Bernardo";

"b) Se declare la simulación absoluta del mismo

contrato de venta, por haberse cometido fraude a la ley; y por consiguiente nulo dicho contrato con nulidad absoluta;

“c) Como consecuencia de las anteriores acciones subsidiarias, se condene a la entrega material del fundo ‘San Bernardo’, en favor de mi mandante, por los linderos expresados, en la petición segunda; y restituir los frutos naturales y civiles, en la forma pedida en la petición tercera, en su parte pertinente; y.

“Quinta.— Se ordene la cancelación del registro de la escritura prenombrada; y en caso de oposición, se le condene en las costas del presente juicio”.

Previa la correspondiente tramitación el Juzgado del conocimiento puso fin al juicio en sentencia de veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, absolviendo al demandado de los cargos de la demanda.

Apeló de esta providencia la parte actora, y el Tribunal Superior de Pasto ante quien se surtió el recurso, lo decidió en fallo de veintitrés de agosto de mil novecientos cincuenta, en los siguientes términos:

“Primero.—Se confirma la sentencia objeto de la revisión en la parte que absuelve al reo de los cargos deducidos en la acción principal de resolución del contrato por falta de pago.

“Segundo.—Se revoca la parte de la sentencia por la cual se absuelve al reo de los cargos deducidos en las acciones subsidiarias y en su lugar declara: a) Rescindido el contrato de compraventa de la finca San Bernardo contenido en la escritura N° 809 de 7 de septiembre de 1943, de la Notaría N. 2ª de Pasto. b) En consecuencia cáncélese el registro de esta escritura y póngase la nota correspondiente en el protocolo que la contiene, para lo cual se librará la orden del caso a quienes corresponda. c) El demandado entregará la finca dicha al demandante al tercer día hábil siguiente a la ejecutoria de esta sentencia. d) Desde la fecha de la demanda el demandado debe al demandante los frutos naturales del fundo, los cuales se fijarán de acuerdo con la ley. e) Dentro del término fijado en el aparte c) el demandante entregará al demandado la suma de cinco mil pesos recibidos como precio de la venta y los intereses de esta suma desde la fecha de la demanda, a la rata legal. d) Lo anterior se ordena sin perjuicio que el demandado haga uso del derecho que consagra el artículo 1948 del Código Civil, en el término señalado en el aparte c) en cuyo evento

no tendrá efecto lo resuelto en los apartes c), d) y el f). Sin lugar a decidir la segunda acción subsidiaria.

Costas comunes”.

Por lo que hace a los fundamentos de la declaración rescisoria, a que se contrae el recurso que ahora estudia la Corte, según luego se dirá, el Tribunal sentenciador dice lo siguiente:

“La demanda propone como primera acción subsidiaria la de rescisión de la venta de la finca ‘San Bernardo’ por lesión enorme sufrida por el vendedor.

“Esta acción la estableció la ley tanto en favor del vendedor, como del comprador, según que la cosa objeto del contrato se haya vendido por menos de la mitad del justo precio de ella al tiempo de otorgarse el contrato, o se haya comprado por un valor superior al doble del justo precio. Ello tiene por objeto restablecer el equilibrio económico social perturbado cuando no existe en esta clase de contratos sino la absoluta equidad, al menos el mínimo de desproporción, previamente determinado por la ley (artículo 1947 del C. C.).

“En el contrato denunciado las partes estipularon como precio de la finca vendida la suma de cinco mil pesos m. l. Por tanto para que se haya producido en ella lesión enorme para el vendedor es preciso que la finca en septiembre de 1943 haya valido comercialmente más de diez mil pesos, es decir más del doble de cinco mil pesos.

“Para establecer este hecho en la primera etapa del juicio el demandante solicitó una inspección ocular al predio con anuencia de peritos a los cuales fue sometido un cuestionario en cuyos puntos está la fijación del justo precio en aquella época. Además de esta prueba adujo varias declaraciones.

“En tal razón la diligencia se practicó con asistencia de los señores Rafael Caicedo, Clímaco Araos S. y Pedro Guerrero en calidad de peritos nombrados por las partes los dos primeros y el último como perito tercero.

“Como los peritos principales no estuviesen de acuerdo en el dictamen, cada uno presentó el suyo y por esa misma causa se llamó a emitir concepto al perito tercero.

“El señor Caicedo, después de hacer una detallada descripción del precio, presentó tres avalúos correspondientes a las diferentes situaciones de la finca. El primero comprende a la finca con sus edificios en el estado en que se encontraban al ser vendida y los árboles y plantaciones existentes al tiempo de la inspección, con los cierres correctos, etc.

“El segundo comprende la finca tal como se dice

fue entregada, es decir, con una mayor arboleda de cafetos y eucaliptos.

“El tercero se refiere a la finca tal como se consideró en el primero, pero con los cierros destruídos.

“El perito Arcos, y también, el perito Guerrero, emitieron un solo avalúo habida cuenta de la finca como la consideró Caicedo en su tercero avalúo.

“Como no fue posible tomar el medio aritmético porque la diferencia entre los dos extremos, es decir entre el mayor y el menor valor de los expresados por los peritos, excedió en más del cincuenta por ciento de la cantidad menor, el señor Juez de instancia con base en el artículo 721 del C. J. determinó hacer la regulación equitativa del precio del fundo tal como autoriza dicho artículo, o sea teniendo en cuenta los dictámenes de los peritos y los demás elementos del proceso. En esta forma se fijó el precio en la suma de diez mil pesos.

“Con esta base la sentencia acusada descartó la lesión enorme para el vendedor, pues el precio estipulado y pagado es solamente inferior a la mitad del precio fijado.

“Por esto la sentencia en esta otra parte aparece legal.

“En esta segunda instancia se solicitó una nueva inspección y un nuevo concepto pericial. La diligencia se decretó y se practicó por medio del señor Juez Municipal de Sandonó en anuencia de los señores Hernando Gómez e Ignacio Ortiz Villota como peritos de las partes y de Clímaco Arcos Castilla como perito tercero. Pero esta diligencia quedó sin efecto porque tachado el perito tercero la articulación abierta para decidir de la tacha apenas fue resuelta cuando el juicio había sido citado para sentencia.

“En tal situación procesal corresponde al Tribunal apreciar la regulación hecha por el señor Juez. Como dispone el artículo 721 ya citado, el sentenciador para fijar el precio de la cosa litigiosa debe tomar en cuenta los conceptos periciales y los demás elementos del proceso, procurando buscar la realidad de las cosas y con base en ella deducir cuál de los expertos merece más valor.

“Indudablemente en esta tarea el Juez debe estudiar y analizar los fundamentos que sirven de base a los peritos, unos de los cuales son la cabida del predio y su calidad.

“En cuanto a la primera los tres peritos que actuaron en la primera instancia guardan cierta aceptable proporción, pues ninguno de ellos es ingeniero, ni son prácticos para efectuar mensuras. Caicedo la fija en 35.0601 h., Arcos en 30 h. y Guerrero 34 h. Por tanto se puede tomar el promedio arit-

mético y así resulta con una cabida de 33 hectáreas. “Respecto a la calidad ellos se expresan así:

“*El perito Caicedo.*—El Municipio es muy rico en agricultura, especialmente en caña de azúcar que se distingue por su excelente calidad, en el café de igual calidad, en el plátano, en la yuca y en los demás productos frutales. Sus terrenos son de excelente calidad, así clasificados por la oficina de Catastro Nacional. Por tanto, el fundo ‘San Bernardo’ también está así clasificado y yo lo califico como de primera calidad, con la ventaja frente a otros, de tener agua propia que nace en el mismo fundo y sirve para los demás vecinos”.

“*El perito Arcos.*—El fundo San Bernardo tiene una parte de excelente calidad por su fertilidad y el agua potable es propia, que es precisamente donde está el trapiche, desde el pie del barranco que mide aproximadamente tres hectáreas, lo demás es muy estéril hasta rocalloso en una parte”.

“*El perito Guerrero.*—En cuanto a la formación del terreno casi en su totalidad es laderoso, sólo tiene una pequeña parte plana que mide o puede medir una hectárea del pie de la peña al trapiche. En ella se encuentra una pequeña cantidad de agua, la cual no alcanza para riego de sementeras. De la peña para arriba que es la parte más grande de la finca, que linda con el camino que conduce a Bolívar, San Bernardo y Guáitara, es terreno estéril y completamente sin fertilidad”.

“En vista del valor fijado por el señor Juez al fundo litigioso se deduce que más importancia dio a los avalúos hechos por los peritos Arcos y Guerrero, porque de haber primado el practicado por el perito Caicedo, teniendo en cuenta además la prueba testimonial aducida por el demandante, dicho valor habría sido superior a diez mil pesos.

“Ante tal deducción hizo la Sala un detenido y minucioso análisis de los conceptos que sirvieron de base fundamental al señor Juez para la regulación del precio y encontró no sólo una notable, sino hasta contraria, apreciación de la calidad de la finca, la cual sirve fundamentalmente para determinar el precio justo de las tierras labrantías; pues mientras Caicedo la califica de excelente, Arcos y Guerrero afirman que exceptuando una pequeña porción que también la califican de esa manera, la finca es estéril. Mas como del proceso no se podía deducir cuál de estas apreciaciones es la más aceptable juzgó necesario apreciar directamente la Sala

la calidad de los terrenos en litigio y por ello dictó auto para mejor proveer.

“Fue así como en la diligencia practicada el 28 de julio se constató la topografía del terreno, el caudal de aguas que beneficia al fundo y su real calidad, como consta en el acta correspondiente, y por ello se concluye, ahora, que, si bien es verdad, la apreciación de la calidad hecha por Caicedo no se ciñe exactamente a la realidad porque todo él es de excelente calidad, la apreciación hecha por los otros peritos se aparta demasiado de esa realidad, pues ellos califican de estéril la mayor porción de esas tierras, lo cual es inexacto, ya que esa mayor porción es de regular calidad, salvo una mínima que es rocosa.

“Ante esta circunstancia y tomando en cuenta los avalúos suministrados por los peritos que consideraron erradamente la calidad del fundo resulta que el justo precio o valor de él en el año de 1943 era superior a la suma fijada por el sentenciador. Para determinarlo el Tribunal toma como base, en primer lugar, su cabida aproximada, que es de treinta y tres hectáreas, y luego, la calidad que reúne, tal como se deja apreciada en los apartes anteriores. Estima que en dicho año terrenos de esa categoría valían a doscientos ochenta pesos la hectárea-promedio, por lo cual el fundo San Bernardo valía en esa época nueve mil doscientos cuarenta pesos. Pero como a este valor se debe agregar el valor de los dos edificios inconclusos que existían en la fecha de la venta, la casa de habitación y la estancia para beneficiar la caña, que se los estiman a mil pesos cada uno, resulta que el precio total era de once mil doscientos cuarenta pesos, suma ésta que se fija como el justo precio.

“Ante este nuevo hecho procesal surge la lesión enorme para el vendedor, porque la venta la hizo por menos del cincuenta por ciento del justo precio de la cosa”.

El recurso de casación

Contra esta providencia recurrió para ante la Corte la parte demandada, y al formalizar su recurso, le formuló los siguientes cargos:

Primero.—“Por olvidar los artículos 727 y 730 del C. J., la sentencia incurre en la causal 1ª del artículo 520 del mismo Código; y por esto violó el artículo 1947 del C. C. con error de hecho y de derecho”.

De acuerdo con los artículos 727 y 730 citado “en el acta se deben anotar cuidadosamente las cosas y hechos examinados, y las observaciones conducentes del Juez, de los peritos y testigos y de las partes que hayan concurrido”, sobre lo cual dicha acta

hace plena prueba; “en cuanto a los puntos materia del examen pericial, la fuerza probatoria de éste se aprecia conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre peritos”. Pero como en el acta de inspección practicada por el Tribunal, sólo se anotaron algunos detalles topográficos, así como la clase de cultivos existentes en el terreno, pero nada se dijo por los peritos sobre el precio de éste en consideración a los hechos observados, el Tribunal no podía sin invadir la función de los expertos, señalar ese precio, violando así los artículos 727 y 730 del C. J. y como consecuencia el 1947 del C. C.

Segundo.—“Por haberse violado el artículo 721 del C. J., el Tribunal violó otra vez con error de hecho y de derecho el artículo 1947 del C. C.

“Para demostrarlo, dice el recurrente, principio por decir que ataco de modo especial el considerando del fallo que dice lo siguiente:

“Ante esta circunstancia y tomando en cuenta los avalúos suministrados por los peritos que consideraron erradamente la calidad del fundo, resulta que el justo precio o valor de él en el año de 1943, era superior a la suma fijada por el sentenciador. Para determinarlo, el Tribunal toma como base su cabida aproximada que es de 33 hectáreas, y luego la calidad que reúne tal como se deja apreciada en los apartes anteriores. Estima que en dicho año terrenos de esta categoría valían a doscientos ochenta pesos la hectárea, promedio, por lo cual el fundo San Bernardo valió en esa época nueve mil doscientos cuarenta pesos. Pero como a este valor se debe agregar el de los dos edificios, inconclusos, que existían en la fecha de la venta, la casa de habitación y la estancia para beneficiar la caña, que se los estiman en mil pesos cada uno, resulta que el precio total es de once mil doscientos cuarenta pesos, suma ésta que se fija como justo precio”.

Observa luego: que el perito Rafael Caicedo avaluó el terreno, exclusión hecha de las mejoras, en la suma de \$ 14.024.04, o sea, a razón de \$ 400.00 la hectárea, con los valores de una casa, de unos 480 eucaliptos y árboles frutales, lo elevó a \$ 17.350 y con los precios de 15.000 cafetos, de 6.500 matas de plátano y unas seis hectáreas de caña de azúcar lo subió finalmente a \$ 36.350.04 para el año de 1943, pues para el de 1946, fecha del avalúo, fue de sólo \$ 22.250.04. Que los peritos Clímaco Arcos y Pedro Guerrero, hicieron su estimación globalmente así: para el año de 1943, en las sumas de \$ 8.000 y \$ 9.000, respectivamente; y en la de \$ 14.000.00 para el año de 1946, fecha del dictamen. Y que el primero de estos conceptos se apoyó sólo en el di-

cho de testigos que no deponen sobre las especificaciones que aquél tuvo en cuenta para emitirlo, mientras que los otros se fundan no sólo en el conocimiento personal que sus sucesores han tenido del inmueble, sino en el avalúo catastral vigente en la fecha del contrato que le asignaba un precio de \$ 5.500.00, en el testimonio de personas que conocieron el estado de abandono en que se hallaba el inmueble y en la apreciación pericial que en otras diligencias se había hecho sobre la naturaleza y estado de las mejoras.

Por todo lo cual, concluye, lo que correspondía al sentenciador era acoger el dictamen fundado de los peritos Arcos y Guerrero, que sensiblemente resultaba uniforme, y con base en el segundo supuesto del artículo 721 citado, deducir el justo precio, que en todo caso resultaba inferior al doble del señalado en la estipulación. De esta suerte, y por aplicación indebida del expresado artículo, violó de hecho y de derecho el 1947 del C. C. que le sirvió de base a su decisión.

La Sala considera:

Los dos cargos con que se ataca la sentencia del Tribunal proferida en este pleito corresponden propiamente hablando a uno sólo: el de ser el fallo violatorio del artículo 1947 del C. C. por errónea apreciación de la prueba que sirvió de base en la fijación del justo precio del inmueble en la fecha del contrato, a través de lo establecido por los artículos 721, 827 y 750 del C. J. En consecuencia y para decidirlos, corresponde a la Sala entrar en consideración de dicha prueba, o sea del dictamen pericial que se practicó dentro del término probatorio de la primera instancia y de la diligencia de inspección ocular que para mejor proveer decretó de oficio el Tribunal sentenciador.

Para la práctica de la prueba pericial que solicitó la demandante en la primera instancia del juicio, designó ésta como perito al señor Rafael Caicedo, el demandado nombró a don Clímaco Arcos S. y los dos principales designaron a su vez, dentro de la propia diligencia, al señor Pedro Guerrero como perito tercero, para el caso de discordia.

El Sr. Caicedo fijó como justo precio del inmueble en la época del contrato la suma de \$ 36.350.04 que distribuyó así: valor del terreno, cuya extensión de 35 hectáreas y 601 metros cuadrados "métricamente", y sin mejoras de ninguna clase, \$ 14.024.04; valor de "la casa que existía en la época del contrato", muebles, frutales, plantaciones, etc., \$ 22.526. En cambio, el otro perito señor Arcos calculó como superficie del inmueble la de 30 hectáreas dándole para la fecha del contrato un

valor de \$ 8.000, o sea a razón de \$ 250.00 la hectárea aproximadamente. El perito tercero señor Guerrero quien hubo de intervenir por el fundamental desacuerdo que se presentó entre los principales, le asignó como precio comercial la suma de \$ 9.000.00.

En presencia de esta situación, ¿qué correspondía al sentenciador en orden a la valoración de la prueba?

De acuerdo con el artículo 705 del C. J. corresponde a las partes el derecho de nombrar los peritos, designando cada una el suyo, si no están de acuerdo en el nombramiento de uno solo y a los principales elegir el tercero; el último, como lo previene el artículo 716 siguiente, "Emite su opinión sobre los puntos en que discuerden los principales".

En tratándose de "avalúos o de cualquiera regulación de cifra numérica, agrega el artículo 721, el dictamen uniforme 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 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".

Se ve así, a través de estas disposiciones, muy claramente establecido, cuál es el camino que corresponde seguir al juzgador, frente a un avalúo pericial: aceptar como plena prueba, el dictamen "uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos", que pueden ser los principales, o uno de éstos y el tercero; regular él mismo el avalúo por el medio aritmético de los tres conceptos, cuando entre los dos extremos, el justiprecio mayor y el menor, media una diferencia que no excede de un cincuenta por ciento este último; o en este último evento, puede legalmente, optar por uno de estos dos procedimientos: hacer por sí la regulación que estime equitativa, conforme a los mismos dictámenes y demás pruebas del expediente, o decretar de oficio un nuevo avalúo por medio de peritos designados por él.

En el caso de autos, en que la diferencia entre los dos extremos excedía en más de un cincuenta por ciento el avalúo menor (\$ 8.000 y \$ 36.350.04), el Tribunal optó por hacer él mismo la regulación que a su juicio era equitativa; y para ello, tuvo en cuenta no sólo el concepto que habían emitido los peritos y demás elementos probatorios que obraban en el juicio, sino el criterio que particularmente se

formó a través de "una inspección ocular con intervención de peritos actuarios decretada de oficio", con el fin de aclarar la apreciación exacta de los terrenos que forman el fundo "San Bernardo", y verificar "si toda su extensión es de primera calidad, como afirma el perito Caicedo, o si por el contrario su mayor parte es estéril como dicen los peritos Arcos y Guerrero". Como resultado de dicha inspección, el Tribunal verificó la identificación de la finca de San Bernardo y su topografía, "la cual en su mayor parte tiene una inclinación moderada, a excepción de la parte de la cabecera que está junto al carreteable que viene a la región San Bernardo, que guarda un desnivel más exagerado, que no impide efectuar allí trabajos agrícolas y algunos plantíos de plátano y café; y el agua que beneficia el fundo, la cual proviene de una regular vertiente que se encuentra situada en la parte baja un poco antes del sitio en donde está el trapiche, con base en la verificación de otros elementos, la Sala se ha formado un verdadero criterio de la calidad del fundo recorrido, objeto de la diligencia, concepto que oportunamente se tendrá en cuenta y que servirá de fundamento para la apreciación de lo que ordenó el auto cuyo cumplimiento se acaba de efectuar".

De consiguiente, al fijar el sentenciador el precio del inmueble con base en estos distintos elementos

de prueba, no sólo no violó los artículos 721, 720 y 727 del C. J. cuya errónea aplicación, dice el recurrente, lo condujeron a quebrantar el artículo 1947 del C. C., sino que precisamente y en armonía con sus mandatos, hizo la regulación que consideró equitativa.

Los cargos, son, pues infundados.

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 veintitrés (23) de agosto de mil novecientos cincuenta (1950) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este negocio.

Costas del recurso a 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.

LA INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS DE LA OFICINA ANTE LA CUAL SE VA A ACTUAR, ES NECESARIA PARA QUE UN ABOGADO PUEDA LITIGAR ANTE ELLA

Para tener la calidad de abogado inscrito, única que permite litigar, según el artículo 1º de la Ley 69 de 1945, no basta haber obtenido el documento de matrícula, que expide el Tribunal de cada Distrito, según el artículo 9º de la Ley 62 de 1928, sino que también se requiere la inscripción en los registros a que se remite el artículo 10 de la misma ley.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.)

En el presente ordinario de Claudina Echavarría y otro contra Frank A. Anderson y otro se interpuso oportunamente por parte legítima, recurso de casación contra el fallo del Tribunal Superior de Medellín de fecha 20 de septiembre de 1951, absolutorio de la parte demandada y revocatorio del fallo de primera instancia en que el Juzgado del Circuito de Yolombó admitió las pretensiones de la parte demandante.

Venido el negocio a la Corte aquí se tramitó normalmente hasta el punto de celebrarse audiencia pública, la cual se efectuó el 10 de los corrientes según cuenta que da el acta respectiva. Actuó como abogado de la parte recurrente el mismo profesional que había atendido el negocio en las instancias de quien consta que es abogado inscrito en el Juzgado de Yolombó, pero en cambio no consta que lo sea en el registro de abogados que se lleva en la Secretaría de esta Sala, según informe de la misma, visible al folio 18 de este cuaderno.

Habiendo propuesto el representante de la parte opositora el problema sobre deserción del recurso, esta Sala en providencia del 18 de octubre próximo pasado, firmada por el ponente, se negó a decretarla fundándose en algunas doctrinas de esta Corte que han sido rectificadas posteriormente.

Suplicada la reposición de aquella providencia y acogiendo las razones expuestas por el memoria-lista, se revocó por auto del 28 de octubre y se reservó a conocimiento y decisión de la Sala el problema allí planteado.

Estudiado de nuevo el negocio se encuentra que es indiscutible que según el artículo 18 de la Ley 69 de 1945 está vigente el artículo 10º de la Ley 62 de 1928, artículo que dice: "En la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de lo Contencioso Administrativo, los Juzgados Superiores y de Circuito y en los Juzgados Municipales de las cabeceras de Circuito, se llevará un libro de matrículas de abogados, en el que se inscribirán a solicitud de los interesados y mediante la presentación del correspondiente certificado, los nombres de los abogados recibidos, con la indicación del número y fecha de la matrícula, de la entidad que decretó la admisión y de la fecha de la inscripción. La matrícula será firmada por el Jefe de la Oficina donde se extienda y su Secretario".

También está vigente, por disposición expresa del artículo 18 de la Ley 69 de 1945, el artículo 11 de la Ley 62 de 1928 que reza:

"En la Secretaría de las oficinas expresadas en el artículo anterior, se mantendrá en lugar y con caracteres visibles una lista de los abogados recibidos que se hayan matriculado en la misma y que serán los únicos que podrán ser admitidos conforme al artículo 1º de esta Ley".

Según esto no basta, para tener la calidad de abogado inscrito, única que permite litigar según el artículo 1º de la Ley 69 de 1945, haber obtenido el documento de matrícula, que expide el Tribunal de cada Distrito, según el artículo 9º de la Ley 62 de 1928, sino que también se requiere la inscripción en los registros a que se remite el artículo 10º de la misma Ley.

En el presente caso ocurre que el profesional que aparece como abogado recibido, litigando a nombre de la parte demandante, no está registrado en la Secretaría de esta Sala, y, por tanto, no es abogado inscrito para que se le permita actuar ante la Corporación.

No actuar en absoluto o actuar contra lo que la ley dispone, es lo mismo. De aquí se sigue que la parte recurrente, por no figurar inscrito su abogado en la Secretaría de la Corte, no puede ser admitida y la demanda presentada por él es documento que carece de todo valor legal.

Pudiera estimarse demasiado riguroso este concepto y aún opuesto en cierto modo al espíritu de la ley de abogados que lo que ha querido principalmente es proteger a los intereses de las partes, exigiendo que actúen profesionales recibidos. Pero como los textos copiados no dejan lugar a duda y como cumplir con la inscripción en las respectivas Secretarías de los despachos ante quienes se actúa es de tan fácil cumplimiento, revela descuido de parte del profesional el no hacerlo, y ese descuido nunca puede invocarse como causal de excusa ante

la ley. Ya dijeron con mucha sabiduría los antiguos romanos: *Vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*: a los que se duermen no les protege el derecho.

Consecuencia práctica de lo anterior es la de que procede la solicitud de la parte opositora para que se declare desierto este recurso y la Corte se ve precisada a hacerlo en acatamiento al precepto del artículo 532 del C. J.

Por tanto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA DESIERTO el recurso de casación interpuesto a nombre de la parte de Claudina Echavarría v. de Isaza y Jesús M. Zapata Echavarría contra Frank A. Anderson y otro en el presente juicio ordinario.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Notifíquese.

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

LO RELACIONADO CON COSTAS, NO PUEDE SER OBJETO DEL RECURSO DE CASACION.—CAUSAL PRIMERA: CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS

1.—Si los demandados no aceptan las conclusiones del Tribunal, es decir, si no están de acuerdo en que con aquellas pruebas se establece el dominio del actor sobre unas mejoras, necesitan acusar la sentencia en relación con esas pruebas y demostrar que por su apreciación errónea se llegó a una conclusión favorable al actor, violándose así determinados textos legales. La argumentación y razones del Tribunal hay que atacarlas directamente y en su fondo; pues si así no se hiciera, y si esas pruebas se dejaran sin examen y sin crítica, la decisión del Tribunal tendría que quedar en pie por falta de cargo adecuado.

2.—Ha sido doctrina invariable de la Corte no dar campo en casación a las cuestiones relacionadas con costas. Ha considerado la Corte que lo relacionado con costas es siempre cuestión adjetiva, y que son las cuestiones sustantivas las que obligan su atención y guían su competencia.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Julia Loaiza es la madre de Juan y Julio del mismo apellido, vivieron juntos en una casa de la fracción de Los Juanes, Municipio de Pijao, al cuidado de unas mejoras en baldíos, hasta agosto de 1943, un poco antes de iniciado el presente juicio, época en que los dos primeros se pasaron a otra finca dejando la casa y las mejoras en poder de Julio, hijo de la una y hermano del otro, quien traspasó la mitad de ellas al abogado Jorge Ospina Lozano, según escritura 264 de mayo de 1945, Notaría Primera de Armenia.

Julia Loaiza y su hijo Juan habían adquirido las mejoras "compuestas de casa de habitación, sembreras de café, plátano, caña y rastros", por compra hecha a Aníbal Gutiérrez, según escritura 847 de 1919, Notaría de Calarcá, en la cual se alinde-

ran claramente esas mejoras; y dentro de un juicio ejecutivo adelantado contra la compradora, Juan Loaiza remató la parte de ésta en la finca, según acta de febrero de 1945, de manera que quedó así dueño de toda ella.

Juan Loaiza propuso dos juicios reivindicatorios que fueron después acumulados: uno por la mitad de la finca, en que demanda a su hermano Julio, y el otro por el resto de la misma finca, enderezado contra su hermano y contra el abogado en mención; y en ambos pide que se declare que las mejoras le pertenecen, que se debe ordenar la restitución de ellas, que a los demandados, para efecto de prestaciones, se les debe considerar como poseedores de mala fe, y que se deben hacer las cancelaciones del caso en el título a favor del abogado.

Conviene apuntar algunos de los hechos de esas demandas acumuladas, los cuales son más o menos comunes en ambas. Dicen:

Que el demandante y su madre estuvieron en quieta y pacífica posesión del inmueble, hasta que dolidos de la extrema pobreza de su pariente Julio Loaiza, lo dejaron en él, entregándoselo para que lo administrara en compañía;

Que como resulta de la escritura de compra, allí había varias mejoras, y otras fueron plantadas por los compradores después de esa compra, entre ellas unos seis mil árboles de café;

Que los compradores vivieron en la casa de la finca hasta agosto de 1943, para controlar mejor las labores de administración de su pariente, fecha en que la desocuparon para atender al montaje de otra finca, y realizada esta desocupación, Julio Loaiza "comenzó a desconocer el derecho del demandante sobre las mejoras";

Que dentro del juicio ejecutivo en el cual el actor remató la mitad de las mejoras que correspondían a su madre, se efectuaron dos secuestros, uno preventivo y otro estando el juicio en marcha, y que Julio Loaiza pidió el levantamiento de ellos, pero abandonó sus empeños al no constituir la fianza correspondiente.

Que fue después de esto cuando Julio Loaiza ven-

dió la mitad de las mejoras al abogado Ospina Lozano.

Que éste y aquél son poseedores materiales de las mejoras que se trata de reivindicar. (Hecho éste que los demandados aceptan).

El Juzgado del Circuito de Calarcá desató la litis, no haciendo las declaraciones pedidas, y fundándose en la razón legal de falta de registro en el título o títulos presentados por el actor.

Mejorada la prueba, el Tribunal Superior de Pereira, según fallo de veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, revocó el del Juzgado y resolvió lo siguiente:

“Primero.—El señor Juan Loaiza es dueño de un lote de mejoras consistentes en sementeras de café, plátano y casa de habitación, ubicado en la fracción de ‘El Macho’, jurisdicción del Municipio de Pijao, delimitado así: ‘De la cuchilla mayor donde hay un mojón de piedra, línea recta a un caracolí (árbol); de aquí, línea recta, a la quebrada de ‘Las Pavas’; de ésta arriba a su nacimiento; de aquí, buscando una vega seca, hasta donde hay un mojón de piedra al pie de un árbol zurumbo; de aquí, a otro mojón de piedra que está en una puerta de trancas, en la cuchilla mayor, lindero con Belisario Sánchez y Aníbal Gutiérrez; cuchilla abajo, al mojón, punto de partida’.

“De este lote se excluye y no queda comprendido en la declaración de dominio, el lote de cafetal nuevo señalado en la inspección ocular de 19 de septiembre de 1947, folio 17, cuaderno número 10, con una edad de cuatro años, edad ésta de los cafetos que servirá para determinarlo y fijarle sus linderos.

“Segundo.—Los demandados señores doctor Jorge Ospina Lozano y Julio Loaiza están en la obligación de restituir las mejoras descritas en el numeral anterior, al señor Juan Loaiza, seis días después de la ejecutoria de este fallo.

“Tercero.—Los mismos demandados restituirán también al demandante Juan Loaiza los frutos naturales del referido predio, percibidos desde el 31 de mayo de 1946 hasta que se haga la entrega del inmueble, cuyo monto se fijará de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 553 del C. Judicial, excepción hecha de los frutos producidos por el lote que se excluye.

“Cuarto.—No se hace condenación en costas en ninguna de las instancias”.

Sobre esta sentencia del Tribunal se interpuso el

recurso de casación por ambas partes, y la Sala entra a hacer estudio del caso.

La sentencia recurrida

Es interesante analizar cuidadosamente la sentencia del Tribunal, antes de entrar en el estudio de los cargos contra ella, y adelantar algunas consideraciones en relación con las razones de esa sentencia.

En la demanda se reclaman todas las mejoras que existen en determinado lote de tierra; se opone el demandado, sosteniendo que las mejoras han sido plantadas por él; entran las dos partes en debate probatorio, la una para tratar de establecer que tales mejoras son debidas a su trabajo, y la otra buscando comprobación contraria; examina el Tribunal los conjuntos probatorios de los litigantes y llega a la conclusión de que cada uno tiene parte en las mejoras. De esta suerte, no hay en la sentencia sino dos órdenes de razonamientos, tendientes a establecer: a) por qué el actor tiene derecho a una parte de las mejoras; b) por qué al opositor es debida la otra parte.

A. — El derecho del actor:

Expone el Tribunal lo siguiente sobre la materia:

“En el caso que se estudia, el señor Juan Loaiza ha demostrado su carácter de dueño sobre las mejoras descritas en la demanda con las copias auténticas de la escritura número 847 de 1919 por la cual compró la mitad del fundo en cuestión con algunas mejoras de café, plátano, caña, casa de habitación y rastrojos, en común y proindiviso con la otra mitad que por el mismo instrumento público adquirió la señora Julia de su mismo apellido, y del acta de remate verificado el 20 de febrero de 1945 en el juicio de Juan María Loaiza contra su comunera cuya mitad sobre el mismo fundo le fue adjudicada al acreedor, y con dos certificados expedidos por la Registraduría de Calarcá el 24 de agosto y el 22 de noviembre de 1948.

“Con los referidos documentos ha establecido, pues, el demandante un título de dominio en su favor con posesión inscrita sobre las mejoras cuestionadas a partir de 1919; la posesión material ejercitada por los demandados sobre el inmueble descrito en el libelo fue reconocida expresamente en la contestación de la demanda; y con la última diligencia de inspección ocular practicada por el Juez del conocimiento en septiembre de 1947, se estable-

ció que el inmueble poseído por los demandados es el mismo que relacionan la escritura 847 mencionada, el acta de remate verificada en 1945 en favor de Juan Loaiza y la demanda, por donde se infiere que están cumplidos los requisitos de los artículos 946 a 951 del C. Civil y que tiene eficacia la acción de dominio y reivindicatoria propuesta.

.....
 “Entre las pruebas del actor, fue relacionada la escritura número 847 de 1919 en la cual consta que por esa época ya existían dentro del predio que Juan María y Julia Loaiza compraron a Aníbal Gutiérrez, algunas mejoras consistentes en casa de habitación y cultivos de café, plátano y caña, y los demandados aceptan este hecho en la contestación del libelo aunque agregan que los cultivos de café y plátano eran muy reducidos y que fueron abandonados por los compradores”.

Fuéra de esto, el Tribunal examina la prueba testimonial, muy nutrida por cierto, desecha un poco de declaraciones, y da fe a otro grupo numeroso del cual dice:

“Estos trece declarantes dignos de apreciación dan cuenta de que el predio materia de controversia cuando fue comprado en 1919 por Juan y Julia Loaiza, tenía ya mejoras agrícolas, casa de habitación y cerramientos; que Juan y Julia Loaiza, una vez adquirido, se dedicaron a mejorarlo con trabajo personal y mediante contratistas a quienes pagaron de su propio peculio la plantación de mejoras de café y plátano; que entre tales contratistas el principal y más destacado fue el señor Israel Mejía, a quien vieron durante muchos años sembrando y cultivando café y plátano; que Mejía (según su propia declaración) plantó por cuenta de Juan y Julia Loaiza —su cuñado y suegra respectivamente— unos seis mil árboles de café en desarrollo de contrato celebrado con Julia y Julio Loaiza, obrando este último como recomendado de la señora Julia; que el pago de estas plantaciones fue hecho parte en dinero que recibió de Juan y Julia y el resto en una cosecha de café, que subcontrató con Luis Monroy, y que las mejoras puestas por éste le fueron pagadas también por Juan y Julia Loaiza”.

De esta suerte, el Tribunal le reconoce derecho de dominio al actor sobre mejoras, basado en estas pruebas:

Escritura 847 de 1919;

Acta de remate verificado el 20 de febrero de 1945;

Dos certificados de registro en relación con aquella escritura y con esta acta; y

Trece declaraciones.

Si los demandados no aceptan las conclusiones del Tribunal, es decir, si no están de acuerdo en que con aquellas pruebas se establece el dominio del actor sobre unas mejoras, necesitan acusar la sentencia en relación con esas pruebas y demostrar que por su apreciación errónea se llegó a una conclusión favorable al actor, violándose así determinados textos legales. La argumentación y razones del Tribunal hay que atacarlas directamente y en su fondo; pues si así no se hiciera, y si esas pruebas se dejaran sin examen y sin crítica, la decisión del Tribunal tendría que quedar en pie por falta de cargo adecuado.

B.—El derecho de los opositores:

El Tribunal, después de examinar las pruebas aducidas por la parte demandada, y de desechar también un poco de declaraciones, dice lo siguiente:

“De las pruebas analizadas hasta aquí se concluye con facilidad que la parte demandante ha logrado establecer un mejor derecho que el demandado, sobre las mejoras que se disputan; pero si se tiene en cuenta el certificado de pago del impuesto predial y el certificado de la Caja de Crédito Agrario que acreditan operaciones de poseedor realizadas por Julio Loaiza, y algunas de ellas en asocio del demandante; y si se concede algún valor a la declaración de Jesús Marulanda (padre), la convicción del fallador se produce en el sentido de que algunas mejoras de las que cubren el lote discutido, han sido puestas por el demandado, mas sin que se sepa a ciencia cierta por las deficiencias de la prueba, desde qué época las plantó o las viene poseyendo, ni cuál es esa porción de mejoras en concreto.

“A corroborar tales indicios y a clarificar y cuantificar los efectos de dicha convicción, contribuyen, de una parte, la manifestación hecha por el actor en el hecho noveno del libelo presentado el 2 de agosto de 1946, en el sentido de que Juan y Julia Loaiza permanecieron en la finca hasta el mes de agosto de 1943, época en que Julio tomó la tenencia y administración del fundo en compañía, y comenzó a desconocer el dominio del demandante y su comunera, y de otra parte, la diligencia de inspección ocular practicada en 1947, en la cual se constató la existencia de un lote de mejoras (cafetal nuevo) de unos cuatro años de edad. En esta forma, tales mejoras nuevas, sin lugar a duda, fueron introducidas al predio por el demandado Julio Loaiza, y por tanto habrán de ser reconocidas en su favor”.

De esta suerte, el Tribunal define que su con-

vicción sobre el fundamento de la exclusión que se hizo en la parte resolutive de la sentencia, es decir, el cafetal nuevo, la formó de estas pruebas:

Certificado sobre pago de impuesto predial.

Certificado de la Caja de Crédito Agrario.

Declaración de Jesús Marulanda (padre).

Inspección ocular.

Fuéra de que el fallador encuentra otra prueba indiciaria en el hecho noveno de la demanda, según se vio.

Estima el actor que no se ha debido hacer aquella exclusión a favor del opositor? Como en el otro caso, es preciso atacar en casación las razones del Tribunal y las pruebas en que las funda. Este es el camino legal.

Y afirmando el derecho concedido a cada parte, dice el Tribunal lo siguiente, que está de acuerdo con las conclusiones a que llegó el pleito:

“Tienen, pues, eficacia la acción de dominio y la restitución pedidas en cuanto a las mejoras que cubren el predio determinado en la demanda, con exclusión del lote de cafetal nuevo señalado en la inspección ocular de 19 de septiembre de 1947 con una edad de cuatro años, y habrá por tanto, de revocarse la decisión de primera instancia, ya que en ella se absolvió a los demandados por ser deficientes las pruebas del actor; pero en esta segunda instancia fueron corregidas tales deficiencias”.

Hecha la anterior historia del fallo y las ligeras consideraciones que se han expuesto, la Sala entra en el estudio de los motivos de casación alegados por cada parte, principiando por los de la opositora, para seguir el orden en que fueron presentados a la Sala.

I. — Causales de los demandados

Invoca el recurrente opositor la causal primera del artículo 520 del C. C., y señala como violados los artículos 946, 950, 961 y 963, todos relacionados con la acción de dominio.

Para sustentar sus puntos de vista transcribe las razones que tuvo el Tribunal para hacer exclusión sobre una parte de las mejoras a favor del opositor, razones copiadas atrás, a fin de deducir de ellas que es errónea la conclusión a que llegó el Tribunal y decir que ha debido ser otra. Así se expresa, después de hacer examen de las pruebas que analizó el Tribunal como favorables a los demandados: “En presencia de esta situación jurídico procesal, la decisión en derecho no era la que contiene la parte resolutive del fallo, sino la negación de lo pedido en la demanda”. Y para rematar sus alegaciones, ex-

pone: “Con fundamento en todo lo expuesto, termino solicitando la infirmación del fallo recurrido para que en su lugar, y en función de instancia, se niegue lo pedido en la demanda, o se declare que no hay lugar a hacer en este proceso las declaraciones pedidas”.

El recurrente-opositor aspira a una negativa total de lo pedido en la demanda, pero sin que haya combatido las razones y pruebas de la sentencia recurrida sobre la declaración que se hizo a favor del actor. No habla de esas pruebas. No las menciona siquiera en su demanda. Esta se concreta a estudiar las pruebas que se tuvieron en cuenta para declarar que el demandado tiene derecho al cafetal nuevo, tratando de sacar de ellas conclusiones contra lo resuelto por el Tribunal en favor del actor, pero sin mencionar siquiera —cómo ya se dijo— las pruebas en que la sentencia fundamentó esa decisión favorable al demandante.

Tres cargos formuló el recurrente contra la sentencia, los tres con las mismas violaciones legales. El primer cargo se desarrolló a través de los apartes copiados atrás, frente a la letra B, que favorecen al demandado; y las pruebas citadas en esos apartes, y los apartes mismos, nada tienen que ver con las declaraciones y consideraciones probatorias hechas por el Tribunal a favor del actor, que se leen frente a la letra A. En el segundo cargo se refiere el recurrente a los certificados de la Caja Agraria y de la Tesorería, sobre impuestos, y a la declaración de Jesús Marulanda (padre), y dice que alega contra el fallo error manifiesto de hecho en la apreciación de esos elementos, pero sin necesidad de analizar las razones en que funda ese error, lo que se hará al examinar la demanda de casación del actor, es preciso expresar que tales elementos probatorios son extraños al asunto, porque ellos no fueron citados como razón para hacer declaración a favor de los demandantes. Se puede decir que los demandados están tomando las pruebas que ellos mismos presentaron, para enfrentarlas contra las pruebas del actor, que no examinan y ni siquiera mencionan. El tercer cargo se refiere a la indeterminación del cafetal atribuido a los demandados, pues dice: “Con referencia a esa plantación nueva de café, ni siquiera se expresa el número de árboles, ni su ubicación, ni se dice si están en terreno separado o se hallan confundidos con los demás cafetos. Tan sólo se les pretende distinguir por su edad aproximada de cuatro años”. Pero no advierte el recurrente-opositor que esta alegación debiera ser presentada por el actor contra la parte del fallo que favorece a aquél. El ataque del recu-

rente lo es contra esa parte de la sentencia que lo favorece, y no contra la parte que favorece al actor.

Como aditamento a su memorial de casación, dice el recurrente que para el caso de que no se infirme el fallo, lo acusa por violación directa del artículo 210 del C. Judicial, que él considera como sustantivo, el cual hace consistir en que como el demandante pidió más de lo debido, se le ha debido condenar en las costas que ordena el artículo en mención.

En los pronunciamientos de la sentencia sometida a estudio, se encuentra el siguiente: "No se hace condenación en costas en ninguna de las instancias". Ha sido doctrina invariable de la Corte no dar campo en casación a las cuestiones relacionadas con costas. "De manera uniforme y sin rectificación alguna a través de su larga jurisprudencia —dice un reciente fallo de casación— ha venido considerando la Sala que la cuestión relativa a la condenación en costas no puede ser materia que se debata y discuta en el recurso de casación, cuyo principal fin es el de rectificar cualquier agravio inferido a la ley sustantiva en su aplicación y uniformar la jurisprudencia nacional". (G. J. LII, pág. 775). Ha considerado la Corte que lo relacionado con costas es siempre cuestión adjetiva, y que son las cuestiones sustantivas las que obligan su atención y guían su competencia.

No prospera ninguno de los cargos del recurrente demandado contra la sentencia a estudio.

II. — Causal del actor

El recurrente-actor invoca la causal primera de casación, y dice que el Tribunal llegó a la conclusión de reconocer a los demandados un derecho a mejoras "por no haber apreciado en forma alguna la prueba de confesión del demandado Julio Loaiza, rendida en posiciones absueltas antes de la iniciación del juicio, el 6 de marzo de 1944; y por haber apreciado erróneamente —con error de hecho manifiesto— el certificado de impuesto predial, el certificado de la Caja Agraria y la declaración de Jesús Marulanda (padre) que le sirvieron de indicios para inferir de manera vaga que Julio Loaiza puso algunas mejoras de las existentes en el predio total del litigio".

Por el reconocimiento hecho por el Tribunal en favor de la parte demandada (el cafetal) y a lo cual se refiere el razonamiento de la sentencia transcrito atrás, estima el recurrente como violados, por error de hecho evidente y por error de derecho, los artículos 762, 764, 765, 768 y otros sobre

posesión, 946, 947 y otros sobre reivindicación, y algunos textos fiscales.

Ya se vio atrás frente a la letra B, que el Tribunal formó su criterio acerca del cafetal nuevo a que se refiere la parte resolutive de la sentencia, del certificado sobre pago de impuesto predial, del certificado de la Caja de Crédito Agrario, y de la declaración de Jesús Marulanda, de donde tomó indicios para afirmar "que algunas de las mejoras han sido puestas por el demandado". Y agrega el Tribunal: A corroborar tales indicios contribuyen la manifestación del actor en el hecho noveno de la demanda en el sentido de que Juan y Julio Loaiza permanecieron en la finca hasta agosto de 1943, época en que Julio tomó la tenencia y administración del fundo, y la diligencia de inspección ocular de 1947 en la cual se constató la existencia de un lote de mejoras (cafetal nuevo) de unos cuatro años de edad. "En esta forma —dice la sentencia— tales mejoras nuevas, sin lugar a duda, fueron introducidas al predio por el demandado Julio Loaiza".

Frente a esto, el recurrente actor divide sus alegaciones ante la Sala en dos cargos. En el primero hace examen de los certificados y de la declaración de Marulanda, citados atrás, y dice que el Tribunal llegó a la conclusión de que ese cafetal nuevo pertenecía a Julio Loaiza, porque no examinó las posiciones absueltas por éste antes del juicio, sino que examinó solamente otras posiciones en que el demandado niega todas las preguntas. Y examina también el recurrente dos preguntas de aquellas posiciones, para tratar de demostrar que no tiene fundamento la conclusión del Tribunal.

En el segundo cargo expresa el recurrente que el Tribunal consideró a los demandados como poseedores de buena fe, "porque no apreció en forma alguna la prueba de confesión de Julio Loaiza y porque apreció erróneamente las demás piezas del proceso relativas a la calidad de mero tenedor de la finca. Y entra a examinar las dos preguntas de las posiciones absueltas en 1944, y algunas declaraciones en que se dice que Julio Loaiza fue sólo administrador de la finca a nombre de Julia y Juan Loaiza hasta 1943, y después cambió por su propia cuenta el carácter de mero tenedor por el de poseedor y dueño que pretende serlo.

De esta suerte, el recurrente examina sólo algunas piezas probatorias de las consideradas por el Tribunal, sin tener en cuenta el total de elementos de convicción a que se refiere la sentencia, de manera que dejó sin examen algunos de esos elementos, lo que quiere decir que desde este punto de vista fallan las alegaciones del recurrente.

El Tribunal hizo mención de las posiciones absueltas por el demandado, sin especificar a cuáles se refería, y afirmó de ellas que aquél había negado las cuestiones que se le preguntaron. Sin duda que el Tribunal no encontró confesión alguna apreciable por parte del demandado acerca de que todas las mejoras hubieran sido plantadas por el actor. Este cree encontrar una prueba decisiva sobre que fueron él y su madre quienes plantaron todas las mejoras, en las respuestas dadas por el demandado a las preguntas primera y novena de unas posiciones, sin caer en la cuenta de que de un interrogatorio no se pueden tomar unas cuantas preguntas aisladas sobre determinado hecho, dejando sin análisis las restantes preguntas sobre el mismo hecho, que niegan en absoluto lo que se creyó afirmado en las preguntas aisladas. Tal es aquí el caso.

El recurrente, con base en las dos preguntas mencionadas, dice que "si el demandado plantó esa mejora, lo hizo como mero tenedor, a nombre de los dueños y poseedores Julia y Juan Loaiza, quienes lo habían dejado allí como administrador aparcerero".

Se le preguntó al demandado si su madre y hermano le entregaron el inmueble rural situado en la fracción de El Macho a título de administrador o arrendatario o aparcerero, y contestó: "Es verdad que me entregaron el lote de tierra, pero sin condición".

Le preguntaron si siempre ha reconocido a su madre y a su hermano Juan como dueños y poseedores del inmueble de que se trata, y contestó: "Es verdad".

No se puede sacar de estas contestaciones la conclusión de que determinadas mejoras fueron o no plantadas por el demandado; en cambio, éste es explícito y persistente al afirmar en el resto de las preguntas que él fue administrador del inmueble por su cuenta, que sobre éste ha tenido la posesión material, que ha pagado por su cuenta la instalación de mejoras y que las mejoras del inmueble le pertenecen. En esta respuesta queda sintetizada su afirmación sobre la materia: "Los preguntantes tienen la posesión inscrita pero yo soy dueño de las mejoras y tengo la posesión material". Y dice en otra parte de las mismas posiciones: "Estoy listo a entregar la finca cuando se me paguen las mejoras pues las planté a mis expensas".

Esto es terminante, e hizo bien el Tribunal en no tener como prueba a favor del demandante las po-

siciones que le sirven a éste para quejarse contra la sentencia.

El Tesorero de Pijao dice que Julio Loaiza ha venido pagando anualmente contribución predial y de caminos por concepto de una propiedad raíz ubicada en la fracción de El Macho, desde el año de 1924. Y es bien fundado el indicio del Tribunal tomado de este certificado acerca de que el demandado tiene parte en las mejoras.

El certificado de la Caja de Crédito Agrario de Calarcá dice que la institución hizo préstamos a Julia, Juan y Julio Loaiza sobre la finca El Macho en los años comprendidos entre 1941 y 1945; y con razón deduce el Tribunal como indicio que Julio tenía parte en las mejoras plantadas en esa finca.

También de la declaración de Marulanda pudo el Tribunal deducir un indicio a favor del demandado, pues aquél dice que durante mucho tiempo conoció en la finca a Julio Loaiza, quien plantó las mejoras de ella.

Agréguese a esto, sin que del caso haya hecho examen el recurrente, que en el hecho noveno de la demanda se afirma que el demandado vivió con su madre y con su hermano en el inmueble en cuestión hasta 1943, en lo cual el Tribunal encuentra racionalmente un indicio acerca de que el demandado tuvo participación en las mejoras.

De esta suerte, se repite: el Tribunal formó convicción sobre el caso en un conjunto de indicios que la Sala encuentra fundados, sin que contra esa convicción se alegue y presente con evidencia un error que demerita aquella prueba.

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 Pereira, de fecha veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. Pedro Castillo Pineda. — Rafael Ruiz Manrique. — Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA. — LA FUNDAMENTACION DE LA CAUSA DELAS ACCIONES EJERCITADAS, DEBE HACERSE EN LOS HECHOS, Y NO IMPORTA QUE EN LAS PETICIONES SE OMITA EXPRESAR LOS MOTIVOS EN QUE ELLAS DESCANSAN

1.— Precisamente porque en los hechos es donde se debe exponer la causa petendi de la cual se pretende deducir el derecho, al juzgador no le está permitido pronunciar fallo favorable con fundamento en hechos sustanciales no alegados en la demanda.

La fundamentación de la causa de las acciones ejercitadas debe hacerse en los hechos. No importa que en las peticiones mismas se omita expresar los motivos en que ellas descansan.

2.—Es a la parte interesada a quien corresponde formular los interrogatorios de manera que se satisfagan los requisitos requeridos para la validez de las declaraciones como prueba, y si bien es cierto que el juez está obligado a indagar la manera precisa como el testigo ha sabido los hechos, el descuido o simple pasividad del juez al recibir aquéllas, no sana los vicios y defectos de que lleguen a adolecer.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Ante el Juez de Circuito de Guatemala y por medio de apoderado, en libelo fechado el 4 de mayo de 1946 Arturo Camacho Bohórquez instauró acción reivindicatoria contra los esposos Tomás Garzón y Filomena Hernández, para que por los trámites de un juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones:

Primera.—Que la sucesión ilíquida del General Benigno Camacho y de su esposa Rosa Bohórquez, es dueña exclusiva del inmueble ubicado en la vereda de 'El Rincón', de la jurisdicción de Guayatá, o sea el mismo que ha sido alinderado en el aparte d) de esta demanda.

Segunda.—Que los demandados Tomás Garzón

y su esposa Filomena Hernández, carecen de derecho para poseer el terreno de que se viene hablando, por pertenecer a la sucesión ilíquida del General Benigno Camacho y de su esposa Rosa Bohórquez.

Tercera.—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a los demandados Tomás Garzón y Filomena Hernández, a restituir, dentro del término de tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que se profiera, a la sucesión ilíquida del General Benigno Camacho A y de la señora Rosa Bohórquez, representada hoy por sus hijos legítimos, entre los cuales figura mi poderdante señor Arturo Camacho Bohórquez, el terreno que se ha demarcado en la parte d) de esta demanda.

Cuarta.—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a los demandados Tomás Garzón y su esposa Filomena Hernández, a pagar a la sucesión ilíquida del General Benigno Camacho y Rosa Bohórquez, los frutos civiles y naturales de dicho terreno, desde que aquéllos entraron en posesión de él, o sea los que hubieran podido percibir con mediana diligencia y cuidado, previo avalúo pericial, o en la forma que determina el artículo 553 del C. J.

Quinta.—Que si los demandados Garzón-Hernández se oponen a esta demanda, sean condenados al pago de las costas del juicio".

En once hechos apoya el actor la demanda:

Primero.—El matrimonio de Benigno Camacho con Rosa Bohórquez. — *Segundo.*—El nacimiento del demandante Arturo Camacho B. como hijo legítimo de aquéllos. — *Tercero.*—La muerte de los esposos Camacho-Bohórquez. — *Cuarto.*—La ocupación material del terreno por los cónyuges Camacho-Bohórquez durante más de treinta años continuos. — *Quinto.*—La posesión pacífica del terreno durante ese tiempo, exteriorizada con actos de ver-

dadero dominio. — *Sexto.*—El despojo del terreno, perpetrado por Mercedes Rodríguez v. de Camacho y sus hijos nueve años atrás. — *Séptimo.*—La venta del terreno hecha por los despojadores a los demandados. — *Octavo.*—Los demandados ocupan el predio en cuestión desde hace nueve años y son los actuales poseedores. — *Noveno y décimo.* — Poseen de mala fe; y en tal calidad han percibido los frutos del inmueble y han dispuesto de ellos. — *Undécimo.*—Las sucesiones de Benigno Camacho y Rosa Bohórquez están sin liquidar”.

Los demandados negaron el derecho y los hechos invocados por el actor y propusieron las excepciones perentorias de falta de acción, petición de modo indebido y antes de tiempo, y prescripción ordinaria y extraordinaria de la acción instaurada.

El Juez del conocimiento declaró probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva del demandante.

Sentencia recurrida

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja puso fin a las instancias en providencia fechada el 2 de marzo de 1950, por medio de la cual revocó el fallo del inferior y en su lugar dispuso:

“*Primero.*—Niégase la primera petición de la demanda. En consecuencia, no se declare a la sucesión ilíquida de los cónyuges Benigno Camacho y Rosa Bohórquez dueña exclusiva del inmueble ubicado en la vereda de ‘El Rincón’, de la jurisdicción de Guayatá, descrito por su situación y linderos en el punto d) de la demanda.

“*Segundo.*—Como consecuencia de la anterior declaración, niéganse las peticiones segunda, tercera, cuarta y quinta de la misma demanda.

“*Tercero.*—Ordénase la cancelación del registro de la demanda. Por tanto, oficiése al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Guateque para que cumpla esta medida, con los insertos necesarios, en cuanto la presente sentencia quede en firme”.

El recurso

El apoderado del actor ha interpuesto recurso de casación invocando la causal primera del artículo 520 del C. J. A. continuación se extractan los apartes fundamentales de cada uno de los cuatro cargos que contiene la demanda de casación.

Primer cargo. Error de hecho.—Transcribe en primer término el recurrente los siguientes conceptos del Tribunal: “La primera petición de la demanda busca se declare a la sucesión ilíquida de los cónyuges Camacho y Bohórquez dueña del inmueble, sin determinar el título en cuya virtud se solicita tan trascendental medida. Se prescinde de invocar la prescripción extraordinaria como fuente del derecho cuya declaración se pide, limitándola al simple papel de hecho fundamental de la demanda. En parte alguna de esta pieza se menciona la prescripción como título del derecho de dominio que ha de declararse a favor de la doble sucesión”... “Y por encima de lo que se deja dicho y que tiene como respaldo el expediente y la doctrina y el simple sentido común, se encuentra la valla de no haberse propuesto la prescripción como título constitutivo de dominio o fundamento de la acción reivindicatoria. La fatal realidad de la pérdida de la posesión del fundo provocó la aventura de la primera petición de la demanda en pos del título de que se carece, olvidando que la prescripción adquisitiva se efectúa por ministerio de la ley en cuanto el inmueble se haya poseído durante el tiempo señalado por la ley en cada caso y que la posesión no se haya perdido de manera irremediable. Una sentencia de la Corte Suprema de 13 de diciembre de 1913, cuyo contenido doctrinal no ha sido modificado, dice: ‘Para que en la sentencia definitiva se declare que el demandante ha adquirido el dominio de alguna cosa a título de prescripción ordinaria o extraordinaria, es necesario que en la demanda se haya hecho mérito de tal título como razón, causa o derecho de la acción ejercitada. La alegación que a este respecto haga el demandante a última hora es improcedente’. (G. J. Tomo XXXI). La deficiencia por vaguedad o imprecisión de la prueba sobre la posesión del inmueble, y el haber omitido proponer en la demanda la prescripción extraordinaria de manera clara y expresa...”

A lo dicho por el Tribunal en los anteriores párrafos, el recurrente hace estos comentarios: “El fallador ha incurrido en error de hecho en la interpretación de la demanda al sostener que no se invocó la prescripción como fundamento de la acción incoada. Este error aparece manifiesto si se lee el texto de la demanda, de cuyo conjunto aparece nítidamente que la causa para pedir es la prescripción adquisitiva, si se tienen en cuenta los hechos de la misma, especialmente el señalado con la letra e) en el cual se dice que los cónyuges Benigno Camacho y Rosa Bohórquez de Camacho poseyeron el terreno de que se trata, con ánimo de se-

ñores y dueños, de manera quieta y pacífica, durante más de treinta años, ejercitando en él actos a que sólo dá derecho el dominio 'como talando los bosques, en él existentes en esa época, quemando, rozando todos los años, limpiando el terreno de las malezas, cultivándolo' con ganados y aprovechándose de sus frutos, no sólo naturales civiles durante todo ese largo lapso de que se ha hablado'. Aparte de esto, en los alegatos de las partes se reconoce que la acción incoada tiene su base en la prescripción. Y por si no bastara lo dicho aparece que contrariamente a lo que el Tribunal sostiene sin fundamento, dijo el apoderado del actor en su libelo inicial: 'Habiendo poseído los cónyuges Benigno Camacho A. y Rosa Bohórquez el inmueble en referencia durante más de treinta años, sin interrupción alguna y ejerciendo sobre él actos a que sólo dá derecho el dominio tal terreno les pertenece. Artículos 673 y 2532 y concordantes del Código Civil'. De suerte que como el Tribunal expresa como principal motivo para no acceder a la primera de las súplicas impetradas en la demanda el no haberse propuesto 'la prescripción como título constitutivo de dominio o fundamento de la acción reivindicatoria'; y está demostrado que sí se propuso, se ha incurrido en un notorio error de hecho, que condujo a la violación de los artículos 669, 673, 946, 947, 950, 952, 961, 964, 2518 y 2532 del C. Civil, los cuales dejó de aplicar siendo el caso de haberlos aplicado".

Segundo cargo. Errores de hecho y de derecho.—Expresa el demandante en casación: "Afirma el Tribunal que no se demostró que los cónyuges Camacho y Bohórquez hubieran poseído el fundo del litigio por el lapso de treinta años; se refiere en conjunto a los testimonios aducidos por el demandante, y dice: 'Si no es posible la determinación de la fecha en que fue ocupado el inmueble, al menos el mes debe concretarse. Pero si esto no es factible, entonces el año de la ocupación, porque sólo así podrá medirse el tiempo efectivamente transcurrido. Los testigos usan indiscriminadamente esta frase: 'Es cierto por constarme directa y personalmente, que los esposos general Benigno Camacho y Rosa Bohórquez poseyeron desde hace mucho más de treinta años los terrenos de *El Rincón*...'. 'Ninguna referencia a fecha, mes o año se encuentra tanto en relación con el comienzo de la ocupación material del fundo como en relación con su pérdida. Y sobre esta imprecisión no es posible aceptar como probada la posesión de los treinta años ni consumada la prescripción extraordinaria".

Añade (el Tribunal) que los testimonios se percibieron con violación o inobservancia de los principios que contienen los artículos 687 y 688 del C. J.; y concluye expresando que la deficiencia, por vaguedad e imprecisión de la prueba sobre posesión del inmueble, acarrea la absolución de los demandados respecto a la primera petición de la demanda.

Los anteriores conceptos del sentenciador los refuta el recurrente, así: "A.—Los testigos Victorio Ruiz (folios 3 a 4 del cuaderno 2), José del Carmen Gutiérrez Piñeros (folio 4 a 5, cuaderno 2), Justiniano Ruiz (folio 5 a 6 del mismo cuaderno), Teodoro Gutiérrez (11 y 11 v. mismo cuaderno), Domingo Piñeros (cuaderno 2, folios 3 y 13 v.), Juan Calderón (folios 13 y 13 v. mismo cuaderno), todos los cuales fueron trabajadores o arrendatarios del General Benigno Camacho y su esposa en la finca del litigio, deponen en forma conteste: 1º Que el General Benigno Camacho y su esposa poseyeron durante más de treinta años el terreno de que se trata, con ánimo de dueños, y que durante ese lapso ejercieron actos propios del dominio como cortar árboles, extraer maderas, sembrar, cercar con alambre, apacentar animales, arrendar a otras personas, etc.; 2º Que tales actos los ejecutaron hasta que fueron despojados violentamente por los hijos de Epaminondas Camacho y su madre Mercedes Rodríguez, quienes entregaron el fundo a los demandados en este juicio, Tomás Garzón y su mujer; 3º Que en el terreno se encontraban como arrendatarios del General Benigno Camacho y su esposa, a la época del despojo, entre otros, Gumerindo Alfonso, Rodolfo Novoa, Juan de Jesús Urrego y Baudilio Martín; 4º Que el despojo se consumó en el año de 1932, más o menos. Este último hecho lo afirman los deponentes Justino Ruiz, Teodoro Gutiérrez, Domingo Piñeros y Juan Calderón (folios citados).

El testigo de los demandados José del Carmen Páez dice a los fls. 4 v. a 5 del cuaderno 3, de primera instancia: "...Por el conocimiento que tengo me consta que el terreno materia de este pleito lo rozó o descumbró el General Benigno Camacho; luego los señores Camacho Rodríguez y la señora Mercedes le quitaron la posesión..."; y al folio 5 del cuaderno 6, de segunda instancia, el mismo testigo lo que se copia: "Benigno Camacho también poseía en ese entonces el terreno hoy llamado 'El Porvenir', luego después que murió Epaminondas los hijos le quitaron la posesión y entró la viuda Mercedes Rodríguez y luego sus hijos legítimos Aura Luz, Pedro Pablo, Luis Jorge, Gonzalo y Carlos

José Camacho Rodríguez a poseer dicho terreno sin saber si como dueños o como arrendatarios”.

Rodolfo Novoa, también declarante de la parte demandante, al folio 9º del cuaderno 6, al contestar el punto sexto del interrogatorio dice cuáles actos ejecutó Benigno Camacho como poseedor de los terrenos de que se trata; y de su lado Salomón Rodríguez (fl. 11 v. del mismo cuaderno), al contestar el punto cuarto, dijo: “Cuando yo conocí al citado terreno lo poseía parte Benigno Camacho y parte Epaminondas mientras éstos vivieron, luego después los hijos de Epaminondas le quitaron la posesión a los hijos de Benigno Camacho...”.

B) El Tribunal considera inexacto que se hubiera consumado el despojo contra el General Benigno Camacho y su mujer “según la demanda y los testigos del demandante”, porque aquél falleció en 1928; hace presente que los testigos manifiestan la edad que tienen, sin cubrir ninguno los setenta años; y en otro párrafo de la sentencia se lee sobre los mismos declarantes: “Algunos de ellos, quizá los más se refieren a hechos ocurridos cuando apenas frisaban en los seis o siete años”. Hay un incuestionable error de hecho en estas apreciaciones del fallador, el cual se demuestra así: En el hecho f) de la demanda se dice: “La posesión de dicho inmueble por parte de los cónyuges mencionados, fue quieta y pacífica, hasta que hace unos nueve años más o menos, que la señora Rosa Bohórquez fue despojada de manera violenta y clandestina de dicho inmueble, por Mercedes Rodríguez y sus hijos Camacho Rodríguez, los cuales de hecho ocuparon tal terreno y luego se lo entregaron a Tomás Garzón y a su esposa Filomena Hernández”.

Es decir, que si los esposos Camacho-Bohórquez poseyeron a la muerte del marido (1928) el cónyuge sobreviviente continuó poseyendo hasta 1932, más o menos, cuando Mercedes Rodríguez y sus hijos se apoderaron violentamente del predio; y de ahí que los testigos atrás mencionados relaten con toda veracidad que en este último año se verificó el despojo, estando en el inmueble los arrendatarios que allí se habían establecido por orden y cuenta de los esposos Camacho-Bohórquez, y cuyos nombres mencionan. En cuanto a los declarantes mismos existe la constancia de que para 1947 —época en que rindieron sus deposiciones, según se ve en el cuaderno 2 del expediente— José del Carmen Gutiérrez Piñeres (f. 4 a 5), tenía 58 años de edad, Justino Ruiz (f. 5 a 6), 61, Teodoro Gutiérrez (f. 11 y 11 v.), 57, Domingo Piñeros (f. 12 y 13), 60 y Juan Calderón (f. 13 y 13 v.) 60 años también, lo que implica que es infundado e inexacto que es-

tén refiriéndose a hechos ocurridos cuando simplemente tenían los seis o siete años de edad.

C.—E incurrió en error de derecho, por cuanto desestimó los antedichos testimonios bajo el pretexto de que no se ajustaron a las reglas de los artículos 687 y 688. Estas disposiciones son normas de conducta para el Juez, a las cuales puede ocurrir dentro de la oportunidad que en cada caso se le presente; de suerte que si los testigos depusieron en las circunstancias de autos conforme al interrogatorio que la parte les sometió, no dejan de tener toda su fuerza probatoria porque el funcionario que recibió el testimonio no hubiera hecho uso —porque lo consideró innecesario— de las disposiciones en referencia. Siendo concordantes las declaraciones aludidas respecto a los puntos objeto del interrogatorio (tiempo de la posesión por parte del General Camacho y su cónyuge, actos de dominio que realizaron, el despojo que sufrieron y la época en que éste se consumó), con ello se cumplieron cabalmente los presupuestos legales que le asignan el valor de plena prueba (artículo 697, C. J.) y así ha debido reconocerse por el fallador de segunda instancia. Por haber dejado de apreciar los testimonios mencionados en los puntos A y B de este capítulo, con los cuales se acredita plenamente la posesión del General Camacho y su esposa por más de treinta años y el despojo violento ejecutado por Mercedes Rodríguez y sus hijos, antecesores de los demandados, el Tribunal incurrió en un manifiesto error de hecho, el cual aparece mucho más inexplicable siendo así que el propio fallador reconoce expresamente el hecho del despojo, cuando dijo: “La fatal realidad de la pérdida de la posesión del fundo provocó la aventura de la primera petición de la demanda en pos del título de que se carece”.

A consecuencia de los enunciados errores de hecho y de derecho, los cuales han quedado debidamente comprobados, el Tribunal quebrantó los artículos 669, 673, 762, 772, 773, 774, y de modo especial el 946, 947, 950, 952, 961, 964, 2518 y 2532 del C. Civil, por haberlos dejado de aplicar, debiendo hacerlo; para la resolución del pleito”.

Estudio de los cargos

Por su estrecha conexión, se estudiarán conjuntamente los cargos primero y segundo, y luego el tercero y el cuarto.

Primero y segundo.—En el primer cargo se acusa la sentencia por error de hecho en la interpre-

tación del libelo de demanda, en razón de que el Tribunal consideró que no se había alegado la prescripción adquisitiva como modo de adquisición del dominio por los causantes del actor, representados por sus respectivas sucesiones ilíquidas.

Evidentemente, la apreciación que de la demanda hizo el Tribunal corresponde a un análisis parcial del libelo, circunscrito al *petitum*, sin relacionarlo con los fundamentos de hecho allí expuestos. La circunstancia de que al formularse la petición de declaración del dominio no se hubiera mencionado como su causa la adquisición por el medio extraordinario de la prescripción, no significa que ésta no haya sido el claro fundamento de la acción. Precisamente porque en los hechos es donde se debe exponer la *causa petendi* de la cual se pretende deducir el derecho, al juzgador no le está permitido pronunciar fallo favorable con fundamento en hechos sustanciales no alegados en la demanda.

La fundamentación de la causa de las acciones ejercitadas debe hacerse en los hechos. No importa que en las peticiones mismas se omita expresar los motivos en que ellas descansan.

En el caso presente, como muy bien lo observa el recurrente, aparece que en el hecho e) de la demanda se alega por parte de los esposos Camacho-Bohórquez la posesión durante más de 30 años del terreno en disputa, mediante los actos de explotación económica allí enumerados. Luego, en el encabezamiento de los "Fundamentos de Derecho", se agrega: "Habiendo poseído los cónyuges Benigno Camacho A. y Rosa Bohórquez el inmueble en referencia, durante más de treinta años, sin interrupción alguna y ejercitando sobre él actos a que sólo dá derecho el dominio, tal terreno les pertenece (artículos 673 y 2532 y concordantes del Código Civil)".

No existe, pues, la menor duda de que la acción se fundamentó en la adquisición de tal dominio por los cónyuges Camacho-Bohórquez, mediante prescripción por posesión quieta y pacífica durante más de treinta años. Interpretar de otra manera la demanda, equivale a aislar las peticiones de sus fundamentos de hecho y de derecho, lo que peca contra todas las normas de hermenéutica jurídica. La demanda debe interpretarse en su conjunto, de manera lógica, en forma de hacer valer la intención claramente expuesta en su contexto general.

El error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda, se encuentra, por tanto, establecido. Sería esto motivo suficiente para casar la sentencia recurrida, de no suceder que el Tribunal, no obstante haber hecho las comentadas afirmaciones,

entró al estudio de la prueba de la posesión y resolvió efectivamente sobre la pretensión de adquisición del dominio por prescripción extraordinaria. En consecuencia, el aludido error en la interpretación de la demanda no fue determinante del fallo negatorio del Tribunal.

Es necesario, pues, estudiar el cargo segundo, en el cual se ataca la sentencia en lo relativo a la apreciación de la prueba de la posesión por los causantes del actor. De no existir motivo de casación fundado en este motivo, el cargo primero dejaría de tener importancia en atención a las razones expuestas. Ello es así, pues de ninguna manera podía el Tribunal fallar el juicio en sentido favorable al demandante, sin que la prueba de esa posesión, por el lapso y en la forma requeridos en la ley, apareciera en los autos.

El Tribunal consideró que las declaraciones de testigos traídos al juicio no eran suficientes para acreditar, de manera fehaciente, la posesión ejercida por los esposos Camacho-Bohórquez durante treinta años, como mínimo. Para estimarlo así tuvo en cuenta que los testigos no mencionaron la fecha desde la cual les constaba tal posesión, ya que se limitaron a manifestar que ocurrió "durante más de treinta años"; que la edad de los declarantes no justificaba que pudieran constarles de modo cierto los hechos constitutivos de tal posesión por treinta años; que no explicaron suficientemente sus respuestas para el efecto de que aparecieran fundamentadas debidamente; que ni siquiera se estableció el año en que se inició la posesión; que ninguno de los declarantes citó el año, al menos, en que personalmente empezó a conocer los hechos constitutivos de esa posesión, y que por tanto no se cumplieron las formalidades que para la recepción de testimonios establecen los artículos 687 y 688 del C. J.

Contra las anteriores razones alega el recurrente que los testigos Ruiz, Gutiérrez, Piñeros y Calderón, depusieron contestes sobre estos puntos: que los esposos Camacho-Bohórquez "poseyeron durante más de treinta años el terreno de que se trata"; que ejecutaron actos de explotación económica hasta que fueron despojados violentamente por los hijos de Epaminondas Camacho y la madre de éstos; que los testigos se encontraban en el terreno mismo, como arrendatarios, en la época del despojo. Pero precisamente son éstos los testimonios que con sobrada razón critica el Tribunal en su sentencia, sin que el recurrente demuestre en forma alguna que las apreciaciones del juzgador constituyan un error de hecho manifiesto. Y en cuanto a las declaraciones de los testigos de la parte demandada señores

José del Carmen Páez y Rodolfo Novoa, apenas contienen la afirmación de que el General Benigno Camacho poseyó el inmueble, pero nada dicen del tiempo en que esa posesión tuvo lugar ni desde cuándo les consta que hubiera comenzado.

Por otra parte alega el recurrente que el Tribunal incurrió en error al afirmar que es inexacto que el despojo hubiera ocurrido contra el General Camacho porque éste había muerto en el año de 1928. En la demanda se advierte que muerto éste su viuda continuó en posesión. Es decir, en realidad se trata de una cuestión de simple redacción, pues en el fondo el Tribunal y el recurrente están de acuerdo en que no hubo despojo contra el General Camacho, ya que éste había fallecido cuando aquel hecho pudo haber ocurrido.

Respecto a la edad de los testigos, alega el recurrente que Gutiérrez Piñeros tenía al tiempo de rendir declaración 58 años, Justino Ruiz 61, Teodoro Gutiérrez 57, Domingo Piñeros 60, y Juan Calderón 60 también. Esto indica que si en 1947 tenían esas edades, en 1932 —fecha en que se alega haber ocurrido el despojo como lo afirman los mismos deponentes— tenían quince años menos, o sean 42, 43 y 45 años respectivamente.

Por tanto, la posesión de más de treinta años para atrás de que hablan, se habría iniciado cuando tenían menos de 12, 13 y 15 años.

Pero el Tribunal no se refirió a estos testigos, pues dijo refiriéndose a todos en general: “algunos de ellos, quizá los más, se refieren a hechos ocurridos cuando apenas frisaban en los seis o siete años de edad”. Y el recurrente no demostró que tal afirmación fuera inexacta, es decir que algunos de los testigos no tuvieran esa edad al iniciarse la pretendida posesión de treinta años.

Además, quedan en pie las otras razones expuestas por el Tribunal, cuya inexactitud el recurrente no demostró en forma evidente.

Por último, alega el recurrente que hubo error de derecho al desestimar los testimonios mencionados bajo pretexto de que no se ajustaron a las reglas de los artículos 687 y 688 del C. J., porque, en su concepto, si los testigos responden el interrogatorio tal como se les formula, y las declaraciones quedan deficientes u oscuras, la culpa es del funcionario que no hace cumplir los requisitos de que tratan aquellas disposiciones legales. Pero no explica el recurrente la razón de su tesis, ni cuál sea el alcance verdadero de tales textos. Considera la Sala que es precisamente a la parte interesada a quien corresponde formular los interrogatorios de manera que se satisfagan los requisitos requeridos para

la validez de las declaraciones como prueba, y que, si bien es cierto que el juez está obligado a indagar la manera precisa como el testigo ha sabido los hechos, el descuido o simple pasividad del juez al recibir aquéllas no sana los vicios y defectos de que lleguen a adolecer.

No aparecen demostrados, pues, los cargos que se analizan.

Opina la Sala que el Tribunal obró acertadamente y conforme a una sana crítica de la prueba al exigir que aparezca demostrado plenamente por lo menos el año en que se inició la prescripción adquisitiva, y que los testigos expliquen desde qué fecha y por qué razones de tiempo, modo y lugar les consta que existió esa posesión.

Se rechazan los cargos.

Tercer cargo. — Errores de hecho y de derecho.

“Afirma el Tribunal que los cónyuges demandados fundan su oposición a la demanda no sólo en la posesión material del inmueble, sino en dos títulos títulos escriturarios, cuyas copias introdujeron regularmente al juicio, y a este propósito cita las escrituras públicas 167 de 5 de marzo de 1937, de la Notaría 2ª de Guateque, y 169 de 15 de julio de 1936, extendida en la Notaría de Guayatá, y agrega: “De la inspección pedida por el apoderado de Garzón en esta instancia se obtuvo la certeza de que el inmueble materia de la demanda y que los demandados poseen, forma parte del terreno llamado ‘El Porvenir’. Con esto el sentenciador ha cometido los siguientes errores de hecho, que resultan evidentes en la causa, a saber:

a) A los folios 18 a 20 y 21 a 24 del cuaderno 1, se encuentran las escrituras mencionadas —167 de 1937 y 169 de 1936—, y de acuerdo con la primera de las cuales Paulina Pinto v. de Martínez vendió a Filomena Hernández un lote de terreno en la vereda ‘Rincón Arriba’, jurisdicción de Guayatá, por los linderos que en el mismo instrumento se señalan; y, conforme a la última Mercedes R. de Barreto y otros venden a Filomena Hernández de Garzón los derechos y acciones que les correspondan en un terreno, situado en la misma vereda ‘Rincón Arriba’, de la jurisdicción mencionada.

“De suerte que por medio de los anteriores títulos ningún dominio adquirió el demandado Tomás Garzón, y por eso es errónea la apreciación del Tribunal respecto a tales instrumentos; y, como lo acredita el certificado del Registrador de I. Públicos y Privados visible a f. 22, cuaderno número 6, tampoco adquirió con posterioridad a las escrituras públicas que se dejan relacionadas, luego no existe

la menor duda de que el Tribunal se equivocó lamentablemente al atribuir a Tomás Garzón la calidad de poseedor inscrito del predio en litigio con base en los referidos instrumentos.

"b) A solicitud de los demandados se practicó, con el auxilio de peritos, una inspección ocular en la segunda instancia del juicio, la cual figura al f. 13 del cuaderno 6º, y de allí aparece: que el terreno que posee Filomena Hernández de Garzón y cuya demarcación dan los peritos, linda por uno de sus lados con tierras de Tomás Garzón; y que tal demarcación no coincide sino en parte con la escritura inserta en el anterior despacho pero sí se estableció que dicho terreno forma parte del terreno llamado 'El Porvenir'. La escritura a que se refieren los peritos es la número 167 de 1937 que se reprodujo en el despacho librado por el Tribunal al Juez Municipal comisionado, conforme aparece en el folio 6 y s. del mismo cuaderno, lo que quiere decir que el lote que se dice adquirido por la escritura 169 de 1936 no fue materia de identificación alguna, y de ahí que resulte temeraria la certeza adquirida por el Tribunal respecto a que 'El inmueble materia de la demanda y que los demandados poseen, forma parte de 'El Porvenir', pues lo que los peritos afirmaron y lo que consta en tal diligencia es una cosa enteramente distinta a lo que el Tribunal dá por comprobado.

"c) Es un hecho indiscutible que no existe coincidencia entre el predio ocupado por Filomena Hernández de Garzón y el descrito en la escritura 167 de 1937, como se comprueba comparando la descripción contenida en este documento con la que arroja la prueba de inspección ocular practicada a petición de los demandados (folio 13 del cuaderno número 6). Y es otra verdad procesal irrefutable que el terreno materia de la demanda, el cual se describe en el hecho d) del libelo inicial y que fue debidamente identificado por medio de la diligencia de inspección ocular visible a los folios 16 y 16 v. del cuaderno número 2, tiene una alinderación distinta a la que aparece de la tantas veces citada escritura 167 de 1937, por lo que forzoso es concluir que ese título no puede amparar la posesión de Filomena Hernández de Garzón en el fundo objeto de la reivindicación. Véanse, para compararlos, los linderos señalados en el hecho d) de la demanda y su correspondiente identificación en la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia (folios 16 y 16 v., cuaderno 2); y de otro lado, los indicados en la escritura 167 de 1937 (folios 18 a 20 del cuaderno 1) y se encontrará la evidencia de que el Tribunal incurrió en imperdonable yerro al afir-

mar que los terrenos de la demanda son los mismos que los demandados poseen por haberlos adquirido según los títulos escriturarios por ellos aducidos, o sean las mencionadas escrituras públicas 167 de 1937 y 169 de 1936.

"d) No se puso en conocimiento de las partes el dictamen de los peritos que concurren a la diligencia de inspección ocular verificada en la segunda instancia del juicio (f. 13, cuaderno número 6), desconociéndose así el mandato del artículo 719 del C. J. e incurriéndose por el fallador en error de derecho al apreciar dicho dictamen como prueba, y dar por cierto con base en ella que el inmueble de la demanda y que los demandantes (sic) posee, forma parte del terreno llamado 'El Porvenir'. Como consecuencia de los errores de hecho y de derecho manifiestos que se dejan comprobados, se han quebrantado las siguientes disposiciones: 'los artículos 764 y 765 C. C. al haberlos aplicado indebidamente en cuanto con base en ellos se absolvió a los demandados considerándolos poseedores regulares del predio cuyo dominio se disputa; y, además los artículos 669, 673, 946, 950, 952, 961, 964, 2518 y 2532 ibidem porque dejaron de aplicarse siendo pertinente su aplicación'".

Cuarto cargo. Error de hecho.—Transcribe el recurrente las siguientes apreciaciones del Tribunal: "Los testigos de la segunda instancia emitidos y recibidos (sic) casi con sujeción a las reglas de las disposiciones adjetivas ya mencionadas constatan: que el lote adquirido por Filomena Hernández, según el contrato relacionado en la escritura 167 de 1937, comprende el que es objeto de la acción propuesta; que este lote fue adquirido por Epaminondas Camacho, de cuyo poder pasó por muerte, a su esposa Mercedes Rodríguez y a sus hijos: que la posesión la ejercieron los Camachos y la ejercen los demandados por medio de actos materiales, como 'cercar, desmatar, desmontar, formar potreros, cultivar haba, maíz, alverja y otros víveres, pagar impuesto predial, cosechar y apacentar animales y arrendar también'. Debe tenerse en cuenta que los Camacho Rodríguez fueron los vendedores de derechos en el fundo 'El Porvenir' a favor de Filomena Hernández según la escritura 169 de 1936'. Del acervo probatorio procurado por los demandados resulta que no sólo son poseedores materiales del inmueble, sino dueños absolutos por título inscrito. Que por medio de dicho título adquirieron cuerpo cierto y determinado, como lo es el lote materia de la litis'. Conclusión: *Segunda.* — Los demandados probaron ser poseedores regulares de ese fundo y sus legiti-

mos dueños por título inscrito' elementos constitutivos de la propiedad plena".

El recurrente comenta así los conceptos y conclusiones del Tribunal: "a) Ya se vio en el cargo anterior cómo el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al atribuir a Tompas (sic) Garzón la calidad de poseedor inscrito con base en la escritura 167 de 1937 y 169 de 1936, siendo así que nada adquirió conforme a estos instrumentos, error en que ahora insiste, según lo que acaba de transcribirse. Si bien es cierto, que Filomena Hernández, uno de los demandados, y de ninguna manera Tomás Garzón adquirió un lote de terreno de acuerdo con la escritura 167 de 1937, es de la misma manera evidente que los *derechos* y *acciones* que a cualquier título corresponda a los enajenantes, es decir todo lo contrario del cuerpo cierto y determinado que el Tribunal, equivocándose manifiestamente le atribuye con desconocimiento del contenido de la expresada escritura 169, cuyo texto puede leerse a los folios 21 a 24 del cuaderno número 1.

"b) Igualmente yerra en forma ostensible el sentenciador al sostener que con las declaraciones aducidas por los demandados se comprueba que el predio adquirido por Filomena Hernández y descrito en la escritura 167 de 1937 es el mismo cuya restitución fue demandada. No lo dicen tales declarantes, y aún si lo expresaran así su afirmación estaría contradicha con la prueba de inspección ocular (f. 13 del cuaderno 6) practicada a solicitud de los demandados y, además con la descripción contenida en el hecho d) de la demanda, que no corresponde ni coincide con la alinderación de la expresada escritura 167.

"c) Y en cuanto a los actos de posesión por parte de Mercedes Rodríguez y sus hijos, antecesores de los demandados no sólo existe la prueba que arrojan los testimonios de Victorio Ruiz, José del C. Gutiérrez Piñeres, Justino Ruiz, Teodoro Gutiérrez, Domingo Piñeres, Juan Calderón (folios 3 a 13 del cuaderno 2) y José del Carmen Páez (f. 4 y 5 v. cuaderno 3) respecto al despojo que ejecutaron los referidos Mercedes Rodríguez y sus hijos contra la señora Bohórquez de Camacho, sino que con las deposiciones de los testigos presentados por los propios demandados en forma alguna se han acreditado los hechos que el Tribunal dá por probados, y así aparece: Todos los deponentes (Matías Gutiérrez Piñeres, f. 8 y 8 v., Rodolfo Novoa, f. 9 y 10, Rosendo Gaitán, f. 10 v. y 11, y Salomón Rodríguez, cuyas declaraciones aparecen en el cuaderno 6), dicen que no les consta que Mercedes Rodríguez y sus hijos hubieran poseído como dueños o arrenda-

tarios de otras personas el terreno de que se trata. A esto se agrega que Roselino Gaitán (f. 10 v. y 11) y Belisario Gaitán (f. 12) declaran por haberlo oído a otras personas; y que los testigos José del Carmen Páez, folio 5, Rodolfo Novoa, f. 9 y Salomón Rodríguez, f. 7, declaran sobre el hecho de la posesión que mantuvieron al General Camacho y su mujer, así como sobre el de haber sido despojados por al citada Mercedes Rodríguez y sus hijos. Ha incurrido pues, el Tribunal en error de hecho manifiesto al apreciar el contenido de las escrituras 167 de 1937 y 169 de 1936, así como el testimonio de los declarantes citados en este capítulo, error que trajo como consecuencia la violación de los artículos 764 y 765 C. C., por indebida aplicación al absolver a los demandados teniéndolos como poseedores regulares, y por otra parte de los artículos 669, 673, 946, 947, 950, 952, 961, 964, 2518 y 2532 de la misma obra por haberlos dejado de aplicar".

Se estudia:

El cargo tercero ataca el análisis que hizo el Tribunal de la prueba de los demandados opositores. Pero como resulta que para justificar la petición primera de la demanda la parte actora no demostró la posesión durante el lapso legal que le hiciera producir los efectos prescriptivos, el rechazo de la demanda era indispensable. Ante tal situación el análisis de aquella prueba es secundario, pues su resultado no podría cambiar el sentido del fallo.

La acción reivindicatoria contra los demandados tenía como fundamento sustancial, la declarativa de dominio por prescripción, como es obvio. De manera que aquélla debía rechazarse necesariamente, al no prosperar ésta, sin que fuera necesario estudiar la prueba de la posesión alegada por los demandados.

Por las mismas razones carece de importancia la crítica que el recurrente formula al examen de la diligencia de inspección ocular, hecho en la sentencia.

El cargo cuarto contiene una censura a la afirmación del Tribunal de que los demandados no solamente probaron ser poseedores regulares, sino legítimos dueños por título inscrito, del terreno en disputa. Alega el recurrente, con razón, que cosa distinta es comparar derechos y acciones, a comprar pleno dominio de un inmueble, y que Filomena Hernández adquirió lo primero, y no lo segundo, por la escritura 169 de 1936. Pero esto carece de efectos en casación, por la razón expuesta de que no habiendo prosperado el cargo contra la apreciación de la prueba de la posesión como causa de prescrip-

ción adquisitiva, el examen de la prueba de los demandados no puede alterar el fallo. Y por esto mismo tampoco son atendibles, como medios de casación, los reparos que se hacen en los ordinales b) y c) de este último cargo, al estudio de la prueba de tales demandados.

No prosperan los cargos.

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 del

Tribunal Superior de Tunja, proferida en el juicio ordinario seguido por Arturo Camacho Bohórquez contra Tomás Garzón y otros, el dos de marzo de 1950.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiase, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez.
Pedro Castillo Pineda. — Rafael Ruiz Manrique. —
Hernando Lizarralde, Secretario.

EL FACTOR NO PIERDE SU CALIDAD DE TAL POR EL HECHO DE QUE NO SE LE CONFIERA EL PODER ESPECIAL DE QUE TRATA EL ARTICULO 453 DEL CODIGO DE COMERCIO. — ESTE PODER ESPECIAL NO ES PRECISO QUE SE OTORQUE POR ESCRITURA PUBLICA.—LOS FACTORES DE COMERCIO NO NECESITAN DE PODER ESCRITO PARA DESEMPEÑAR EL CARGO.

1.—El mandato comercial, al igual que el civil, no es de suyo un contrato solemne sino eminentemente consensual, que inclusive se perfecciona aún por la aquiescencia tácita de una persona, a la gestión de sus negocios por otra, según lo enseña el artículo 2149 del Código Civil, aplicable a toda clase de mandato. En consecuencia, el factor, que es un verdadero mandatario del dueño del establecimiento mercantil o fabril cuya administración se le encomienda, no pierde su calidad de tal por el hecho de que no se le confiera el poder especial de que habla el artículo 453 del Código de Comercio, pues entonces goza de la integridad de las facultades que le otorga el artículo 454 ibidem.

2.—El error de hecho o de derecho, aún en el caso de que se demuestre, no es por sí causal de casación. El motivo a que se refiere el numeral 1º del artículo 520 del C. J. es el de violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse como consecuencia de alguno de esos errores.

3.—La cesión del contrato de arrendamiento, cosa distinta del sub-arrendamiento, no puede hacerse sin la autorización o la concurrencia del arrendador, porque esta convención, como todas las bilaterales, es fuente de derechos y obligaciones, de créditos y de deudas, de manera que el desplazamiento jurídico de la parte arrendataria, con la consiguiente extinción de las garantías, no puede lograrse sino con la colaboración de quienes fueron parte en el contrato original; pero, de esto lo que es dable deducir es que la cesión no autorizada por el arrendador no dá lugar a relaciones respecto de él, pero sin perjuicio desde luego de que nazcan todas las obligaciones que legalmente se generan en el contrato del arrendatario ce-

dente y el tercero cesionario, las cuales, si no pueden cumplirse, dan lugar a las consecuencias ordinarias del incumplimiento contractual.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero veinte y cinco de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Francisco Ordóñez Llanes demandó en juicio ordinario a la sociedad anónima "Fábrica de Galletas y Confites Noel", domiciliada en Medellín, representada por su gerente Jesús Ramírez Jhons, y, en subsidio de ésta, a Antonio Uribe, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que la Fábrica de Galletas y Confites Noel, sociedad anónima con domicilio principal en Medellín, o en subsidio el señor Antonio Uribe, debe restituir a mi poderdante, dentro del plazo que usted señale, la suma de mil pesos (\$ 1.000.00) moneda legal, con sus intereses legales a partir del cinco (5) de septiembre de 1946 y hasta el día del pago.

"Segunda.—Que la misma Fábrica de Galletas y Confites Noel, sociedad anónima, con domicilio principal en Medellín, o en subsidio el señor Antonio Uribe, debe pagar a mi poderdante el valor de todos los perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente) originados por el incumplimiento de un contrato de cesión, a título oneroso, del arrendamiento de un local situado en esta ciudad, perjuicios que ascienden a la cantidad de siete mil pesos (\$ 7.000.00), o en subsidio la que se establezca durante el litigio, o en la ejecución del fallo, por los medios probatorios adecuados.

"Tercera.—Que la misma Fábrica de Galletas y Confites Noel, sociedad anónima domiciliada principalmente en Medellín, o en subsidio el señor An-

tonio Uribe, deben pagar a mi poderdante las costas de este litigio en caso de oposición".

Se afirma en la demanda que "entre el señor Francisco Ordóñez Llanes y el señor Antonio Uribe se celebró un convenio, en virtud del cual este último cedía al primero, mediante el pago de una prima de mil pesos, el local que, arrendado por García Cadena y Compañía ocupaba la agencia de la Fábrica de Galletas y Confites Noel en la calle 35, número 16-14 de esta ciudad.

"Concertada la cesión Ordóñez Llanes quiso obtener la seguridad elemental de que el referido contrato se iba a celebrar con la aquiescencia de los arrendadores; pero ante la garantía verbal que Uribe le expuso de que éstos no se opondrían, le entregó la cantidad convenida de un mil pesos, suma que fue girada por el cesionario a favor de la Fábrica, mediante el cheque número 62281 que el contratante cobró en la Agencia del Banco Comercial Antioqueño de la ciudad de Cúcuta. De la entrega y recibo de este dinero existe constancia en el expediente, suscrita por el demandado Uribe.

"Así las cosas, ocurrió que la Fábrica no pudo cumplir el contrato, debido a que García Cadena y Compañía se negaron a aceptar la cesión y, en cambio, arrendaron el local a la agencia de Coltejer, incidente que dio origen a las previsibles reclamaciones del cesionario.

"Tales reclamaciones fueron inicialmente dirigidas al señor Antonio Uribe, pero como éste no dio la respuesta oportuna, se le formularon directamente a la Fábrica en Medellín, en donde, a su turno, pidieron al demandante se siguiera entendiendo con el señor Uribe, que era quien había intervenido en la negociación.

"Así lo hizo Ordóñez Llanes, por intermedio del apoderado Víctor Espinel Blanco, sin resultados satisfactorios, pues desde un principio y a través del juicio, el señor Antonio Uribe ha venido alegando que el convenio de cesión había quedado sujeto al evento de que García Cadena y Compañía dieran su asentimiento. Esta afirmación de la parte demandada se califica en el libelo como un hecho exceptivo que debe ser probado en juicio".

Asegura el actor que del fracaso a que se ha hecho mención se originaron para él los perjuicios económicos que relata en la demanda, por concepto de daño emergente y lucro cesante.

Tramitado el juicio con oposición de los demandados el Juez Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, lo decidió en sentencia de 10 de febrero de 1949, por lo que resolvió, en resumen, que la sociedad demandada no tiene por qué comparecer

al litigio; declaró resuelto el contrato de cesión de arrendamiento y condenó al pago de perjuicios al demandado Antonio Uribe.

Por apelación concedida a ambas partes, subió el negocio al Tribunal Superior de Bucaramanga, el que en sentencia de 7 de noviembre de 1949, revocó la apelada y en su lugar resolvió:

"*Primero.*—Declárase resuelto el contrato de cesión de un arrendamiento celebrado entre el demandante señor Francisco Ordóñez Llanes, varón, mayor de edad y vecino de Pamplona y la persona jurídica denominada 'Fábrica de Galletas y Confites Noel', domiciliada en Medellín y legalmente representada en esta ciudad por su factor señor Antonio Uribe, y como consecuencia de tal resolución, se le condena a restituir al demandante señor Ordóñez Llanes, dentro de los diez días siguientes al de la ejecutoria del presente fallo, la cantidad de mil pesos (\$ 1.000.00) que recibió la entidad demandada, como precio del contrato de que se trata.

"*Segundo.*—Condénase a la Fábrica de Galletas y Confites Noel a pagar al demandante Ordóñez Llanes, por concepto de indemnización y dentro del término señalado en el punto anterior, los intereses legales devengados por la cantidad de mil pesos de que allí se trata, desde el 5 de septiembre de 1946, hasta el día en que el pago se realice.

"*Tercero.*—Condénase en abstracto, a la Fábrica de Galletas y Confites Noel a pagar al señor Francisco Ordóñez Llanes, a manera de indemnización de perjuicios, y por concepto de daño emergente y lucro cesante, las sumas que, en razón de los diversos puntos tratados en la anterior parte motiva, se liquiden en el trámite de la ejecución de la sentencia, mediante el procedimiento señalado para el efecto por el Capítulo I del Título XV, Libro 2º del Código Judicial.

"Sin costas en ninguna de las instancias".

A los litigantes se les concedió el recurso de casación, pero el otorgado al demandante fue declarado desierto en providencia de esta Sala de 18 de junio de 1951, por lo cual hoy sólo se decide el interpuesto por el demandado.

La demanda de casación consta de cuatro capítulos y en el primero de ellos titulado "Responsabilidad de la Fábrica de Galletas y Confites Noel", el recurrente transcribe parte de la sentencia del Tribunal y expresa que en primer término debe esclarecerse si Antonio Uribe tenía con respecto de aquella la condición de factor que le asigna el fallo o la

de simple dependiente, con cuyo fin copia lo que sobre el particular estatuye el artículo 435 del Código de Comercio y dice: °

“Si de acuerdo con la citada disposición legal para que una persona tenga la condición de factor es indispensable que se le haya encomendado la administración de un establecimiento mercantil o fábrica, o de una parte de él, se tiene que al señor Antonio Uribe no se le ha encomendado ni en todo ni en parte la administración de los negocios a que está dedicada la Fábrica, pues simplemente, y en esto no hay discusión, se le designó como vendedor de los productos elaborados por la empresa en la ciudad de Bucaramanga, sin otorgarle parte alguna de la administración de ella, pues si bien es cierto que se le denomina agente, esta denominación no le otorga en manera alguna, ni en todo ni en parte, como ya se dijo, la administración de la empresa, sino que, como todos los agentes vendedores, es simplemente *dependiente* para el solo y exclusivo objeto de vender sus productos; condición ésta del señor Uribe que encuadra de manera perfecta en el último inciso del citado artículo 435, razón por la cual el señor Antonio Uribe carecía de poder de la empresa para comprometerla en operaciones o negocios diferentes de los de la simple venta de sus productos en la ciudad de Bucaramanga; pues el hecho de que llevara en el Banco Comercial Antioqueño de esa ciudad una cuenta corriente, cuenta que tanto impresionó al Tribunal, no le dá el carácter de representante de la empresa, pues esta cuenta corriente se refiere exclusivamente al movimiento de dineros provenientes de la venta de los artículos y nada más. Investir al señor Uribe del carácter de *factor* de la mencionada fábrica, como lo ha hecho el Tribunal en la sentencia que acuso, en vez de darle su verdadera condición de *dependiente*, implica por parte del Tribunal una errada interpretación y aplicación del artículo 435 del Código de Comercio en cuanto equivocadamente aplicó dicha disposición en forma diametralmente opuesta a la que jurídicamente corresponde al caso propuesto, que es sencillamente, la de situar la condición del señor Uribe en la clase que establece la parte final de dicha disposición, o sea dándole el carácter de factor, cuando su verdadera condición es la de dependiente; por lo cual acuso esta sentencia, en la parte a que me refiero, por interpretación errónea del artículo 435 y por aplicación indebida del mismo artículo, siendo ésta la primera causal de casación que invoco.

“El artículo 435 del C. de Co. establece una norma de conducta tanto para los factores como para

los dependientes cuando les obliga a contratar siempre a nombre de sus patronos, y a expresar en la antefirma de los documentos que otorguen *que los suscriben por poder*. En el caso de que me ocupo el dependiente señor Antonio Uribe al otorgar el recibo de mil pesos a favor del señor Francisco Ordóñez Llanes por lo que se ha dado en llamar la cesión del contrato de arrendamiento, concepto que no comparto, documento que obra al folio 4º del cuaderno principal, no expresó, ni podía expresar, que lo suscribía por poder de la Fábrica, por la razón obvia de que ella no le había otorgado poder para esta clase de operaciones que se salían de la órbita de sus funciones, consistentes simplemente, en vender los productos de la empresa y remitir el valor de las ventas a la Fábrica por conducto del Banco Comercial Antioqueño de esa ciudad.

“El argumento fundado en que el tal recibo está escrito con papel con timbre de la Fábrica, y de que el señor Antonio Uribe puso el sello de ella sobre su firma, no tiene seriedad alguna si se advierte que lo ordenado a este respecto por la disposición legal que vengo analizando, es la de expresar de manera inequívoca de que suscribe el documento por poder del comitente, todo lo que no sea esta expresa manifestación no tiene significado jurídico alguno, puesto que lo que la ley quiere es que se ponga de presente, en cada documento que se otorgue, la existencia del mandato en cuyo ejercicio obra la persona que lo suscribe. Acuso esta parte de la sentencia por violación directa del artículo 436 del C. de Co. en cuanto dicho fallo no le dio cumplimiento a dicha disposición legal que determina la forma como un factor o dependiente compromete a su comitente en las operaciones que realice”.

Después hace alguna disquisición sobre el artículo 440 del C. de Co.; expresa que no se detiene en su estudio “por no ser pertinente su aplicación en el presente caso”; y no señala como violado por el sentenciador, y después dice:

“El artículo 435 del Código de Comercio establece un requisito esencial para que una persona pueda considerarse como *factor* de una empresa, es decir, para que pueda comprometerla en las operaciones que realice, y esta condición o requisito consiste, nada menos, que en el otorgamiento por el propietario del establecimiento, cuya administración se le encomiende, *de un poder especial*, pues propiamente el factor es, según esta disposición un verdadero mandatario del patrón, y legalmente no puede tener este carácter sin haber recibido poder de él para el cumplimiento de su cometido, poder que debe enu-

merar las operaciones que debe ejecutar este mandatario, ya que el artículo ordena que sea *poder especial*, lo que impone la necesidad de que en el mandato se determinen las funciones en que puede representar al mandante. Este poder debe ser, por la naturaleza misma de las cosas, un mandato por escrito, ya sea por instrumento público, por documento privado o por simple carta, desde luego que en todas estas formas se puede otorgar mandatos en Colombia, pero como se trata de limitar funciones, o sea de otorgar facultades para determinados actos, no es posible hacerlo en forma distinta de la escrita, tanto para definir las relaciones entre mandante y mandatario, como para que los terceros que tengan relaciones comerciales con el factor puedan en cada caso saber si contratan con éste en su propio nombre, o si lo hacen con la empresa que el factor representa. No aparece por ninguno de los flancos el poder especial que la Fábrica Noel hubiese otorgado al señor Antonio Uribe, aún suponiéndolo factor, carácter que no tiene, como ya se vio, para que la represente en las operaciones comprendidas en el mandato especial, por lo cual el Tribunal al hacer responsable a la Fábrica del acto ejecutado por el señor Antonio Uribe con el señor Ordóñez Llanes, violó, por infracción directa el artículo 435 del C. de Co. Siendo esta infracción causal de casación que invoco en la presente acusación de la sentencia, si en concepto de la H. Corte el señor Uribe hubiera tenido el carácter de factor de la Fábrica”.

Considera la Corte:

El cargo es infundado por las siguientes razones:

Primera.— Para asignarle a Antonio Uribe la condición de factor y no de dependiente con respecto a la empresa recurrente el sentenciador tuvo en cuenta lo estatuido en el artículo 435 del Código de Comercio y lo que resulta demostrado de las varias constancias probatorias que concretamente cita, como son el extracto de la escritura social de constitución de la empresa demandada; la respuesta dada por ésta a los hechos de la demanda, y del certificado expedido por el Banco Comercial Antioqueño de Bucaramanga. Tomando en consideración esas pruebas, expresó el Tribunal que de ellas “se puede deducir, sin complicaciones analíticas, que el señor Antonio Uribe sí debe ser estimado como factor de la persona jurídica que representa, pues cumple la encomienda de administrar un establecimiento mercantil, por cuenta de un comitente concretamente determinado”.

En esas condiciones salta a la vista que la acusación está mal propuesta y no puede prosperar, pues se alega “una errada interpretación y aplicación del artículo 435 del C. de Co.”, cuando lo precedente era, para que el cargo fuera siquiera formalmente viable, alegar y demostrar error de hecho manifiesto o error de derecho en la apreciación de las pruebas que tuvo en cuenta el sentenciador para concluir que en el caso de autos están demostrados los elementos y circunstancias que legalmente configuran la condición de factor de comercio que tenía Uribe con respecto a la empresa demandada, y además señalar como quebrantado a consecuencia de ese error el artículo 435 ya citado.

Segunda.— El sentenciador, para dar como probado que Uribe actuó en la celebración del contrato de cesión que motiva la litis “como factor de la Fábrica” y no en nombre propio, tomó en consideración no sólo el recibo a que se refiere el recurrente sino también las demás pruebas que puntualiza en los apartes b), c), d), e) y f) de las páginas 5 v. y 7 de la sentencia, por lo cual la acusación para que fuera eficaz ha debido abarcar —como lo tiene decidido la Corte en constante jurisprudencia— el conjunto de las probanzas que se utilizaron por el Tribunal para formar su convicción al respecto.

Además, a la Sala le resulta acertada la apreciación que del aludido recibo hizo el sentenciador, puesto que está extendido en papel timbrado y a nombre del comitente y firmado sobre sello o ante-firma que menciona por su nombre la casa principal y designa la calidad de agente a quien lo suscribe, o sea de Antonio Uribe, por lo cual se comprende claramente que éste al otorgarlo obró, no en nombre propio, sino en representación de sus comitentes, atemperándose así a lo prescrito en el artículo 436 del C. de Co.

Tercera.— El mandato comercial, al igual que el civil, no es de suyo un contrato solemne sino eminentemente consensual, que inclusive se perfecciona aún por la aquiescencia tácita de una persona, a la gestión de sus negocios por otra, según lo enseña el artículo 2149 del Código Civil, aplicable a toda clase de mandato. En consecuencia, el factor, que es un verdadero mandatario del dueño del establecimiento mercantil o fabril cuya administración se le encomienda, no pierde su calidad de tal por el hecho de que no se le confiera el poder especial de que habla el artículo 453 del Código de Comercio, pues entonces goza de la integridad de

las facultades que le otorga el artículo 454 *ibidem*, tal como lo entendió el sentenciador.

A este respecto la Corte ha dicho:

"El poder especial de que deben ser investidos los factores, de conformidad con el artículo 453 del C. de Co., no es preciso que se otorgue por escritura pública. Ni tal artículo lo exige, ni esa formalidad puede deducirse de la esencia del contrato de mandato comercial, el cual no es solemne sino consensual". (Casación, 17 de noviembre de 1915, G. J. Tomo XXV, 207.

"Los factores de comercio no necesitan de poder escrito para desempeñar el cargo. Este poder es una formalidad no indispensable que tendría por objeto especificar el radio de acción del factor en dependiente". (Casación, 30 de agosto de 1921, GACETA JUDICIAL, Tomo XXIX, 35).

No prospera el cargo.

En el capítulo segundo de la demanda dice, en resumen, el recurrente, que el recibo anteriormente mencionado no puede entenderse sino como una promesa de celebrar el contrato de cesión del arrendamiento cuestionado, y agrega "que el Tribunal al tomar dicho recibo como prueba constitutiva del contrato de subarrendamiento, erró en la apreciación de tal documento, error de derecho que aparece manifiesto en los autos, por lo cual acuso esta sentencia por apreciación errada del citado documento, siendo por ende, casable dicho fallo para restablecer las cosas al estado en que la recta apreciación de esta prueba debe colocarlas".

Añade el recurrente que, "en la cesión de un contrato de arrendamiento se requiere la intervención de tres voluntades, a saber: la del cedente, la del cesionario y la del arrendador, siendo imposible la celebración de esta cesión si falta alguna de estas voluntades, esto para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2004 del C. C., en relación con el 1494 de la misma obra, sin lo cual el contrato de sub-arrendamiento no puede tener existencia legal, no puede nacer a la vida del derecho", y que como el arrendador se negó a autorizar el contrato, éste no puede perfeccionarse, de todo lo cual desprende que "el Tribunal erró, grave error de derecho, cuando sostuvo que el contrato de cesión había quedado perfecto desde el día en que se firmó el recibo por el señor Uribe, cuando en puridad de verdad tan sólo hubo un proyecto de cesión con promesa de celebrar por el arrendatario señor Uribe y por el cesionario, señor Ordóñez Llanes, según ha quedado demostrado. En tal virtud la sentencia del Tribunal es casable por esta causal de error en la apreciación de esta prueba tomándola por un contrato per-

fecto cuando en realidad sólo era una promesa, proyecto de contrato y por esta causal solicito de la H. Corte se sirva casar dicho fallo".

Considera la Corte:

El cargo es inadmisibile y debe ser rechazado.

El error de hecho o de derecho, aún en el caso de que se demuestre, no es por sí causal de casación como lo ha reiterado la Sala en tan conocida jurisprudencia cuya cita ya resulta hasta supérflua. El motivo a que se refiere el numeral 1º del artículo 520 del C. J. es el de violación de ley sustantiva, a la cual puede llegarse como consecuencia de alguno de esos errores, y el recurrente olvidó señalar como quebrantada disposición alguna de esa índole.

Y como réplica a la tesis jurídica que en el fondo sostiene el recurrente es suficiente reproducir lo que la Corte ha decidido al respecto en sentencia de 21 de marzo de 1949, en que se dijo:

"La cesión del contrato de arrendamiento, cosa distinta del sub-arrendamiento, no puede hacerse sin la autorización o la concurrencia del arrendador, porque esta convención, como todas las bilaterales, es fuente de derecho y obligaciones, de créditos y deudas, de manera que el desplazamiento jurídico de la parte arrendataria, con la consiguiente extinción de las garantías, no puede lograrse sino con la colaboración de quienes fueron partes en el contrato original; pero de esto lo que es dable deducir es que la cesión no autorizada por el arrendador no dá lugar a relaciones respecto de él, pero sin perjuicio desde luego de que nazcan todas las obligaciones que legalmente se generan en el contrato del arrendatario cedente y el tercero cesionario, las cuales, si no pueden cumplirse, dan lugar a las consecuencias ordinarias del incumplimiento contractual" (GACETA JUDICIAL números 2070-2071, página 622).

En el capítulo tercero de la demanda no se formula cargo concreto contra la sentencia ni se señala disposición alguna como violada, pues el recurrente se limita a formular algunos reparos contra el fallo, idénticos a los ya considerados y rechazados.

En el capítulo cuarto, titulado "Cuantía del valor de los perjuicios" expresa el recurrente de nuevo su aseveración, de que no existe en el caso de autos un contrato perfecto de cesión por faltar la aquiescencia del arrendador y que el Tribunal al considerarlo como tal y declararlo resuelto incurrió en un error de derecho manifiesto que constituye causal de casación.

Después dice:

“La condenación de perjuicios a cargo de la parte demandada está violando directamente el artículo 1616 del C. C. por cuanto el Tribunal hizo responsable a la parte demandada para el efecto de pagar el valor de los perjuicios, como si tal parte demandada hubiese sido convencida de DOLO, ya que hace la condenación de perjuicios, provenientes de hechos posteriores ejecutados por el demandante y que no era posible prever el día en que se ajustó el convenio que para el Tribunal es contrato perfecto. Cómo poder prever que un contratante, en uso perfecto de sus facultades mentales, se hubiera lanzado a ejecutar una serie de actos, sin el consentimiento del demandado, ni siquiera con el conocimiento de éste, como fueron el contrato sobre muebles, el contrato sobre arrendamiento del local en que Ordóñez Llanes tenía establecido su negocio, la resolución de este contrato con indemnización de perjuicios; el arreglo del propio local de Ordóñez Llanes en que invirtió suma considerable, y otros de la laya de que la demanda trata y que el Tribunal acoge en su sentencia, sabiendo Ordóñez Llanes que al proyecto de contrato de cesión le faltaba, como condición indispensable para ser un verdadero contrato, la aprobación del primitivo arrendador?”

“Los actos ejecutados por el señor Ordóñez Llanes antes de que el proyectado contrato de cesión obtuviese la aceptación del arrendador, condición esencial que él conocía, ya que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, constituyen operaciones de que solamente es responsable el señor Ordóñez Llanes por haberlos ejecutado con suma imprudencia, y de que no se puede hacer responsable a la parte demandada, por ser principio jurídico aceptado de que cada uno responde de sus propios actos y de sus propias culpas.

“Otra situación se habría presentado si habiéndose obtenido la voluntad del arrendador, y habiéndose convertido por esta razón el proyecto de cesión del arrendamiento en un verdadero contrato, el señor Ordóñez Llanes hubiese ejecutado todos los actos a que me he referido, y el señor Uribe se hubiera abstenido de entregar el local, obligación que tenía que cumplir como consecuencia de un contrato perfecto de cesión del arrendamiento; en este caso la condenación de perjuicios sería jurídica y lógica, como no lo es en el estado en que se encontraban las cosas cuando el señor Ordóñez Llanes se lanzó a estas aventuras contractuales.

“De modo que el Tribunal al hacer esta condenación de perjuicios que no se previeron ni pudieron preverse al tiempo de la celebración del contrato de cesión, violó, repito, por infracción directa, y por ende, por aplicación indebida del artículo 1616 del C. C.; condenación en costas hecha por el Tribunal para el caso de que la parte demandada hubiese sido convencida de DOLO”.

Finalmente dice que en cuanto a la condenación por lucro cesante caben las mismas objeciones anteriores y que por este aspecto también es casable la sentencia.

Se considera:

Las acusaciones precedentes se formulan contra la sentencia partiendo de la base de la falta de perfeccionamiento del contrato de cesión, por no haberse “obtenido la voluntad del arrendador”, pues el recurrente expresamente afirma que si se tratara “de un contrato perfecto de cesión del arrendamiento”, “en este caso la condenación de perjuicios sería jurídica y lógica”; pero como ya se ha expuesto que para el perfeccionamiento del contrato entre cedente y cesionario, y para que nacieran entre ambos todas las obligaciones que legalmente se generan de él, entre los cuales están las de demandar la resolución y los consiguientes perjuicios en caso de su incumplimiento, no se requiere la intervención o aquiescencia del arrendador, resulta incuestionable que el cargo carece de fundamento y no puede prosperar.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el presente negocio.

Sin costas por haber recurrido ambas partes.

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

Gerardo Arias Mejía. — Pedro Castillo Pineda.—

Alfonso Bonilla Gutiérrez.—Rafael Ruiz Manrique.—

Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE PROMESA DE VENTA. — CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS

1.—La ley deja a la autoridad judicial la facultad de estimar en conciencia la información testimonial, es decir, que puede apreciar esa prueba de conformidad con su íntima convicción, o sea la certidumbre moral, lo cual escapa al recurso de casación, como que se inspira únicamente en la propia conciencia del Juez.

2.—Existe error de derecho en la apreciación de una prueba, cuando el Tribunal le dá una fuerza que no le asigna la ley, le niega la que sí le atribuye, o la estima sin estar legalmente producida.

3.—No todo cargo en casación puede recibirse, ni tiene eficacia legal, sino aquellos que atacan directamente los fundamentos de la sentencia. Los demás son ineficaces y se salen del recurso, el cual va encaminado a la revisión de la sentencia, por los motivos en que ésta se funda.

4.—Al Tribunal le otorga nuestro derecho procesal libertad para analizar y apreciar los elementos probatorios traídos en las instancias, de acuerdo con su criterio y con las reglas generales de la sana crítica, y la Corte carece de facultad para modificar en casación ese concepto del Tribunal, a menos de existir un error evidente de hecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Rafael Gómez Calderón y Asdraldo Porras celebraron en la ciudad de Zipaquirá, con fecha diez de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, un contrato de promesa de venta, por el cual el primero se obligó a vender al segundo un inmueble rural denominado "El Dividive", ubicado en el Municipio de Nemocón, vereda de Checua, por el precio de veintitres mil quinientos pesos (\$ 23.500.00), habiéndose señalado como fecha para el otorgamiento de la respectiva escritura de compraventa, el diez de sep-

tiembre del mismo año. El señor Gómez Calderón, promitente vendedor, recibió como arras del negocio, la suma de tres mil quinientos pesos (\$ 3.500.00). Se estipuló igualmente, como multa o pena para el caso de incumplimiento por cualquiera de los contratantes, la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.00). Como base de lo prometido, se hizo también traspaso al señor Porras de un contrato de arrendamiento del predio dicho, que había celebrado el promitente vendedor señor Gómez Calderón, con don Oliverio Wilches. Todo lo cual aparece en el documento privado que los interesados firmaron con testigos, con las formalidades de ley.

El instrumento escriturario con que debía culminar la negociación, por cualquier circunstancia, no pudo firmarse el día convenido.

Las partes que litigan están acordes en que la promesa de contrato de compraventa sobre el predio en negocio, se celebró en las condiciones que se dejan apuntadas, y en que el plazo acordado para el otorgamiento de la correspondiente escritura, fue el de treinta días, contados a partir de la fecha del documento que contiene la promesa, esto es, el día diez y seis de agosto de mil novecientos cuarenta y seis. Además, aceptan que el día señalado se acordó en que se prorrogara el plazo por unos días más.

El desacuerdo surge únicamente acerca de la nueva fecha establecida entre los contratantes, pues mientras Gómez Calderón sostiene que Porras se comprometió a mandarle razón con Isidoro Ortega, qué día preciso debía firmarse la escritura en Zipaquirá y que luego le envió tal mensaje el doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, de que la escritura se otorgaría el diez y seis del mismo mes y año. La parte demandada asevera que los contratantes convinieron en que la escritura correspondiente se firmaría el jueves siguiente, doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, habiéndose estipulado a la vez, que el valor se reduciría en la suma de un mil doscientos cincuenta pesos (\$ 1.250.00).

Esta falta de acuerdo sobre la fecha de legalización del contrato, dió motivo al presente litigio, en el cual Gómez Calderón demandó para que se declarara resuelta la promesa de venta convenida, se

condenara a los demandados a perder las arras y a entregar la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.00), por concepto de multa o pena por el incumplimiento y resuelto el traspaso del contrato de arrendamiento. A su vez, los demandados, quienes son en la actualidad el heredero del señor Porras, por fallecimiento de éste, y su viuda, en representación de la sociedad conyugal, demandaron para que igualmente se declare resuelto el mismo convenio, por incumplimiento del promitente vendedor, y en consecuencia, para que se le condene a devolver dobladas las arras y a pagar a los mismos la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.00), que se estipuló a cargo de quien no llevara a cabo lo prometido.

El recurso

El Juez del conocimiento, que lo fue el del Circuito Civil de Zipaquirá, pronunció fallo negando las peticiones de la demanda principal y la de reconvencción en lo relativo al referido contrato de promesa de venta y traspaso del de arrendamiento, en providencia que confirmó el Tribunal, por sentencia de once de mayo de mil novecientos cincuenta, contra la cual, ambas partes interpusieron recurso de casación, que admitido y sustanciado en forma debida, pasa a decidirse.

Es de advertir que el proceso se incendió el nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho y que de acuerdo con las disposiciones legales, fue reconstruido.

Estudia el juzgador de segundo grado el contrato de promesa de venta y halla que se otorgó con todas las formalidades de que trata el artículo 89 de la ley 153 de 1887.

Examina las pruebas del juicio y dice: "Volviendo a la acción principal de la demanda para que se declare resuelto por incumplimiento del promitente comprador Asdraldo Porras el contrato de promesa de venta a que antes se hizo mención, se tiene que el actor no comprobó plenamente el incumplimiento por parte del nombrado Asdraldo Porras, puesto que las declaraciones de los testigos presentadas para ese efecto, no establecen precisamente que los promitentes comprador y vendedor hubieran convenido en que la escritura fuera otorgada el día 16 de septiembre de 1946, conforme a una razón que se dice fue enviada por Porras a Gómez Calderón".

Que el testigo Isidoro Ortega, quien se afirma fue comisionado por Porras para notificar a Gómez Calderón sobre la nueva fecha en que debía firmarse la escritura, declara que se convino en señalar un nuevo día, pero no recuerda que a él se le

hubiera encargado para darle aviso al respecto al demandante. Que igual aseveración hace la señorita Lilia Fandiño.

El Tribunal, como el Juez de primera instancia, encuentra sospechosa la declaración del otro testigo presentado, señor Nicolás Calderón, por aparecer que tenía interés en que el negocio se realizara. Que su testimonio es en extremo sospechoso por el lujo de detalles que relata, a pesar de haber rendido su exposición cuatro años después de sucedidos los hechos. Que cuando se le pregunta qué comisión llevaba por su intervención en el contrato, nada concreto declara, y que cuando sugiere que Isidoro Ortega también tenía interés en la operación, no dá razón de su dicho.

Observa el sentenciador, que es presumible que, no firmada la escritura en la fecha estipulada en el contrato de promesa de venta, se acordara otra posterior, pero no es creíble que el nuevo señalamiento quedara a voluntad de uno de los contratantes y que precisamente había de ser Isidoro Ortega quien debía buscar a Gómez C. para indicarle el día acordado.

También desechó el Tribunal la atestación del señor Nepomuceno Robayo, Notario de Zipaquirá.

Del examen de pruebas, deduce el juzgador en conclusión, que no se acreditó el incumplimiento de Porras, al no presentarse el diez y seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis a la Notaría de Zipaquirá a firmar la escritura, lo que dió fundamento para fallar desfavorablemente la petición principal de la demanda, y consecuencialmente, como dependientes de ésta, fueron igualmente rechazadas las demás. Igual suerte corrió lo relativo a la resolución del traspaso del contrato de arrendamiento hecho a Porras, del indicado predio de "El Dividive", que éste se proponía comprar.

En lo que hace a la contrademanda, en que se solicita por la viuda y heredero de Porras, la resolución del mismo contrato de promesa de venta por incumplimiento de Gómez C. y donde se sostiene que la nueva fecha convenida para la celebración de la venta, fue la del doce del mismo mes y año, es decir, dos días después de la fecha señalada en el documento de contrato, encuentra el sentenciador que los testigos presentados para probar tal hecho, el señor Ortega y la señorita Fandiño, ya nombrados, rindieron dos declaraciones en un mismo día a petición de las partes, "incurriendo —dice— en evasivas al rendir su primera declaración, y después, en su segunda, haciendo gala de detalles antes omitidos y que guardaban íntima relación con las pre-

guntas hechas. Fueron también desechadas las demás pruebas, por no estar relacionadas con los puntos materia del debate. Todo lo cual dió motivo para absolver también al contrademandado.

Cada una de las partes litigantes presentó ante la Corte su respectiva demanda de casación, de las cuales la Sala pasa a ocuparse.

Los cargos

Capítulo I. — Acusación del recurrente demandante

Con fundamento en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., esta parte propone contra la sentencia en estudio, los siguientes reparos:

a) Error de hecho por no haber apreciado la declaración de Nepomuceno Robayo y por igual falta de apreciación de la confesión hecha por la señora Matilde Melo viuda de Porras, la cual se destaca —dice— de la sentencia de primera instancia. En subsidio, manifiesta que acusa por “error de derecho” por la misma causa.

Sostiene que de la declaración de Robayo, quien ejercía en aquella época el cargo de Notario Público en Zipaquirá, aparece que el doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, éste se encontró en la población de Nemocón con el señor Isidoro Ortega Umaña, el cual bajaba con Nicolás Calderón, y que Ortega le dijo al declarante, “que le dejara el primer turno del lunes (16 de septiembre de 1946) y que allá llegaría Rafael Gómez Calderón y Asdraldo Porras y firmarían la escritura de venta del potrero “El Dividive”. Que el día lunes referido, Gómez Calderón estuvo en la Notaría de Zipaquirá, desde las diez de la mañana hasta las cinco de la tarde, entrando y saliendo a intervalos cortos, pero que nadie, a excepción del dicho Gómez Calderón, se presentó a aceptar la escritura de venta.

Que con tal testimonio que no tuvo en cuenta el Tribunal, queda demostrado que Isidoro Ortega dió el aviso de que la escritura mediante la cual se daría cumplimiento al negocio prometido, se otorgaría el 16 de septiembre de 1946. Concluye sosteniendo que, al no apreciar la declaración en referencia, violó el Tribunal los artículos 697, 597, 601 del C. C., y los artículos 1608, ordinal 1º, 1595, 1599, 1932, 1546 del C. C., por cuanto dejó de estudiar tal prueba, que lo hubiera llevado a declarar resuelto el contrato de promesa de venta, por incumplimiento del demandado.

En relación con la otra prueba, sostiene que también la dejó de apreciar el Tribunal, o sea, la confesión que hizo en posiciones la señora Matilde Melo viuda de Porras, en su doble carácter de cónyuge

sobreviviente de don Asdraldo y representante de su menor hijo, confesión en que la viuda a su juicio “admite ser cierto el hecho de que el señor Isidoro Ortega Umaña era mandatario o apoderado de Asdraldo Porras”. El Tribunal violó también —dice— las disposiciones que se citan por cuanto de tal confesión se desprende el carácter de mandatario que Isidoro Ortega tenía del causante Porras y su compromiso con el demandante, contraído en Nemocón, de otorgar la escritura de venta en Zipaquirá, el diez y seis de septiembre, lo cual obligaba a su comitente Porras, quien al no concurrir a la Notaría en la nueva fecha, incumplió sus obligaciones, a tiempo que está demostrado que Gómez Calderón sí concurrió. “No me explico —expresa— por qué el Tribunal dijo que en el juicio no se acreditó que Isidoro Ortega haya actuado como mandatario de Asdraldo Porras”. Que el proceso fue destruído el 9 de abril de 1948 y reconstruído, y que a falta de las pruebas originales, se dispuso tener como tales la relación de éstas, hecha en la sentencia de primer grado. Además, de las disposiciones citadas, para este nuevo reparo, enumera los artículos 2142, 2149 y 2186 del C. C., y los arts. 9 y 10 del Decreto Extraordinario 1683 de 1948.

b) Que acusa igualmente el fallo por error de hecho y de derecho en la apreciación de la declaración de Nicolás Calderón, lo cual llevó al Tribunal a violar los artículos mencionados, errores que le impidieron tener como elemento de prueba lo expresado por tal testigo.

Repara que al fallador se le hace muy extraño, el que el testigo Calderón recuerde con precisión las incidencias del negocio. Que es necesario —dice— penetrar en la psicología del testigo para estimar su idiosincrasia, que unos son memoristas, como Calderón, otros olvidan con facilidad, a unos les impresionan los detalles y en tanto a otros les preocupa el fondo de la cuestión. Concluye afirmando que la manera de declarar es parte integrante de la personalidad del testigo. Que, a la vez que el Tribunal se alarma por la manera como el deponente recuerda con precisión las incidencias de la promesa de contrato, en seguida se lamenta de que no dé los detalles referentes a la comisión que le fue prometida por intervenir en el negocio de la promesa de venta; que si se examina con detenimiento lo dicho por el testigo Calderón, se ve que se le preguntó por la operación pactada entre Porras y Gómez Calderón, pero en parte alguna se encuentra la más mínima advertencia para que el testigo relate lo relacionado con la comisión que a él le fue ofrecida para que interviniera en el convenio. De ahí que apenas

se ocupara de paso en lo concerniente a tal comisión. El Tribunal repara en que Calderón aparece presente en cada una de las circunstancias que se presentaron en el negocio, lo que se justifica —dice— por habersele ofrecido una comisión.

c) De igual manera critica la estimación o examen que en la sentencia recurrida se hace de las posiciones absueltas por la señora Melo de Porras, en las cuales ésta, según su parecer, confesó el incumplimiento del contrato de promesa de venta por parte de su marido, desde luego que aceptó que Isidoro Ortega era mandatario de aquél, y si esto es así, tal confesión obligaba al Tribunal, teniendo en cuenta además el testimonio de Calderón, a declarar resuelto el contrato de cesión del arrendamiento del predio materia del negocio.

Se considera:

Como puede observarse, se acusa el fallo en primer término por una errada apreciación de pruebas, las declaraciones de algunos testigos y la que se desprende de las posiciones absueltas por la demandada.

En la sentencia en estudio, el Tribunal hace un análisis pormenorizado y completo de cada uno de los testimonios señalados por el actor para demostrar el incumplimiento de la promesa de contrato, celebrada entre Gómez Calderón y Porras, por no haber concurrido éste en la nueva fecha acordada a elevar a escritura pública la compraventa convenida.

De tal estudio deduce, que el demandante Gómez Calderón “no comprobó plenamente el incumplimiento por parte del demandado Asdraldo Porras”, puesto que las declaraciones de los testigos rendidas en tal sentido, no establecen precisamente que los promitentes comprador y vendedor, hubieran acordado que la escritura debía firmarse el 16 de septiembre de 1946, conforme a un mensaje que se dice le fue enviado por Porras a Gómez C.

Respecto al testigo Nicolás Calderón, el Tribunal encuentra justificado el reparo hecho por el Juez de primera instancia, de que el deponente tenía un interés de que se efectuara el contrato, lo cual confirma al examinar su testimonio en la segunda instancia. Por otra parte, encuentra en extremo sospechosa la forma como declara este testigo.

En relación con el testimonio del señor Notario de Zipaquirá, el cual manifiesta que el día 12 de septiembre de 1946, hallándose en Nemocón, se le acercó el señor Isidoro Ortega y le dijo que le “reservara un turno” para que se firmara la escritura entre Porras y Gómez Calderón, el lunes 16 de sep-

tiembre del mismo año. Repara el sentenciador que “no se acreditó que Isidoro Ortega hubiera actuado como mandatario de Asdraldo Porras”.

El mismo Tribunal observa que Isidoro Ortega declara en el proceso, que fue cierto que se pospuso la fecha, pero que no recuerda si Porras se comprometió a mandarle razón al demandado sobre cuándo podía firmarse la tan nombrada escritura.

El señor Notario de Zipaquirá dió un certificado sobre lo que le dijo Ortega y rindió una declaración más tarde sobre el particular, en que confirmó bajo juramento lo ya expresado. Como los Notarios no pueden certificar sino con vista de los instrumentos de sus protocolos y no tienen fuero especial para rendir testimonio por “certificación”, el estudio de la prueba tenía que circunscribirse a lo declarado ante el Juez (artículos 678 y 2576 del C. C.).

No encuentra la Sala la contestación dada a ciertas posiciones que dice el recurrente le fueron tomadas extra juicio a la señora de Porras; sobre el particular, el Tribunal al dar por rehecho el proceso, dijo lo siguiente: “Por otra parte se observa: el demandante afirma que en el juicio obró copia auténtica de las posiciones extrajuicio absueltas por la señora Matilde Melo v. de Porras ante el Juez de Circuito de Zipaquirá, en las cuales entre otras cosas, se confesaba que el señor Isidoro Ortega había actuado como mandatario del señor Asdraldo Porras ante el señor Rafael Gómez Calderón. El demandado dice que existió esa copia, pero que no recuerda su contenido. No existe ninguna otra prueba sobre el particular”.

Luego, mal pudo apreciar el Tribunal una prueba que en el momento de fallar no existía en el proceso y sobre la cual no estuvieron de acuerdo las partes, ni figuró en la sentencia de primera instancia.

La Corte ha entrado en el estudio de las pruebas señaladas para establecer que no hubo error evidente de hecho en su apreciación.

En cuanto al rechazo de las declaraciones de los testigos, es de observar que la ley deja a la autoridad judicial la facultad de estimar en conciencia la información testimonial, es decir, que puede apreciar esa prueba en conformidad con su íntima convicción, o sea de la certidumbre moral, lo cual escapa al recurso de casación, como que se inspira únicamente en la propia conciencia del Juez.

De las conclusiones del Tribunal en el examen de las pruebas, que se deja relatado, deduce la Corte que no existe error de hecho manifiesto en la apreciación de las presentadas por la parte actora; y que carece de facultad para modificar en casación

el concepto del juzgador, ya que a éste, como se deja dicho, le otorga nuestro derecho procesal libertad para analizar y apreciar los elementos probatorios traídos en las instancias, de acuerdo con su criterio y con las reglas generales de la sana crítica. Tampoco incurrió en error de derecho, pues éste existe en la apreciación de una prueba, cuando el Tribunal le da una fuerza que no le asigna la ley, le niega la que sí le atribuye, o la estima sin estar legalmente producida. Es decir, cuando la valoración de la prueba respectiva, está viciada de error jurídico. Que no se demostró por el recurrente.

Por lo expuesto, se declara sin fundamento el cargo.

d) De paso, ataca la sentencia el mismo recurrente, con apoyo en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., por violación directa de los artículos 1002, 964, 787 y 762 del Código Civil, por considerar que, al no decretar la resolución del contrato de traspaso del arrendamiento, hecho a Porras por el demandante, relativo al arrendamiento del predio de "El Dividive", efectuado entre Gómez Calderón y Oliverio Wilches, hay un enriquecimiento sin causa; que se condenaría a Gómez al pago de frutos sin ser vencido; que hubo apreciación indebida del artículo citado 787, "ya que esta norma enseña que la posesión se pierde cuando otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya", y este ánimo no se adivina en parte alguna; que al negarle a Gómez el carácter de poseedor y tener como tal a Porras, es concederle el carácter de dueño, que no se le disputa a Gómez C.

Se considera:

El Tribunal en su sentencia, no hizo ninguna de las declaraciones que le atribuye el recurrente. Se limitó a expresar que es inatendible la solicitud de resolución del traspaso del contrato de arrendamiento en referencia, "toda vez que ella es consecuencia de la petición principal".

Las disposiciones que se citan, nada tienen que ver con la materia que se discute: el artículo 1002 del C. C. preceptúa que cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, etc.; el 964 ordena condenar al pago de frutos civiles al poseedor; el 787 enseña que la posesión se pierde cuando otro se apodera de ella, y el 762 establece el principio de que el poseedor se reputa dueño mientras otra persona no justifique serlo.

Son extraños al fundamento de la sentencia los

preceptos citados. Nada tienen que ver con la materia que se discute.

No todo cargo en casación puede recibirse, ni tiene eficacia legal, sino aquéllos que atacan directamente los fundamentos de la sentencia. Los demás son ineficaces, y en el presente caso, impertinentes y se salen del recurso, el cual va encaminado a la revisión de la sentencia, por los motivos en que ésta se funda.

Se declara, pues, ineficaz el cargo.

Capítulo II. — Recurso de la parte demandada como recurrente

"Acuso —dice el recurrente demandado— la sentencia del Tribunal por la causal 1ª de las señaladas en el artículo 520 del C. J., por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las declaraciones de Isidoro Ortega y Lilia Fandiño, que aparecen de manifiesto en los autos, que llevó al juzgador a violar los artículos 697 del C. J. y 1546 del C. C., al no tener por plenamente establecido, que el día señalado para el otorgamiento de la escritura fue el 12 de septiembre de 1946, y, en consecuencia, no habiendo cumplido el señor Gómez Calderón con lo prometido ha debido declararse resuelto el contrato por tal causa".

Dice que el Tribunal estuvo equivocado al prohibir los conceptos del Juzgado sobre el valor probatorio de estos testimonios, porque en su sentir, del hecho de que en una declaración hayan contestado categóricamente a las preguntas que se le formularon y en la otra hayan dicho que no recordaban que hubieran convenido Porras y Gómez, en que el primero le enviaría razón al segundo sobre la fecha del otorgamiento de la escritura, en nada amerita sus calidades probatorias, y esa manera de declarar sólo se debe a la forma como se redactaron o hicieron en cada caso las preguntas.

Se considera:

El reparo adolece del mismo vicio anotado al hacer el estudio de los anteriores cargos contra el fallo: se busca un nuevo examen y apreciación de las pruebas que rechazó el sentenciador por sospechosas. Dice el Tribunal, refiriéndose a estos testimonios: "Las declaraciones las encontró el Juez, contestes, pero observó con muy buen criterio, que estos testigos declararon dos veces el mismo día, a petición de las partes, incurriendo en evasivas al rendir su primera declaración, y después en su segunda, ha-

cierdo gala de detalles antes omitidos y que guardan íntima relación con lo preguntado por las partes en el juicio, sobre los mismos hechos”.

La Corte, como ya se dijo, carece de facultad para modificar en casación el concepto del Tribunal, ya que a éste le otorga nuestro derecho procesal, libertad para analizar y apreciar los elementos probatorios traídos en las instancias, de acuerdo con su criterio y con las reglas generales de la sana crítica, a menos de existir un error evidente de hecho, que aquí no se observa.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Sentencia

Por las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha once de mayo de mil novecientos cincuenta.

Sin costas, por haber recurrido ambas partes.

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.

El Secretario, Hernando Lizarralde.



PARA QUE EL EMPRESARIO DE CONSTRUCCION PUEDA RECLAMAR AUMENTO DE PRECIO POR AGREGACIONES O MODIFICACIONES EN EL PLANO PRIMITIVO, DEBE DEMOSTRAR QUE SE AJUSTO UNO PARTICULAR POR DICHAS AGREGACIONES O MODIFICACIONES

1.—Las partes que celebran un contrato pueden regular el orden en que deben cumplir sus correspondientes prestaciones. Así ocurre con frecuencia en la venta, en que el vendedor consiente en entregar la cosa el día mismo del contrato y da al comprador, en ocasiones, uno o varios plazos para el pago del precio. Del mismo modo, en el arrendamiento de inmuebles, el arrendador entrega inmediatamente al arrendatario el disfrute de los bienes arrendados y las partes fijan las fechas periódicas en las que éste ha de cubrir su alquiler.

Pero si los contratantes no han determinado el orden de cumplimiento de sus obligaciones, este cumplimiento debe ser recíproco y simultáneo. Según Pothier, "en los contratos sinalagmáticos se presume que cada uno sólo cumplirá su obligación en tanto que la otra parte cumpla al mismo tiempo la suya". Volviendo al ejemplo de la venta, así si el vendedor no ha concedido un término para el pago del precio al adquirente, éste está obligado a pagar en el momento en que el vendedor le haga entrega de la cosa vendida.

Al tenor del artículo 1609 del C. C., "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o se allane a cumplirlo, en la forma y tiempo debidos".

Este artículo 1609 consagra en forma expresa y con el valor de regla general la conocida institución de la "exceptio non adimpleti contractus". Tal excepción otorga, al decir de Enneccerus, "un verdadero derecho de retención a favor de uno de los contratantes hasta que el otro ejecute o se allane a ejecutar su prestación...". (Tomo II, Vol. 1º, pág. 134).

De todo lo dicho se concluye que el contratante que corre el riesgo de no obtener la prestación con que cuenta, no puede ser obligado a cumplir la suya.

2.—La ley presume que toda infracción del contrato origina perjuicios.

3.—Sea que las agregaciones o modificaciones en el plano primitivo tengan su origen en el propietario de la obra o en el empresario de construcción, éste, para reclamar aumento de precio, debe demostrar que se ajustó uno particular por dichas agregaciones o modificaciones. Cabe en la interpretación del precepto del artículo 2060 del C. C., el aforismo de que donde la ley no distingue, no le es dado al intérprete distinguir.

Puede suceder que en la ejecución del plano aparezca la necesidad urgente de modificarlo o revisarlo, a fin de hacerle una agregación importante para dar mayores seguridades a la construcción, ya porque así lo requieran los reglamentos municipales, ya por simples motivos de orden estético o de comodidad. La ley, en tratándose de contratos de construcción, en donde se ajustó un precio único por toda la obra, no prohíbe en forma absoluta una modificación del convenio inicialmente, sino que para su validez, exige una condición especial: una autorización expresa del comitente y acuerdo sobre el valor de la agregación o modificación.

4.—Para que sea posible proponer la acción "in rem verso", se requiere que el demandante carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, o de las que surgen de los derechos absolutos.

La doctrina y la jurisprudencia francesas han establecido que el arquitecto que realiza una agregación al plano ordinario, sin el lleno de las condiciones señaladas en el artículo 1793 del C. C. francés (igual al artículo 2060 del C. C. nuestro), o sin convenir en el aumento del precio, no tiene derecho a ejercer extracontractualmente la ACTIO IN REM VERSO, pues el ejercicio de esta acción tiene ca-

bida en ausencia de un texto legal (Colin, Capitulant, Tomo IV, pág. 346).

5.—Lo relacionado con la condenación en costas no dá lugar a recurso de casación.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

El veintitres de junio de mil novecientos treinta y nueve, la Sociedad que se denomina "Alejandro Angel e hijo S. A.", representada por su presidente, Alejandro Angel L., celebró con el Ingeniero Juan de Dios Cock y otros, un contrato sobre demolición del Circo España de la ciudad de Medellín y su traslado del sitio que ocupaba en parte muy central y valorizada de la ciudad, a otro lugar ubicado en las afueras de la misma, habiéndose obligado los Ingenieros a reconstruirlo en la última localidad, siguiendo las especificaciones del antiguo edificio y aprovechando en la nueva construcción, como norma general, los materiales de la antigua.

La Sociedad se comprometió a pagar a los Ingenieros contratistas la suma de treinta y tres mil quinientos pesos (\$ 33.500.00), como precio y remuneración total de los trabajos a su cargo, suma que la Compañía se obligó a cubrir en contados, o cuotas semanales, de un valor correspondiente al de las cuentas que los Ingenieros contratistas presentarían para el cobro, por concepto de las obras y gastos realizados semanalmente. La Sociedad, a su vez, se reservó el derecho de inspeccionar los trabajos y vigilar que éstos se desarrollaran en proporción al dinero invertido.

Con posterioridad a tal acuerdo, o sea el nueve de octubre del mismo año, se efectuó entre las mismas partes un segundo convenio sobre construcción de ocho casas de habitación a inmediaciones del nuevo Circo, a razón de tres mil pesos (\$ 3.000.00) cada una, o sea por la suma total de veinticuatro mil pesos (\$ 24.000.00). En este precio quedó incluida la construcción de un local.

Se estipuló, por último, que las diferencias que pudieran surgir entre las partes, serían sometidas a arbitramento,

Finalizado el encargo, los empresarios contratistas Ingenieros doctor Cock y socios, presentaron demanda ordinaria ante el Juez Civil del Circuito de Medellín, para que con audiencia de la Sociedad expresada, se declare que la entidad "Alejandro Angel e Hijo S. A." es deudora de los referidos profe-

sionales por los perjuicios materiales y morales que les causó con el incumplimiento de las obligaciones contraídas en los contratos de fecha 23 de junio y 9 de octubre de 1939, sobre demolición, traslado y reconstrucción del Circo España, edificación de ocho casas y un local de tienda en el terreno adyacente, al nuevo Circo; que la Sociedad les adeuda la suma de quince mil pesos (\$ 15.000.00), valor de adiciones y mejoras que les exigió, no incluidas en los contratos, y la suma de ocho mil pesos (\$ 8.000.00), correspondiente al trabajo de desarme, traslado y nueva instalación de la estructura metálica del Circo y su cubierta de madera, para la instalación de la carpa o techo que cubre el redondel de arena del referido local. Que es también responsable del saldo que resulte en la liquidación definitiva de los contratos, y por último, que la sociedad demandada debe cubrirles los intereses de las sumas que se determinen desde los respectivos vencimientos, o desde que fueron exigibles. En subsidio, se pide que se condene a los demandados al pago de lo que resulte como valor de las mejoras hechas en el Circo, fuera de los términos estipulados, o lo que se señale por peritos, por enriquecimiento a costa ajena, relativo a la mayor inversión en las referidas construcciones.

Como causas de los perjuicios, se mencionan: que los Ingenieros contratistas se vieron obstaculizados en el desarrollo de sus actividades, por la permanencia en el Circo del Conserje o portero del establecimiento y su familia, que dificultaron y entorpecieron la demolición, por los peligros de causar daño a tales personas; que a ello se agrega el haber dejado en el local por demoler, la silletería vieja del teatro, que fue objeto de diversos traslados de un lugar a otro, para que no fuese destruida por los escombros; que la Sociedad, intempestivamente, suspendió el pago de las cuentas semanales por salarios y materiales, sin dar explicación; que no obstante este incumplimiento, los Ingenieros contratistas no suspendieron la obra, adelantando los trabajos con sus propios fondos; que a los reclamos sobre la suspensión de pagos, la Sociedad contestó con fecha once de noviembre de 1939, haciendo objeciones al trabajo que se estaba adelantando; que con el ánimo de atender a sus clientes, los contratistas aceptaron sin discutir algunos de los reparos, accediendo a reponer unas tapias y a reformar otras; que posteriores exigencias de la Sociedad fueron igualmente aceptadas y otras sometidas a la decisión de árbitros. Que finalmente se convino en que la entidad propietaria del Circo, terminaría lo que aún quedaba pendiente, por la suma de mil ochocientos pesos (\$ 1.800.00), por cuenta de los de-

mandantes. Que a los contratistas se les exigieron muchas adiciones y mejoras que no existían en el Circo demolido y que se ejecutaron, por consiguiente, fuera de los términos del contrato; que los Ingenieros procedieron a hacer estas modificaciones no incluidas en lo pactado, sin estipular previamente su valor, adiciones que entrañaban nuevas obras, muy diferentes de las convenidas, o que no se pudieron prever. Entre éstas, se cuentan: recintada y reconstrucción de tapias con un costo de cuatrocientos pesos (\$ 400.00); muro que cubre el acceso de las escaleras a la caseta del aparato de cine, que estaban al descubierto en el Circo viejo; un piso especial de concreto armado en la entrada principal; tabiques o paredes de ladrillo de la referida caseta, que antes eran de madera; sustitución de la madera antigua por nueva y de buena calidad, teniendo en cuenta que hubo necesidad de desbaratar tramos ya construídos y reponerlos, a solicitud del señor Angel; que este material quedó inservible por haberse desclavado, clavado de nuevo y vuelto a quitar. Que en tal labor se invirtieron aproximadamente siete mil pesos (\$ 7.000.00) en sólo materiales.

Los bastidores alrededor del muro exterior del Circo, que en el antiguo estaban levantados con adobe crudo y pegante rudimentario, se realizaron en el nuevo por exigencia de la Sociedad, con adobe cocido, pegado con mortero de cemento y arena. Que toda la parte superior del muro antiguo, que era de bahareque, fue repuesta por tapia apisonada y en parte de adobe cocido, y así una serie de adiciones, reformas y mejoras de que carecía la edificación antigua demolido. Que el valor aproximado de éstas alcanza a la suma de quince mil pesos (\$ 15.000.00).

Que igual suerte, en cuanto a la demora en el pago de las cuentas de construcción, sufrió el contrato adicional del nueve de octubre, sobre edificación de ocho casas, a tres mil pesos (\$ 3.000.00) cada una.

Se agrega que, sin estar en las estipulaciones del contrato, se les obligó a armar y desarmar la estructura metálica que servía para cubrir el redondel del Circo.

Que todo ésto, tanto el incumplimiento del contrato y las exigencias fuera de sus términos, les ocasionaron graves perjuicios materiales y morales, dando como resultado la pérdida del crédito de la Sociedad de Ingenieros contratistas, llegando su situación hasta verse obligados a disolver su asociación, que hasta entonces había venido trabajando con notable provecho.

La entidad demandada no contestó la demanda.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento declaró responsables a los demandados de los perjuicios causados a los actores, por haber incurrido en mora de hacer desocupar el Circo por el vigilante y su familia, los cuales se estimarían en los términos del artículo 553 del C. J., y negó los demás pedimentos de la demanda.

La sentencia recurrida

En desacuerdo con tal providencia, ambas partes apelaron para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, donde se decidió la nueva instancia con la revocación de la sentencia suplida, y en su lugar se absolvió a los demandados de todos los cargos propuestos. Recurrida en casación esta nueva providencia por los demandantes, el proceso se encuentra para ser fallado, lo cual procede la Corte a realizar, teniendo en cuenta lo que a continuación se expresa.

Considera el Tribunal que no se demostró el retardo de que se querellan los demandantes en la desocupación del Circo por el Conserje y su familia, ni menos los perjuicios que la demora pudo ocasionar; que ésto es tanto más evidente cuanto que el doctor Cock, ya para el dos de noviembre de 1939, comunica a la sociedad demandada que ya está ejecutado, por lo menos el sesenta por ciento del trabajo y no menciona los perjuicios que se reclaman.

En cuanto a la silletería antigua del Circo, que permaneció allí y que ocasionó diversos cambios de lugar durante los trabajos, dice el Tribunal que en la correspondencia cruzada con la sociedad durante la realización de lo pactado, se habló al respecto y que no se demostraron los perjuicios demandados. Igual reparo se hace en relación con el transporte de tierra para el nuevo Circo, no hay pruebas suficientes para lo reclamado.

Al reparo de que la Sociedad no cumplió su obligación de cubrir el valor del contrato a medida que la obra fuera adelantándose, anota que, si bien se negó a pagar en ciertas ocasiones el monto de las cuentas pasadas, era éste el medio de que disponía para obligar a los contratistas a ajustarse a los términos acordados, ya que gozaba de la facultad de fiscalizar los trabajos, "para cerciorarse de que se están haciendo de acuerdo con las estipulaciones de este contrato y que adelantan en forma proporcional o equivalente a la cuantía de los pagos semanales que la Sociedad hará...". Que aparecen dos cartas de los Ingenieros, en que exigen a los propietarios el pago de cuentas pendientes por diez

mil pesos (\$ 10.000.00), las cuales fueron contestadas haciendo reparos a la obra. A lo cual los contratistas, a su vez, responden manifestando su ánimo de acoger las observaciones en lo referente a las tapias del Circo. Posteriormente, los representantes de la Sociedad hicieron nuevos reparos. En carta de siete de marzo de 1940, los constructores reclaman un abono, no menos de cuatro mil pesos (\$ 4.000.00), y el siete de abril siguiente solicitan se les entreguen siquiera seis mil pesos (\$ 6.000.00). La sociedad replica el ocho del mismo mes de abril, haciendo nuevas observaciones a la construcción. En cartas posteriores de junio y julio de 1940, la Sociedad presenta nuevas reclamaciones, varias de las cuales fueron aceptadas por los Ingenieros y otras rechazadas, que luego se sometieron a arbitramento, como se había estipulado.

Ya para el 28 de octubre de 1940, los Ingenieros contratistas comunican a sus clientes que para completar el monto del valor de treinta y tres mil quinientos pesos (\$ 33.500.00), fijados como precio de las obras del Circo, les faltaba por recibir la cantidad de ciento cuarenta y dos pesos con treinta centavos (\$ 142.30) y que por saldo del contrato de construcción de las casas y local, la de quinientos pesos (\$ 500.00). A estas comunicaciones dió respuesta la Sociedad objetando la cuenta e indicando que el saldo era, por el contrario, a cargo de los contratistas, por la suma de treinta y cuatro pesos con sesenta y nueve centavos (\$ 34.69), recibidos de más de lo estipulado. No aparece contradicción al respecto.

Luego consta que los señores Ingenieros solicitan a los propietarios un préstamo de mil seiscientos pesos (\$ 1.600.00) para terminar la obra, que no les fue concedido. En carta de 29 de enero de 1941, los mismos Ingenieros se dirigen a la Sociedad facultándola para terminar la edificación, invirtiendo por cuenta de los mismos, la suma de mil ochocientos pesos (\$ 1.800.00), lo cual fue aceptado.

No hay constancia, anota el Tribunal, de que cuando los contratistas exigían dinero, la construcción se estuviera adelantando en la proporción debida. Los peritos nombrados en el pleito fueron de concepto que la obra no se entregó en los plazos señalados, pero que los demandados tampoco suministraron cumplidamente los dineros necesarios. Textualmente dicen los peritos: "No está dentro de nuestras posibilidades afirmar si cuando hubo alguna suspensión temporal en materia de pagos a los Ingenieros, las obras habían adelantado en forma proporcional o equivalente a la cuantía de los pagos semanales, pero tampoco podemos afirmar que

la Sociedad haya marchado siempre demasiado adelante en los pagos con relación a la ejecución de la obra". No puede, pues, deducirse, agrega el Tribunal, que fue sin razón o causa la demora en cubrir las cuentas pasadas por los constructores.

Concluye con cita del artículo 1609 del C. C., expresando que en los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo requeridos. Ha debido probarse —dice— que la obra estaba proporcionalmente avanzada a satisfacción, conforme al contrato, cada vez que se exigía un reembolso de fondos, lo que no se estableció.

En cuanto a la petición para el pago de quince mil pesos (\$ 15.000.00), valor en que se estiman las adiciones y mejoras que la Sociedad exigió extra contrato, no hay constancia de acuerdo entre las partes para que se cubrieran, fuera de lo pactado. Que según los términos del artículo 2060 del C. C. el empresario que se compromete a realizar una obra por un precio determinado, no podrá pedir aumento de éste, a pretexto de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plano primitivo, salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.

Anota el sentenciador, que la norma establecida por el artículo 2060 del C. C., es la de que las adiciones o reformas al plano convenido, va provengan del contratista o del dueño de la obra, deben ser previamente establecidas y determinado su valor. Tal precepto tiende a eliminar —dice— diferencias entre los contratantes. Repara, por lo demás, que es muy significativo el hecho de que los Ingenieros acordaron que los dueños del Circo lo terminaran por cuenta de los mismos, invirtiendo en ello por su orden la suma de mil ochocientos pesos (\$ 1.800.00). No parece lógico que, si la sociedad les adeudaba quince mil pesos (\$ 15.000.00) por adiciones, cambios y mejoras realizadas fuera del contrato, aceptaran el que se invirtieran mil ochocientos pesos más por su parte, todo esto sin hacer observación o reclamo sobre la materia, ni protesta de lo que se les quedaba a deber.

El Tribunal encuentra, en cuanto al argumento de ser una obra no convenida la desarmada de la estructura metálica del viejo Circo y su instalación en el nuevo, que lo allí indicado se halla comprendido dentro de las estipulaciones contractuales.

En lo pertinente a la acción subsidiaria de enriquecimiento sin causa, que hacen depender los demandantes de las adiciones, reparaciones y mejo-

ras hechas fuera de lo acordado y que estiman en quince mil pesos (\$ 15.000.00), anota que para que ésta sea atendible, se necesita que el demandante carezca de cualquiera otra, originada por un contrato, delito o cuasi-delito, o de las que surgen de los derechos absolutos, y que en el caso en estudio, media entre quienes disputan un convenio a cuyos términos es necesario atenerse. Con la acción del contrato debe demandarse en situaciones como la que el pleito contempla.

El recurso

Con fundamento en el artículo 520 del Código Judicial, acusa el recurrente la sentencia por violación de los artículos 1546, 1613, 1614, 1615, 1616, 1617 y 2056 del C. C., en relación con el 1609, por los siguientes aspectos: por infracción directa, por aplicación indebida como consecuencia de interpretación errónea de las disposiciones mismas y por falta de apreciación de algunas pruebas y errada estimación de otras.

a) *Interpretación errónea.*—Dice que según el artículo 1546 del C. C., en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de incumplimiento por una de las partes de lo pactado, quedándole a la otra la facultad de pedir la resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios en uno u otro caso; que la indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberlo sido imperfectamente, o de haberse retardado, y que los perjuicios se adeudan desde que el obligado se haya constituido en mora.

Que según el artículo 1609, la mora purga la mora, pero que el régimen que tal precepto consagra no libera a la parte que incurre en la mora en el cumplimiento inicial de la obligación.

Que el H. Tribunal interpretó mal el último precepto, por no haber hecho la distinción entre lo anterior y causal, de lo posterior y causado; que ha debido dilucidar qué parte se colocó primero en mora.

b) *Violación de los mismos preceptos por falta de estudio de pruebas y por mala apreciación de otras.*

Se pregunta: ¿Cuál parte incurrió en la mora e incumplimiento iniciales?

Dice que los autos traen suficientes elementos para esclarecerlo, y señala:

1.—El no haber ordenado la Sociedad desocupar el local del Circo por la familia del Conserje, que dificultó los trabajos.

2.—El no haber retirado la silletería vieja, que de acuerdo con el dictamen de los árbitros, era carga de la Sociedad.

3.—Que se demostró suficientemente que según los términos del contrato de construcción, los Ingenieros empresarios tenían opción para tomar la tierra que fuera necesaria en la construcción del nuevo Circo, ya de la sobrante del local antiguo, o de un solar situado a más corta distancia, y que no obstante tal facultad, el señor Angel les impidió utilizar este último material, recargándolos en gastos.

4.—Errores de hecho y de derecho en la apreciación de los recibos que indican el pago de las sumas cubiertas por los Ingenieros en la ejecución de los trabajos. Dice que el Tribunal no menciona tales recibos, ni compara sus fechas con las de las cartas de observaciones, ni con las constancias sobre avances de la obra.

Que según el contrato, cláusula duodécima, a los Ingenieros correspondía fijar la cuantía de las cuotas semanales. Que el derecho de inspección de los trabajos no llegaba, por parte de la Sociedad, hasta autorizarla para suspender los pagos.

Que está demostrada la suspensión del pago de las cuentas y que sólo semanas después se hicieron los reparos a la construcción. Para el dos de noviembre de 1939, ya estaba concluido el sesenta por ciento de las edificaciones, según se advierte en la correspondencia de los Ingenieros, lo que no está contradicho, y sin embargo, aún se adeudaban diez mil pesos (\$ 10.000.00), lo que no guarda proporción. Que para el once de noviembre de 1939, la Sociedad se dirige en carta a los contratistas aceptando el hecho participado por los mismos de que ya habían concluido todo el redondel del edificio y que se disponen a techar, y sin embargo, para esa fecha, la Sociedad les adeudaba quince mil cuatrocientos pesos (\$ 15.400.00).

En lo que se refiere a las observaciones o tachas en la construcción de las paredes que encierran el circo, dice que, si bien fueron objetadas, se rehicieron en parte, y en lo restante se aceptaron por la Sociedad, de tal manera que para el once de diciembre siguiente, esta parte de la edificación fue recibida de conformidad por los patronos.

Que no obstante no haberse hecho más reparos, la mora en la entrega de fondos continuaba.

Por último y refiriéndose al contrato sobre construcción de las casas, expresa que no hay constancia de que la sociedad hubiera cubierto semanalmente las cuentas de construcción, prueba que era de su cargo. Que conforme a la carta de 28 de octubre de 1940, que no ha sido rechazada, sino por el contra-

rio, presentada como prueba por la Sociedad, se ve que la mora en el pago de ambos contratos subsistía para entonces, aunque limitada o reducida a una suma menor.

A continuación hace el recurrente una enumeración de errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas, que dió lugar a que no se reconocieran los perjuicios ocasionados en la construcción, recargando su valor, ya por la permanencia indefinida del Conserje en el Circo, la renuencia de la Sociedad para hacerse cargo de la silletería y la prohibición de tomar la tierra en el lugar apropiado y escogido por los Ingenieros y en cuanto se sostiene que para la fecha en que se pasaron las cuentas de construcción, no se sabía si la obra había adelantado en la proporción correspondiente.

Para resolver, se considera:

a) Es de observar en orden a la cuestión planteada, en este proceso, que la sentencia de absolución se apoya en el hecho demostrado, a juicio del Tribunal, de que ninguna de las partes contratantes dio adecuado u oportuno cumplimiento a sus recíprocas obligaciones. "No puede decirse —dice el sentenciador— que si la sociedad disminuyó, retardó o suspendió durante algún tiempo o en determinadas ocasiones los pagos a los contratistas, lo hizo sin razón o fundamento, porque no está probado, como se advirtió antes, que cuando los ingenieros exigían las respectivas cuotas o abonos a buena cuenta del total convenido, la obra hubiera avanzado en la misma proporción". De donde el juzgador de segundo grado dedujo, a la luz del artículo 1609 del C. C., la falta de la mora de que se quejaba, indispensable para la prosperidad de la acción.

Como resultado del examen del acervo probatorio, considera que en este caso hubo violación por parte de ambos contratantes, por haber faltado igualmente al cumplimiento de las obligaciones que conforme a lo acordado, se debían recíproca y simultáneamente por efecto de su relación e interdependencia.

Las partes que celebran un contrato pueden regular el orden en que deban cumplir sus correspondientes prestaciones. Así ocurre con frecuencia en la venta, en que el vendedor consiente en entregar la cosa el día mismo del contrato y da al comprador, en ocasiones, uno o varios plazos para el pago del precio. Del mismo modo, en el arrendamiento de inmuebles, el arrendador entrega inmediatamente al arrendatario el disfrute de los bienes arren-

dados y las partes fijan las fechas periódicas en las que éste ha de cubrir su alquiler.

Pero si los contratantes no han determinado el orden de cumplimiento de sus obligaciones, este cumplimiento debe ser recíproco y simultáneo. Según Pothier, "en los contratos sinalagmáticos se presume que cada uno sólo quiere cumplir su obligación en tanto que la otra parte cumpla al mismo tiempo la suya". Volviendo al ejemplo de la venta, así, si el vendedor no ha concedido un término para el pago, del precio al adquirente, éste está obligado a pagar en el momento en que el vendedor le haga entrega de la cosa vendida.

Al tenor del artículo 1609 del C. C., "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o se allane a cumplirlo, en la forma y tiempo debidos".

Este artículo 1609, que sirvió de base a la sentencia, consagra en forma expresa y con el valor de regla general la conocida institución de la "Exceptio non adimpleti contractus". Tal excepción otorga, al decir de Enneccerus, "un verdadero derecho de retención a favor de uno de los contratantes hasta que el otro ejecute o se allane a ejecutar su prestación...". (Enneccerus, Tomo II, Volumen 1º, página 134).

De todo lo dicho, se concluye que el contratante que corre el riesgo de no obtener la prestación con que cuenta, no puede ser obligado a cumplir la suya, de donde se desprende que obró bien el Tribunal al no deducir perjuicios a cargo de la Sociedad demandada por haber retenido el pago de las cuentas de que se quejaba el actor. Ni correspondía estudiar, como lo dice el recurrente, "cuál parte se colocó primero en el caso de mora o incumplimiento de sus compromisos", porque no existiendo estipulación en contrario, las obligaciones recíprocas deben ser cumplidas simultáneamente. De tal manera que en el caso de autos, al exigir los pagos semanales, la construcción debía haberse adelantado en los términos del contrato y en la proporción debida, y ya se anotaron los persistentes y justificados reparos hechos a la obra a medida de su adelanto.

Por lo demás, en el contrato de construcción no se dice que las cuentas, aún hechas observaciones a la obra, se habrían de cubrir a medida que se fueran presentando. Por consiguiente, carece de fundamento el reparo de violación directa de las disposiciones que se citan.

b) Resta estudiar la acusación por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, en cuanto tales errores llevaron al Tribunal a no de-

terminar la mora inicial por parte de la Sociedad demandada, con violación de los mismos preceptos mencionados. Entre tales pruebas, las referentes a la ocupación del Teatro que debía demolerse, por el Conserje, de que se querrela el doctor Cock en carta del once de julio de 1939, que a juicio del recurrente, no fue tenida en cuenta al fallar.

Observa el Tribunal que sólo existe sobre el particular la carta de queja y que no hay prueba del retardo en la desocupación, ni de los perjuicios causados y advierte que en correspondencia fechada el dos de noviembre siguiente, el propio doctor Cock, sin hacer referencia para nada a la permanencia del Conserje y su familia en el Circo, le comunica a la Sociedad que ya está ejecutada, por lo menos el sesenta por ciento del total de la obra. No aparece, pues, tal falta de apreciación de la prueba.

c) Si esto sucede con el cargo sobre los perjuicios ocasionados por la presencia del cuidandero del Circo en el lugar de los trabajos, por falta de apreciación de una prueba, no sucede lo mismo con el abandono por parte de la Sociedad de la silletería usada del Circo que entorpecía las actividades de la demolición y que fue materia de observaciones por los Ingenieros. Si bien no está determinado el monto de tales perjuicios, ellos pueden ser calculados en el incidente sobre cumplimiento del fallo. Este hecho aparece demostrado en la correspondencia y dio lugar a un reclamo de la Sociedad por el abandono de los muebles a la intemperie, punto que sometido a peritazgo, fue decidido a favor de los demandantes.

d) Igual observación cabe hacer con respecto a la prohibición de don Alejandro Angel para que los ingenieros tomaran la tierra del solar situado en la calle 43, más cerca del lugar donde debía emplearse tal elemento para la construcción de las paredes del Circo. Este hecho está suficientemente demostrado con la declaración de Faustino Colorado, rendida en la primera instancia y con la de Marco Tulio Rojas y Laureano López, rendidas en la segunda. Conforme a la cláusula décima del contrato, los ingenieros podían tomar la tierra que necesitaran para la nueva construcción, ya de la que resultara de la demolición del edificio viejo, o bien de un terreno que la Sociedad posee en el cruce de la calle 43 con la carrera 45, a elección de los ingenieros.

e) Se observa, pues, que el Tribunal, no obstante haberse presentado las respectivas pruebas, dejó de apreciar las relativas a la obligación de los propietarios del Circo, de remover todo obstáculo para la cumplida ejecución de los trabajos de demolición, ya que dejó indefinidamente la silletería vieja del

Circo en el lugar de los trabajos, entorpeciendo éstos y recargando en gastos a los contratistas en sus diversos traslados. Igualmente está probado, según lo reza el contrato, el derecho de tomar la tierra para la nueva edificación, o la que sobrara de la demolición, o la que les conviniera tomar del lote señalado al efecto en el mismo contrato.

Hubo, pues, sobre el particular, incumplimiento de lo pactado por la Sociedad; cabía, pues, ordenar la indemnización por tales respectos. En el proceso no se estimaron los perjuicios, pero es evidente que se causaron.

La ley presume que toda infracción del contrato origina perjuicios al acreedor. Esto dará lugar a casar parcialmente la sentencia, en cuanto el Tribunal negó el pago de los ocasionados por las referidas infracciones, los cuales se determinan en el incidente sobre cumplimiento de la sentencia, artículo 553 del C. J.

f) No sucede lo mismo con el último reparo en el primer motivo alegado, o sea en cuanto se acusa la sentencia por considerar que no se probó que la Sociedad estaba autorizada para demorar los pagos semanales cuando tuviera observaciones que hacer a la forma como se adelantaban las obras y su proporcionalidad con las inversiones.

Sobre el particular es de notar, como lo dice el Tribunal, que no hay en el expediente elementos de juicio que permitan afirmar que cada vez que los contratistas exigían dinero a la Sociedad, la obra había adelantado en la proporción requerida. Del dictamen pericial rendido en la primera instancia, se desprende que "los demandantes no entregaron las obras en el tiempo debido, pero los demandados tampoco suministraron cumplidamente los dineros necesarios". No se pudo determinar si cuando sobrevinieron las demoras en los pagos, la obra se había adelantado en proporción.

De la correspondencia cruzada entre los ingenieros contratistas y los propietarios de las edificaciones, se deduce que desde noviembre de 1939, en que los primeros reclaman se les cubra la suma invertida de diez mil pesos (\$ 10.000.00), los segundos demoran su pago, pero hacen reparos a la construcción, que aceptan los constructores, aun cuando no en su totalidad.

Puede decirse que desde la iniciación de la obra, la Sociedad presentó cada vez observaciones, algunas de las cuales se sometieron a arbitramento, y de allí aparece que, en parte, la Sociedad demandada tenía razón en sus quejas.

En carta de 28 de octubre de 1940, los contratistas comunican al poderado de la Sociedad que para

completar la suma de treinta y tres mil quinientos pesos (\$ 33.500.00) por concepto de la construcción del Circo, les restaba por recibir ciento cuarenta y dos pesos con treinta centavos (\$ 142.30) y por el saldo del contrato de las casas, la de quinientos pesos (\$ 500.00). A esta comunicación replica la Sociedad manifestando que se había cubierto la suma convenida, más la cantidad de treinta y cuatro pesos con sesenta y nueve centavos (\$ 34.69) en exceso, saldo que no se objetó.

A más de esto, los contratistas solicitaron, según carta, un préstamo de la Sociedad el veintidós de noviembre de 1940, por la suma de mil seiscientos pesos (\$ 1.600.00), y como no fue concedido, en nueva comunicación facultan a los dueños del Circo para invertir en su total terminación la suma de mil ochocientos pesos (\$ 1.800.00) por cuenta de los contratistas.

Por otra parte, la obra no pudo terminarse en el tiempo convenido.

Se ve, pues, que no existe error de hecho en la apreciación de estas pruebas, y también que el recurrente no ataca el valor dado a la correspondencia, elementos de convicción de gran valor, ya que las cartas cruzadas se presentaron en la forma debida y no fueron tachadas.

No explica el recurrente en qué se funda para sostener el error de derecho en la apreciación de las pruebas, ni señala las que son susceptibles de ser atacadas por tal causa.

g) De conformidad con el artículo 1609 del C. C., en los contratos bilaterales, como ya se indicó, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

A excepción de los reparos sobre la no apreciación de pruebas en lo relativo a los perjuicios causados a los demandantes por no haber trasladado oportunamente la silletería vieja del Circo y la prohibición de tomar la tierra en el lugar que escogieron los ingenieros, no obstante los términos claros del contrato, no están demostrados, pues, los demás reparos hechos a la sentencia en el cargo que se deja resuelto.

Cargo segundo. — Causal primera

Se acusa por violación del artículo 2060 del C. C., por errónea apreciación de este precepto. Sostiene que la sentencia negó el pago de las adiciones y mejoras hechas en las edificaciones, porque las contratadas lo fueron por precio fijo; por consi-

guiente, no puede solicitarse aumento por haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo, por no haberse pactado aumento de precio por el mayor valor de éstas. Dice que lo que la ley ha querido evitar con lo dispuesto en la regla primera de tal precepto, es el abuso que pudieran cometer los empresarios con las personas que les encargan una construcción, so pretexto de la necesidad de adiciones o modificaciones al plan primitivo, para lograr un aumento en su precio. Que el caso discutido es muy distinto, pues las mejoras y adiciones fueron impuestas por quienes encargaron la obra y no por quienes debían realizarla.

Se considera:

El artículo 2060 del Código Civil no hace la distinción que invoca el recurrente. Sea que las agregaciones o modificaciones en el plano primitivo tengan su origen en el propietario de la obra o en el empresario de construcción, éste, para reclamar aumento de precio, debe demostrar que se ajustó uno particular por dichas agregaciones o modificaciones. Cabe en la interpretación del precepto, el aforismo de que, donde la ley no distingue, no le es dado al intérprete distinguir.

Puede suceder que en la ejecución del plano aparezca la necesidad urgente de modificarlo o revisarlo, a fin de hacerle una agregación importante para dar mayores seguridades a la construcción, ya porque así lo requieran los reglamentos municipales, ya por simples motivos de orden estético o de comodidad. La ley, en tratándose de contratos de construcción en donde se ajustó un precio único por toda la obra, no prohíbe en forma absoluta una modificación del convenio inicialmente, sino que para su validez, exige una condición especial: una autorización expresa del comitente y acuerdo sobre el valor de la agregación o modificación. Tal es la interpretación dada por el Tribunal al referido artículo 2060 del C. C., el cual, por consiguiente, no ha sido infringido.

Cargo tercero

La sentencia acusada es violatoria de los artículos 2054 y 2060, numeral 2º del C. C., por infracción directa, al no haber condenado a los patrones al pago de las adiciones y mejoras realizadas fuera de los términos del contrato.

Sostiene que cuando *circunstancias imprevistas* generan aumento de ciertos costos, como serían las exigencias de la Sociedad, éstos deben ser recono-

cidos, aun cuando no se hubiere estipulado previamente su valor. Es decir, que se trata de "circunstancias desconocidas" que obligaron a los empresarios a gastos no previstos ni estipulados.

Se considera:

Para rechazar el cargo, basta la consideración de que se trata de un medio nuevo propuesto por primera vez al sostener el recurso, ya que, ni en la demanda, ni en los alegatos, se sostuvo que se tratara de "circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, que ocasionaron costos que no pudieron preverse"; ni se demostró que tal hecho se hubiera puesto en conocimiento de la Sociedad para buscar su asentimiento, ni que rechazado, se ocurrió al Juez.

En las instancias se sostuvo por los demandantes, precisamente, que no era el caso señalado en el numeral 2º del artículo 2060 del C. C., porque las obras no habían sido sugeridas por los ingenieros, sino ordenadas por la Sociedad.

Se trata de un medio nuevo, no admisible en casación.

Cuarto cargo

Se acusa en este nuevo reparo la sentencia en estudio, por violación de los mismos artículos 2054 y 2060 del C. C., no ya porque la sentencia negó el pago de las adiciones o mejoras, sino en particular porque no se dispuso el pago de la desarmada y armada de la estructura metálica de hierro que sostiene la carpa del Circo.

Para rechazar tal reparo, basta lo expresado en los numerales anteriores, en que se dice que toda adición o cambio, en tratándose de una obra contratada por un precio fijo, ha de aceptarse por el comitente y ajustarse su valor entre las partes.

Los ingenieros, de acuerdo con la cláusula tercera, se obligaron a construir en el terreno de la calle de San Juan en Medellín, "un circo de las mismas dimensiones, con las mismas especificaciones y de la misma calidad del que actualmente existe y que ellos se obligan a demoler y trasladar". Toda la fuerza del reparo está en que no se dijo "desarmar la estructura de hierro", sino demoler, que es deshacer, derribar, arruinar. El cargo es ineficaz. Se declara, pues, sin fundamento.

Cargo quinto

Acusa también por violación del principio consa-

grado en nuestro Código Civil, que prohíbe el enriquecimiento a costa ajena.

Se considera:

Como lo dice el Tribunal, para que sea posible proponer la acción "in rem verso", se requiere que el demandante carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, o de las que surgen de los derechos absolutos. (Casación, 19 de noviembre de 1936, G. J. número 1918, Tomo 44, pág. 474).

La doctrina y la jurisprudencia francesas han establecido que el arquitecto que realiza una agregación al plano ordinario, sin el lleno de las condiciones señaladas en el artículo 1793 del C. C. francés (igual al artículo 2060 del C. C. nuestro), o sin convenir en el aumento de precio, no tiene derecho a ejercer extracontractualmente la "actio in rem verso", pues el ejercicio de esta acción tiene cabida en ausencia de un texto legal. (Colin, Capitán, Tº IV, pág. 346).

Cargo sexto

Este reparo final se refiere a la condenación en costas. Basta para rechazarlo, recordar que tal condena no da lugar al recurso de casación, como en innumerables fallos lo ha dicho la Sala. (Véase sentencia de 15 de febrero de 1940, G. J. Tomo 49, pág. 104, y Tomo 43, pág. 614).

Habiendo progresado algunos de los reparos propuestos, no hay lugar a condenación en costas.

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 *parcialmente* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha veintiocho de marzo de mil novecientos cincuenta, y revocando la de primera instancia, falla este pleito así:

Primero.—La Sociedad de Alejandro Angel e Hijo S. A. es responsable de los perjuicios causados a los actores en este pleito, por no haber retirado la silletería vieja del lugar de los trabajos de demolición del Circo España antiguo, de la ciudad de Medellín.

Segundo.—Igualmente es responsable la referida

Sociedad por haber prohibido a los demandantes, como ingenieros contratistas de la demolición y reconstrucción del referido Circo, el tomar la tierra necesaria para las obras en el nuevo local del citado establecimiento, o sea del lote de la calle San Juan en el cruce con la llamada "Gómez Angel", o sea en la calle 43 en cruce con la carrera 45. Se condena, pues, a la Sociedad a reconocer a los demandantes el mayor valor que implica el traslado o acarreo de la cantidad de tierra empleada en las construcciones del nuevo Circo España, de un lugar distinto del elegido por los ingenieros contratistas, por ser de mayor conveniencia en sus propósitos.

Tercero.—Tales perjuicios, o sean los indicados en los numerales anteriores, se liquidarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 553 del C. J.

Cuarto.—En lo demás queda vigente la sentencia absolutoria pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín.

Quinto.—Sin costas en el recurso.

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.

El Secretario, Hernando Lizarralde.



LA SOLA REFERENCIA O ANOTACION QUE EN LA CARTA DE PORTE SE HAGGA O INCLUYA SOBRE OTRO CONTRATO DE DIVERSA NATURALEZA DEL DE TRANSPORTE, NO ES PLENA PRUEBA DE ESE CONTRATO

1. — La CARTA DE PORTE es el documento privado que las partes otorgan para acreditar la entrega de las mercaderías al porteador, es decir, lo que en ella se expresa sobre los términos y condiciones del contrato de transporte es lo que constituye tal documento, pero la sola referencia o anotación que en ella se incluya sobre otro contrato de diversa naturaleza, como es el de seguro, no es la plena prueba de éste, ya que al tenor del art. 638 del C. de Co., “el seguro se perfecciona y prueba por escritura pública, privada u oficial, autorizada esta última por un Consul colombiano”. El documento justificativo del seguro se llama póliza.

2.—Para acreditar en juicio la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, basta un certificado firmado por el Presidente o el Secretario de la Cámara de Comercio, sellado con el sello de ésta, en que conste 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 arts. 469 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, según el caso; y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara.

La certificación escrita autorizada con la firma del Presidente o del Secretario de la Cámara de Comercio, respecto a la persona que en un momento dado ejerza la gerencia o sea representante legal de una compañía o sociedad comercial, de acuerdo con los registros que existan en la misma Cámara, constituye prueba suficiente de la personería ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas (arts. 40 y 41 de la Ley 28 de 1931).

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)
6—GACETA

Antecedentes:

La sociedad comercial extranjera que gira bajo la razón social de “The American Coffee Corporation”, demandó por incumplimiento de un contrato de transporte, ante el Juez Civil del Circuito de Girardot, a la compañía domiciliada allí, denominada “Antonio R. Navarro, etc. Co. Ltda”.

Finalizó la primera instancia del juicio por sentencia proferida por el Juez del conocimiento con fecha 5 de septiembre de 1949 y cerró el debate de la segunda el 28 de junio de 1950 con la correspondiente del Tribunal Superior de Bogotá, contra la cual el demandado que fue condenado en una y otra instancia, interpuso recurso de casación.

Entre los hechos que fundamentan la acción instaurada se expresa: que en el año de 1947 los demandantes celebraron con los señores Antonio Navarro Co. Ltda., entre otros contratos de transporte, el amparado por la “carta de porte N° 028 de treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y siete, por quinientos bultos de café pilado, con un peso de treinta y cinco mil kilogramos, carga que debía ser entregada por los transportadores a la Sociedad “Grace Co. S. A.”, en el puerto marítimo de Buenaventura, el día nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, para ser embarcada en el vapor “Santa Margarita”; que el referido café fue entregado a los porteadores a medida que lo fueron solicitando; que para el 31 de julio de 1947 ya se había realizado la entrega total de los sacos del referido fruto.

De la carga contratada y entregada para ser transportada se perdieron 50 sacos, pues, a su destino no llegaron sino 450. Tal pérdida ha dado origen a la presente acción en que se pide la condena de los transportadores al pago de los 50 bultos extraviados según el precio en la fecha en que debieron ser entregados.

La sentencia de segunda instancia materia del recurso, se funda en que se halla legalmente demostrado el contrato de acarreo con la carta de porte N° 028, que la entrega de la mercadería se estableció con los recibos expedidos por los demandados a favor de la sociedad remitente; que el

consignante probó el pago del flete. Que según el art. 298 del Código de Comercio, el porteador es responsable de la conducción de las mercaderías y de su arribo al lugar y en el plazo que determine el contrato. Que de los 500 sacos se dejaron de entregar 50, lo cual reconoce la entidad demandada.

Que según los artículos 2027 y 2073 del C. C. y 283 y 306 del Código de Comercio, existe una presunción en contra del porteador en los casos de pérdida, avería o retardo de las mercaderías, que él debe destruir comprobando que hubo caso fortuito inevitable y además, que éste no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente, siguiéndose así el principio general de derecho de que quien tiene en su poder una cosa ajena es obligado a conservarla y a prestarle el debido cuidado, por lo que si a éste falta, se hace por ello responsable del perjuicio que sobrevenga al dueño.

“Las disposiciones civiles y comerciales pertinentes a fijar la responsabilidad del porteador en caso de pérdida de la cosa transportada (arts. 1604, 1605, 1607, 1730 y 1732 del Código Civil y concordantes; y artículos 306 y 322 del Código de Comercio), indican con claridad que para la prosperidad de la acción de incumplimiento del contrato de transporte, al actor o dueño de ella le basta afirmar el incumplimiento para que el porteador eche sobre sí la carga de la prueba, si quiere exonerarse de responsabilidad, y no de cualquier manera, no para probar un caso fortuito sino que debe probar la causa precisa de éste y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo”.

El recurso

Con fundamento en el numeral primero del art. 520 se aducen por el recurrente contra la sentencia, los reparos que a continuación se expresan:

a) El Tribunal sentenciador incurrió en error de hecho al fijar el alcance de la demanda.

Dice que el juzgador dá por probado el contrato tinta de la presentada con la demanda para tal de transporte fundado en una carta de porte disefecto por el demandante.

Dice que en el expediente hay dos cartas de porte por 500 sacos cada una, relativas a contratos diversos. Según la una el café debía embarcarse en el

vapor “Santa Margarita” y según la otra estaba destinado al “Santa Cecilia”. Como el contrato de transporte se prueba con la carta de porte, cada una de las aducidas demuestran contratos específicamente distintos, y la confusión de una con la otra involucra los contratos originarios, con quebrantamiento de los arts. 258, 272 y 278 del Código de Comercio. En resumen, agrega, el Tribunal Sentenciador dió por demostrado un contrato de transporte distinto del que sirvió de fundamento a la acción propuesta.

Se considera:

El transporte es un contrato, en virtud del cual uno se obliga por cierto precio a conducir de un lugar a otro, pasajeros o mercaderías ajenas, y a entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas.

Llámase **carta de porte**, el documento privado que las partes otorgan para acreditar la existencia y condiciones del contrato y la entrega de la mercadería al porteador.

Las condiciones del contrato de transporte celebrado entre los litigantes fueron consignadas en la **carta de porte** número 028, expedida por los porteadores con fecha 31 de julio de 1947, en la cual se consignó el número de sacos por conducir, su peso, etc., además, se dijo que tal cargamento era “Para embarcar en el vapor Santa Margarita”. Como la sociedad demandada negó la autorización de su empleado para expedir tal instrumento, se estableció la autorización respectiva, con una serie de documentos conducentes al efecto y entre ellos, se acompañó otra carta de porte, por igual número de sacos relativa a otro contrato celebrado el 9 de julio de 1947, cargamento que debía transportarse con destino al vapor “Santa Cecilia”. Esto dió lugar a un error del Tribunal al describir la carta de porte que cubría la remesa de los 500 sacos del contrato efectuado el 31 de julio, pues en lugar de nombrar el vapor Santa Margarita que figura en la número 028 de 31 de julio, erradamente allí se refiere a otro vapor. Sin que esa equivocación tenga incidencia en manera alguna, sobre la identidad de la carta de porte y el contrato que es objeto del presente litigio. Tal error explicable por tratarse de contratos muy semejantes, en nada afecta la legalidad y estudio hecho por el Tribunal de los documentos con que dió por demostrado el contrato de transporte, fundamento de la demanda.

Dice el Tribunal: “La carta de porte N° 028, fechada en Girardot el 31 de julio de 1947, etc.”. Lue-

go no se refirió a otro documento que el que con-
signa el convenio violado, base del litigio. El error
al citar el vapor, circunstancia que no es materia
del debate, cuestión accesoria, en nada afecta la
apreciación de la demanda y la prueba referida.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo b)

Dice el recurrente que en la carta de porte N°
028 de 31 de julio de 1947, visible al folio 1° del
cuaderno principal y fundamento de la demanda,
se lee esta nota: "Este café viaja asegurado contra
todo riesgo desde su origen hasta su destino bajo
póliza flotante de "The Great Atlantic etc. Paci-
fic Tea Co. de N. Y.", al precio corriente".

Afirma que la aseveración hecha en la carta de
porte de que el café viaja asegurado contra todo
riesgo constituye plena prueba al tenor del art.
276 del C. de Co. Que el Tribunal omitió conside-
rar el seguro del café. Que cuando una mercan-
cía asegurada se pierde estando en viaje; surgen
dos acciones para reparar el daño: una contra el
porteador por culpa (art. 2073 del C. C., y 279 C.
de Co. y 1° de la ley 52 de 1919); y otra, contra
la Compañía aseguradora por el siniestro. Como
estas dos acciones tienen por finalidad pagar una
pérdida, al cargador le está vedado cobrar por la
culpa al porteador y por el siniestro al asegura-
dor, simultáneamente. Que la indemnización tie-
ne que ser porporcional (art. 1614 C. C.) y porque
el doble pago sería rescindible, porque uno de
ellos vendrá a ser "pago de lo no debido" art. 2313
del C. C.

Que estando la mercancía asegurada contra to-
do riesgo, el dueño de la carga, no tendría las dos
acciones separadas, sino una especial contra el
asegurador, que al pagar puede repetir contra el
causante del daño al tenor de los arts. 677 y 1603
del C. C. Que hay una ilegitimidad en la causa
si el pleito se dirige contra el porteador única-
mente por la acción de culpa (art. 283 del C. de
Co.).

Que la compañía aseguradora responde con su
póliza flotante sin limitación alguna de la negli-
gencia o descuido del porteador. Que el transporte
y el seguro son contratos vinculados, en que el
cargador por una parte es el acreedor y el asegu-
rador por la otra es el deudor pleno, que garanti-
za la conducta, del porteador. Que la obligación
de pago tiene que ventilarse primero con los ase-
guradores; que el Tribunal aplicó indebidamen-
te el artículo 308 del C. de Co., siendo los perti-
nentes los arts. 674 y 725. Que si el remitente re-

cibió el pago de la indemnización no puede cobrar-
la otra vez.

Dice que hay error por parte del Tribunal en
la forma como interpretó la carta de porte, porque
la tuvo en cuenta en cuanto al contrato de trans-
porte, pero no, en cuanto al del seguro. Que al
debate han debido concurrir todos los interesados,
para dilucidar a quién corresponde el pago de la
pérdida del cargamento. Que el porteador tiene
a su favor la presunción del caso fortuito que lo
liberta de responsabilidad y la hace recaer sobre
la compañía de seguros. Cita además de las dispo-
siciones atrás enumeradas los arts. 663 y 283 del
C. de Co.

Se considera:

Todo el razonamiento del recurrente se reduce
a considerar que existe y está demostrado un con-
trato de seguro del transporte de la carga al lugar
de su destino, porque así lo indica la carta de
porte.

Que en consecuencia ha debido demandarse a
la compañía aseguradora y que "contra esa com-
pañía y con su citación es como puede prosperar
la acción indemnizatoria". Concluye diciendo que
"hay pues una ilegitimidad en la causa si el plei-
to se dirige contra el porteador únicamente por
la acción de culpa (art. 283 del C. de Co.)".

La **carta de porte** es el documento privado que
las partes otorgan para acreditar la entrega de
las mercaderías al porteador, es decir, lo que en
ella se expresa sobre los términos y condiciones
del contrato de transporte es lo que constituye tal
documento, pero la sola referencia o anotación que
en ella se incluya sobre otro contrato de diversa
naturaleza como es el de **seguro**, no es la plena
prueba de éste, ya que al tenor del art. 638 del C.
de Co., "el seguro se perfecciona y prueba por es-
critura pública, privada u oficial, autorizada esta
última por un Cónsul colombiano". El documento
justificativo del seguro se llama póliza.

Faltando pues, la prueba del contrato de segu-
ros, sobra toda discusión acerca de su alcance y
requisitos y las relaciones entre el asegurador y
el asegurado y el responsable del siniestro.

Cargo c)

Acusa por último el recurrente por error de he-
cho y de derecho en la apreciación dada a los do-
cumentos con que se quiso demostrar la existen-
cia de la sociedad demandada y la personería de
los actores en el pleito.

Dice textualmente: "a) 'Antonio R. Navarro Co.', sociedad de comercio, domiciliada en Girardot, tuvo que formarse por escritura pública registrada. El Tribunal sin tal prueba le reconoció personería con quebranto de los artículos 465, 472, 480 y 485 del código de comercio; 1760 C. C. y 4º de la Ley 124 de 1937.

"b) La sociedad extranjera 'The American Coffee Corporation', para ejercer actividades en Colombia, tiene que estar provista del permiso de la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Como el Tribunal le reconoció personería sin aquel requisito, violó los artículos 22 de la Ley 58 de 1931; 1º y 3º del decreto 65 de 1941; y 1740 del código civil. Este error es de hecho porque aquel permiso no aparece en los autos; o es error de derecho, si pretendió suplirse esa formalidad con el certificado de la Cámara de Comercio de Cali".

Se considera:

Para acreditar en juicio la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, basta UN CERTIFICADO firmado por el Presidente o el Secretario de la Cámara de Comercio, sellado con el sello de ésta, en que conste 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 arts. 469 del Código de Comercio y 2º de la ley 42 de 1898, según el caso; y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara.

La certificación escrita autorizada con la firma del Presidente o del Secretario de la Cámara de Comercio, respecto a la persona que en un momento dado ejerza la Gerencia o sea representante legal de una compañía o sociedad comercial, de acuerdo con los registros que existan en la misma Cámara, constituye prueba suficiente de la personería ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas (arts. 40 y 41 ley 28 de 1931).

"Cuando se trata de personas jurídicas de carácter privado, como son las sociedades civiles o comerciales, los reglamentos y estatutos a que ellas deben someterse, vienen a ser el título originario, fundamental y constitutivo de su existencia. La constitución de las sociedades comerciales se prueba por medio de la escritura respectiva, o de acuerdo con el art. 36 Ley 40 de 1907. Enseña Labbé que la sociedad puede considerarse ya co-

mo contrato, ya como personalidad. Es indudable que el art. 36 citado, inspirado en tal principio, no trata de la escritura social como prueba de la sociedad-convención, pero vé en su extracto una demostración, de la existencia de la sociedad-persona. Posteriormente estableció la ley 28 de 1931, en sus arts. 40 y 41, que para acreditar la constitución y existencia de una sociedad comercial bastaba un certificado escrito por el presidente y el secretario de la respectiva cámara de comercio, sellado en debida forma, con las condiciones que en esos artículos se indican.

"Sin la prueba de la existencia de una persona jurídica, tal como una sociedad comercial, falta en el juicio uno de los presupuestos procesales o sea la capacidad sustantiva de una de las partes.

"Al tenor de los arts. 40 Ley 28 de 1931, 469 del c. de co. y 2º Ley 42 de 1898, tratándose de una sociedad comercial el extracto debe contener nombres, apellidos y domicilios de los socios, la razón y firma social; los socios encargados de la administración y el uso de la razón social; el capital que introduce cada uno de los socios y la época en que la sociedad debe principiar o disolverse" (Casación 1º de diciembre de 1944, LVIII, 165).

Habiéndose presentado los certificados de las respectivas cámaras de comercio sobre la constitución y existencia de la sociedad demandante, como de la demandada, el cargo debe rechazarse.

Sentencia:

Por las consideraciones anotadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta.

Costas a cargo del recurrente.

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.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — CONDICIONES PARA QUE SE ESTRUCTURE LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL

Los artículos 4º, numeral 5º, de la Ley 45 de 1936; 6º y 7º de la misma ley y 398 y 399 del Código Civil son las disposiciones legales que definen la posesión notoria del estado civil de un hijo natural, y de acuerdo con ellas, esa posesión quedará estructurada, tornándose en realidad jurídica, mediante el cumplimiento estricto de las condiciones que se van a enunciar. Y se dice cumplimiento estricto, porque, como lo ha expresado la Corte, la ley sobre filiación natural contiene una reglamentación especial, propia, rígida y exclusiva, de sistematización restrictiva (G. J., Tomo LXI, pág. 86; y Tomo LXIV, pág. 370), sin duda porque se trata de una cuestión, más que de interés privado, de orden público, como es todo aquello que versa sobre el estado civil de las personas y sobre organización de la familia.

Esas condiciones, de acuerdo con los textos legales citados, se refieren: al tiempo, al espacio, al tratamiento, a la reputación, a la fama pública y a la prueba.

a) TIEMPO: el tiempo, que es de diez años continuos por lo menos, mira hacia atrás desde que se le afirme, y cubre todos los componentes de la posesión notoria: tratamiento, fama, reputación, pruebas, etc. El tiempo es requisito esencial para el caso, pues sin él la posesión notoria no tendría existencia. Si el presunto hijo, pongamos por caso, no vivió sino dos o tres años, ya no sería posible que la declaración judicial sobre paternidad natural se pudiera localizar dentro del numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, según enunciación de atrás. Y de la misma manera, si el presunto padre muere después de nacer el hijo presuntivo, o se ausenta en forma definitiva, tampoco se podría colocar el caso dentro de ese numeral 5º.

b) ESPACIO: cabe bien considerar que la posesión notoria se debe desarrollar como en un escenario en que figuren los presuntos padre e hijo, en calidad de personajes actuantes, y figuren como espectadores los parientes, los amigos y el vecindario en general. Si uno de

los personajes faltare, la posesión notoria no operaría, y los espectadores no tendrían misión. La posesión notoria dice relación entonces a un sitio, a un poblado, a un ámbito limitado donde han de actuar los personajes y los espectadores, ámbito a que precisamente se refiere la ley al hablar del vecindario, que según definición, es "número de vecinos que habitan un pueblo". Como en el caso del tiempo, este elemento espacio es esencial, pues si los presuntos padre e hijo no actúan en un lugar determinado, los espectadores, que han de ser los testigos de la vida familiar de aquéllos, ya no podrían dar razón de ella. Si el presunto hijo natural viviera en una parte, y, en forma permanente, el presunto padre tuviera su domicilio en otra, sin que ni el primero ni el segundo concurrieran a sus respectivos vecindarios, de manera que existiera imposibilidad física para cumplirse los requisitos de la posesión notoria, ni habría personajes en el escenario, ni habría espectadores. No se puede olvidar que la ley habla de "vecindario del domicilio en general".

c) TRATAMIENTO: tratamiento, en el presente caso es contacto o entendimiento entre los presuntos padre e hijo, y ese tratamiento debe ser observado por los parientes, por los amigos y por el vecindario en general, hasta formar convicción de él sobre el parentesco, a virtud de hechos, no esporádicos y aislados, sino de carácter permanente, en serie continua, tales como suministros por alimentación, por educación, por vestido, por diarias necesidades a que un padre acude en favor de su hijo. De esta suerte, para que el tratamiento pueda realizarse y para que la convicción de parientes, amigos y vecinos verse sobre una realidad observada y vivida, es preciso que los personajes en juego estén presentes y que la observación cubra un periodo de diez años. Por eso se ha dicho que los elementos tiempo y espacio son esenciales en el caso que se estudia. "Los actos del padre —sentó la Corte— consistentes en proveer a la subsistencia, edu-

cación y establecimiento del que se pretende hijo natural, deben ser permanentes y regulares, y además, ostensibles y públicos, siempre, porque ése es el medio indicativo que hace que los deudos, amigos y el vecindario en general reputen, por esa serie de hechos, que el padre trata al hijo como tal". (G. J., números 2001-2005, pág. 205).

d) **REPUTACION:** es el concepto que los amigos, los parientes y el vecindario se han formado por los canales del tratamiento, es decir, por la observación de actos repetidos que afirman los vínculos familiares sin lugar a dudas. Dijo la Corte: "Pero la ley no sólo fija el modo preciso por el cual ha debido formarse la fama o reputación de que se trata, sino que además regula ese vínculo del conocimiento determinando las circunstancias constitutivas del tratamiento paternal, cuya naturaleza y juicio no deja a la libre elección de quienes forman el ambiente social; éste, según la norma dicha, no debe tener como tratamiento apto para los fines en referencia sino los actos del padre tendientes a proveer a la educación, subsistencia y establecimiento del hijo". (G. J., números 2057-2058, pág. 690).

e) **FAMA:** ésta es opinión pública que se tiene de alguna cosa. Cuando ya los vecinos, parientes y amigos llegan al convencimiento del parentesco, por observación de actos repetidos y de hechos indudables, el ambiente local se va saturando, por decirlo así, de un concepto o convicción, y se dice entonces que la fama vuela. Pero sobre la fama hay dos clases de testigos: unos que la pueden afirmar porque a la vez observaron los hechos sobre el tratamiento y formaron convicción sobre el caso, y otros testigos que sólo pueden afirmar la fama en sí, es decir, lo que han oído decir como concepto público. A éstos se refiere el artículo 698 del C. J., pero es claro que la sola afirmación de fama no valdría por sí sola para establecer la posesión notoria.

f) **PRUEBAS:** el tratamiento, que forma la reputación y que lleva a la fama, tiene que ser establecido por modo irrefragable, dice la ley, y por un conjunto de testimonios fidedignos, dice la misma ley. Irrefragable, es decir, que no deja la menor duda, que no admite ni objeciones, ni vacilaciones. Y como esto toca al Juez apreciarlo y decidirlo, ante él deben presentarse los hechos de manera luminosa, por

decirlo así. Y habla la ley de un conjunto de declaraciones fidedignas. Conjunto es exigencia especial para el caso, porque a la comprobación de los hechos deben acudir parientes, amigos, todos los vecinos que hayan conocido esos hechos por propia percepción y no por informaciones extrañas. Además, se trata de evitar sorpresas en caso tan grave, dice el comentarista señor Fernando Vélez. Las otras personas podrán declarar sobre la fama pública, haciéndose eco de una verdad ambiente, pero que por sí sola no valdría para establecer la posesión notoria, como ya se dijo. Mas, en todo caso, sobre hechos deben versar las declaraciones, y sobre hechos constantes, no aislados, observados durante diez años continuos.

A estas condiciones debe, pues, amoldarse un caso sobre posesión notoria del estado civil de un hijo natural; y si del expediente ellas no resultaren establecidas, no podrá el Juez declarar él parentesco de que la demanda trata.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

En este proceso pretende Dolores Rojas, vecina de Villavicencio, que se declare que su hijo natural Rubén Rojas lo es también de Misael Vásquez, y al efecto demanda a Ernestina Vásquez de Gastelbondo, instituída heredera testamentaria de aquél, en su calidad de hija natural, para que por la justicia se hagan, entre otras, estas declaraciones:

Que Rubén Rojas es hijo natural de Misael Vásquez, fallecido en 1944;

Que se ordene al Notario que extienda la partida respectiva sobre filiación natural;

Que Rubén Rojas es heredero forzoso de su padre natural Misael Vásquez.

E hizo otras peticiones relacionadas con las anteriores.

Para el caso es interesante anotar estos hechos de la demanda:

Misael Vásquez vivió largo tiempo en Villavicencio, y "por los años de 1928 a 1930 se trasladó a Bogotá" (hecho I).

Rubén Rojas nació el 24 de julio de 1928 (hecho II).

Desde el nacimiento, Vásquez trató a aquél como a su hijo, "presentándolo así a sus amigos y rela-

cionados, ayudando a su subsistencia y educación y establecimiento en general, hasta su muerte" (hecho III).

Misael Vásquez, "mientras estuvo en Villavicencio, atendía y pagaba los gastos que requería la subsistencia del menor y lo presentaba a sus amigos y relacionados como su hijo" (hecho IV).

Los amigos y relacionados de Vásquez y el vecindario en general de Villavicencio, han considerado y consideran que Rubén Rojas es hijo de Misael Vásquez, en virtud del tratamiento que le dispensaba y dispensó por un término mayor de diez años (hecho VI).

La demandada, por medio de apoderado, negó casi todos los hechos del libelo, y se opuso a las peticiones solicitadas; y el Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá falló el negocio, el día doce de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, declarando que Rubén Rojas es hijo natural del citado Vásquez, y negando todo lo demás pedido en la demanda.

El señor Juez hace examen de los casos 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, el primero que se refiere a las notorias y estables relaciones sexuales sostenidas entre los presuntos padres del hijo, y el 5º que se refiere a la posesión notoria del estado civil por parte del presunto hijo natural, y llega por este camino a la conclusión de que Rubén Rojas es ciertamente hijo de Misael Vásquez.

Apelada la sentencia de primera instancia, el Tribunal Superior de Bogotá, en la suya de veintitrés de junio de mil novecientos cincuenta, estudia también aquellos dos casos, concluye que ninguno de ellos se cumple en el presente juicio, y absuelve a la demandada, después de revocar la sentencia de primer grado.

Ha subido el negocio a la Corte en casación, por solicitud de la parte actora, y se procede a estudiar el recurso, después de decir que el Tribunal hizo examen prolijo de cada una de las declaraciones presentadas por la actora, pues no hay en el expediente pruebas de otra categoría, y dijo sobre ese examen: "De lo expuesto hasta aquí, el Tribunal concluye que de los testimonios de los declarantes presentados por la parte demandante, no se deduce la plena prueba de que Rubén Rojas haya tenido la posesión notoria del estado civil de hijo natural de Misael Vásquez, por el tiempo señalado por la ley, es decir, por diez años continuos por lo menos; ni tampoco se deduce que esa calidad de hijo natural esté acreditada por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de una manera irrefragable. Por el contrario, del estudio de las declara-

ciones aportadas surgen multitud de dudas que hacen poco atendibles los dichos de los testigos".

Y con respecto a las dudas de que se habla, dice la sentencia:

"Si Vásquez se vino de Villavicencio para Bogotá, como está acreditado con numerosas declaraciones, en el mes de septiembre de 1928, para no regresar más a aquella población, o sea precisamente cuando Rubén contaba con dos meses de edad, ¿cómo es posible que se pueda aceptar, por ejemplo, el dicho de Jenaro Martínez, cuando asevera que Vásquez no le dijo que Rubén fuera su hijo, pero que le consta que este último se le acercaba y le decía "papacito, déme dinero" y don Misael inmediatamente "le daba su peso o dos pesos"?"

"La mayor parte de los testigos son vecinos de Villavicencio, y por esta circunstancia, no es presumible que a ellos les puedan constar de manera tan directa todos los hechos fundamentales sobre los cuales declaran, especialmente los relativos a la educación de Rubén Rojas estando Misael Vásquez radicado definitivamente en Bogotá desde el año de 1928, esto es, cuando el hijo que se le atribuye tenía pocos meses de nacido.

"No está por demás anotar que el doctor Jorge Sabogal, médico de Villavicencio, quien atendió al hijo de Dolores Rojas llamado Rubén, declara lo siguiente: 'No recuerdo la fecha precisa del nacimiento del niño que tuvo Dolores Rojas y que dicen era de don Misael Vásquez y que llamaban Rubén. Recuerdo sí que fui llamado a atenderlo en su última enfermedad, cuando falleció'.

"Este testigo al ser interrogado sobre cuántos hijos ha tenido Dolores Rojas, respondió que ha tenido varios, pero en lo que respecta a don Misael Vásquez, afirma que ha oído decir que dos.

"Del testimonio citado del doctor Jorge Sabogal, distinguido médico de Villavicencio, surge la duda de si en realidad el hijo de Dolores Rojas llamado Rubén Darío es el mismo Rubén a que se refieren las declaraciones de los testigos presentados por la parte demandante, los cuales no tratan ni mencionan el hecho de que Misael Vásquez y Dolores Rojas hayan tenido dos hijos; y sin embargo, en el expediente obran las dos partidas de bautismo de Rubén (fl. 21 del cuaderno número 6), y la de Rubén Darío (fl. 1 del cuaderno número 3), siendo de advertir que Rubén falleció cuando tenía doce (12) días de edad, habiéndosele dado sepultura el día 28 de mayo de 1927, todo conforme a la correspondiente partida de defunción que corre al folio 23 v. del cuaderno número 6".

Recurso extraordinario

Se refiere este recurso a lo relacionado con la posesión notoria, pues en la demanda no se hace examen ni objeción sobre el caso 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, sino que el recurrente concreta sus acusaciones al caso 5º.

Mas antes de entrar en el examen de esas acusaciones, es conveniente exponer, desde un plano simplemente jurídico y abstracto, la manera como opera el fenómeno de la posesión notoria del estado civil frente a las disposiciones legales.

De conformidad con el artículo 4º de la Ley 45 citada, hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural:

- 1º
 2º
 3º
 4º
 5º Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.

El artículo 6º de la misma ley dice que la posesión notoria consiste en que el respectivo padre 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, a virtud de aquel tratamiento.

Y el artículo 7º de la ley citada expresa que, entre otros, se aplican al caso de filiación natural los artículos 398 y 399 del C. C.

Dice el primero: para que la posesión notoria valga como prueba deberá haber durado diez años continuos por lo menos.

Y expresa el artículo 399: la posesión notoria se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable.

Son éstas las disposiciones legales que delinear la posesión notoria del estado civil de un hijo natural, y de acuerdo con ellas esa posesión quedará estructurada, tornándose en realidad jurídica, mediante el cumplimiento estricto de las condiciones que se van a enunciar. Y se dice cumplimiento estricto porque, como lo ha expresado la Corte, la ley sobre filiación natural contiene una reglamentación especial, propia, rígida y exclusiva, de sistematización restrictiva (G. J. LXI, pág. 86, y LXIV, pág. 370), sin duda porque se trata de una cuestión, más que de interés privado, de orden público, como es todo aquello que versa sobre el estado civil de las personas y sobre organización de la familia.

Esas condiciones, de acuerdo con los textos legales citados, se refieren: al tiempo, al espacio, al tratamiento, a la reputación, a la fama pública y a la prueba.

a) *Tiempo*: El tiempo, que es de diez años continuos por lo menos, mira hacia atrás desde que se le afirma, y cubre todos los componentes de la posesión notoria: tratamiento, fama, reputación, pruebas, etc. El tiempo es requisito esencial para el caso, pues sin él la posesión notoria no tendría existencia. Si el presunto hijo, pongamos por caso, no vivió sino dos o tres años, ya no sería posible que la declaración judicial sobre paternidad natural se pudiera localizar dentro del numeral 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, según enunciación de atrás. Y de la misma manera, si el presunto padre muere poco después de nacer el hijo presunto, o se ausenta en forma definitiva, tampoco se podría colocar el caso dentro de ese numeral 5º.

b) *Espacio*: Cabe bien considerar que la posesión notoria se debe desarrollar como en un escenario en que figuran los presuntos padre e hijo en calidad de personajes actuantes, y figuran como espectadores los parientes, los amigos y el vecindario en general. Si uno de los personajes faltare, la posesión notoria no operaría, y los espectadores no tendrían misión. La posesión notoria dice relación entonces a un sitio, a un poblado, a un ámbito limitado donde han de actuar los personajes y los espectadores, ámbito a que precisamente se refiere la ley al hablar de vecindario, que según definición, es "número de vecinos que habitan un pueblo". Como en el caso del tiempo, este elemento espacio es esencial, pues si los presuntos padre e hijo no actúan en un lugar determinado, los espectadores, que han de ser los testigos de la vida familiar de aquéllos, ya no podrían dar razón de ella. Si el presunto hijo natural viviera en una parte, y en forma permanente el presunto padre tuviera su domicilio en otra, sin que ni el primero ni el segundo concurren a sus respectivos vecindarios, de manera que existiera imposibilidad física para cumplirse los requisitos de la posesión notoria, ni habría personajes en el escenario, ni habría espectadores. No se puede olvidar que la ley habla de "vecindario del domicilio en general".

c) *Tratamiento*: Tratamiento en el presente caso es contacto o entendimiento entre los presuntos padre e hijo, y ese tratamiento debe ser observado por los parientes, por los amigos y por el vecindario en general, hasta formar convicción de él sobre el pa-

rentesco, a virtud de hechos, no esporádicos y aislados, sino de carácter permanente, en serie continua, tales como suministros por alimentación, por educación, por vestido, por diarias necesidades a que un padre acude en favor de su hijo. De esta suerte, para que el tratamiento pueda realizarse y para que la convicción de parientes, amigos y vecinos verse sobre una realidad observada y vivida, es preciso que los personajes en juego estén presentes, y que la observación cubra un período de diez años. Por eso se ha dicho que los elementos tiempo y espacio son esenciales en el caso que se estudia. "Los actos del padre —sentó la Corte— consistentes en proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del que se pretende hijo natural, deben ser permanentes, constantes y regulares, y además, ostensibles y públicos siempre, porque ése es el medio indicativo que hace que los deudos, amigos y el vecindario en general reputen, por esa serie de hechos, que el padre trata al hijo como tal". (G. J. 2001-2005, pág. 205).

d) *Reputación*: Es el concepto que los amigos, los parientes y el vecindario se han formado por los canales del tratamiento, es decir, por la observación de actos repetidos que afirman los vínculos familiares sin lugar a dudas. Dijo la Corte: "Pero la ley no sólo fija el modo preciso por el cual ha debido formarse la fama o reputación de que se trata, sino que además regula ese vínculo del conocimiento determinando las circunstancias constitutivas del tratamiento paternal, cuya naturaleza y juicio no deja a la libre elección de quienes forman el ambiente social; éste, según la norma dicha, no debe tener como tratamiento apto para los fines en referencia sino los actos del padre tendientes a proveer a la educación, subsistencia y establecimiento del hijo". (G. J. números 2057-2058, pág. 690).

e) *Fama*: Esta es opinión pública que se tiene de alguna cosa. Cuando ya los vecinos, parientes y amigos llegan al convencimiento del parentesco, por observación de actos repetidos y de hechos indudables, el ambiente local se va saturando, por decirlo así, de un concepto o convicción, y se dice entonces que la fama vuela. Pero sobre la fama, hay dos clases de testigos: unos que la pueden afirmar porque a la vez observaron los hechos sobre el tratamiento y formaron convicción sobre el caso, y otros testigos que sólo pueden afirmar la fama en sí, es decir, lo que han oído decir como concepto público. A éstos se refiere el artículo 698 del C. J., pero es claro

que la sola afirmación de fama no valdría por sí sola para establecer la posesión notoria.

f) *Pruebas*: El tratamiento, que forma la reputación y que lleva a la fama, tiene que ser establecido por modo irrefragable, dice la ley, y por un conjunto de testimonios fidedignos, dice la misma ley. Irrefragable, es decir, irrefutable, que no deja la menor duda, que no admite ni objeciones, ni vacilaciones. Y como esto toca al Juez apreciarlo y decidirlo, ante él deben presentarse los hechos de manera luminosa, por decirlo así. Y habla la ley de un conjunto de declaraciones fidedignas. Conjunto es exigencia especial para el caso, porque a la comprobación de los hechos deben acudir parientes, amigos, todos los vecinos que hayan conocido esos hechos por propia percepción y no por informaciones extrañas. Además, se trata de evitar sorpresas en caso tan grave, dice el comentarista señor Fernando Vélez. Las otras personas podrán declarar sobre la fama pública, haciéndose eco de una verdad ambiente, pero que por sí sola no valdría para establecer la posesión notoria, como ya se dijo. Mas, en todo caso, sobre hechos deben versar las declaraciones, y sobre hechos constantes, no aislados, observados durante diez años continuos.

A estas condiciones debe, pues, amoldarse un caso sobre posesión notoria del estado civil de un hijo natural; y si del expediente ellas no resultaren establecidas, no podrá el Juez declarar el parentesco de que la demanda trata.

Dentro de la causal 1ª de casación a que se refiere el artículo 520 del Código, el recurrente presenta tres cargos contra la sentencia del Tribunal, dividido el primero en dos capítulos, como se va a ver.

CARGO I. — Capítulo I

Dice que la sentencia incurre en manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas, y que se violó así el número 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

En seguida el recurrente entra a hacer examen de algunas de las declaraciones que el Tribunal analizó, tratando de demostrar que ese análisis no fue completo porque se apuntaron unas afirmaciones de los testigos pero dejando otras, es decir, señalando incongruencias entre lo que los declarantes afirman, y lo que anota el Tribunal, pero sin que se exprese si el error de hecho está en cada una de las declaraciones, o está en las conclusiones que de

ellas se derivaron. En simples palabras: el recurrente no expresa en forma alguna el concepto del error, ni alega motivo alguno que dé fundamento para apreciar que se incurrió en un error de hecho evidente.

Lo que en casos como éste hay que tener en cuenta es el concepto de conjunto, la apreciación global. A nada conducen un examen fragmentario de cada declaración, como lo hizo el recurrente, con miras a buscar incongruencias en el estudio hecho por el Tribunal. En la sentencia se llegó a una conclusión, por el camino del examen de todas las declaraciones presentadas por el actor; correspondía al recurrente hacer el mismo examen de todas sus declaraciones, para mostrar que era posible llegar a conclusión inversa de la del Tribunal, o sea: que sí se encuentra probada la posesión notoria. Nada de esto se intentó siquiera, y entonces, la conclusión del Tribunal queda en pie, no rebatida en forma alguna fundamentada.

De otro lado: si el recurrente trataba de anotar un error de hecho en la conclusión a que llegó el Tribunal al apreciar las veintiocho declaraciones del actor que en la sentencia se analizaron, ha debido hacer estudio de esté haz probatorio completo; pero estudió sólo la mitad de las declaraciones, precisamente catorce, para alegar el error de hecho evidente, que no se demostró en forma alguna.

Pero bien se puede aceptar que por referirse todas las declaraciones a un mismo hecho, con la mitad de ellas se pudiera establecer un error atribuible al Tribunal; mas ni aún así podría prosperar la acusación del recurrente, debido a que esa prueba testimonial, única traída a los autos, adolece de fallas muy notorias, como se verá en seguida.

Misael Vásquez vivió en Villavicencio sólo hasta el año de 1928. En esta época se instaló definitivamente en Bogotá. Acababa de nacer, entonces, Rubén Rojas. Contaba éste sólo unos pocos meses cuando Vásquez abandonó a Villavicencio, según prueba plena que se encuentra en los autos.

De este hecho, que es trascendental y decisivo para el caso, él de que el niño tenía sólo unos dos o tres meses cuando Vásquez se ausentó de Villavicencio, resulta lo siguiente:

Que hay imposibilidad física en que se pueda haber cumplido la condición legal y esencial, de que los hechos constitutivos del estado civil se hubieran podido observar en Villavicencio durante diez años continuos.

Que es imposible que los declarantes de Villavicencio hubieran podido observar durante diez años los hechos relacionados con educación, alimentación,

instalación en general del presunto hijo natural, viviendo en Bogotá el presunto padre.

Que es imposible el contacto social entre los presuntos padre e hijo natural durante diez años, viviendo separados entre sí.

Que es inverosímil que los declarantes, todos de Villavicencio, se hubieran podido dar cuenta de hechos constitutivos del parentesco, cuando el chico vivía en esta población y el presunto padre natural vivía en Bogotá.

Y hay otra razón de inverosimilitud: todos los testigos del actor son vecinos de Villavicencio, y allí declaran. ¿Y cómo entonces se podían dar cuenta de manifestaciones de paternidad, no esporádicas, sino permanentes, por parte de Vásquez, durante diez años, viviendo éste en Bogotá y el supuesto hijo en Villavicencio?

El cargo de este Capítulo I no puede prosperar.

Cargo primero. — Capítulo II:

Dice el recurrente que en la sentencia se incurrió en varios errores de derecho, y señala seis, que se van a examinar:

A.—En la sentencia se expresó que de acuerdo con la ley se necesita un *conjunto* de declaraciones para establecer la posesión notoria, y que para el caso no valen dos declaraciones. El recurrente se refiere a este concepto del Tribunal, pero no entra a rebatirlo, sino que con cita de los nombres de varios declarantes del actor, sostiene que se cumplió la exigencia del conjunto y quedó establecida la posesión notoria por virtud de un número grande de declarantes de todas las clases sociales.

A lo cual se considera que este punto ya quedó tratado en el anterior cargo, y que a él no se refiere la tesis del Tribunal sobre un conjunto de declaraciones.

B.—Al examinar y analizar el Tribunal las veintiocho declaraciones del actor, se detuvo en la de Jorge Alonso Sánchez para rechazarla especialmente por contradictoria e inverosímil, expresando que varios declarantes infirmaban lo que Sánchez había expuesto. Y dice el recurrente, que en el expediente hay documentos públicos relacionados con un pasaporte que se expidió a Vásquez para salir del país, los cuales están de acuerdo con lo manifestado por Sánchez, de manera que el Tribunal dió más valor a unas declaraciones que a unos documentos públicos desconociéndose así el artículo 704 del C. J.

Esta, que es la queja del recurrente contra la sentencia, no tiene importancia, aún suponiendo que de parte del Tribunal hubiera habido una preferen-

cia de la prueba testimonial sobre la documental. Y no tiene importancia porque se trata de una objeción relacionada con un testigo, cuando fueron veintiocho los que el Tribunal tuvo en cuenta.

C.—De alguna declaración de un distinguido médico, ya anotada, y de otro dato del proceso, toma base la sentencia para considerar que la demandante Dolores Rojas tuvo dos hijos, llamados ambos Rubén. En el expediente se encuentran dos partidas de nacimiento, como se vió atrás, una con el nombre de Rubén y la otra con el nombre de Rubén Darío. El Tribunal presenta esta duda como un motivo de desconfianza de todas las declaraciones del actor, pues en ninguna de ellas, fuera de la de aquel médico que precisamente atendió a la Rojas, se habla de los dos Daríos.

El recurrente sostiene que la identidad del Rubén a que se refiere el juicio está establecida por varias declaraciones, pero a ésto hay que expresar que la cuestión no influyó en la conclusión a que llegó el Tribunal, ni incide, por tanto, en la parte resolutive de la sentencia.

D.—Ya se dijo que el recurrente prescindió de formular cargo en relación con el caso 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, pues el que se está examinando versa sobre el caso 5º, y es éste texto legal el que se acusa como violado. Y no obstante, dice el recurrente que “a pesar de que las relaciones sexuales estables no sirven aquí para configurar el caso del Nº 4º, del artículo 4º de la ley 45 de 1936, sí constituye un indicio vehementemente que el fallador no apreció”. Lo que es contradictorio: no se formula cargo por el caso 4º, pero se quiere que este caso se tenga como indicio en el 5º. Fuera de que las relaciones sexuales estables se quieren establecer con las mismas declaraciones sobre posesión notoria, glosadas ya en su conjunto.

E.—Se queja el recurrente de que el Tribunal hubiera objetado algunas declaraciones porque sólo afirmaban la fama pública, y dice que ésta es prueba valedera en el caso de posesión notoria, por lo cual se incurrió en error de derecho. A lo que se contesta: el Tribunal no rechazó las declaraciones; solamente les apuntó no referirse sino a la fama. Y ya se dijo que con la fama, es decir, unos testigos que declaren por haberlo oído decir, no se establece la posesión notoria.

F.—Dice el recurrente que del hecho de haberse

dejado en el testamento de Vásquez un legado a favor del presunto hijo natural, resulta un indicio a favor de la paternidad de éste, el cual indicio no le mereció siquiera un comentario al Tribunal. Mas es de observar que éste no es un cargo, ni el hecho incide en los resultados del juicio.

Cargo segundo:

Se coloca también dentro de la primera causal del artículo 520 del C. Judicial y se enuncia así, después de anotarse los textos legales que se consideran violados: En la demanda se invoca la acción de petición de herencia; el Juzgado la negó porque no fueron citados los legatarios; no la consideró el fallador de segunda instancia; “pero esta súplica debe atenderse por fuerza de las pruebas que evidencian la posesión notoria del estado civil de hijo natural a favor de Rubén Rojas”.

La acusación se funda en que existe prueba sobre la posesión notoria del estado civil; y como ésta no existe, según el examen que se ha hecho, la acusación es inválida.

Cargo tercero:

También se le sitúa dentro de la causal primera, y se denuncian como violados los artículos 1274, 1275 y 1277 del C. Civil.

Este cargo se enuncia así: “Rubén Rojas ha comprobado que es hijo natural de Misael Vásquez. Es por consiguiente un asignatario forzoso en su legítima. Las asignaciones forzosas como su nombre lo indica se cumplen por sobre las disposiciones testamentarias expresas. La demanda suplica la reforma del testamento y el demandante tiene personería sustantiva y adjetiva para ejercitar la acción que está dirigida contra la heredera universal. Esta bien dirigida porque los asignatarios a título singular no representan al testador, ni la sentencia que aquí se dicte les perjudica o aprovecha. Huelga decir que el causante no reconoció en el testamento que obra en autos a su hijo, y por lo tanto no lo instituyó heredero universal. Por todo lo anterior, debe concluirse que se han cumplido los requisitos legales para que sea viable la acción de reforma del testamento. Y por no reconocerlo y decretarlo así el H. Tribunal quebrantó los preceptos sustantivos ya citados”.

Se parte aquí de la base de que Rojas “ha com-

probado que es hijo natural de Misael Vásquez". Y como no se ha comprobado ésto, el cargo es im-
procedente.

No prosperando, pues, ninguno de los cargos de la demanda de casación, 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 de Bogotá, de fecha veintitres de junio de mil novecientos cincuenta.

Se condena en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía.—Alfonso Bonilla Gutiérrez.—

Pedro Castillo Pineda. — Rafael Ruiz Manrique. —

Hernando Lizarralde, Secretario.

MIENTRAS NO SE HAYA PROFERIDO FALLO CONDENATORIO EN EL PROCESO PENAL, EL QUE TENGA EL CARACTER DE PARTE CIVIL EN DICHO PROCESO, CARECE DE INTERES JURIDICO PARA DEMANDAR EN JUICIO LA DECLARACION DE QUE ES SIMULADO UN CONTRATO QUE EL PROCESADO CELEBRO Y MEDIANTE EL CUAL DETERMINADO BIEN SALIO DE SU PATRIMONIO

1.—El embargo que conforme al artículo 128 del Código de Procedimiento Penal debe decretar el Juez en este proceso y que se puede llamar de orden público, no es el común a que apelan los ciudadanos para salvaguardar los intereses privados; es el establecido por el Estado como garantía social y defensa de los altos intereses de la comunidad; es medio de asegurar el resarcimiento de perjuicios a que el propio Estado aspira, en beneficio de la víctima. Sabía el legislador que, por lo general, el delincuente no ahorra medios de sustraer sus bienes al cumplimiento de la obligación de indemnizar, y quiso evitar con el embargo ese peligro. Por éso, para que esa medida precautelativa cumpla el fin a que fue destinada —el de hacer efectiva la sanción pecuniaria— debe estar rodeada de toda clase de garantías. Así, toda vez que se burle ese embargo de orden público, la ley ha de salir en su defensa para garantizarlo y hacerlo respetar. Burlarlo es un fraude a la ley, que la justicia debe sancionar.

2.—El interés jurídico es una relación entre el derecho y el que lo ejercita; un interés actual y directo y no eventual; tal, por ejemplo, el que tiene el heredero sobre la herencia a que es llamado por la ley; el que tiene el acreedor sobre el crédito extendido a su favor.

El derecho de donde se derive el interés jurídico, debe existir —lo mismo que el perjuicio que se trata de evitar por ese medio— al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro.

3.—La legitimación o personería sustantiva puede ser perfecta y ello no obsta para que en determinados casos exista en realidad una petición antes de tiempo. La legitimación mira a la titularidad de la acción y del derecho que se ejercitan y reclaman; la oportunidad se re-

fiere a que el derecho y la acción respectivos no estén condicionados a un evento no cumplido o a un plazo pendiente. Por éso el acreedor que demanda el pago antes del cumplimiento del plazo o la condición, tiene personería sustantiva y legitimación perfectas en el juicio; pero formula sin duda una petición antes de tiempo que hará imposible el pronunciamiento sobre el fondo de la litis.

Mientras no sobrevenga la sentencia condenatoria en lo penal, no se sabe si efectivamente el matador de la esposa de la demandante debe indemnizar a ésta los perjuicios causados por él, como consecuencia directa de la infracción penal.

El embargo preventivo que el juez de instrucción criminal decreta, cumple sus funciones exclusivamente en el proceso penal y para el evento de la imposición de una condena de indemnización simultáneamente con la de responsabilidad penal.

Por consiguiente, mientras el derecho a la indemnización no se haya adquirido con la sentencia penal, no puede saberse si el contrato que se ataca en este juicio ha perjudicado realmente a la actora y, por ende, si ésta tiene derecho a que se resuelva sobre su nulidad, simulación o rescisión, tal como se impetra en la demanda. Es innegable que la demandante carecería de interés jurídico para atacar el mencionado contrato en el supuesto de proferirse la sentencia absolutoria en el proceso penal.

Por lo dicho, el interés jurídico de la actora no es actual, en cuanto a las peticiones incoadas en su demanda. Y anduvo bien encaminado el Tribunal al declarar la excepción de petición antes de tiempo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — A.—Bogotá, febrero veintisiete (27) de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Los hechos iniciales de este proceso están fielmente historiados por el Juzgado que conoció de él en primera instancia, según la siguiente relación:

“Eduardo Mendoza Reyes, dió muerte a la persona del señor Nayib Waked, en la ciudad de Tunja, como a eso de la cinco de la tarde, hecho ocurrido en la calle 6ª entre carreras 4ª y 5ª, a consecuencia de algunos disparos de revólver, habiendo fallecido a las ocho y media de la noche, según se establece con la correspondiente partida de defunción.

“Inmediatamente de ocurrido el hecho, el señor Mendoza fue aprehendido por la Policía Municipal de Tunja y conducido al respectivo cuartel; al siguiente día, o sea el diez y nueve, el citado Mendoza fue puesto a órdenes del juzgado 1º de Permanencia de Tunja, y el sindicado quedó detenido en el cuartel de la Policía Nacional —División Boyacá—, por cuenta de dicho juzgado.

“Estando recluso el señor Eduardo Mendoza en el cuartel de la Policía Nacional, el día 21 del mismo mes, otorgó ante el Notario Primero del circuito de Tunja, escritura pública de compraventa a favor del señor Héctor Mendoza y por la cual le transfirió dos inmuebles de su propiedad, ubicados en Sogamoso y Tibasosa. Dicha escritura fue registrada al día siguiente en la Oficina de Registro de este circuito.

“El día veintitres del mismo mes de junio, el señor Juez Primero de Permanencia de la ciudad de Tunja, quien avocó el conocimiento del sumario, dictó auto de detención contra el sindicado Mendoza y decretó en general embargo preventivo de bienes de propiedad de éste; ese mismo día fue registrado el decreto de embargo en la Oficina de Registro de esta ciudad”.

“Igualmente consta que la señora Ana Victoria Coronado v. de Waked se constituyó parte civil en el proceso penal y fué admitida como tal, según se comprueba con el certificado expedido por el señor Juez 4º Superior del Distrito Judicial de Bogotá”.

Habiendo quedado en desamparo el embargo preventivo decretado por el funcionario, a virtud de la venta que hizo el homicida, la viuda de la víctima, señora Victoria Coronado, presentó demanda ordinaria contra los hermanos Mendoza, en la cual pide estas declaraciones:

Principal: Que es absolutamente simulado el contrato de compraventa a que se refiere la escritura 640 atrás citada, y que como consecuencia, los bie-

nes de que trata tal instrumento no han salido del patrimonio de Eduardo Mendoza;

Subsidiaria (corrección de la demanda): Que es absolutamente nulo el contrato que contiene tal escritura “ya que el motivo inductivo de dicho pacto fue contrariar el precepto de orden público que consagra el artículo 128 del Código de Procedimiento Penal en el proceso que se adelanta al señor Eduardo Mendoza por el homicidio perpetrado en la persona del señor Nayib Waked el 18 de junio de 1945 en la ciudad de Tunja”;

Subsidiaria de las peticiones anteriores (corrección): Que se rescinda el contrato oneroso a que se refiere la súplica anterior, por cuanto la compraventa pactada se celebró siendo de mala fe el otorgante Eduardo Mendoza, lo mismo que el adquirente, hallándose el primero detenido como único sindicado de la muerte del señor Nayib Waked; y

Consecuencial a cualquiera de las súplicas anteriores: Que se decrete la cancelación de la escritura ya citada y se declare sin valor el registro de ella; y que se establezca que el embargo preventivo decretado dentro del proceso por el funcionario respectivo, recae sobre las fincas de que trata la escritura cuestionada, pues se encontraban en cabeza de Eduardo Mendoza el día del homicidio.

Entre los hechos de la demanda se enuncian éstos que conviene destacar:

VIII.—La causa del contrato a que se refiere la escritura en cita, “fue el propósito, alcanzado, de eludir el embargo de bienes del señor Eduardo Mendoza, que decretó el funcionario instructor”.

IX.—(Corrección): (Referente a la súplica tercera); Hubo mala fe tanto en el señor Eduardo Mendoza como en su hermano carnal señor Héctor Mendoza al otorgar el uno y al aceptar el otro la escritura pública número 640 de 21 de junio de 1945, de la Notaría Primera del Circuito de Tunja, y al inscribirla al día siguiente en la Oficina de Registro del Circuito de Somagoso con apuramiento tal que impidió registrar antes el decreto de embargo preventivo *in genere* decretado por el funcionario instructor del sumario relativo al homicidio del señor Nayib Waked. Todo lo cual ocurrió hallándose detenido como sindicado el señor Eduardo Mendoza, y sabiendo ambos contratantes que mediante esos proceder el vendedor sustraía todos sus bienes al embargo preventivo decretado por el funcionario instructor”.

XI.—(Corrección): “La señora Ana Victoria Coronado de Waked, cónyuge supérstite del occiso señor Nayib Waked, es parte civil en el proceso criminal que actualmente se adelanta en Bogotá contra el señor Eduardo Mendoza como sindicado del homicidio de que aquél fue víctima, y dicha señora sufre perjuicios con el contrato que los señores Eduardo y Héctor-Mendoza estamparon en la citada escritura pública N° 640 de veintiuno de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, cuya celebración se realizó en las circunstancias que expresa el hecho 9° de este escrito”.

Cada uno de los demandados contestó el libelo y su corrección, negando la mayor parte de los hechos y oponiéndose a las declaraciones solicitadas.

En su contestación dice el demandado Héctor Mendoza: “El señor Eduardo Mendoza negociaba en varios ramos, entre otros en la importación de manteca y para atender a dicho negocio, yo le había facilitado la suma de ocho mil pesos m. c. desde el 15 de febrero del presente año. Viendo lo que le había ocurrido, y temiendo perder mi dinero, le exigí que me lo asegurara, lo que hizo, vendiéndome las fincas a que se refiere el contrato demandado. Pero como las fincas valían más que la deuda, yo le pagué la diferencia en dinero efectivo. Yo le compré las fincas para pagarme y porque estaban en el comercio y yo sabía que eran de la legítima propiedad del vendedor. Reuniéndose, como se reunieron, todos los requisitos necesarios a la validez y licitud de la compraventa, ésta se llevó a cabo en la forma y términos que el instrumento respectivo reza”.

En la contestación de Eduardo Mendoza se proponen las excepciones de ilegitimidad sustantiva de la personería de la actora, carencia de acción y petición antes de tiempo. Las funda así: la primera, porque se ha demandado en propio nombre, cuando aún no se ha liquidado la sociedad conyugal ni la sucesión; la segunda, porque siendo el interés la causa de la acción, la demandante carece de ese interés por no ser acreedora, ni tener otro título que se lo otorgue; y la tercera, porque el interés que alega se halla condicionado a la declaración previa de una responsabilidad penal que no se ha hecho.

El Juzgado examinó las tres acciones propuestas en la demanda, y sobre todas decidió que en ninguna de ellas tiene la actora interés jurídico. Dice así: “Del somero análisis que se ha hecho de las acciones de simulación, pauliana y de nulidad, el Juzgado llega a la conclusión de que la demandante señora Ana Victoria Coronado v. de Waked, no tiene constituido a su favor un derecho civilmente exigible, carece del título correspondiente para hacerlo efec-

tivo, y hay ausencia de un interés jurídico, propiamente tal; por consiguiente, carece de personería sustantiva, debiendo en consecuencia prosperar esta excepción”. En sentencia de 4 de noviembre de 1946 desató la litis declarando probada la excepción perentoria de “carencia de acción o ilegitimidad sustantiva de la personería de la actora” y absolviendo a los demandados”.

Sentencia recurrida

En sentencia de 19 de agosto de 1948 el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo clausuró las instancias del juicio confirmando la del inferior por considerar fundada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo.

Al estudio de esta excepción concretó el Tribunal su fallo. Mas hablando ocasionalmente de las peticiones de la demanda, para afianzar sus conceptos sobre aquella excepción, dijo “Las acciones así instauradas son prematuras, extemporáneas, y caen bajo la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo, que fue precisamente lo ocurrido en el presente caso”.

El Tribunal sostiene el mismo punto de vista del Juzgado respecto a la falta de interés jurídico en la actora, y como principal soporte de su fallo dice lo siguiente:

“¿Qué derechos confiere de inmediato la ley a quien se crea perjudicado con un hecho antisocial? Los artículos 2341 y siguientes del C. C. y 112 y siguientes del C. de P. P. los indican claramente, esto es, demandar la indemnización respectiva mediante el trámite de un juicio controvertido o hacerse parte civil en el proceso penal con el fin de obtener, en uno o en otro caso, la condena al pago de los perjuicios que resultaren haberse causado, condena que, desde luego, sólo puede venir como consecuencia de las resultas del proceso penal, ya que no sería posible condenar a alguien al pago de perjuicios ex-delito si no resulta responsable de él. O mejor, y como dice el Código Civil en las disposiciones antes citadas, es indispensable que para que una persona esté obligada a la indemnización, se le demuestre, con el respectivo fallo desde luego, que ha cometido un delito o culpa. La simple imputación sin la responsabilidad y culpabilidad, las que no se deducen de manera definitiva sino en la sentencia condenatoria, no es bastante para que el inculcado esté obligado a la indemnización de perjuicios. Tal lo que a las claras están indicando, además, los artículos 24, 25, 28 y 29 del C. de P. Penales. Con razón se ha dicho que para que exista la

responsabilidad civil es necesario demostrar un hecho ilícito (delito penal o delito civil); comprobar la realidad del daño, y establecer, además, que estos dos términos, *ilícito* y *daño*, están vinculados por una relación de causa a efecto”.

“Consecuencia lógica y racional de lo dicho es la de que la víctima del daño, mientras se desarrolla el proceso penal, por infracción de la ley sancionadora, apenas sí tiene una expectativa como acreedor de la obligación de indemnizar condicionada, desde luego, a las resultas de las acciones, penal y civil, expectativa que se convierte en derecho patrimonial, en titular de un derecho claro y perfecto cuando vengan las sentencias condenatorias al respecto. Entonces es cuando puede decirse, jurídicamente, que tal víctima tiene un interés patrimonial que le dá pleno derecho a ejercitar todas las acciones conducentes al cumplimiento y realización efectivos de tal interés, de tal derecho. Antes sólo tiene una simple expectativa de obligación condicional porque ella depende de un acontecimiento futuro que pueda suceder o no. En tales condiciones la ley sólo le otorga facultades precautelativas tales como la de pedir el embargo y secuestro preventivos, hacerse parte civil en el proceso penal, etc. Pero tales medidas precautelativas no van hasta determinar acciones que deben tener su fundamento en derecho claro, concreto, definido y perfecto, o sea el interés que requiere la ley civil para la prosperidad de las acciones de tal naturaleza”.

A la parte actora se le concedió el recurso de casación contra esta sentencia del Tribunal, el cual, ya preparado legalmente, corresponde a la Sala decidir.

El recurso

Fue acusada la sentencia del Tribunal con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, por varios motivos:

1º—Violación del artículo 2341 del C. C. por interpretación errónea;

2º—Violación directa de los arts. 128 y 132 del Código de Procedimiento Penal, 1766, 1741 y 2491 del C. C., y 2º de la ley 50 de 1936 en relación con el art. 1849 del C. C., por interpretación errónea que impidió al sentenciador aplicarlos en la forma como fueron invocados en la demanda.

3º—Violación de los arts. 1766, 1741 del C. C., 2º de la ley 50 de 1936 y 2491 de aquel Código, en relación con el 1849 del mismo, por error manifiesto de hecho en que incurrió el sentenciador al no considerar la prueba de la insolvencia en que se

colocó el procesado mediante el contrato celebrado con su hermano el 21 de junio de 1945;

4º—Violación del artículo 1766 en relación con el 1849 del C. Civil. Al no apreciar el Tribunal la abundante prueba indiciaria, incurrió en evidente error de hecho, que incide en la violación indirecta de aquel precepto.

5º — Violación del artículo 1741 en relación con el 1524 del Código Civil, y del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, sobre causa ilícita, en cuanto la inductiva del contrato fue la violación del precepto de orden público contenido en los artículos 128 y 132 del C. de P. P. Estos artículos fueron violados por no aplicación, debido a errónea interpretación del artículo 1524 citado.

6º—Violación del art. 2491 del C. C. en relación con el 8º de la ley 153 de 1887, por infracción directa, ya que siendo aplicable al caso no lo aplicó el fallador.

Se considera:

La Sala entra a estudiar de una vez todos los motivos expuestos.

El artículo 128 del C. de P. P. expresa que el Juez, en el mismo auto en que ordene la detención, decretará el embargo preventivo de los bienes inmuebles de propiedad del sindicado; y agrega que si en tal auto no se señalaren esos bienes, por ignorar el Juez cuáles son los de propiedad del sindicado, tanto el Ministerio Público como la parte civil tendrán el derecho de denunciarlos. Según el artículo 132 del mismo Código la orden de embargo estará en pie mientras no se dicte auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria.

En relación con esta institución del embargo la falta de interés jurídico en la actora para accionar en el presente juicio, según las conclusiones del Tribunal, dice el recurrente:

“El artículo 2341 del C. C. citado por el Tribunal, tiene como contenido único el mandamiento de indemnizar los daños causados a otro por delito o culpa; pero en manera alguna regula la acción accesoria civil del embargo y secuestro preventivos en el proceso criminal, que es materia de otros ordenamientos legales. Si la indemnización no puede reclamarse antes de proferida la condena a que alude el artículo 2341 citado, con todo, el perjudicado con el delito sí tiene el derecho de hacer efectiva la acción accesoria del embargo y secuestro, desde mucho antes: desde que ocurren los eventos previstos en los artículos 128 y 129 del C. de P. P., que en seguida se estudiarán. Al interpretar el Tribunal aque-

lla disposición sustantiva, con el alcance extensivo que se ha visto, haciéndola regular situaciones jurídicas ajenas a su propio contenido, incurrió en interpretación errónea que lo llevó a no reconocer oportunamente ninguna de las acciones deducidas en este juicio con el fin de destruir las maquinaciones fraguadas para eludir el embargo decretado. En una palabra, ese error interpretativo fue causa de que el Tribunal declarara que hubo petición antes de tiempo respecto de la demanda básica de este juicio”.

Más adelante, ya dentro del segundo motivo, se lee en la demanda de casación:

“El presunto perjudicado con el delito tiene interés jurídico en hacer efectivo el derecho a la garantía accesoria, dentro de los límites temporales determinados en los artículos 128 y 132 del C. P. P., como lo tiene también para promover las acciones necesarias al fin de destruir todo acto jurídico con el cual se haya eludido el cumplimiento de los citados preceptos, tanto en lo que se refiere al embargo mismo como a su vigencia dentro de los límites prefijados por el legislador.

“Al expresar el Tribunal sentenciador que en este juicio hay petición antes de tiempo por pretenderse, mediante las acciones principales subordinadamente ejercitadas, que la justicia declare que el embargo decretado por el funcionario instructor el 23 de junio de 1945 debe recaer sobre los bienes poseídos por el reo el día 18 del mismo mes, incurre el fallador en violación de los artículos ciento veintiocho y ciento treinta y dos, por errónea interpretación de los mismos. En efecto, el Tribunal razona de la siguiente manera: mientras no se dicte sentencia firme condenatoria por el delito, el presunto perjudicado no tiene sino meras expectativas de ser indemnizado; y si bien es cierto que los comentados artículos del C. de P. P. reconocen el derecho al embargo y secuestro preventivos en la acción civil, tan sólo cuando se dicte aquella sentencia “es cuando puede decirse jurídicamente, que tal víctima tiene un interés patrimonial que le dá pleno derecho a de (sic) ejercitar las acciones conducentes al cumplimiento y realización efectivos de tal interés, de tal derecho”.

La Sala observa que el artículo 2341 del C. Civil, —inicial del Título 34 sobre “Responsabilidad común por los delitos y las culpas”, guión de toda la materia relacionada con responsabilidades—, nada tiene que ver en el presente caso. Todo cuanto verse sobre indemnizaciones es extraño al negocio que se está estudiando. En la demanda respectiva no se invocó ningún precepto de aquel título, precisamen-

te porque ella no versa sobre indemnización. La actora no la está reclamando.

Efectivamente: en la demanda se pide que se declare simulado, o nulo, o rescindido el contrato celebrado entre los hermanos Mendoza, a fin de que los bienes sobre que versa esa convención vuelvan a poder del homicida y queden cubiertos con el embargo decretado por el funcionario respectivo. Nada más. No se vé entonces, por qué se ha hecho jugar papel en instancias a una cuestión sobre resarcimiento de perjuicios, de que la demanda no ha tratado.

Indemnización de los perjuicios ocasionados por delito

Con el texto sobre embargo preventivo, comprendido dentro del estatuto relacionado con la parte civil, trata la ley de salvaguardar los intereses patrimoniales de las víctimas de un delito, o de sus herederos.

Antes del actual código, lo relacionado con perjuicios por un acto delictuoso quedaba sin eficaz protección debido a la falta de disposiciones legales que garantizaran el pago de esos perjuicios. Su persecución se dejaba casi en absoluto a la acción de los interesados, quienes fuera del recurso poco eficaz que les brindaban el artículo 2341 del C. C. sobre responsabilidades generales en casos de delito o culpa, carecían de medios expeditos para hacer efectiva la indemnización. Contra tal estado de cosas se reaccionó, y las nuevas normas contienen principios drásticos para no dejar en desamparo los intereses de las víctimas o de sus herederos, y para que se restablezca el equilibrio social roto con el delito.

El estado, pues, investiga el caso criminoso e impone la pena, y por diversos medios procura asegurar la reparación de los perjuicios: le ordena al ministerio público intervenir por sí solo a fin de obtener la indemnización (arts. 24 del C. de P. P. y 93 del C. P.); le ordena al funcionario de instrucción que tome razón de los perjuicios de todo orden que causó la infracción (arts. 121 y 294 del C. de P. P. N° 8); le ordena al Juez condenar al pago de todos los perjuicios que se hayan ocasionado (arts. 92 C. P. y 159 regla 6ª C. P. P.). Pero lo que es aún más significativo, dá orden de que se dicte auto de embargo preventivo de todos los bienes inmuebles del victimario. Disposición ésta sin duda la más importante de todas las que se relacionan con el empeño del Estado en que la indemnización sea alcanzada.

Se trata así de llegar a una realidad tangible en

lo relativo a la satisfacción patrimonial del daño, pues se considera sin duda que tal resultado es también freno educador contra la delincuencia.

Al Estado no le es indiferente que se indemnicen o no los perjuicios ocasionados por el delito, porque él representa los intereses sociales. En tal virtud llega hasta ordenar que cuando los perjudicados no actúen en busca de reparación, proceda en su lugar el ministerio público.

En sentencia de 8 de agosto de 1944, la Sala de Casación Penal estudió a espacio las normas de la responsabilidad delictual y la evolución alcanzada en nuestra legislación en materia de resarcimiento de perjuicios causados con motivo del quebranto sufrido por la ley penal. Entonces dijo lo siguiente:

“Podría argüirse que la reparación en materia penal— está única y exclusivamente subordinada a la norma del artículo 2341 del estatuto civil, según el cual ‘el que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido’, y que esta subordinación —por ser norma de derecho privado— se oponga a la tesis enunciada, según la cual la reparación es institución de derecho público; pero el estatuto penal vigente —que es derecho material y sustantivo— al regular aquella institución, adoptó la tesis, y —para su aplicación integral impuso al Agente del ministerio público no sólo la obligación de cooperar con la parte civil en todas las diligencias indispensables a fijar y obtener la indemnización, sino que extendió tal obligación a intervenir por sí solo en caso de abstención del lesionado” (G. J. T. LVII, pág. 726).

Naturaleza del embargo preventivo en el proceso penal

El embargo, que por lo visto se puede llamar de orden público, no es el común a que apelan los ciudadanos para salvaguardar los intereses privados; es el establecido por el Estado como garantía social y defensa de los altos intereses de la comunidad; es medio de asegurar el resarcimiento de perjuicios a que el propio Estado aspira, en beneficio de la víctima. Sabía el legislador que, por lo general, el delincuente no ahorra medios de sustraer sus bienes al cumplimiento de la obligación de indemnizar, y quiso evitar con el embargo ese peligro. Por éso, para que esa medida precautelativa cumpla el fin a que fue destinada —el de **hacer efectiva la sanción pecuniaria**— debe estar rodeada de toda clase de

garantías. Así, toda vez que se burle ese embargo de orden público, la ley ha de salir en su defensa para garantizarlo y hacerlo respetar. Burlarlo es un fraude a la ley que la justicia debe sancionar.

También para alcanzar las finalidades expuestas, el legislador dió amplias facultades a los lesionados por medio de la institución denominada “parte civil”, de que por primera vez se ocupa nuestra legislación.

De la parte civil se vale el Estado como medio de alcanzar la reparación civil del daño, tan interesante para la sociedad como la imposición de la pena corporal. En el desempeño de esa función delegada la parte civil ha de gozar de toda clase de prerrogativas para llevar a cabo con éxito su tarea; y obtener, así, que sea eficaz el embargo preventivo.

En el expediente existe la prueba de que la actora es parte civil en el proceso penal, y los demandados aceptan el hecho.

El interés jurídico de la actora

El interés jurídico es una relación entre el derecho y el que lo ejercita; un interés actual y directo y no eventual (G. J. N° 1877 pág. 595); tal, por ejemplo, el que tiene el heredero sobre la herencia a que es llamado por la ley; el que tiene el acreedor sobre el crédito extendido a su favor.

La Corte ha dicho lo siguiente sobre esta materia:

“El derecho de donde se derive el interés jurídico, debe existir —lo mismo que el perjuicio que se trata de evitar por ese medio— al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro...” (Sentencia agosto 22 de 1940. G. J. Tomo XLIX, pág. 848).

Sin duda alguna la actora tiene interés jurídico en perseguir la indemnización y su aseguramiento dentro del proceso penal, porque en él fue admitida como parte civil y se ha establecido que es la esposa del occiso. Pero ello no quiere decir que la acción incoada deba prosperar y que el Tribunal haya incurrido en violación de textos sustantivos que constituya motivo de casación.

Legitimación y petición antes de tiempo

Significa lo últimamente dicho, que la actora tiene perfecta legitimación o personería sustantiva para el ejercicio de las acciones tendientes a conseguir, en el proceso penal, la indemnización por parte del autor del delito. El Tribunal no ha desconocido tal interés, pues de haberlo hecho la desestimación de

la demanda hubiera tenido como motivo la falta de legitimación o de personería sustantiva.

Otra cosa es que la acción para que se declare la simulación, la nulidad o la rescisión del contrato de venta celebrado entre el victimario y su hermano antes de registrarse el decreto de embargo preventivo, se haya ejercitado en debido tiempo, o, por el contrario, sin haberse cumplido el evento futuro de la sentencia condenatoria penal, al cual está condicionada.

La legitimación o personería sustantiva puede ser perfecta y ello no obsta para que en determinados casos exista en realidad una petición antes de tiempo. La legitimación mira a la titularidad de la acción y del derecho que se ejercitan y reclaman; la oportunidad se refiere a que el derecho y la acción respectivos no estén condicionados a un evento no cumplido o a un plazo pendiente. Por éso el acreedor que demanda el pago antes del cumplimiento del plazo o la condición, tiene personería sustantiva y legitimación perfectas en el juicio; pero formula sin duda una petición antes de tiempo que hará imposible el pronunciamiento sobre el fondo de la litis.

Mientras no sobrevenga la sentencia condenatoria en lo penal, no se sabe si efectivamente el matador del esposo de la demandante debe indemnizar a ésta los perjuicios causados por él, como consecuencia directa de la infracción penal.

El embargo preventivo que el juez de instrucción criminal decreta, cumple sus funciones exclusivamente en el proceso penal y para el evento de la imposición de una condena de indemnización simultáneamente con la responsabilidad penal.

Por consiguiente, —volviendo al caso sub-judice— mientras el derecho a la indemnización no se haya adquirido con la sentencia penal, no puede saberse si el contrato que se ataca en este juicio ha perjudicado realmente a la actora y, por ende, si ésta tiene derecho a que se resuelva sobre su nulidad, simulación o rescisión, tal como se impetra en la demanda. Es innegable que la demandante carecería de interés jurídico para atacar el mencionado contrato en el supuesto de proferirse la sentencia absoluta en el proceso penal.

Por lo dicho, el interés jurídico de la actora no es actual, en cuanto a las peticiones incoadas en su

demanda. Y anduvo bien encaminado el Tribunal al declarar la excepción de petición antes de tiempo. La sentencia así proferida no constituye cosa juzgada y ningún obstáculo habrá para el ejercicio de estas acciones una vez cumplida la condición de haberse pronunciado la sentencia penal condenatoria. Entonces se estudiará si efectivamente el contrato de venta fue simulado o si se celebró en fraude a la ley que reconoce a la parte civil derecho a ser indemnizada y le otorga, para lograrlo, el medio eficaz de los embargos preventivos. Naturalmente, si el fraude a la ley apareciere probado, el acto sería nulo, ya que es ésta la consecuencia natural de tal vicio. Todo acto o contrato ejecutado en fraude a la ley, y con mayor razón si se trató de normas de orden público, tiene objeto ilícito y es absolutamente nulo.

Habiéndose concluido que la sentencia del Tribunal debe mantenerse, los motivos de casación alegados por el recurrente en los cargos tercero a sexto inclusive, (cuya fundamentación estriba en no haberse declarado la nulidad o la rescisión o la simulación del contrato), quedan desiertos por sustracción de materia. Y con lo dicho están refutadas las razones aducidas por el recurrente en los dos primeros cargos de la demanda.

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 por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 19 de agosto de 1948, en el juicio ordinario de Ana Victoria Coronado v. de Waked contra Héctor y Eduardo Mendoza.

Sin costas en casación.

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

Gerardo Arias Mejía, con salvamento de voto.—

Alfonso Bonilla Gutiérrez.—Pedro Castillo Pine-
da.—Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarralde, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR GERARDO ARIAS MEJIA

Se lee en la sentencia que antecede, firmada por mis colegas, y la cual, con mucha pena, no puedo aceptar:

A.—Que en la primera instancia se decidió que en ninguna de las acciones tiene la actora interés jurídico, por lo cual se declaró probada la excepción perentoria de carencia de acción o ilegitimidad sustantiva de la personería de la actora;

B.—Que el Tribunal expone “como principal soporte de su fallo”, lo siguiente:

“¿Qué derechos confiere de inmediato la ley a quien se crea perjudicado con un hecho antisocial? Los artículos 2341 y siguientes del C. C. y 112 y siguientes del C. de P. P. los indican claramente, esto es, demandar la indemnización respectiva mediante el trámite de un juicio controvertido o hacerse parte civil en el proceso penal con el fin de obtener, en uno o en otro caso, la condena al pago de los perjuicios que resultaren haberse causado, condena que, desde luego, sólo puede venir como consecuencia de las resultas del proceso penal, ya que no sería posible condenar a alguien al pago de perjuicios ex-delito si no resulta responsable de él. O mejor, y como dice el Código Civil en las disposiciones antes citadas, es indispensable que para que una persona esté obligada a la indemnización, se le demuestre, con el respectivo fallo desde luego, que ha cometido un delito o culpa. La simple imputación sin la responsabilidad y culpabilidad, las que no se deducen de manera definitiva sino en la sentencia condenatoria, no es bastante para que el inculcado esté obligado a la indemnización de perjuicios. Tal lo que a las claras están indicando, además, los artículos 24, 25, 28 y 29 del C. de P. Penal. Con razón se ha dicho que para que exista la responsabilidad civil es necesario demostrar un hecho ilícito (delito penal o delito civil), comprobar la realidad del daño, y establecer, además, que estos dos términos, *ilícito* y *daño*, están vinculados por una relación de causa a efecto. Consecuencia lógica y racional de lo dicho es la de que la víctima del daño, mientras se desarrolla el proceso penal, por infracción de la ley sancionadora, apenas, si tiene una expectativa como acreedor de la obligación de indemnizar condicionada, desde luego, a las resultas de las acciones penal y civil, expectativa que se convierte en derecho pa-

trimonial, en titular de un derecho claro y perfecto cuando vengan las sentencias condenatorias al res-
pecto”.

C.—Que glosando estos conceptos del Tribunal, dice la sentencia que antecede:

“La Sala observa que el artículo 2341 del C. Civil inicial del Título 34 sobre “Responsabilidad común por los delitos y las culpas”, guión de toda la materia relacionada con responsabilidades, nada tiene que ver en el presente caso. Todo cuanto verse sobre indemnizaciones es extraño el negocio que se está estudiando. En la demanda respectiva no se invocó ningún precepto de aquel título, precisamente porque ella no versa sobre indemnización. La actora no la está reclamando. Efectivamente: en la demanda se pide que se declare simulado, o nulo, o rescindido el contrato celebrado entre los hermanos Mendoza, a fin de que los bienes sobre que versa esa convención vuelvan a poder del homicida y queden cubiertos con el embargo decretado por el funcionario respectivo. Nada más. No se vé entonces, por qué se ha hecho jugar papel en instancias a una cuestión sobre resarcimiento de perjuicios, de que la demanda no ha tratado”.

D.—Que la sentencia que antecede, después de haber objetado en los párrafos anteriores los conceptos del Tribunal relacionados con indemnización de perjuicios, expresa: “Mientras no sobrevenga la sentencia condenatoria en lo penal, no se sabe si efectivamente el matador del esposo de la demandante debe indemnizar a ésta los perjuicios causados por él, como consecuencia directa de la infracción penal”. Y ya aquella sentencia había dicho que no se trata de indemnización, según éstas palabras: “No se vé entonces por qué se ha hecho jugar papel en instancias a una cuestión sobre resarcimiento de perjuicios de que la demandada no ha tratado”.

E.—Que “la parte civil ha de gozar de toda clase de prerrogativas para llevar a cabo con éxito su tarea y obtener, v. gr., que sea eficaz el embargo preventivo”. A lo cual aspiró la demandante, sin éxito.

Como Magistrado ponente en el negocio de que tratan estos autos, puse a discusión el proyecto respectivo, el cual no fue aceptado por mis colegas.

El Juzgado consideró que la actora carecía de interés para entablar las acciones de que trata la

demanda, y obrando con lógica jurídica declaró probada la excepción de falta de personería sustantiva de la demandante.

La sentencia que antecede dice que "es innegable que la demandante carecía de interés jurídico para atacar el mencionado contrato", es decir, el de que dá cuenta la escritura de compraventa a favor de Héctor Mendoza; pero pareceme que ésto no dá lugar a la excepción de petición antes de tiempo; que fue la declarada por el Tribunal, y que se acepta en la sentencia a mi firma, sino a la excepción que declaró probada el Juzgado.

El Tribunal sostiene que no había llegado el momento de pedir indemnización, como se vé en los párrafos copiados en la anterior sentencia, y por eso declaró probada la excepción de petición antes de tiempo. Destaco parte de esos párrafos: "O mejor, y como dice el C. C. en las disposiciones citadas, es indispensable que para que una persona esté obligada a la indemnización, se le demuestre, con el respectivo fallo desde luego, que ha cometido un delito o culpa. La simple imputación sin la responsabilidad y culpabilidad, las que no se deducen sino en la sentencia condenatoria, no es bastante para que el inculcado esté obligado a la indemnización del perjuicio".

Y argumentando así sobre la falta de sentencia condenatoria, el Tribunal sostiene que se pidió fuera de tiempo.

Pero aquí no se trata de indemnización. La sentencia a mi firma lo está proclamando, pues dice lo mismo que yo decía en el proyecto, a saber:

"La Sala observa que el art. 2341 del C. Civil —inicial del Título 34 sobre "Responsabilidad común por los delitos y las culpas", guión de toda la materia relacionada con responsabilidades—, nada tiene que ver en el presente caso. Todo cuanto ver se sobre indemnizaciones es extraño al negocio que se está estudiando. En la demanda respectiva no se invocó ningún precepto de aquel título, precisamente porque ella no versa sobre indemnización. La actora no la está reclamando.

"Efectivamente: en la demanda se pide que se declare simulado, o nulo, o rescindido el contrato celebrado entre los hermanos Mendoza, a fin de que los bienes sobre que versa esa convención vuelvan a poder del homicida y queden cubiertos con el embargo decretado por el funcionario respectivo. Nada más. No se vé, entonces, por qué se ha hecho jugar papel en instancias a una cuestión sobre resarcimiento de perjuicios, de que la demanda no ha tratado".

Y si en el proceso no se trata de indemnización,

lo cual aceptan mis colegas; y si el criterio del Tribunal para declarar probada la excepción de petición anticipada se inspiró en que no era tiempo aún de entablar las acciones de la demanda por falta de sentencia condenatoria, o que no daba lugar a un reclamo sobre indemnización, pareceme, hablando con un grán respeto a mis colegas, que la conclusión ha debido ser la de invalidar la sentencia del Tribunal y entrar al estudio de las acciones presentadas en la demanda.

La sentencia coincide con mi proyecto en todos los puntos esenciales: embargo preventivo, interés jurídico, rechazo de la tesis sobre perjuicios, embargo, parte civil, etc.; pero al paso que en ese proyecto, por una lógica concatenación de estas materias, se llegó a la conclusión de que era preciso casar la sentencia del Tribunal, mis colegas optan por aceptar la tesis del Tribunal.

Para mayor claridad del asunto, que es de trascendencia, me parece conveniente reproducir mi proyecto en lo sustancial, transcribiendo los comentarios a que en mi concepto daban ocasión los párrafos del recurrente, copiados en la sentencia a mi firma dentro del Capítulo "El Recurso".

Decía yo en el proyecto:

"Dentro de este planteamiento, surgen cuatro temas de estudio; a saber: a) perjuicios; b) embargo; c) parte civil; d) interés jurídico.

"I.—Perjuicios:

Ya se vió atrás cómo el Tribunal contesta una pregunta que él mismo se formula acerca de "qué derechos confiere de inmediato la ley a quien se crea perjudicado con un hecho antisocial". La contestación es ésta: Los artículos 2341 del C. Civil y 112 del Código de Procedimiento Penal, como principales, autorizan para "demandar la indemnización respectiva mediante el trámite de un juicio controvertido, o hacerse parte civil con el fin de obtener, en uno u otro caso, la condena al pago de perjuicios...". Y agrega: "Es indispensable, para que una persona esté obligada a la indemnización, que se le demuestre, con el respectivo fallo, que ha cometido un delito o culpa". Y desarrollando estos puntos de vista, el Tribunal llega a la conclusión de que se pidió anticipadamente, de modo indebido, y de que la actora no tiene interés jurídico para demandar porque carece de un interés patrimonial, conclusión esta última que ya había sido sostenida por el Juzgado.

El artículo 2341 del C. Civil, que es el inicial del Título 34 sobre "Responsabilidad común por los

delitos y las culpas", y el guión de toda la materia relacionada con responsabilidades, nada tiene que ver en el presente caso, y es extraño al negocio que se está estudiando todo cuanto versa sobre indemnizaciones. En la demanda respectiva no se invocó ningún precepto de aquél título, precisamente porque ella no versa sobre indemnización. La actora no la está reclamando.

Efectivamente: en la demanda se pide que se declare simulado, o nulo, o rescindido el contrato celebrado entre los hermanos Mendoza, a fin de que los bienes sobre que versa esa convención vuelvan a poder del homicida y queden cubiertos con el embargo decretado por el funcionario respectivo. Nada más. No se vé, entonces, por qué se ha hecho jugar papel en instancias a una cuestión sobre resarcimiento de perjuicios, de que la demanda no ha tratado.

Quiere ésto decir que tiene razón el recurrente en la acusación del artículo 2341 del C. C., que le sirvió al Tribunal para adelantar una tesis que no armoniza con el caso jurídico a estudio.

II.—Embargo:

Con el texto sobre embargo preventivo, comprendido dentro del estatuto relacionado con la parte civil, trata la ley de salvaguardar los intereses patrimoniales de las víctimas de un delito, o de sus herederos.

Antes del actual código, lo relacionado con perjuicios por un acto delictuoso quedaba sin eficaz protección por falta de disposiciones legales que garantizaran el pago de esos perjuicios. Su persecución se dejaba casi en absoluto a la acción de los interesados quienes no tenían caminos expeditos para alcanzar esos perjuicios, fuera del recurso poco eficaz que les brindaba el artículo 2341 del C. C. sobre responsabilidades generales en casos de delito o culpa. Contra ésto se reaccionó, y las nuevas normas contienen principios hasta drásticos para no dejar en desamparo los intereses de las víctimas o de sus herederos, y para que se restablezca el equilibrio social roto con el delito.

Las viejas instituciones se preocupaban lo suficiente por el castigo del delincuente, y hasta los perjudicados por el acto criminoso tenían papel en ésto. Se consideraba que la sociedad y la justicia quedaban satisfechas con la sanción penal, y poco importaba la sanción pecuniaria. No se creía que ésta pudiera ser en alguna forma restrictiva del delito.

Mas en la época actual sé considera que el dese-

quilibrio producido por el delito no se repara sino con la conjunción de dos elementos que se complementan: la pena corporal y la indemnización. La defensa social los exige ambos como manera de atender a la represión de la delincuencia.

El Estado se ha encargado de atender a estas dos cosas: investiga el caso criminoso e impone la pena, y propugna de varias maneras por el pago de los perjuicios, así: le ordena al Ministerio Público intervenir por sí solo a fin de obtener la indemnización (art. 128 del C. de P. P.); le ordena colaborar en ésto con los interesados (art. 93 del C. P.); insiste sobre lo mismo en el Código de Procedimiento Penal (art. 24); le ordena al funcionario de instrucción que tome razón de los perjuicios de todo orden que causó la infracción (arts. 121 y 294 del C. de P. P. Nº 8); le ordena al Juez condenar al pago de todos los perjuicios que se hayan ocasionado (art. 92 C. P. y 159 regla 6ª). Pero lo que es aún más significativo: dá orden de que se dicte auto de embargo preventivo de todos los bienes inmuebles del victimario. Disposición ésta sin duda la más importante de todas las que se relacionan con el empeño del Estado porque la indemnización sea alcanzada.

Imposible mayor preocupación por parte del Estado sobre la necesidad de amparar los perjuicios. Se trata así de llegar en materia de indemnización a una realidad tangible, porque se considera sin duda que ello es también freno educador contra la delincuencia. Y la sociedad, el Estado mismo, se hallan interesados en ello porque el empobrecimiento a que pueda dar ocasión un delito causa alarma social y estimula la venganza.

Al Estado no le es indiferente que se indemnicen o no los perjuicios ocasionados por el delito, porque él representa los intereses sociales, y por éso llega hasta ordenar que cuando los perjudicados no actúan sobre la materia, actúe el Ministerio Público. De esta suerte, todo lo relacionado con esas indemnizaciones es de orden público, porque según nuestros principios modernos sobre restricción de la delincuencia, la materia indemnizatoria ha salido del campo de los derechos privados para convertirse en acción de interés público. La Sala de Casación Penal de esta Corte expresó sobre el particular: "Si se acepta la tesis de que el resarcimiento de los daños es una sanción reparadora, y por tanto una acción pública, estrictamente dicha, no cabe admitir la transacción, así como tampoco podría admitirse el desistimiento, porque de la acción pública no hay disponibilidad, esto es, no se actúa por voluntad de las partes, sino de oficio y por ministerio de la ley".

Y esta tesis la desarrolla la Sala Penal en sentencia de 17 de mayo de 1949 (G. J. Tomo LXVI, página 198).

Principios éstos que se encuentran expuestos por el Profesor Ferri en estas cortas líneas: "De todos modos, es indudable que para los delitos perseguibles de oficio, si el resarcimiento del daño es de derecho público al igual que la sanción represiva, no puede ser objeto de transacciones entre el delincuente y la parte lesionada ("Principios de Derecho Criminal" fol. 713).

En el informe que el señor Procurador General de la Nación rindió hace poco al señor Presidente de la República, se lee esta doctrina muy oportuna en el presente caso:

"Las actuales tendencias sobre la defensa social contra los delincuentes, en que se inspiran nuestros códigos de orden represivo, prestan primordial atención a la víctima del delito, garantizándole la eficaz indemnización de perjuicios por los daños recibidos. Tal medida se tiene como un auxiliar y una consecuencia de la sanción, a tal punto que casi se confunde con ésta. Por éso la reparación pecuniaria representa una verdadera función social y no un derecho de índole absolutamente privada. El resarcimiento de perjuicios es, en consecuencia, una de las obligaciones jurídico-penales a que está sometido el responsable con prescindencia de la voluntad del perjudicado, y, por lo mismo, corresponde exclusivamente al Estado tutelar ese derecho de reparación".

El embargo, que por lo visto se puede llamar de orden público, no es el común a que apelan los ciudadanos para salvaguardar los intereses privados; no: es el establecido por el Estado como garantía social y defensa de los altos intereses de la comunidad; es la llave para alcanzar el resarcimiento de perjuicios a que el propio Estado aspira en beneficio de la víctima. Lo comprendió así el Legislador, y por éso estableció el embargo como manera de asegurar ese resarcimiento de perjuicios. Sabía el legislador que el delincuente por lo general no ahorra medios de sustraer sus bienes al cumplimiento de la obligación de indemnizar, y cubrió con el embargo ese peligro. Por éso, esta medida precautelativa tiene que estar rodeada de todas las garantías legales para que cumpla el pensamiento con que fue establecida, que no es otro que el de hacer efectiva la sanción pecuniaria; y toda vez que se intente burlar ese embargo de orden público, o se le burla, la ley ha de salir en su defensa para garantizarlo y hacerlo respetar. Burlar ese embargo de orden

público, es un fraude a la ley que la justicia debe sancionar.

Cuanto se relacione, pues, con la garantía de los perjuicios, encontrará protección en la ley, porque, como se ha dicho, esta derivación del delito, como la misma pena corporal, son de orden público. Los Estados han llegado a estas conclusiones, por inspiración sin duda del Primer Congreso Internacional de Antropología celebrado en Roma en 1885, el cual hizo esta recomendación: "El Congreso, convencido de qué importa asegurar la reparación civil de los daños, no sólo en interés inmediato de la parte ofendida, sino también en el interés inmediato de la defensa social preventiva y represiva contra el delito, hace votos para que las legislaciones en vigor pongan en práctica en los procesos penales las medidas más convenientes contra los autores del daño, considerando la realización del resarcimiento como una función social confiada de oficio al Ministerio Público durante el proceso, a los Jueces en la condena, y a la administración carcelaria en la oportuna retribución del trabajo penitenciario".

Todo ésto no solamente se ha cumplido en Colombia, sino que se ha superado con la institución de la "parte civil" en el proceso penal. Y es interesante recordar que a poco de haber sido expedida aquella recomendación del Congreso de Antropología, en Colombia se dictó el artículo 113 de la Ley 57 de 1887 que dice: "Desde que en un juicio criminal se abra la causa a pruebas, el Juez debe ordenar, de oficio, que se proceda a avaluar por peritos los perjuicios sufridos por el ofendido; pudiendo las partes presentar las pruebas que estimen convenientes respecto de dichos perjuicios. El Juez, en la sentencia que dicte, fijará la cuota de la indemnización debida al ofendido, aunque éste no se haya hecho parte en el juicio, y ejecutoriada la sentencia, presta mérito ejecutivo en favor del agredido o sus herederos, y contra el agresor".

Lo expuesto lleva a la conclusión de que un embargo de orden público tiene que surtir algún efecto, y que dictado el decreto respectivo todos los bienes del inculcado quedan al margen de la ley y a disposición del Estado, sin condición alguna, mientras se asegura convenientemente el resarcimiento de los perjuicios que el delito ha provocado.

III.—*Parte civil:*

Pero dentro de este criterio del Legislador para asegurar el pago de los perjuicios que el delito ocasiona, no sólo puso en manos del Estado la persecución de ellos, sino que dió amplias facultades a los

lesionados por medio de la institución denominada "parte civil", que por primera vez en nuestra legislación estableció el Capítulo IV del Título III del Código de Procedimiento Penal, a fin de asegurar el éxito en la tarea de hacer efectivos esos perjuicios. Con la ayuda del Estado, quien sufra perjuicios por la infracción penal tiene en esa institución una herramienta eficaz para lograr la reparación civil, que preocupa al Estado tanto como la misma sanción penal.

La solicitud para que a una persona se tenga como parte civil, está rodeada de condiciones y requisitos que la hacen muy respetable. Es una verdadera demanda, que debe decidirse por el Juez en sentencia interlocutoria; y la negativa de ella sólo puede fundarse en ilegitimidad de la personería. Y es tal el interés de la ley por esta institución, que ordena al Juez colaborar en la adecuada presentación de la demanda, para asegurar el éxito de ella (arts. 114, 118, 120 y otros del C. de P. P.).

La ley encarga entonces a la parte civil de una función que el Estado no puede adelantar con toda eficacia por mano de sus funcionarios, no obstante su interés porque el resarcimiento de perjuicios sea una realidad; y la parte civil entonces está capacitada para hacer todo aquello que sea necesario en orden a que el resarcimiento sea una realidad, y para conseguir que el embargo sea respetado como principal elemento de una tarea que la parte civil debe realizar en nombre del Estado mismo.

En sentencia de 8 de agosto de 1944, la Sala de Casación Penal estudió a espacio las normas de la responsabilidad delictual y la evolución alcanzada en nuestra legislación en materia de resarcimiento de perjuicios por motivo del quebranto sufrido por la ley penal y dijo lo siguiente:

"Podría argüirse que la reparación —en materia penal— está única y exclusivamente subordinada a la norma del artículo 2341 del estatuto civil, según el cual 'el que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido'; y que esta subordinación —por ser norma de derecho privado— se oponga a la tesis enunciada, según la cual la reparación es institución de derecho público; pero el estatuto penal vigente —que es derecho material y sustantivo— al regular aquella institución, adoptó la tesis, y —para su aplicación integral— impuso al Agente del Ministerio Público no sólo la obligación de cooperar con la parte civil en todas las diligencias indispensables a fijar y obtener la indemnización, sino que extendió tal obligación a

intervenir por sí solo en caso de abstención del lesionado" (G. J. Tomo LVII, pág. 726).

La parte civil es, pues, el ejecutor de que el Estado se vale para alcanzar la reparación civil del daño, tan interesante para la sociedad como la imposición de la pena corporal; y con esa función delegada la parte civil ha de gozar de toda clase de prerrogativas para adelantar con éxito su tarea, entre las cuales está como principal el embargo preventivo.

IV.—*Interés jurídico:*

Se le niega a la parte civil la facultad de accionar en el presente proceso, por falta de interés jurídico.

A la Sala de Casación Penal ya le tocó declarar, previo el estudio de una documentación, que los herederos de la víctima se constituyeron como parte civil en el proceso a que dió lugar la muerte del señor Waked. En el expediente existe la prueba de que la actora es parte civil en el proceso penal, y los demandados aceptan el hecho. Lo que quiere decir que de antemano está reconocido el interés jurídico de la actora en el presente negocio.

Mas no obstante, se pregunta: ¿Tiene la actora interés jurídico en este proceso civil? Es esposa de la víctima, y como tal tiene interés en que el decreto de embargo no quede en desamparo, y en que se asegure la indemnización a que pueda tener ella participación más tarde, o la puedan tener otros parientes de la víctima.

Para que la demanda sobre parte civil pueda ser resuelta favorablemente, es preciso que consten los hechos por los cuales el demandante se considere perjudicado con la infracción, y el parentesco, caso de que se trate de un heredero (art. 114 del C. de P. P.). Y estudiada esa demanda y encontrada completa, el Juez la despacha y dá así título al peticionario para actuar como interesado en todo lo que tienda a garantizar la indemnización de perjuicios.

El interés jurídico es una relación entre el derecho y el que lo ejercita; un interés actual y directo y no eventual (G. J. N.º 1877 pág. 595); tal, por ejemplo, el que tiene el heredero sobre la herencia a que es llamado por la ley; el que tiene el acreedor sobre el crédito extendido a su favor; el que tiene la parte civil en todo lo relacionado con la garantía de los perjuicios, entre lo cual se encuentra el embargo como elemento principal. Se le podría discutir a la actora interés jurídico si estuviera reclamando para sí una indemnización como resultado del delito; pero no es este el caso: ella

reclama la garantía del decreto de embargo dictado por el Funcionario del Estado. La actora en el presente caso no actúa en persecución de un derecho privado; actúa en un empeño del Estado, y de su interés se puede decir más bien que es un interés de orden público y no un interés de parte.

La Corte ha dicho lo siguiente sobre esta materia:

“En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que este interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés; es más, con ese perjuicio, que en presencia del Código Civil ha de ser no cualquier consecuencia sentimental o desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de determinado acto, es preciso que se hiéran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas o porque sufran desmedro en su integridad; un daño eventual y remoto, que apenas pueda entretenerse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituir el perjuicio jurídico que requiere la ley. El derecho de donde se derive el interés jurídico, debe existir —lo mismo que el perjuicio que se trata de evitar por ese medio— al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro, es doctrina sentada en repetidos fallos por esta misma Sala” (Sentencia de agosto 22 de 1940. G. J. Tomo XLIX, página 848).

Lleva ésto a la conclusión de que es errado el concepto de que la actora, parte civil en el proceso penal, carezca de interés jurídico en la defensa de las instituciones que tienden a garantizar la res-

pensabilidad civil en aquel proceso, las cuales son de orden público.

Sintetizando:

No se trata aquí de una acción indemnizatoria.

El embargo penal o de orden público es cosa distinta al embargo para amparar derechos privados.

La actora tiene interés jurídico para actuar en el presente caso porque fue declarada parte civil en el proceso criminal por muerte de su esposo, y esa declaración entraña por sí sola la capacidad jurídica para actuar en todo lo que tienda a garantizar los perjuicios ocasionados por el delito.

Tiene razón el recurrente en la acusación que ha formulado contra la sentencia del Tribunal.

Es preciso casar la sentencia y dictar la que corresponde a la Corte como Juez de instancia, sin necesidad de estudiar los otros motivos de casación (art. 538 del C. J.).

Después de ésto, en mi proyecto se entraba en un estudio amplio sobre la acción de simulación, analizando una prueba indiciaria muy completa y declarando establecida esa simulación, de manera que se hacía prosperar el pedimento principal de la demanda de la señora viuda del infortunado Waked.

Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos cincuenta y tres.

Gerardo Arias Mejía.

NO PUEDE HABLARSE DE NULIDAD POR INDEBIDA REPRESENTACION EN EL JUICIO PORQUE UNOS HEREDEROS NO HAYAN SIDO DEMANDADOS EN EL QUE SE SIGUIO SOBRE UNA FILIACION NATURAL, PUES LA SENTENCIA QUE SE PROFIERA NO PERJUDICA A LOS HEREDEROS QUE NO FUERON DEMANDADOS. — CAUSAL 2ª DE CASACION

1.—La sentencia declarativa de una filiación natural, dictada en juicio seguido contra los herederos, como continuadores de la personalidad jurídica del causante, no produce efectos erga omnes sino que apenas hace tránsito a cosa juzgada en relación con las personas que fueron partes en el litigio. De consiguiente, a los herederos no traídos al pleito no les perjudica la sentencia y la actuación no puede devenir nula como consecuencia de su ausencia, pues con los herederos citados personalmente como tales se trabó la controversia legítimamente. Estos no representan a nadie distinto de sí mismos, por lo cual no puede darse —con fundamento en el hecho apuntado— la ilegitimidad de personería consistente en indebida representación que consagra el numeral 2º del art. 448 del C. J. como causal de nulidad para todos los juicios.

Cuando una acción perjudica o puede perjudicar el patrimonio herencial, es claro que entonces precisa demandar a todos los herederos, como representantes que conjuntamente son de la sucesión, a fin de que la personería de la parte demandada quede debidamente integrada; pero tal cosa no ocurre con la acción de filiación, pues con ésta, cuando prospera, quien resulta lesionado personalmente es el demandado que viene a ser desplazado de la herencia por el actor o a concurrir en ella con éste, sufriendo sólo aquél particularmente las consecuencias patrimoniales de la acción. El patrimonio hereditario en nada se afecta, por lo cual se comprende que es extraña y ningún papel juega aquí la jurisprudencia de la Corte, que enseña que cuando se demanda a la sucesión, la parte demandada tiene que estar constituida por todos los herederos.

2.—Dentro de la naturaleza y fines que legalmente corresponden a la causal 2ª del artículo 520 del C. J., sólo lo que esté dentro del concepto formal de desarmonía entre lo de-

mandado y lo fallado, es lo que puede dar asidero y prosperidad a dicha causal, y para saber si en ella se ha incurrido, sólo deben tenerse en cuenta la parte resolutiva de la sentencia y los pedimentos y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Las razones de orden legal o de interpretación de la demanda que se invoquen para descalificar lo decidido, carecen de procedencia dentro del referido motivo, y sólo pueden tener cabida dentro del primero, que engloba todas las formas de violación de la ley.

3.—Quien, en juicio seguido contra los herederos del presunto padre, obtiene en su favor la declaración judicial de ser hijo natural, no desaloja de la sucesión del causante, total o parcialmente, según las circunstancias, sino a quienes en el juicio ordinario actuaron como demandados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero veinte y siete de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Aníbal y Marina Arroyave Alvarez o Aníbal y Marina Alvarez propusieron por medio de apoderado ante el Juez 2º Civil del Circuito de Andes, juicio ordinario contra Pedro, Luis, Jesús María Arroyave y otros, en su condición de presuntos herederos de Ricardo Arroyave R., para que se hagan las siguientes declaraciones:

“1ª—Aníbal Arroyave Alvarez y Marina Arroyave Alvarez (o Aníbal y Marina Alvarez), son hijos naturales de Ricardo Arroyave R.;

“2ª—Con relación a los demandados, para todos los efectos legales, Aníbal y Marina Arroyave Alvarez (o Aníbal y Marina Alvarez), tendrán la calidad de hijos naturales de Ricardo Arroyave R. y, consecuencialmente, todos los derechos derivados de esa calidad;

“3ª—Por tanto, Aníbal y Marina Arroyave Alvarez (o Aníbal y Marina Alvarez), tienen derecho a suceder a su padre natural, como hijos naturales suyos, en el grado y medida en que sean llamados a suceder según la ley;

“4ª—Los demandados, si se oponen, deberán pagar las costas del juicio”.

Admitida y tramitada la demanda, el Juez del conocimiento puso fin a la primera instancia con la sentencia de trece de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, en la que declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada y no accedió a hacer las declaraciones solicitadas.

Por apelación concedida a los litigantes subió el negocio al Tribunal Superior de Medellín, y ya ante éste Mariana Arroyave o Alvarez propuso y le fue aceptado el desistimiento de la acción, en cuanto a ella respecta. Cumplido el trámite de la segunda instancia, el Tribunal decidió la litis en sentencia de nueve de junio de mil novecientos cincuenta, por la cual revocó la apelada y en su lugar resolvió:

“1º—Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

“2º—se declara que Aníbal Arroyave Alvarez tiene la calidad de hijo natural de Ricardo Arroyave Restrepo, calidad ésta que afecta a los demandados Luis Arroyave, R., Pedro Arroyave R., Eleázar Arroyave, María Dolores Arroyave, Ana Felisa Arroyave, Zoila Arroyave, Etelvina Arroyave, María Rosa Arroyave, María Luisa Arroyave, Jesús María Arroyave y Luis Felipe Arroyave, para todos los efectos derivados de tal calidad.

“3º—Se declara, por tanto, que Aníbal Arroyave tiene derecho a suceder a su padre natural Ricardo Arroyave R. en el grado y medida que le otorga la ley.

“No hay condenación en costas”.

Al apoderado de los demandados se le concedió recurso de casación, el que admitido y sustanciado en debida forma se procede a decidir.

El recurrente invoca contra el fallo las causales 1ª, 2ª y 6ª del artículo 520 del Código Judicial, las cuales se estudiarán siguiendo un orden inverso del en que quedan enunciadas, por simples razones de método.

Con respecto a la causal 6ª dice, en síntesis, que la personería pasiva de la sucesión, en los juicios sobre filiación natural, está constituida por todos los herederos; que en el presente proceso sólo se demandó a algunos de éstos y se dejó por fuera de la demanda a otros que habían sido reconocidos como herederos y que al tramitarse el juicio sin la in-

tervención de todos ellos, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial.

Se considera:

La sentencia declarativa de una filiación natural, dictada en juicio seguido contra los herederos, como continuadores de la personalidad jurídica del causante, no produce efectos erga omnes sino que apenas hace tránsito a cosa juzgada en relación con las personas que fueron partes en el litigio, como lo ha venido sosteniendo la Corte en reiterada jurisprudencia. De consiguiente, a los herederos no traídos al pleito no les perjudica la sentencia y la actuación no puede devenir nula como consecuencia de su ausencia, pues con los herederos citados personalmente como tales se trabó la controversia legítimamente. Estos no representan a nadie distinto de sí mismos, por lo cual no puede darse —con fundamento en el hecho apuntado— la ilegitimidad adjetiva de personería consistente en indebida representación que consagra el numeral 2º del art. 448 del C. J. como causal de nulidad para todos los juicios.

Cuando una acción perjudica o puede perjudicar el patrimonio herencial es claro que entonces precisa demandar a todos los herederos, como representantes que conjuntamente son de la sucesión, a fin de que la personería de la parte demandada quede debidamente integrada; pero tal cosa no ocurre con la acción de filiación, pues con ésta, cuando prospera, quien resulta lesionado personalmente es el demandado que viene a ser desplazado de la herencia por el actor o a concurrir en ella con éste, sufriendo sólo aquél particularmente las consecuencias patrimoniales de la acción. El patrimonio hereditario en nada se afecta, por lo cual se comprende que es extraña y ningún papel juega aquí la jurisprudencia de la Corte, que enseña que cuando se demanda a la sucesión, la parte demandada tiene que estar constituida por todos los herederos.

No se admite el cargo.

Causal 2ª.—Dice el recurrente, en resumen, que la acción fue propuesta conjuntamente por Aníbal y Marina Arroyave Alvarez, en la cual pidieron que se decrete lo que reza la declaración tercera, copiada arriba; que Marina desistió de la acción; pero que atendiendo el escrito correspondiente y el auto del Tribunal que lo admitió el derecho de Marina quedó reservado; que de haberse producido la decla-

ración judicial como está pedida, los bienes dejados se dividirían por mitad entre los dos; que conforme al numeral 3º de la parte resolutive del fallo acusado, Aníbal tiene derecho a tomar todo el patrimonio herencial; de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 45 de 1936, cuando su pretensión consistía en que se le declarara un derecho a heredar la mitad, por todo lo cual afirma que el fallo incurrió en la causal de casación invocada.

Se considera:

Dentro de la naturaleza y fines que legalmente corresponden a la causal 2ª del artículo 520 del C. J. sólo lo que esté dentro del concepto formal de desarmonía entre lo demandado y lo fallado, es lo que puede dar asidero y prosperidad a dicha causal, y para saber si en ella se ha incurrido sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutive de la sentencia y los pedimentos y demás pretensiones oportunamente deducidos por las partes. Las razones de orden legal o de interpretación de la demanda que se invoquen para descalificar los decididos carecen de procedencia dentro del referido motivo, y sólo pueden tener cabida dentro del primero, que engloba todas las formas de violación de la ley.

En la demanda se pidió la declaración a que se contrae la súplica 3ª atrás copiada y en la parte resolutive de la sentencia, en su numeral 3º, se decretó literalmente lo que se había demandado, con la natural supresión del nombre de Marina, que había desistido de la acción que propuso acumuladamente con la de Aníbal.

..No prospera el cargo.

Causal 1ª.—Aquí sostiene el recurrente que la sentencia declara que la calidad de hijo natural de Aníbal Arroyave afecta sólo a las personas demandadas, lo cual conduciría a dejar sin valor el artículo 20 de la Ley 45 de 1936 que le dá derecho a la totalidad de los bienes relictos cuando no existían descendientes, ascendientes ni cónyuges, porque habría unos colaterales que podrían tomar parte en la herencia no obstante existir un hijo natural.

Añade de otro lado, que los artículos 1008 y 1155 del Código Civil establecen el principio de que quien representa al difunto son los herederos y que éstos son los llamados a soportar las acciones que se promuevan contra su causante; que la parte resolutive de la sentencia declara que Aníbal tiene derecho a suceder a su padre natural en el grado y medida que le otorga la ley, con lo cual a la sentencia se le

dá efectos contra todos los colaterales, afectando a quienes no concurrieron al juicio, y que su derecho real de herencia no se les puede lesionar sin que se les haya oído y vencido en el juicio.

Considera la Sala:

Si el actor no demandó en este pleito ni ha demandado ni va a demandar —como bien podría ocurrir— a los demás colaterales sumariamente declarados herederos del difunto, el recurrente, que no representa ni a aquél ni a éstos, no puede, como es obvio, ampararse en el interés del uno o de los otros para atacar la sentencia. Y si por razón de aquel hecho, el demandante tiene que concurrir al juicio sucesorio con dichos colaterales por no haber desplazado de la herencia sino a los actuales demandados, haciendo así a manera de una implícita renuncia de su posible derecho frente a ellos, al recurrente no le asiste ningún interés jurídico para alegar contra esa situación.

Además, ya está dicho que la sentencia declarativa de una filiación natural cuando el juicio en que se profiere se inicia y sigue contra los herederos del causante no produce sino los efectos relativos que a toda sentencia le asignan los artículos 473 y 474 del Código Judicial y 17 del Código Civil y por ende su fuerza de cosa juzgada no puede extenderse sino sobre quienes hayan sido partes en la controversia. Entendidas así las cosas, quien obtiene en su favor la declaración judicial de ser hijo natural no desaloja de la sucesión del causante, total o parcialmente, según las circunstancias, sino a quienes en el juicio ordinario actuaron como demandados.

Sobre estos temas ha dicho la Corte:

“La aplicación de la teoría del legítimo contradictor no se vincula al concepto de divisibilidad del Estado, sino al de oponibilidad del fallo sobre él, esto es, como lo dice Jossierand con la cita de muchos e ilustres expositores, a saber en frente de qué personas puede prevalerse el demandante de las consecuencias que corresponden al estado que se ha atribuido por sentencia judicial. No es, pues, que en relación con unos herederos del padre sea hijo natural y con otros no, sino que solamente tiene derecho a reclamar los efectos que dicha paternidad acarrea contra los herederos que haya vencido en juicio contradictorio. Los que no litigaron no tienen por qué mermar su derecho herencial para integrar la participación que corresponde al actor victorioso. La declaración de heredero, cuando había lugar a hacerla, se entendía hecha sin perjuicio de

terceros. Es el mismo fenómeno que se opera con las sentencias condenatorias en juicios de dominio; no se puede decir en casos tales que el actor sea más o menos dueña o dueño para uno y no para los demás, sino que el fallo que lo declara tal no tiene obligatoriedad y alcances sino en relación con el litigante vencido" (GACETA JUDICIAL, Tomo LI, pág. 636).

No se admite 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 autori-

dad de la ley, NO CASA la sentencia de nueve de junio de mil novecientos cincuenta, proferida por el Tribunal Superior de Medellín.

Condénase en costas al recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía.—Alfonso Bonilla Gutiérrez.—
Pedro Castillo Pineda. — Rafael Ruiz Manrique.—
Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVINO EL JURADO

La causal segunda de casación no es procedente en los juicios en que interviene el Jurado, porque el estudio de ella y su aceptación como probada, lógicamente conduciría a la declaratoria de contraevidencia del veredicto, y este motivo no fue consagrado por el artículo 567 del C. de P. P., entre los que dan lugar a que el recurso prospere.

Numerosos son los fallos de la Corte en los que invariablemente se ha sostenido dicha doctrina.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero trece de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Manizales por sentencia de fecha cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, confirmó en todas sus partes el fallo del Juez Primero Superior del mismo Distrito, fechado el once de julio del mismo año, por el cual condenó a Sigifredo Gómez Ramírez como responsable del delito de homicidio en la persona de Enrique Suárez, a la pena principal de quince años de presidio, a las accesorias correspondientes y al pago de los perjuicios causados por la infracción.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el recurso de casación el defensor del procesado, doctor Roberto Acevedo Gómez, el cual le fue concedido. Este abogado en su escrito de demanda invoca y sustenta la causal 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La demanda

El demandante sostiene en su libelo, que el sentenciador de segundo grado interpretó y apreció

erróneamente los hechos, pues no se demostró en el proceso que el homicidio se hubiera realizado con los caracteres de asesinato, de que habla el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario, contesta las afirmaciones del actor, en los siguientes términos:

“A esto basta replicar que la dicha causal no es pertinente en los juicios por jurados, porque al aceptarla como probada, llevaría a la declaratoria de veredicto contraevidente, motivo éste que no fue consagrado entre los que señala el artículo 567 de la ley procedimental para que el recurso de casación prospere.

“Cierto que, como lo cita el demandante, la H. Corte en un principio admitió la operancia de la causal segunda; pero, a partir de la casación de Juan Troyano (fallo de 3 de noviembre de 1944), rectificó su doctrina y desde entonces ha sido inmodificable su pensamiento acerca de la improcedencia de ese motivo del recurso en esta clase de negocios”.

El representante del Ministerio Público concluye su concepto, pidiendo a la Corte, que no case el fallo demandado.

Se considera:

Como lo afirma el señor Procurador Delegado en lo Penal, la causal segunda de casación no es procedente en los juicios en que interviene el jurado, porque el estudio de ella y su aceptación como probada, lógicamente conduciría a la declaratoria de contraevidencia del veredicto, y este motivo no fue consagrado por el citado artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, entre los que dan lugar a que el recurso prospere.

Numerosos son los fallos de la Corte en los que invariablemente se ha sostenido dicha doctrina, con

base en una recta interpretación de las normas procedimentales. Bastará transcribir lo que se dijo en sentencia de fecha 27 de mayo de 1949;

“Es doctrina constante de la Sala, que en los juicios por jurado no es pertinente la causal segunda de casación, porque de serlo desvirtuaría la esencia misma del juicio en conciencia, toda vez que siendo, de conformidad con la ley, éste juicio fundado en el principio de la verdad sabida y la buena fe guardada, la apreciación en derecho de las pruebas existentes en el proceso se desnaturalizaría en el caso de que una vez apreciadas, con aquel criterio, por el Tribunal de hecho, pudieran ser nuevamente objeto de valoración en derecho. De no ser ello así, en el fondo, esta causal conduciría a aceptar una tercera instancia en los juicios penales, porque ella conduciría a la declaración de injusticia notoria en el veredicto, misión que es exclusivamente privativa de los falladores de instancia, que son los únicos que de conformidad con los artículos 537, 554 y 567 del Código de Procedimiento Penal, tienen la atribución de hacer aquella declaración de contraevidencia, que en el sistema de la casación penal vigente, no está autorizada por la ley.

“La prueba en los juicios en que interviene el jurado es apreciada por éste con entera libertad y se le arrebatarían sus fueros al Tribunal popular si en Casación pudiesen ser esos mismos hechos objeto de discriminación para armonizar con ellos el

veredicto rendido en conciencia. Se desvirtuaría el juicio del Jurado y se convertiría a la Corte en un nuevo Tribunal de Instancia, cosa contraria al principio que informa la casación (Casación de Rubén Rincón).

Esta doctrina, como antes se dice, la ha sostenido la Sala en forma constante en todos aquellos casos en que se alega la causal segunda como motivo de casación en procesos tramitados con intervención del Jurado. Por lo tanto, siendo improcedente la causal invocada por el demandante, no puede prosperar y consecuentemente, no es el caso de casar la sentencia recurrida.

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, NO CASA la sentencia recurrida, en virtud de la cual el Tribunal Superior de Manizales condenó a Sigifredo Gómez Ramírez a la pena principal de quince años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Enrique Suárez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno.—Alejandro Camacho Latorre.—
Luis Gutiérrez Jiménez.—Angel Martín Vásquez.—
Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO PUEDEN ACEPTARSE EN UNA MISMA ACCION LAS ATENUANTES DE LA RIÑA IMPREVISTA Y DE LA IRA O EL INTENSO DOLOR

1.—En los juicios tramitados con intervención de Jurado, la causal segunda es inoperante, porque el recurso de casación no se contrae propiamente el examen de los hechos, sino a la confrontación de la sentencia con la ley. La apreciación de los hechos y de las pruebas concernientes a la responsabilidad, su valoración y crítica corresponden al Juez y al Tribunal, pero la Corte, en estos casos, no puede entrar en el estudio de las pruebas, puesto que la casación no es una tercera instancia; si lo hiciera, ese proceder conduciría a una declaración de contraevidencia del veredicto proferido por los jueces de conciencia.

La declaración de contraevidencia del veredicto es propia de las instancias del proceso, y esta declaración no puede hacerse en casación, puesto que la Sala carece de facultades legales para hacer ese pronunciamiento, toda vez que el Código de Procedimiento Penal no consagró como causal de casación en los juicios en que interviene el jurado, la del numeral 2º del artículo 567 de la misma obra.

2.—La Corte, en un comienzo, rechazó la concurrencia en una sola acción de las dos circunstancias modificadoras de la ira o el intenso dolor por grave e injusta provocación y de la riña imprevista, y en otros casos admitió conjuntamente ambas circunstancias, afirmando que cuando esas modalidades respecto a un mismo hecho fueran reconocidas por el Jurado, había que aceptar su concurrencia, no desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino porque así se había aceptado en un veredicto. Sentó, pues, la doctrina consistente en aceptar la concurrencia de ambas circunstancias atenuantes respecto de un mismo hecho, cuando así lo declara el tribunal de conciencia, porque los Jueces de derecho no están autorizados por la ley para aceptar como justas unas respuestas del Jurado y rechazar como injustas y contrarias a derecho otras, cuando ambas hacen parte de la contestación a un mismo cuestionario.

Esta doctrina de la Corte debe mantenerse en firme para resolver el problema debatido en este negocio, porque a pesar de las críticas que puedan hacerse desde el campo puramente doctrinario, tiene su fundamento en la norma contenida en el artículo 480 de la ley procedimental penal, que ordena al Juez de derecho dictar la sentencia de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre que versa el debate. Si los juzgadores en derecho encuentran que las respuestas a los cuestionarios contrarían la evidencia procesal, la ley autoriza para hacer esa declaración de contraevidencia, pero si no lo hacen, tienen que fallar forzosamente de acuerdo con las contestaciones que el tribunal de conciencia dé a los cuestionarios. Lo contrario sería reconocer a los juzgadores de instancia, en esa clase de procesos, una dualidad de funciones que la ley no autoriza: "la del juez de conciencia y la del juez de derecho, o al menos la de dictar la providencia en armonía con un criterio netamente jurídico" y ésto es contrario a la disposición procedimental en cita.

Si en los procesos en que interviene el Jurado los Jueces de derecho estuvieran autorizados para calificar el veredicto del tribunal popular en conformidad con principios de derecho estricto, serían completamente inoperantes las causales que se estudian. Pero, como ese criterio está en abierta pugna con expresas reglamentaciones de la ley procesal penal, no tiene cabida en casos como el presente.

Si se tratara de una sentencia proferida por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en negocios de que conocen en derecho los jueces de primera instancia, el problema sería distinto, porque entonces esos juzgadores sí podrían precisar la situación jurídica del procesado en lo relativo a modalidades atenuantes del hecho, de acuerdo con un exacto cuadro de derecho. En esos casos, no habría veredicto que respetar, ni jugaría papel alguno la norma contenida en el mencionado

artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.

Por consiguiente, con el criterio adoptado por la Corte, si pueden concurrir y tener efectividad varias atenuaciones especiales de la sanción, en aquellos casos en que sean separables y se puedan diferenciar teniendo en cuenta las peculiaridades propias de cada una y, además, hayan sido afirmadas por el Jurado en el veredicto con los elementos que señala el estatuto represivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero diez y seis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Por sentencia de fecha once de octubre del año de mil novecientos cincuenta y uno, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó a Julio Alberto Beltrán como responsable del delito de homicidio en la persona de Miguel Angel Rodríguez, a la pena principal de dos años y ocho meses de presidio, a las penas accesorias correspondientes y al pago en abstracto de los perjuicios materiales y morales causados por la infracción.

Contra este fallo interpuso el recurso de casación el defensor del procesado, el cual le fue concedido. En el libelo presentado ante la Corte para sustentar el recurso, el representante del sentenciado Beltrán, invoca en su orden, las causales tercera, segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

Aparece de los elementos de juicio recogidos en el proceso, que entre Miguel Angel Rodríguez, de un lado y del otro Julio Alberto Beltrán, su esposa María del Carmen Martín de Beltrán, su suegra Cruz Martín y sus hermanos Julio y Marco Aurelio Beltrán, existían causas de enemistad, que habían dado lugar a que suscribieran ante el Alcalde de Guatavita por el mes de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, una diligencia de caución para guardar paz y armonía entre ellos. Así las cosas, el primero de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, Miguel Antonio Beltrán, hermano de Julio Alberto, de unos diez y seis años de edad, a eso de las diez de la mañana, se encontró en una de las ca-

lles del poblado de dicho municipio con Miguel Angel Rodríguez, quien le propinó algunos puntapiés. Julio Alberto Beltrán acompañado de varios familiares, se presentó al sitio donde se encontraba el agresor Rodríguez y le hizo el reclamo correspondiente, que fue contestado, según la versión de los hechos más aceptables, con expresiones ultrajantes para Beltrán y para su familia, y además agredió a la madre de éste, a su esposa y a su suegra, quien llevaba en los brazos un hijo de Beltrán y como el mencionado Rodríguez le lanzara un pescozón, hizo blanco en el pequeño, ante lo cual el citado Julio Alberto Beltrán le descargó la cuchillada que le causara la muerte.

Perfeccionada la investigación correspondió su conocimiento al Juez Primero Superior de Bogotá, quien por auto de fecha cuatro de agosto del mismo año de mil novecientos cuarenta y nueve, abrió causa criminal por los trámites en que interviene el jurado contra Julio Alberto Beltrán por homicidio atenuado, en las circunstancias del artículo 28 del Código Penal por haber obrado "impulsado por la ira que le provocaran y el dolor en que le sumieran las brutales ofensas de palabra y de obra que Rodríguez les irrogara a él y a sus familiares".

Esta situación jurídica del procesado fue aceptada por el Tribunal Superior de Bogotá al desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor, quien insistió en que debía reconocérsele también la circunstancia modificadora de la riña imprevista, circunstancia que no aceptó el Tribunal por considerar que no estaba probada.

De conformidad con el auto de proceder, se formularon al Jurado en relación con Julio Alberto Beltrán, los siguientes cuestionarios:

"Cuestión primera. ¿El acusado Julio Alberto Beltrán es responsable de haber dado muerte a Miguel Angel Rodríguez por medio de una herida mortal causada con instrumento corto-punzante, de conformidad con hechos ocurridos en la mañana del día primero de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, dentro del perímetro urbano de la población de Guatavita, en la comprensión de este Distrito Judicial de Bogotá?"

El Jurado contestó:

"Sí, pero en estado de ira e intenso dolor, y en riña imprevista y provocada por la víctima".

Cuestión segunda. ¿El hecho relativo a la muerte de Miguel Angel Rodríguez lo consumó el mismo

acusado *Julio Alberto Beltrán* en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación?"

El Jurado respondió:

"Sí, y en riña imprevista, provocada por la víctima".

Tanto el Juez del conocimiento como el Tribunal Superior, aceptaron el veredicto de los jueces de conciencia sin que hicieran objeción alguna en relación con su contraevidencia. Hubo discordancia de esas dos entidades en cuanto al alcance del veredicto y en cuanto a las normas penales sustantivas que le fueran aplicables al procesado, en la sentencia. El Juez Superior sostiene en su fallo, que deben computarse las dos modalidades atenuativas afirmadas en las respuestas del Jurado (riña imprevista y excusa de provocación) y el Tribunal rechazó ese criterio, teniendo en cuenta solamente la circunstancia atenuativa más favorable, es decir, la ira y el intenso dolor causados por grave e injusta provocación.

Sostiene el Tribunal, aduciendo la autoridad de los expositores *Florián* y *Alimena*, que las dos atenuantes de la responsabilidad que se presentan en el caso *sub judice*, proceden de un mismo estado psicológico del agente y constituyen una modalidad única, que no puede valorarse dos veces para disminuir la sanción. Además, arguye, que al tomar en cuenta ambas circunstancias, hechos los descuentos respectivos a la pena básica, se llegaría a la impunidad, porque las reducciones son superiores o iguales a la pena imponible.

Demanda

Como se ha dicho, el actor invoca en su escrito de demanda las causales tercera, segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El estudio de la demanda se hará siguiendo el orden adoptado por el Procurador Delegado en lo Penal, cuyo concepto contiene un estudio preciso y completo sobre los varios problemas planteados por el recurrente. Este funcionario solicita que se case la sentencia del Tribunal, por estar ampliamente justificadas las causales tercera y primera en casación.

Causal segunda.—Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Dice el recurrente que hubo una mala apreciación de los hechos, por cuanto en la sentencia del

Tribunal se apreciaron erradamente las circunstancias de la riña imprevista y de la ira, negándoles el valor probatorio que tienen en los autos y los efectos jurídicos y penales a que dá lugar su demostración.

Se contesta:

En los juicios tramitados con intervención de Jurado, la causal segunda es inoperante, porque el recurso de casación no se contrae propiamente al examen de los hechos, sino a la confrontación de la sentencia con la ley. La apreciación de los hechos y de las pruebas concernientes a la responsabilidad, su valoración y crítica corresponde al Juez y al Tribunal, pero la Corte, en estos casos, no puede entrar en el estudio de las pruebas, puesto que la casación no es una tercera instancia; si lo hiciera, ese proceder conduciría a una declaración de contraevidencia del veredicto proferido por los Jueces de conciencia.

La declaración de contraevidencia del veredicto es propia de las instancias del proceso, y esta declaración no puede hacerse en casación, puesto que la Sala carece de facultades legales para hacer ese pronunciamiento, toda vez que el Código de Procedimiento Penal, no consagró como causal de casación en los juicios en que interviene el Jurado, la del numeral 2º del artículo 567 de la misma obra.

Por lo tanto, no puede prosperar la causal segunda de casación invocada por el demandante.

Causales tercera y primera.—Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado y violación de la ley penal.

Estas causales se estudiarán conjuntamente, porque el actor las funda en los mismos motivos.

El cargo que a este respecto se hace contra la sentencia del Tribunal, radica en que el Jurado reconoció en favor del procesado las modalidades especiales de atenuación de la riña imprevista y de la excusa de provocación y en el fallo de segunda instancia, sólo se aceptó esta última y se rechazó la primera de esas circunstancias modificadoras, con violación de los artículos 28 y 384 del Código Penal.

Se considera:

El Procurador Delegado en lo Penal, refiriéndose a los puntos de vista que en relación con el asunto debatido se consignan en la sentencia sujeta al recurso, dice:

"Desde el 23 de febrero de 1942 (casación de *José Salgado Franco*, por homicidio), la Procuradu-

ría planteó la misma tesis que consigna el Tribunal. Porque, en realidad, desde un punto de vista doctrinario y como principio general, la excusa de provocación y la riña imprevista son partes integrantes de una sola realidad anímica: las ofensas del provocador suscitan en el agente la ira y es por virtud de ellas como se empeña en el combate constitutivo de la riña. Entre lo uno y lo otro hay una relación de causa a efecto, un mismo proceso ejecutivo y sustancial que forma una unidad indivisible: la riña.

“Sin embargo, el tema ha presentado dificultades y discusiones en la propia H. Corte, la cual, en un principio, se pronunció de modo un tanto antagónico, como puede verse en las casaciones de Jesús Salgado Franco, Ana Ninfa Quintanilla y Alejandro Betancourt Vinasco (GACETAS números 1889, página 191, y 2010 a 2014, páginas 619 y 678).

“Pero después la ilustrada entidad ha reafirmado el concepto de que no es admisible, generalmente, la concurrencia en una misma acción de las circunstancias que prevén los artículos 28 y 384 del Código Penal, porque “la ira es propia de quien riñe y un mismo estado espiritual no puede invocarse para obtener una doble atenuación de las secuelas de un solo acto”. (Sentencias de 25 de junio y 25 de agosto de 1948. (Casaciones de Rafael Losada y de Luis Eduardo Cuéllar. GACETA números 2062-2063, páginas 523 y 548).

“Con todo el punto de vista cambia de aspecto cuando la pluralidad de las circunstancias modificadoras predicables de un mismo hecho punible, es reconocida por el Jurado. Pues, en tal hipótesis, si el veredicto no se declara contraevidente, los juzgadores de derecho tienen que fallar de conformidad con las contestaciones del tribunal popular, como lo manda el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal. Y así es, ya que el veredicto está constituido por los hechos a que se refiere el cuestionario y por las afirmaciones o negaciones que haga el Jurado sobre ellos. Pregunta y respuesta forman un todo indivisible, y en consecuencia, no le es dado al intérprete admitir una parte de la respuesta y desechar la otra, porque tal procedimiento equivaldría a que el juzgador asumiera en la sentencia una dualidad de funciones que la ley no le ha otorgado en la justicia ordinaria: la de Juez de conciencia y la de Juez de derecho, o al menos la de dictar la providencia en armonía con un criterio netamente jurídico.

“Por esta potísima razón, la misma H. Corte hizo la siguiente salvedad sobre la acumulación de

circunstancias modificadoras, cuando el Jurado las afirma:

“Habrá ocasiones en que *haya que aceptar esa concurrencia*, pero no porque corresponda a un exacto cuadro de derecho, sino porque así quedó expuesta en un veredicto, o cuando se cambian fundamentalmente los hechos que venían desarrollándose”. (GACETAS números 2062-2063, página 526)”. Lo subrayado es de la Procuraduría).

“Y todavía fue más explícita la Corte sobre el particular, en la casación de Alejandro Betancourt Vinasco, en que admitió la simultaneidad de la riña imprevista y el estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación. Entonces sentó esta admirable doctrina:

“El veredicto se acoge en su integridad o se rechaza. De otra manera se mixtificaría la determinación del Jurado y se desnaturalizaría el juicio popular. La ley no autoriza a los Jueces de derecho para calificar de justas unas respuestas y de impertinentes otras, cuando hagan parte de un mismo cuestionario. Interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del Tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo”. (GACETA número 2010 a 2014, página 680).

“Y en la misma sentencia, hizo ver la H. Corte que sí era posible computar prácticamente las reducciones que señalan los artículos 28 y 384 del Código Penal, sin dejar impune el delito.

Agrega que es de mucha importancia destacar que la voluntad del Jurado fue la de admitir a un tiempo las dos modalidades especiales que aparecen en el veredicto, pues así lo pidió ahincadamente el defensor en el curso de la audiencia en oposición a las alegaciones del Ministerio Público, que solicitó que se reconociera solamente la circunstancia de la ira e intenso dolor provocado por las injustas agresiones tanto de palabra como de hecho por parte de la víctima; y por consiguiente habiendo declarado los Jueces de conciencia que Beltrán mató a Rodríguez en riña imprevista y en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, y admitido por los mismos juzgadores de derecho que esa respuesta no peca contra la evidencia procesal, había que dictar el fallo definitivo en consonancia con el veredicto, y como así no se hizo, las causales tercera y primera de casación se hallan plenamente demostradas.

La Corte acoge en su integridad las razones de orden legal y jurídico consignadas en la vista del señor Procurador Delegado en lo Penal.

Como tesis de carácter general y desde un plano estrictamente doctrinario, no se puede desconocer que la ira y el intenso dolor por grave e injusta provocación y la riña imprevista, son dos modalidades integrantes de una misma realidad psíquica, porque en el proceso ejecutivo cuando ambas concurren en un solo hecho, hay entre ellas una relación de causa a efecto, formando como dice la Procuraduría una unidad indivisible: la riña. Con este fundamento estrictamente jurídico, serían inobjetable las razones que tuvo el Tribunal para desecharse en el fallo recurrido la modalidad atenuativa de la riña imprevista.

Como lo anota el Procurador Delegado en lo Penal, la Sala en un comienzo rechazó la concurrencia en una sola acción de las dos circunstancias modificadoras de que se viene hablando, y en otros casos admitió conjuntamente ambas circunstancias, afirmando que cuando esas modalidades respecto a un mismo hecho, fueran reconocidas por el Jurado, había que aceptar su concurrencia, no desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino porque así se había aceptado en un veredicto. Sentó, pues, la doctrina consistente en aceptar la concurrencia de ambas circunstancias atenuativas respecto de un mismo hecho, cuando así lo declara el tribunal de conciencia, porque los Jueces de derecho no están autorizados por la ley para aceptar como justas unas respuestas del Jurado y rechazar como injustas y contrarias a derecho otras, cuando ambas hacen parte de la contestación a un mismo cuestionario.

Esta doctrina de la Corte debe mantenerse en firme para resolver el problema debatido en este negocio, porque a pesar de las críticas que puedan hacerse desde el campo puramente doctrinario, tiene su fundamento en la norma contenida en el artículo 480 de la ley procedimental penal, que ordena al Juez de derecho dictar la sentencia de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre que versa el debate. Si los juzgadores en derecho encuentran que las respuestas a los cuestionarios contrarían la evidencia procesal, la ley los autoriza para hacer esa declaración de contravención, pero si no lo hacen tienen que fallar forzosamente de acuerdo con las contestaciones que el tribunal de conciencia dé a los cuestionarios. Lo contrario sería reconocer a los juzgadores de instancia, en esa clase de procesos, una dualidad de funciones que la ley no autoriza: "la de Juez de conciencia y la de Juez de derecho, o al menos la de dictar la providencia en armonía con un crite-

rio netamente jurídico" y esto es contrario a la disposición procedimental en cita.

Si en los procesos en que interviene el Jurado los jueces de derecho estuvieran autorizados para calificar el veredicto del tribunal popular en conformidad con principios de derecho estricto, serían completamente inoperantes las causales que se estudian. Pero como ese criterio está en abierta pugna con expresas reglamentaciones de la ley procesal penal, no tiene cabida en casos como el presente.

Si se tratara de una sentencia proferida por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en negocios de que conocen exclusivamente en derecho los jueces de primera instancia, el problema sería distinto, porque entonces esos juzgadores sí podrían precisar la situación jurídica del procesado en lo relativo a las modalidades atenuantes del hecho, de acuerdo con un exacto cuadro de derecho. En esos casos, no habría veredicto que respetar, ni jugaría papel alguno la norma contenida en el mencionado artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.

Por consiguiente, con el criterio adoptado por la Corte, si pueden concurrir y tener efectividad varias atenuaciones especiales de la sanción, en aquellos casos en que sean separables y se puedan diferenciar teniendo en cuenta las peculiaridades propias de cada una y además, hayan sido afirmadas por el Jurado en el veredicto con los elementos que señala el estatuto represivo.

El argumento de que la tesis de la Corte conduce a la impunidad, porque las atenuaciones de las dos circunstancias superan o son iguales a la pena imponible, está edificado sobre una operación aritmética que no es la que corresponde hacer en casos como el presente.

Hay que tomar la sanción imponible con prescindencia de las modalidades atenuativas y luego fijar la que corresponde imponer en la sentencia, en presencia de las circunstancias que según el veredicto hayan concurrido a la perpetración del hecho, no sumando las dos terceras partes y la mitad de la pena imponible y luego descontar la de ésta, como se hace en el fallo recurrido, sino determinar la sanción, primero con la concurrencia de una de esas modalidades y de la pena que quede al hacer esta operación, que sería la que habría que imponer en la sentencia a no mediar la otra circunstancia, hacer el descuento de lo que a ésta corresponda.

Adoptar un procedimiento distinto, sería el desconocimiento del veredicto del Jurado que implica la afirmación de la responsabilidad del acusado en el hecho cometido, si bien atenuada, y por consiguiente, la imposición de una pena.

Así lo practicó la Sala, en la casación de Alejandro Betancourt Vinasco, ya citada en este fallo, donde se resolvió un problema exactamente igual al que se contempla en este proceso, en la forma antes indicada, pues allí también el Jurado contestó afirmativamente la responsabilidad de ese procesado en la comisión de un delito de homicidio común, con la concurrencia de las modalidades de la excusa de provocación y de la riña imprevista y en esa ocasión, hizo las siguientes operaciones:

“Pena mínima, ocho años; aplicada la mitad: cuatro; aplicada la tercera parte de cuatro años: un año más cuatro meses. O al revés, es decir, principiando a liquidar con el artículo 28 y dejando para el último lugar el 384. Se tendría: ocho años (artículo 362); tercera parte de ocho años (artículo 28), dos años ocho meses; mitad de dos años ocho meses (artículo 384), un año más cuatro meses”.

En consecuencia: como en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que es objeto del recurso, no se tuvo en cuenta al determinar la sanción imponible al procesado, la circunstancia modificadora de la riña imprevista que los Jueces de conciencia afirmaron que había concurrido a la comisión del delito, es casable dicha sentencia con base en las causales primera y tercera de casación.

Por lo tanto, debiendo prosperar las causales antes indicadas, debe la Sala dictar el fallo que deba reemplazar al que motiva el recurso.

La norma penal aplicable en el presente caso, es la del artículo 362 del estatuto represivo. Al acusado debe aplicársele el mínimo de la sanción señalada por este artículo, porque así lo determinó el Tribunal y esta apreciación, no ha sido acusada ante la Corte. La pena mínima establecida por di-

cha disposición, es la de ocho años de presidio; esta pena queda reducida a dos años y ocho meses, al aplicar el artículo 28 en lo relativo a la ira o el intenso dolor por grave e injusta provocación, afirmada por el Jurado; los dos años y ocho meses, se reducen a la mitad, con aplicación del artículo 384 por concepto de la riña imprevista, que también afirmaron los Jueces de hecho, es decir, que la pena que debe imponerse al procesado es la de diez y seis meses de presidio.

Las penas accesorias, son las mismas que se imponen en el fallo recurrido, pero la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, debe ser por un lapso igual al de la pena principal.

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 Bogotá, de fecha once de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, en el sentido de condenar a Julio Alberto Beltrán como responsable del delito de homicidio de que trata este proceso, a la pena principal de diez y seis meses de presidio y no a la de dos años y ocho meses de la misma pena, que se le impone en dicho fallo. Las penas accesorias, son las mismas aplicadas en la sentencia materia de la casación, a excepción de la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, que es por un tiempo igual al de la pena principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ESTAFA. — CUAL ES EL ERROR QUE SE REQUIERE PARA QUE PUEDA CONSIDERARSE QUE EXISTE DELITO DE ESTAFA Y CUAL EL ENGAÑO QUE ES ELEMENTO DEL MISMO DELITO

1. Como lo ha dicho la Corte, "para que haya estafa no basta cualquier clase de error, sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víctima, de tal suerte que sin él, ella no hubiera entregado la cosa. El error se confunde en este caso con el móvil determinante de la voluntad, con el factor animador y propulsor del acto jurídico. De no haber mediado el error, el despojo de la víctima no se hubiera producido. Si la entrega la hizo por simple torpeza, la estafa desaparece" (G. J., T. LXV, pág. 82).

2.—Jurídicamente no existe diferencia entre el dolo civil y el dolo penal; todo engaño es de la misma esencia y se confunde con el dolo penal, pues no se concibe un engaño que tenga capacidad para producir la nulidad de un contrato y la obligación de reparar los daños y perjuicios civiles consiguientes, que no dé lugar al mismo tiempo a la acción penal por el delito de estafa.

Si el engaño ha sido la causa que ha hecho caer en error a una persona, causándole un perjuicio grande o pequeño, en beneficio del agente o de un tercero, existe el dolo criminal y consecuentemente el delito de estafa.

Es evidente que la tesis de que basta la simple mentira del estafador para que se cumpla uno de los presupuestos del delito, es también peligrosa y exagerada, pues si así fuera, la casi totalidad de las relaciones contractuales degeneraría en delitos de estafa, ya que en casi todas ellas media una especie de embuste y ponderación de parte de alguno de los contratantes. La tesis que se acomoda a nuestro derecho penal sustantivo, para determinar cuándo el artificio o engaño tiene capacidad para producir el dolo de la estafa, es la que precisa al Procurador Delegado en lo Penal, en el siguiente aparte:

"En tal virtud, en esta materia, es preciso acogerse a los principios de la doctrina moderna, más acorde con la defensa social y con la peligrosidad del delincuente, conforme a la cual el ARDID debe consistir en el

despliegue intencional de alguna actividad, de alguna manifestación externa, cuyo efecto sea el de hacer aparecer a los ojos de la víctima una situación falsa que le vicia el consentimiento y la determina a entregar voluntariamente la cosa. Ni simple mentira, ni artificio de complicada magnitud son entonces indispensables para configurar la estafa.

"Esto se deduce también de los precisos términos del artículo 408 de nuestro Código, al exigir como medios empleados por el estafador los 'artificios' o los 'engaños' como resortes creadores del error del lesionado. No otra cosa quiere decir la expresión legal 'inducir en error'. Por consiguiente, si el perjudicado simplemente creyó en las meras palabras mentirosas del timador, sólo debe quejarse de su ingenuidad, y no de estafa; pero si fue ENGAÑADO a pesar de su prudencia, por virtud de las actividades del agente, el hecho entra ya en los dominios del derecho penal".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero diez y seis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Luis^o Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Por sentencia de fecha doce de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, reformó el fallo del Juzgado Superior de la misma ciudad, en el sentido de reducir a diez y seis meses de prisión y a mil quinientos pesos (\$ 1.500.00) moneda corriente por concepto de los perjuicios causados por la infracción, las penas a que fue condenado por dicho Juzgado el procesado Alfonso Cabrera Collazos, como responsable del delito de estafa, de que se le procesa en estas diligencias.

Contra este fallo interpuso el recurso de casación el apoderado del procesado, doctor César Per-

domo Cabrera, quien debidamente facultado por su mandante, nombró al doctor Virgilio Beltrán C. como apoderado sustituto ante la Corte.

Hechos y actuación procesal

Consta de autos, que el día veinte de enero del año de mil novecientos cincuenta y uno, el doctor Max Duque Gómez, vecino de Neiva, entregó a Rafaél Ospina Buendía siete toretes de raza cebú para que se los vendiera en las ferias de dicha ciudad, que terminaban ese día. En las horas de la mañana se presentó un individuo que haciéndose pasar por Juan de Jesús Cabrera, administrador de los bienes de la rica hacendada doña Raquel Cabrera de García, ofreció compra por los toretes, a nombre de esta señora. Ospina cerró el negocio a razón de ochocientos pesos (\$ 800.00) por cabeza, es decir, en un total de cinco mil seiscientos pesos (\$ 5.600.00) y como en esos momentos llegara a la plaza de ferias el doctor Duque Gómez, dueño de los semovientes y fuera informado por Ospina Buendía de la negociación, sometió a un interrogatorio a Cabrera Collazos para enterarse de si en realidad era el administrador de doña Raquel y convencido de ello por las respuestas que le dió, acordaron definitivamente las bases del negocio, en las siguientes condiciones:

Precio de los siete toretes cinco mil seiscientos pesos (\$ 5.600.00), que debía pagar mediante una letra girada por la compradora señora Raquel Cabrera de García y a favor del doctor Max Duque Gómez, con treinta días de plazos, la cual sería descontada por el Banco de Bogotá, —Sucursal de Neiva—.

En cumplimiento de este acuerdo, el doctor Max Duque Gómez, Cabrera y Ospina Buendía se dirigieron al Banco y trataron con el Gerente lo relacionado con el descuento de la letra y una vez que éste se comprometió a descontarla, ordenó extenderla con cargo a doña Raquel Cabrera de García y se entregó a Cabrera, quien se comprometió a hacerla firmar de dicha señora y a entregarla a más tardar el lunes siguiente al doctor Duque Gómez, o sea el veintidos de enero. Extendido el instrumento en mención, el doctor Duque Gómez entregó los animales a Cabrera, quien vendió algunos de ellos ese mismo día y los otros en los días siguientes, a precios inferiores a su costo.

Y sucedió que Cabrera, no cumplió su obligación de entregar firmada la letra dentro del plazo estipulado y como el veintiocho de enero siguiente, el doctor Duque Gómez fuera informado por don Rafaél Ospina Buendía, que Cabrera ha-

bía vendido los semovientes a menosprecio a varias personas, puso el hecho en conocimiento de la Oficina del Detectivismo de Neiva y con la intervención del propio Cabrera, fueron recuperados los toretes objeto de la compraventa.

También aparece de las diligencias informativas, que en el Banco de Bogotá —Sucursal de Neiva—, el citado Cabrera se hizo pasar también como Administrador y representante de la señora Raquel Cabrera de García, y que la letra en mención, se quedó sin firmar, pues esta señora no había autorizado a nadie para llevar a cabo la compraventa aludida y ésta se había efectuado, sin su conocimiento y aprobación.

Más tarde se estableció que el presunto administrador de los bienes de doña Raquel, era de nombre Alfonso Cabrera Collazos, hermano de Juan de Jesús Cabrera Collazos, que sí tenía dicha calidad.

Finalmente, el día veinte de febrero de 1951, cuando ya estaba detenido Alfonso Cabrera Collazos y se cumplía el plazo para cancelar la letra de cambio, fueron consignados en el Banco de Bogotá —Sucursal de Neiva— en la cuenta corriente del doctor Max Duque Gómez, la suma de cinco mil seiscientos pesos (\$ 5.600.00) para hacer el pago del valor de los toretes.

El expediente se tramitó en el Juzgado Superior de Neiva, en conformidad con las normas de la ley 48 de 1936 y después de cumplidos a cabalidad los trámites correspondientes, se dictó la sentencia con fecha veintitres de junio del año pasado, condenando a Alfonso Cabrera Collazos como responsable del delito de estafa, a la penal principal de diez y ocho meses de prisión y a las penas accesorias correspondientes, y al pago de la suma de dos mil trescientos cuarenta pesos (\$ 2.340.00) moneda corriente por concepto de los perjuicios materiales causados por el delito. Esta sentencia fue apelada por el procesado y por su defensor y el Tribunal la reformó, en el sentido indicado al comienzo de esta providencia.

Causales de casación

Causales primera y segunda. Violación de la ley penal y mala interpretación o apreciación de los hechos.

El representante del procesado estudia en su libelo en forma detallada los elementos de prueba recogidos en el expediente y sostiene que, el cuerpo del delito de estafa no está demostrado, pues no hubo de parte del acusado artificio ni engaño en la celebración del contrato de compraventa, ni

error que determinara la realización de éste, ni perjuicio para el vendedor por consecuencia de las actuaciones de aquél. Sostiene que se celebró un contrato de compraventa a plazo y que el procesado, cumplió su obligación de pagar el precio dentro del término que se había convenido.

Dice además, que "el lucro indebido debe demostrarse una vez vencido el plazo, porque el precio está pendiente de una condición (sic). Luego, antes de vencerse el plazo, no puede hablarse en lógica de lucro indebido. La intención de Alfonso en este caso era servirse del plazo para pagar haciendo alguna utilidad... De modo que el lucro dependía del vencimiento del plazo y que, mientras ésto no sucediera no podía interpretarse en sentido contrario la intención de Cabrera, porque no hay hecho externo que la infirma y en cambio, obra el certificado del Banco de Bogotá —Sucursal de Neiva— en el que consta que Alfonso Cabrera pagó el ganado. De donde el artificio, el ardid, la suposición del nombre no acarrió lucro indebido".

A lo largo de su interesante alegato, el actor se esfuerza en acreditar que en los momentos de la celebración de la compraventa de los toretes, el procesado no se presentó a Ospina Buendía ni al doctor Max Duque Gómez con nombre supuesto, es decir, con el de Juan de Jesús Cabrera Collazos ni con una calidad fingida como la de Administrador de los bienes de doña Raquel Cabrera de García; que simplemente se identificó con su verdadero nombre de Alfonso Cabrera Collazos. También sostiene que en la entrevista con el Gerente del Banco de Bogotá —Sucursal de Neiva—, cuando el doctor Duque Gómez lo llevó a averiguar si la letra que iba a extender a éste por el precio del ganado, podía ser descontada, no dijo llamarse Juan de Jesús Cabrera ni que obraba en representación de doña Raquel Cabrera de García.

El demandante concluye sus argumentaciones, afirmando que su poderdante no cometió el delito de estafa ni tuvo la intención de cometerlo y por éso, en la sentencia recurrida se violaron los artículos 1, 11, y 408 del Código Penal y 203 y 272 del Código de Procedimiento Penal; que las dos causales invocadas tienen fundamento serio, pues respecto de la primera se aplicó indebidamente la ley penal, pues se declaró la comisión de una infracción y se tuvo como probado el cuerpo del delito para deducir responsabilidad a un inocente; y por la segunda, el juzgador erró en la interpretación de las pruebas, porque en el fallo de segunda instancia se atribuye a los hechos probados un valor que no tienen y se les negó el que

sí tienen, por no haberse tenido en cuenta las pruebas que favorecen al acusado y acreditan su inocencia.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario después de precisar los cargos fundamentales que hace el actor contra la sentencia sujeta al recurso y de enumerar los hechos materia del proceso, analiza la situación jurídica del procesado en presencia del delito de estafa que es materia del juzgamiento. Transcribe las opiniones de la Procuraduría cuando se discutió el delito de estafa en un contrato de compraventa con la modalidad del plazo, trae las definiciones de estafa que dan algunos expositores y puntualiza los elementos que configuran dicha infracción de acuerdo con el artículo 408 de nuestro Código Penal. A este respecto dice:

"El ardid y el error constituyen los puntos centrales de la estafa, porque propiamente son los que determinan la voluntad de la víctima a despojarse, confiadamente y en su propio perjuicio, del bien apetecido por el delincuente. Por éso, merece detenerse un poco en tales elementos.

"Ardid es el astuto despliegue de medios engañosos, dice Soler.

"Sobre este elemento se han elaborado las más variadas doctrinas, en su afán de precisar cuál es el engaño apto o eficaz para constituir la estafa. Entre estas doctrinas destácase, por su persistencia y su abolengo científico, la llamada *mise en scene*.

"Tuvo origen esta teoría en la famosa sentencia de la Corte de Casación de París proferida el 4 de abril de 1862. Conforme a esta doctrina, hay que distinguir entre artificio material y artificio verbal. Para estafar no basta este último, sino que debe ir acompañado de alguna cosa material, de una especie de aparato escénico. Las simples palabras mentirosas son insuficientes. Más claro: la *mise en scene* requiere un cúmulo de exterioridades que coadyuven a hacer eficaz la verosimilitud de la impostura. La *mise en scene* goza del apoyo de reputados penalistas, entre ellos, el maestro Carrara.

"Sin embargo, esta concepción extremista del ardid es peligrosa y se presta muchas veces a la impunidad, al dejar indefensas aquellas víctimas que caen en las redes de hábiles estafadores que no recurren a la máxima aparatosidad escénica, a la *magna calliditas* de los romanos, sino a medios más sencillos y finos que logran inducir en error al ofendido, a pesar de que éste despliegue cierta diligencia y cautela en el negocio.

"Asimismo, es peligrosa y exagerada la doctri-

na según la cual basta la simple mentira del estafador para que se cumpla uno de los presupuestos esenciales de la estafa; pues de esta suerte, la gran mayoría de las relaciones contractuales degenerarían en delito de estafa, porque, como antes se dijo, en casi todas ellas media una especie de embuste y ponderación de parte de los contratantes.

“En tal virtud, en esta materia, es preciso acogerse a los principios de la doctrina moderna, más acorde con la defensa social y con la peligrosidad del delincuente, conforme a la cual el **ardid** debe consistir en el despliegue intencional de alguna actividad, de alguna manifestación externa, cuyo efecto sea hacer aparecer a los ojos de la víctima una situación que le vicia el consentimiento y la determina a entregar voluntariamente la cosa. Ni simple mentira, ni artificio de complicada magnitud son entonces indispensables para configurar la estafa.

“Esto se deduce también de los precisos términos del artículo 408 de nuestro código, al exigir como medios empleados por el estafador los ‘artificios’ o los ‘engaños’ como resortes creadores del ‘error’ del lesionado. No otra cosa quiere decir la expresión legal ‘inducir en error’. Por consiguiente, si el perjudicado simplemente creyó en las meras palabras mentirosas del timador, sólo debe quejarse de su ingenuidad, y no de estafa; pero si fue engañado a pesar de su prudencia, por virtud de las actividades del agente, el hecho entra ya en los dominios del derecho penal.

“En resumen, el ardid propio de la estafa debe tener cierta entidad objetiva, cuyos efectos se miden de acuerdo con el grado de discernimiento de la víctima. Uno y otro sujetos del delito —activo y pasivo— deben, pues, valuarse especialmente en cada caso particular. Conjugando ambas consideraciones —dice Molinario— ‘tenemos que el ardid será idóneo si ha sido capaz de inducir a error a la víctima, pese a que ésta haya puesto el cuidado y la prudencia que acostumbra a poner en sus negocios’. El criterio para apreciar el ardid es, pues, muy relativo”.

Refiriéndose al error propio de la estafa, afirma el representante del Ministerio Público, que él debe ser el resultado de las maquinaciones fraudulentas puestas en juego por el delincuente y consistir en un juicio falso suscitado por el ardid y no en la creencia equivocada proveniente de la ignorancia del sujeto perjudicado. Que se trata de un error que vicia el consentimiento en los actos jurídicos, sin que pueda hacerse diferencia alguna entre dolo civil y dolo criminal, pues entre éstos en materia penal háy una completa

equivalencia; que no hay dolo civil ni dolo penal, que el dolo es uno lo mismo que el error y lo que existen son grados de dolo y grados de error, cantidad y no calidad; que para que haya estafa no basta cualquier clase de error, pues se necesita aquél que es capaz de determinar el consentimiento de la víctima y que sin él no hubiera entregado la cosa y de no haber mediado ese error, el despojo de la víctima no se hubiera producido, pero “si la entrega se hizo por simple torpeza, desaparece la estafa”.

Agrega el Procurador, que aplicando estos principios al caso de autos, se encuentra que el doctor Duque Gómez negoció el ganado con el supuesto Juan de Jesús Cabrera, en la creencia de que obraba por cuenta y riesgo de la señora Raquel Cabrera de García y ateniéndose a la promesa de que ésta firmaría la letra como garantía del precio de la compraventa, y ante sus ojos, el citado Cabrera era un mandatario de dicha señora y como en el mandato, el mandatario es un simple intermediario y es el mandante quien contrae la obligación respecto de terceros, una elemental prudencia impone que el sujeto que pretende contratar con un desconocido representante de otra persona, como lo era Cabrera para el doctor Max Duque Gómez, tome las necesarias precauciones para cerciorarse de que ese desconocido tiene la calidad que invoca y está realmente facultado para comprometer a su mandante”.

Dice también, que el solo carácter de administrador o mayordomo de la señora Raquel, aducido por el procesado, por sí mismo no le daba a éste “poder suficiente de su mandante” para comprometerla, porque los tales mayordomos, en algunos casos, tienen sus atribuciones limitadas a menesteres secundarios y a funciones subordinadas a las instrucciones y órdenes recibidas del propietario y en estos casos, no pueden ser considerados como apoderados o mandatarios de los dueños, sino como empleados para determinadas labores o trabajos que deben ejecutar en su nombre, pero sin facultad legal para representarlos o para celebrar negocios por su cuenta y riesgo, y se necesita, dadas las funciones de tales administradores, que tenga autorización del dueño para obrar por su cuenta y comprometerlo en los actos jurídicos que aquél ejecuta.

Refiriéndose al caso concreto contemplado en el proceso, manifiesta que como se desprende del testimonio del doctor Duque Gómez, éste se confió en las simples palabras de Cabrera para reputarlo como mandatario de doña Raquel y creer que podía celebrar la compraventa y entregarle el ganado, sin haber obtenido previamente la firma de

la letra que elaboraron en el Banco de Bogotá, lo cual fue una máxima imprevisión, porque Cabrera sólo prometió conseguir la dicha firma y la promesa es "algo que no puede cumplirse", tanto más, que como lo reconoce el doctor Duque Gómez, ignoraba las condiciones personales del procesado y no tenía idea que existiera en el planeta. Que además, Cabrera no desplegó ningún artificio ni maquinación externa para llevar al convencimiento del vendedor, su calidad de representante de dicha señora y se limitó a decir que "era Juan de Jesús Cabrera, administrador de la presunta compradora de los semovientes y que negociaba para ella", pero no presentó ningún comprobante a este respecto, que hubiera constituido el artificio que requiere la estafa".

De todo lo anterior, deduce el Procurador Delegado en lo Penal, que las embusteras afirmaciones del procesado al celebrar la compraventa, no son constitutivas del ardid propio de la estafa, porque sólo palabras y promesas fueron los medios de que se valió para alcanzar la entrega del ganado, y tales medios, son carentes de potencialidad para configurar el artificio y crear un error determinante en la víctima de la infracción y por éso considera, que no está demostrado el cuerpo del delito de estafa, por estar ausentes dos de sus elementos esenciales: el empleo de un ardid en sentido jurídico y la creación de un error determinante en el sujeto pasivo del delito. Concluye, afirmando que están probadas las causales primera y segunda de casación y la sentencia recurrida debe invalidarse, para que en su lugar se absuelva al procesado del delito de estafa a que se contrae el presente negocio.

Se considera:

Según las afirmaciones que el demandante consigna en el libelo, no está probada la imputación que se hace al procesado de que en el momento de la celebración del contrato de compraventa de los toretes, se hubiera presentado con el nombre de Juan de Jesús Cabrera; también se niega que hubiera asumido la falsa calidad de administrador de los bienes de doña Raquel Cabrera de García y hubiera celebrado ese negocio en representación de esta señora.

El punto de vista anterior, no lo compare el Procurador Delegado en lo Penal, quien para deducir las conclusiones de que se ha hablado, parte de la base de que el acusado sí se presentó como Juan de Jesús Cabrera y asumió la supuesta calidad de administrador de los bienes de aquella se-

ñora y negoció los semovientes en representación de la misma.

Tanto el demandante como el Ministerio Público, es án acordes en que en el caso presente, no se configura el delito de estafa, por ausencia de dos de los elementos integrantes de esta figura: el uso de artificios o engaños en sentido jurídico, y la ausencia de un error determinante en el sujeto pasivo del delito, que hubiera llevado a éste a entregar al procesado los animales de propiedad de aquél.

Para determinar la verdadera situación jurídica del procesado, en presencia de las razones aducidas en la demanda y ante las que expone el señor Procurador Delegado en lo Penal en su concepto, es procedente el estudio de los elementos probatorios recogidos en el expediente y la determinación de los elementos estructurales que integran la figura del delito de estafa, según nuestra legislación positiva.

Los móviles que determinaron al doctor Max Duque Gómez, a contratar en la forma que aparece de autos los toretes de su propiedad, aparecen puntualizados en la diligencia de careo con el procesado Alfonso Cabrera Collazos. Dice el doctor Duque Gómez:

"El sábado veinte de enero, último día de las ferias de esta ciudad, por la mañana, habiéndole dejado siete toretes cebúes a don Rafael Ospina para que los vendiera y después de haber dado una vuelta en la misma feria, el señor Ospina me dijo lo siguiente: 'Resultó pollo para el ganado'. ¿Quién es? El señor que está aquí presente. ¿Quién es usted, señor? Juan de Jesús Cabrera, administrador de los bienes de mi tía Raquel Cabrera de García de Yaguará. Ah! ¿con que usted es el administrador de doña Raquelita viuda de García, la millonaria de Yaguará? Sí señor. Para convencerme preguntéle: ¿Cuánto ganado tiene doña Raquel? Respondióme: Tres mil reses. Díjele: ¿Naceránle entonces unos mil toretes anuales? Respondióme: No doctor, unos, seiscientos. Preguntéle: ¿Cuántas lecherías ordeñan? Respondióme: Seis, doctor. Preguntéle: ¿Cuánto le produce cada lechería? Respondióme: Seiscientos pesos más o menos. Ah!, díjele entonces ustedes sacan más leche que en Matamundo. Preguntéle ¿Cómo es el negocio? Respondióme: Que le he comprado a don Rafael Ospina los siete toretes cebúes a ochocientos pesos cada uno, para mi tía Raquel. Preguntéle: ¿Al contado? Respondióme: No doctor, porque mi tía no tiene dinero ahora. Díjele, entonces no hay negocio porque yo necesito ese dinero ahora mismo. Díjome: doctor, podemos dar-

le una letra con un mes de plazo. Acepto si la letra es descontable automáticamente en el Banco de Bogotá. Sí, díjome Juan de Jesús Cabrera. Entonces díjeme: ¿Vamos al Banco? Contestóme: Sí doctor. Fuimos al Banco y al presentarle al señor Juan de Jesús Cabrera al Gerente del Banco de Bogotá don Gonzalo Flórez, don Juan de Jesús díjole: Juan de Jesús Cabrera mucho gusto, administrador de los bienes de la señora Raquel Cabrera viuda de García. Díjeme yo al Gerente: Hele vendido a la señora Raquel viuda de García siete toretes reproductores para sus ganaderías, por conducto de su administrador don Juan de Jesús Cabrera, por la suma de cinco mil seiscientos pesos (\$ 5.600.00). Don Juan de Jesús me dá una letra firmada por doña Raquel que quiero saber si usted me la descuenta inmediatamente. Contestóme don Gonzalo: Sí doctor estando de por medio la firma suya y la de doña Raquel se la descuento automáticamente. Llamó don Gonzalo a don Ernesto González, secretario del Banco, para que escribiera la letra, lo que hizo también a mi ruego el señor González quien me entregó la letra, yo se la entregué a don Juan de Jesús para que la hiciera firmar de doña Raquel, le señalé el sitio en que debía firmar doña Raquel y le dije a don Juan de Jesús: "Esta letra me la trae mañana firmada por doña Raquel". La letra no volvió, pasaron ocho días, don Juan de Jesús no llevó el ganado a Yaguará, ni éste fue a las dehesas de doña Raquel sino que, a notorio menos precio, lo vendió en los días siguientes a las ferias en Palermo y en Teruel".

En esta misma diligencia, el doctor Duque Gómez al responder a algunas preguntas que le formuló el procesado, dijo:

"Póngase, señor Juez, a pensar si un hombre de mi experiencia y de mi edad pudiera haberle entregado a un señor Cabrera indeterminado mis valiosos toretes cebúes, y mucho menos sin que ese señor Cabrera hubiese tenido el carácter de administrador de la millonaria de Yaguará, para quien fue mi voluntad venderle los terneros... Yo no le he vendido ganado de ninguna clase al señor Alfonso Cabrera, ni negocié con el señor Alfonso Cabrera, mi voluntad expresa fue la de venderle los siete toretes cebúes, reproductores, a la señora Raquel Cabrera viuda de García por conducto de su administrador Juan de Jesús Cabrera, para Yaguará. La parte más saliente de la afirmación del señor Cabrera, que yo lo conocía, no es cierto, ni siquiera tenía idea que existiera sobre el planeta... Aclaro que le vendí mi ganado a la señora Raquel Cabrera, por conducto

de su supuesto mayordomo Juan de Jesús Cabrera".

Las afirmaciones del doctor Duque Gómez, las rechaza el procesado en su indagatoria y en todas las diligencias practicadas con su intervención. Afirma que compró el último día de las ferias en Neiva, siete toretes al señor Rafaél Ospina y al doctor Duque Gómez, a razón de ochocientos pesos cada uno, en un total de cinco mil seiscientos pesos (\$ 5.600.00), con treinta días de plazo, dando él "una letra si podía, firmada por Raquel Cabrera v. de García, vecina de Yaguará" y acordaron que llevaría la letra firmada o para firmar en Yaguará, en el curso de la semana siguiente al veinte de enero; que la señora Raquel se abstuvo de firmar la letra y estaba de viaje para donde el doctor Duque a tratarle el asunto de la letra y lo cogieron el Alcalde de Palermo y un detective de apellido Quintero, diciéndole que lo detenían por el negocio y lo condujeron al Cuartel de Policía y al día siguiente lo sacaron y le preguntaron donde estaba el ganado y él les informó que estaba en Teruel, vendido a Octavio Tovar y a Rafael Rojas y otros toretes en Palermo, vendidos a Víctor y Enrique Polanía. También dice que la señora Raquel no quiso aceptar la letra y por eso no la firmó, pues la propuso como fiadora en la seguridad de que lo fiaba, pues es su tía y un hermano suyo, Juan de Jesús Cabrera, es administrador de los bienes de aquélla; que no es cierto que hubiera inventado ningún nombre, que los vendedores lo llamaban Cabrera y en la relación de las transacciones y en el certificado del Presidente de la Junta de Ferias, figura vendido el ganado a Alfonso Cabrera y está anotada su cédula, la clase de ganado y para dónde iba.

Se preguntó al procesado, si reconocía como suya la firma que aparecía al pie de una carta dirigida al doctor Duque Gómez y a don Rafaél Ospina y contesta, que esa es su firma, pero que la puso porque el médico Duque Gómez y Ospina le dijeron, que si firmaba esa carta, que el médico escribió, éste venía a la Seguridad y lo sacaba libre y no tenía nada más que ver con el procesado, y acosado por ellos la firmó (folios 2 v. y 3 cuaderno 1º).

La carta aludida antes, es del tenor siguiente:

"...Quiero manifestar a ustedes que me he visto envuelto en una acción muy penosa para mí por ofuscación de mi juventud (sic), al engañarlos a ustedes al presentarme con el nombre de mi hermano Juan de Jesús Cabrera y como administrador de los bienes de la señora Raquel Cabrera de García, tía mía, en el negocio que hice con us-

tedes de los cebúes reproductores de propiedad de ustedes el día sábado 20 del presente en esta ciudad, conducta por la cual pido a ustedes perdón y ofresco (sic) la devolución inmediata de todos los reproductores..." (folio 4 C. 1°).

El señor Rafaél Ospina Buendía, a quien se refiere el doctor Duque Gómez, como la persona que inicialmente intervino en el negocio de los toretes en mención, respalda totalmente las afirmaciones del nombrado doctor Duque Gómez en cuanto a la forma y condiciones del contrato. Refiere que se le presentó al Sr. Juan de Jesús Cabrera, en compañía de Octavio Tovar y de un cuñado de éste y observáron detenidamente los animales y Juan de Jesús le propuso compra por todo el lote de los siete toretes; que le pidió a mil pesos por cabeza y le ofreció a setecientos y más tarde, convinieron el precio de ochocientos por cada torete, quedando la culminación del negocio sujeta a la aceptación del doctor Duque Gómez y después se desarrolló y perfeccionó dicho contrato en la forma relatada por éste. También relata el declarante Ospina Buendía, que el domingo veintiocho de enero emprendió viaje de Yaguará hacia Neiva, haciendo escala en el Hobo y en esta población se encontró con el señor Miguel Angel Falla, Inspector de la Caja Agraria de Yaguará, quien reservadamente le preguntó que a quién habían vendido los toretes y al contestarle que a Juan de Jesús Cabrera, administrador de doña Raquel, le dijo que posiblemente habían sido víctimas de un engaño, porque los toretes estaban vendiéndolos entre Palermo y Teruel, Alfonso Cabrera, hermano de Juan de Jesús Cabrera, con quien se parecía mucho y al tener esta información aceleró el viaje a Neiva e inmediatamente llamó al doctor Duque Gómez telefónicamente y le dió la información que había recibido y éste le dijo que Juan de Jesús no había traído la letra y procedieron a la captura de Alfonso Cabrera y a la búsqueda de los semovientes. El declarante manifiesta que fue entonces cuando se dió cuenta de que al celebrar el negocio, había confundido a Alfonso Cabrera con Juan de Jesús Cabrera, quien le había sido presentado hacía algún tiempo en unas ferias como administrador de los bienes de doña Raquel Cabrera de García y que responsabiliza también de ese engaño a Octavio Tovar, quien estaba presente a las conversaciones del negocio y no identificó al comprador con su verdadero nombre y posteriormente, le compró uno de los toretes por quinientos cincuenta pesos (folios 11 y 12 C. 1°).

Los dichos del doctor Max Duque Gómez, en

cuanto a lo sucedido en el Banco de Bogotá —Sucursal de Neiva—, están respaldados por las declaraciones de los señores Gonzalo Flórez, Gerente del Banco de Bogotá —Sucursal de Neiva—, y Ernesto González, secretario del mismo Banco (folios 13, 76 y 77 cuaderno 1°) y por la diligencia de careo entre el procesado y el declarante Flórez (folios 43 y siguientes cuaderno 2°).

Dice el señor Flórez en las diligencias antes mencionadas, que el día veinte de enero de mil novecientos cincuenta y uno, último día de las ferias en Neiva, se presentó en la Gerencia del Banco de Bogotá, Sucursal de Neiva, el doctor Max Duque Gómez con un señor que dijo llamarse Juan de Jesús Cabrera y le pidieron que les descontara una letra contra la señora Raquel Cabrera v. de García por el valor de unos toretes que le acababa de vender a su representante señor Juan de Jesús Cabrera; que aceptó la solicitud que hizo el doctor Duque Gómez y le dió la orden al secretario del Banco señor Ernesto González para que hiciera la letra a cargo de la señora Raquel Cabrera v. de García por la suma de cinco mil seiscientos pesos (\$ 5.600.00) y se la entregara al señor Cabrera para que tomara la firma de la señora viuda de García y la trajera para el descuento. Agrega que el señor Juan de Jesús Cabrera al presentarse con el doctor Duque Gómez, manifestó que él era el representante de la señora Raquel Cabrera v. de García y por éso, le entregaron la letra para que la hiciera firmar y es la misma que se le pone de presente.

El señor Ernesto González, en sus varias exposiciones, sostiene las mismas afirmaciones del Gerente señor Flórez; que el doctor Duque Gómez se presentó al Banco con un señor que dijo llamarse Juan de Jesús Cabrera y que era administrador de los bienes de la señora Raquel Cabrera v. de García, a gestionar con dicho Banco el descuento de una letra por la suma de cinco mil seiscientos pesos (\$ 5.600.00) que Cabrera le iba a entregar a Duque Gómez por el valor de unos toretes de raza cebú que éste le había vendido a la mencionada señora Cabrera v. de García por conducto de Juan de Jesús y como el Gerente le ordenara extender la letra, así lo hizo y es la misma que se le pone de presente, letra que el mencionado Cabrera debía traer al día siguiente firmada por esa señora. Agrega que, el día veinte de febrero es decir al cumplirse el mes del negocio de los toretes, se presentó al Banco de Bogotá, un señor a consignar en la cuenta de Max Duque Gómez la suma de cinco mil seiscientos pesos y al verlo creyó que habían puesto en libertad a Al-

fonso Cabrera, pero dicho señor al observar la cara de sorpresa del declarante, le dijo no se afane señor González, que yo sí soy el verdadero Juan de Jesús Cabrera y "no el que se presentó aquí con mi nombre a estafar al doctor Max Duque Gómez. Yo sí soy honrado, pero mire señor González: la declaración suya y la del Gerente se van a tirar a mi hermano Alfonso. ¿Qué dice, don Ernesto, consignando yo la plata de los terneros soltarán a mi hermano?" y el declarante le contestó que no era abogado; "creo que ustedes están tando mal ésto porque su hermano estafó al doctor Duque Gómez y no veo cómo pueden escapar de la justicia y Juan de Jesús, manifestó: Me provoca regalarle estos \$ 5.600.00 a mi hermano aunque sea para que siga estafando...".

También el señor José Antonio Tovar (folio 23 cuaderno 2º), declara que el veinte de enero por la tarde, último día de ferias en la ciudad de Neiva, se le acercó un joven a solicitarle que le sirviera de testigo en la Oficina de Ferias en la compra de un ganado al doctor Duque Gómez y como el declarante había presenciado la negociación, no tuvo inconveniente en acompañarlo para testimoniar, pues estuvo presente cuando el doctor Duque Gómez le vendió a ese señor que dijo llamarse Juan de Jesús Cabrera, siete toretes de raza cebú a razón de ochocientos pesos cada uno, para una señora muy rica de Yaguará, cuyo nombre le parece que era el de doña Raquel, de quien Cabrera se decía administrador de sus bienes.

Las pruebas antes trascritas y relacionadas, dejan claramente establecido que las afirmaciones del doctor Max Duque Gómez de que contrató la venta de los toretes con un individuo que dijo llamarse Juan de Jesús Cabrera y que los negociaba para la señora Raquel Cabrera v. de García, de quien era su administrador, así como también que el mismo individuo se presentó con ese mismo nombre y con esa misma calidad en el Banco de Bogotá —Sucursal de Neiva— e hizo expedir la letra de cambio para que fuera descontada posteriormente, a nombre de la mencionada señora Raquel Cabrera v. de García, se conforman con la realidad procesal. Por lo tanto, la falsa identidad del procesado en el momento de la celebración del contrato de compraventa de los toretes y en la gestión posterior de expedición y descuento del documento de crédito por valor de ese contrato, son hechos plenamente demostrados.

Los dichos del procesado aparecen desvirtuados con esos mismos elementos de prueba. La carta suscrita por él mismo, dirigida al doctor Duque Gómez y a don Rafaél Ospina, cuya parte perti-

nente se ha transcrito, es el reconocimiento de la conducta dolosa con que actuó en la celebración del contrato en referencia. Alfonso Cabrera dice que esa carta la suscribió coaccionado por el doctor Duque Gómez, pero quienes estuvieron presentes a la firma de ese documento sostienen que no hubo amenaza ni coacción y Cabrera la aceptó en todo su contenido y la firmó libremente, previa la advertencia que Duque Gómez le hizo de que era libre de firmarla o no. (Declaraciones de Sixta Tulia Gutiérrez y Julio A. Camacho, folios 24 y 31 cuaderno 2º).

Se afirma en la demanda, que el procesado no se presentó a Ospina Buendía ni al doctor Duque Gómez, con el nombre de Juan de Jesús Cabrera y en la calidad de administrador de los bienes de doña Raquel Cabrera v. de García, perfeccionando el contrato de compraventa de los toretes en nombre de ésta, sino con su propio nombre de Alfonso Cabrera Collazos. Esta afirmación carece de comprobación en los autos y las pruebas examinadas, dejan sin apoyo esa afirmación del apoderado del acusado. El señor Ospina Buendía, según se ha visto o se deduce del relato que hace sobre la manera como los hechos se consumaron, incurrió en una equivocación al identificar a Alfonso Cabrera como a Juan de Jesús Cabrera, administrador de los bienes de doña Raquel Cabrera v. de García, pero esta circunstancia no cambia la situación de aquél, toda vez, que habiéndose dado cuenta de esa equivocación al iniciarse el negocio, no hizo rectificación alguna, sino que por el contrario, se aprovechó concientemente de ella, como medio de inducir en error no sólo a Ospina sino al doctor Duque Gómez, para asegurar la celebración del contrato y el que éste se hiciera a crédito, mediante una letra que debía suscribir la precitada señora Cabrera de García y ser descontada después por el Banco de Bogotá —Sucursal de Neiva—.

No existen en el proceso pruebas que establezcan que Alfonso Cabrera, hubiera procedido en forma correcta en la celebración del contrato en referencia. El único que trata de favorecerlo es Octavio Tovar, pero los dichos de este individuo son sospechosos, no sólo porque se dió cuenta del error en que había incurrido Ospina Buendía acerca del verdadero nombre de aquél y no rectificó esa equivocación, sino porque posteriormente, la misma tarde de los sucesos, le compró al sindicado uno de los toretes adquiridos en esa forma, en quinientos cincuenta pesos, es decir, en doscientos cincuenta pesos menos, de su precio de costo.

La falsa calidad de administrador de los bienes de doña Raquel Cabrera v. de García y la representación de ésta, que adoptó el procesado para llevar al doctor Duque Gómez a celebrar la compraventa de los toretes en las condiciones expresadas, entraña una verdadera simulación personal de parte de dicho sujeto, porque ni tenía aquella calidad ni estaba autorizado para negociar a nombre de aquella señora, simulación que por otra parte, tuvo todas las apariencias de corresponder a la realidad, porque el procesado dió a la víctima, al ser preguntado por ésta, una relación detallada de los negocios y capacidad económica de su representada, que le dieron la seguridad de que evidentemente estaba contratando con el administrador de doña Raquel y el negocio era como si lo celebrara con dicha señora.

Por lo demás, todas las explicaciones del procesado en su indagatoria, son inaceptables, así sea en lo que se relaciona con la expedición de la letra, en cuanto al plazo para ser firmada por doña Raquel, en lo que mira a la circunstancia de que ésta no quiso firmarla, etc. . . . Porque es un hecho establecido, que el procesado se comprometió a entregar firmada la letra al doctor Duque Gómez al día siguiente de la celebración del negocio o a más tardar el lunes siguiente; que Cabrera dió a dicho doctor, la seguridad de que contrataba para doña Raquel y por lo tanto que ésta firmaba la letra en referencia. Doña Raquel afirma en exposición que obra en los autos, que Alfonso Cabrera no le presentó ninguna letra de cambio para ser firmada por ella, ni lo autorizó para celebrar negocios en su nombre ni menos el negocio de los toretes con el doctor Duque Gómez, ni le ofreció servirle de fiador. De suerte que, todos esos descargos carecen de respaldo probatorio y no tienen valor de ninguna especie, como no sea el de poner de presente y dar la seguridad, de que obró artificiosamente en el engaño de que hizo víctima al vendedor de los semovientes en cuestión.

De todo lo anterior se deduce que es un hecho probado en los autos, que al celebrar el contrato de compraventa de los toretes de que habla el proceso, Alfonso Cabrera se presentó ante el vendedor doctor Duque Gómez diciendo llamarse Juan de Jesús Cabrera, administrador de los bienes de doña Raquel Cabrera v. de García, negociando a nombre de ésta los semovientes con un plazo de treinta días, garantizando el valor de ellos por medio de una letra de cambio suscrita por dicha señora, que se comprometió a entregarla ya firmada, al día siguiente de la fecha del negocio

o a más tardar dentro de los dos días siguientes, para que fuera descontada por el Banco de Bogotá. Por consiguiente, los cargos que por este aspecto se hacen contra la sentencia recurrida, no tiene asidero en el proceso.

En lo que se relaciona con los elementos estructurales de la estafa, nuestro Código Penal en su artículo 408, dice que comete este delito:

“El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro. . .”.

Por lo tanto, los elementos centrales de la infracción se pueden reducir a los siguientes: a) Empleo de artificios o engaños que tenga poder suficiente para inducir a una persona en error; b) Lesión de un bien patrimonial; y c) Obtención de un provecho ilícito en favor del agente del ilícito.

Acerca de estos elementos del delito, ha dicho la Corte:

“El engaño consiste en inducir a una persona a creer o tener por verdadero, lo que no es cierto, valiéndose de palabras o hechos fingidos, configurando en esta forma una mentira con la idea de una aparente realidad, debe ser de tal naturaleza que sea capaz de inducir en error a la víctima del delito; es decir, que la voluntad y el consentimiento del inducido no ofrezca duda alguna de que se halla frente a la posibilidad de realizar un acto del cual pueda reportar algún beneficio, bien sea éste de orden material, intelectual o moral.

“El error —dice la Procuraduría— es la representación falsa o equivocada sobre algo. Y si tratándose de la estafa, el error debe ser el resultado de las maquinaciones fraudulentas esgrimidas por el delincuente. El error debe, por lo tanto, consistir aquí en un juicio falso suscitado por el ardid, y no en la sola creencia equivocada que provenga de la pura ignorancia del sujeto perjudicado.

“El error propio de la estafa es cabalmente el error determinante que vicia el consentimiento en los actos jurídicos. No hay en ésto una diferencia radical en el campo civil y en el campo penal, sino la más completa equivalencia. Igual cosa sucede con el fenómeno del dolo: no hay dolo civil ni dolo penal; simplemente el dolo es uno, lo mismo que el error. Lo que existe son grados de dolo y grados de error, cantidad y no cualidad.

“Así, pues, para que haya estafa no basta cualquier clase de error, sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víctima, de tal suerte que sin él, ella no hubiera entregado la cosa. El error se confunde en este caso con el móvil determinante de la voluntad, con el factor anima-

dor y propulsor del acto jurídico. De no haber mediado el error, el despojo de la víctima no se hubiera producido. Si la entrega la hizo por simple torpeza, la estafa desaparece.

“La lesión de un bien patrimonial, producida por el error y como consecuencia del empleo de engaños y artificios es la violación de la norma penal que tutela el derecho de propiedad de los asociados, bien sea éste material o moral, porque este delito no sólo puede recaer sobre cosas aprehensibles sino también sobre derechos de propiedad intelectual, y lo que la ley protege al sancionar este delito, es el derecho de propiedad.

“Por último, la obtención de un provecho ilícito, vincula directamente con el móvil o fin que tuvo el agente del delito al recibir el bien perseguido por la creación de una situación falsa debido a medios habilidosos que indujeron en error a la víctima para verificar voluntariamente la entrega de la cosa. Es claro que entre la entrega del bien —fin perseguido— y el empleo de medios engañosos o artificios fraudulentos, debe existir una relación de causalidad; es decir, que estas dos situaciones no pueden subsistir independientemente la una de la otra, sino la segunda como consecuencia necesaria de la primera, porque rota la relación de causalidad, el delito no sería de estafa sino que podría configurar otra cualquiera infracción...” (Casación de Rubén Orozco, de 27 de febrero de 1948. G. J. Tomo LXV, números 2066-67, pág. 82).

Esta es la interpretación que la Corte ha dado al mencionado artículo 408 del Código Penal, en cuanto a los elementos que integran la figura jurídica del delito de estafa.

Como lo anota el señor Procurador Delegado en lo Penal en su concepto transcrito y relacionado en esta providencia, entre los penalistas se ha planteado la cuestión consistente en saber qué se entiende por artificios o engaños y se han elaborado las más diversas doctrinas. Para unos son todos los artificios, sin distinguir entre ellos; para otros, los que adoptan un criterio más severo en la interpretación de las normas penales, sólo debe entenderse por artificios o engaños, los que se caracterizan por lo que los latinos llamaban *dolo malo*, o sea el *dolo criminal*. Para los primeros, no existe diferencia entre el *dolo civil* y el *dolo criminal*, es decir, que sostienen la identidad fundamental del *dolo*; para los segundos, hay una diferencia fundamental y casi esencial entre un género de *dolo* y el otro, siendo el *dolo criminal* la substancia propia de los artificios o engaños. Podría citarse, un tercer grupo de expositores, que

se colocan en el término medio entre las otras dos escuelas, pues no niegan la existencia de un *dolo civil* distinto del *dolo criminal*, pero afirman que el límite de separación entre un *dolo* y el otro, no se puede establecer por medio de fórmulas, porque entre ellos sólo hay diferencias de grado.

Podrían citarse entre los que sostienen que no existe diferencia entre el *dolo civil* y el *dolo criminal* a Manzini, Klein, Impallomeni y muchos otros, y entre los partidarios de la diferencia entre las dos especies de *dolo* a Carrara, Crivellari, Ortolan y otros penalistas de gran notoriedad. Sin embargo, el problema carece de importancia en el caso presente, en donde tanto el demandante como el Ministerio Público, son partidarios de la tesis de la identidad fundamental del *dolo*, es decir, que dentro de la interpretación que debe darse a las normas que sancionan el delito de estafa, están conformes con la doctrina de la Corte, que sostiene que el *dolo* es uno lo mismo que el error y “lo que existe son grados de *dolo*, cantidad y no calidad”.

Como se ha dicho, varias son las doctrinas ideadas para determinar cuál es el engaño o artificio apto para constituir la estafa. Ocupa lugar preferente la llamada de la *mise en scene*, expuesta por Francisco Carrara y que parece haberse inspirado en una sentencia de los Tribunales franceses. Esta doctrina distingue entre el artificio material y el artificio verbal y para que sea medio determinante de la estafa exige se presente rodeado de circunstancias externas, de antecedentes o datos que contribuyan a darle eficacia, haciendo verosímil la impostura, en otros términos, el artificio debe estar documentado exteriormente.

Los partidarios de la doctrina de la *mise en scene*, distinguen tres categorías de engaño: una modalidad que escapa a toda sanción civil y penal, que tiene lugar cuando el vendedor de una cosa exagera sus cualidades y disimula sus defectos; otra categoría de engaño, que dá lugar a la nulidad del contrato, por vicio del consentimiento y produce la imposición de reparaciones de orden civil; y finalmente, un engaño más grave, más hondo y más historiado, que es el que produce el fraude propio de la estafa y exige medidas penales represivas.

Otros expositores, sostienen que el *dolo* propio de la estafa, radica en el grado o intensificación del engaño, es decir, que la estafa sólo tiene existencia cuando se pone en acción una magna y notoria impostura, pero cuando no tiene este carácter, el artificio sólo vicia el consentimiento, pro-

duciendo la nulidad del contrato y las reparaciones civiles correspondientes.

Finalmente, otro grupo de penalistas afirman, que la diferencia entre el dolo civil y el dolo criminal, radica en que el engaño propio de la estafa, recae sobre la existencia e identidad de las cosas y cuando se trata del dolo civil, se refiere a las cualidades accesorias de las mismas, de suerte que, hay dolo criminal cuando el engaño es grande y dolo civil cuando el engaño es pequeño.

Ninguna de las doctrinas enunciadas, es aceptable dentro de nuestra legislación. La llamada de la *mise en scene*, como lo sostiene la Procuraduría, es peligrosa, porque dá lugar a vacíos que conducen a la impunidad y se puede afirmar que muchas de las más grandes estafas se realizan sin la ayuda o el concurso exterior de las maniobras o artificios destinados a documentar el engaño; tampoco es admisible, la tesis de los que sostienen que el dolo propio de la estafa, radica en el grado o intensificación del engaño, porque tiene el defecto de dejar sin protección a las víctimas del delito que por su psicología poco desarrollada merecen una mayor defensa de la ley; finalmente, la teoría de que el dolo criminal propio de estafa, recae sobre la existencia e identidad de las cosas, no encaja dentro de las normas que rigen la sanción de dicho delito, porque se basa en la importancia material o económica de la lesión del derecho, para distinguir el dolo civil del dolo penal, pudiendo decirse que hay dolo penal y por consiguiente estafa, cuando el daño es grande y dolo civil, cuando el daño es pequeño.

Como lo ha sostenido en diversas ocasiones la Sala, jurídicamente no existe diferencia entre el dolo civil y el dolo penal; todo engaño es de la misma esencia y se confunde con el dolo penal, pues no se concibe un engaño que tenga capacidad para producir la nulidad de un contrato y la obligación de reparar los daños y perjuicios civiles consiguientes, que no dé lugar al mismo tiempo a la acción penal por el delito de estafa.

Si el engaño ha sido la causa que ha hecho caer en error a una persona, causándole un perjuicio grande o pequeño, en beneficio del agente o de un tercero, existe el dolo criminal y consecuentemente el delito de estafa.

Es evidente, como lo sostiene la Procuraduría, que la tesis de que basta la simple mentira del estafador para que se cumpla uno de los presupuestos del delito, es también peligrosa y exagerada, pues si así fuera la casi totalidad de las relaciones contractuales degenerarían en delitos de estafa, ya que "en casi todas ellas media una es-

pecie de embuste y ponderación de parte de alguno de los contratantes". La tesis que se acomoda a nuestro derecho penal sustantivo, para determinar cuándo el artificio o engaño, tiene capacidad para producir el dolo de la estafa, es la que precisa el Procurador Delegado en lo Penal, en el siguiente aparte:

"En tal virtud, en esta materia, es preciso acogerse a los principios de la doctrina moderna, más acorde con la defensa social y con la peligrosidad del delincuente, conforme a la cual el *ardid* debe consistir en el despliegue intencional de alguna actividad, de alguna manifestación externa, cuyo efecto sea el de hacer aparecer a los ojos de la víctima una situación falsa que le vicia el consentimiento y la determina a entregar voluntariamente la cosa. Ni simple mentira, ni artificio de complicada magnitud son entonces indispensables para configurar la estafa.

"Esto se deduce también de los precisos términos del artículo 408 de nuestro código, al exigir como medios empleados por el estafador los 'artificios' o los 'engaños' como resortes creadores del 'error' del lesionado. No otra cosa quiere decir la expresión legal 'inducir en error'. Por consiguiente, si el perjudicado simplemente creyó en las meras palabras mentirosas del timador, sólo debe quejarse de su ingenuidad, y no de estafa; pero si fue *engañado*, a pesar de su prudencia, por virtud de las actividades del agente, el hecho entra ya en los dominios del derecho penal".

Los conceptos que en su vista incluye el Procurador, acerca de lo que debe ser el *ardid* como medio para inducir a una persona en error, los comparte la Sala, pero no está conforme con el colaborador, en la aplicación que hace de esos principios jurídicos al caso *sub judice*.

Considera la Procuraduría, que ante el doctor Duque Gómez, Juan de Jesús Cabrera, era un mandatario de la señora Raquel Cabrera v. de García y en esta hipótesis, una elemental prudencia exigía de aquél tomar las precauciones para cerciorarse de que ese desconocido tenía la calidad que invocaba para comprometer a su mandante, pues el mero carácter de administrador o mayordomo que adujo el procesado, no le daba poder suficiente para comprometerlo en el negocio realizado, pues los tales mayordomos, en algunos casos, tienen sus atribuciones limitadas a menesteres secundarios y a funciones subordinadas a las instrucciones y órdenes del propietario y no pueden ser tenidos como mandatarios y apoderados de los dueños y se necesita, que las funciones asignadas al administrador, impliquen una

autorización para obrar por su cuenta y comprometerlo en los actos jurídicos que realice y sólo así puede ser mandatario el administrador. Pero como el doctor Duque Gómez, se confió en las simples palabras de Cabrera para reputarlo como mandatario de doña Raquel y celebrar la compraventa y entregarle el ganado sin haber obtenido la firma de la letra elaborada en el Banco de Bogotá, las afirmaciones del acusado no constituyen el ardid propio de la estafa, porque "palabras y sólo palabras y promesas fueron los medios de que se valió para alcanzar la entrega del ganado".

Lo primero que a esto se observa, es que el Procurador, exige para la configuración de la estafa en el presente caso, la documentación exterior del artificio o engaño como medio capaz de inducir en error al estafado, es decir, la aplicación de la doctrina de la *mise en scene*. Porque no otra cosa quiere decir, la exigencia de que el perjudicado con el hecho ha debido cerciorarse de si el timador tenía poderes suficientes para comprometer a su mandante, algo así como una autorización escrita que le diera el carácter de mandatario, según el alcance que a esta representación se le dá en la esfera del derecho civil.

En segundo lugar, no corresponde a la realidad procesal, la afirmación de que el doctor Duque Gómez se confió en las simples palabras mendaces de Alfonso Cabrera, para tenerlo como Juan de Jesús Cabrera, administrador de los bienes de doña Raquel Cabrera v. de García y con autorización para negociar en nombre de ésta. Es un hecho cierto, que el acusado se presentó con ese nombre y dijo tener dichas calidades, pero también está probado en los autos, que esas afirmaciones fueron corroboradas por don Rafaél Ospina Buendía, quien conocía de manera poco precisa al verdadero administrador de los bienes de doña Raquel y de buena fe confundió a éste con el timador y que además, el doctor Duque Gómez, sometió al falso Juan de Jesús, a un interrogatorio minucioso para cerciorarse de su identidad, pidiéndole informes sobre las ganaderías de su representada, sobre el producido de sus hatos, etc., y dicho sujeto dió respuesta satisfactoria a todas esas preguntas, circunstancia ésta que obró eficaz y definitivamente en el ánimo del vendedor de los animales para otorgarle crédito a sus dichos, acerca de su identidad y sobre las calidades que decía tener.

Sucedidos así los hechos, no puede sostenerse con toda propiedad, que el artificio empleado por Alfonso Cabrera para celebrar el mencionado ne-

gocio y hacerse entregar voluntariamente los semovientes objeto de la compraventa, consistió en simples palabras; todo lo contrario, ese artificio tuvo cierta objetividad y hubo cosas probatorias de sus falsas afirmaciones.

En estas condiciones, los elementos que integran el delito de estafa, enumerados y explicados ampliamente en la doctrina de la Corte, ya trascrita en esta providencia, se reúnen en el caso de este proceso. En efecto:

De acuerdo con esta doctrina, el engaño radica en llevar a una persona a creer o tener por verdadero lo que no es cierto, valiéndose de palabras o de hechos fingidos, capaces de inducir en error a la víctima y esto fue lo que ocurrió en el caso **sub iudice**. Porque el procesado, se valió de palabras, haciéndolas verosímiles, para que el doctor Duque Gómez, lo tuviera como Juan de Jesús Cabrera, administrador de los bienes de doña Raquel Cabrera v. de García y comisionado por ésta para comprar a plazo los toretes. En otros términos, lo indujo a aceptar como verdadero lo que era falso y dado lo que se ha dicho, los medios para obtener este resultado, tenían capacidad para llevar al error a la víctima del delito.

En lo que se relaciona con el error, según la misma doctrina, debe consistir en un juicio falso suscitado por el ardid y no por una creencia equivocada proveniente de la ignorancia del sujeto perjudicado. Este factor, en el caso que se estudia, se deduce claramente de las pruebas que suministra el proceso, las cuales señalan los medios de que se valió el acusado para crear en el vendedor, un juicio falso acerca de la identidad y personería que lo asistía para negociar en nombre de quien decía ser su mandante, conocido éste ampliamente por el vendedor como persona absolutamente solvente, todo lo cual indica, que a los hechos concurrió el error propio de la estafa, productor del vicio del consentimiento en el contrato de la compraventa realizada.

Y no fue un error de cualquier clase el que sufrió la víctima como resultado de las maniobras del agente del hecho, sino un error que tuvo plena eficiencia para obtener su consentimiento y llevarlo a la celebración del referido contrato, ya que sin este error, no se hubiera llevado a cabo y los semovientes no habrían sido entregados. Si el acusado se presenta a contratar dando su verdadero nombre, sin asumir una calidad y representación que no tenía, el negocio no se hubiera realizado, y en caso de que hubiera ocurrido así, el problema sería distinto, porque entonces el vendedor sí habría creído en las simples palabras del

comprador, sobre su honorabilidad y corrección en sus compromisos comerciales, y podría afirmarse en caso de incumplimiento, que la justicia penal estaba en presencia de un hecho de carácter netamente civil, por la ausencia de los elementos que legalmente se requieren para tenerlo como objeto de sanciones penales.

La lesión de un bien patrimonial con el hecho que se examina y la obtención de un provecho ilícito por parte del agente activo de la infracción, son elementos que también se deducen de las comprobaciones que obran en el proceso.

La lesión de un bien, es decir, el daño que sufre la víctima, está constituida por la disposición patrimonial erróneamente tomada por el engañado respecto de su propio patrimonio o del de un tercero de que pueda disponer, en lo cual actúa el engañado como instrumento del autor del artificio. Y el perjuicio se concreta en la lesión directa del derecho de propiedad, en un sentido estricto, como cuando se estafa una cosa, mueble o inmueble, si bien en algunos casos tiene su manifestación en la lesión de un derecho abarcado genéricamente dentro del concepto de propiedad.

El provecho ilícito por parte del estafador, consiste en el goce que el hecho produce a favor de éste, o sea, en un enriquecimiento ilícito de carácter económico, pues siendo la estafa uno de los delitos contra la propiedad, no puede concebirse la maniobra fraudulenta sino cuando el que la ejecuta tiene la finalidad de obtener a través del artificio, un provecho personal consistente en la adquisición del bien ajeno.

Y en relación con estos postulados, aparece de autos que la víctima dispuso errónea y voluntariamente de los semovientes de su propiedad, engañado por el estafador, convirtiéndose en instrumento de éste y sufriendo perjuicio en su patrimonio, puesto que aquellos semovientes dejaron de pertenecerle para entrar en los haberes del detentador. Igualmente, el enriquecimiento ilícito a favor del autor del hecho, la obtención del provecho indebido como consecuencia de las maniobras artificiosas, se halla acreditada, toda vez que los animales fueron entregados a Alfonso Cabrera y éste dispuso de ellos como si fueran propios, vendiéndolos por dinero.

Entre la entrega voluntaria de los bienes por parte del doctor Duque Gómez y el empleo por parte de Cabrera de los medios engañosos para obtener el provecho ilícito, hay una completa relación de causalidad, en forma tal, que sin el uso de esos medios, el delito no se hubiera realizado.

Se alega por el actor, que el doctor Duque Gó-

mez no sufrió perjuicio, puesto que hay constancia de que al vencimiento del plazo estipulado, Alfonso Cabrera pagó el ganado y que el provecho indebido, sólo correspondía demostrarlo una vez vencido el término estipulado en el contrato.

Estas razones serían valederas, si Alfonso Cabrera hubiera negociado simplemente en su propio nombre y sin el concurso de maniobras dirigidas a inducir en error al vendedor de los semovientes. Pero el caso de autos es completamente distinto, según se ha demostrado, porque el dolo propio de la estafa estuvo presente a la realización de la compraventa y el delito se consumó en el momento mismo de la entrega voluntaria de los toretes por parte del vendedor. Dada la forma como sucedieron los hechos, no puede hablarse realmente de venta a plazo ni de otorgamiento de un documento de crédito para garantizar al vendedor el precio de los animales vendidos, pues el ofrecimiento de la letra, suscrita por una persona conocida como económicamente solvente, no fue sino uno de los medios dirigidos a hacer aún más verosímiles las imposturas del comprador. Y tan cierto es esto, que Alfonso Cabrera celebró el contrato sin hablar de él a la señora Cabrera v. de García, sin solicitarle su respaldo y en ningún momento tuvo la intención de obtener su firma en la letra. El acusado sólo se afaná por disponer de los animales a la mayor brevedad, vendiéndolos desde la tarde misma del negocio a precios apreciablemente inferiores a los de su costo y no le preocupó el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con el vendedor para la legalización de sus compromisos.

El hecho de que al vencimiento del plazo proyectado para el pago de los semovientes, se hubiera consignado el valor de éstos, en la cuenta corriente del doctor Duque Gómez en el Banco de Bogotá —Sucursal de Neiva—, no hace desaparecer la infracción ni la cambia en otra de naturaleza distinta, porque ese hecho fue posterior al perfeccionamiento del delito. De otro lado, esa consignación, fue hecha por Juan de Jesús Cabrera, hermano de Alfonso Cabrera, como se dice en el testimonio del Secretario de aquel Banco, señor González, y tuvo en mira tratar de establecer una situación jurídica favorable al procesado, destinada a hacer desaparecer la ilicitud del hecho cometido.

Las consideraciones anteriores son suficientes, para llegar a la conclusión de que en el caso presente se reúnen a cabalidad los elementos que integran el delito de estafa de que trata este proceso y que las razones aducidas por el demandante y apoyadas por el Ministerio Público, de que no es-

tá demostrada la materialidad de esa infracción, no se conforman con la realidad procesal.

En consecuencia, en el fallo recurrido no se aplicó indebidamente la ley penal ni hubo error en la interpretación de las pruebas por atribuírse a los hechos probados un valor que no tienen y negarles el que sí tienen las pruebas favorables al procesado, y por éso, las causales primera y segunda de casación alegadas en la demanda, no pueden prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en

nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, condena al procesado Alfonso Cabrera Collazos, como responsable del delito de estafa, a la pena principal de diez y seis meses de prisión, y a las accesorias correspondientes, y a la suma de mil quinientos pesos (\$ 1.500.00) por concepto de los perjuicios ocasionados por ese delito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.—Luis Gutiérrez Jiménez.—Angel Martín Vásquez.—Julio E. Argüello R., Secretario.

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA JUZGAR A MIEMBROS DE LOS CUERPOS DE POLICIA POR DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL COMETIDOS EN ACTOS DEL SERVICIO

Las disposiciones del Decreto 1231 de 1951 reformaron esencialmente las que existían en lo tocante a la jurisdicción y competencia de la justicia militar para conocer de los delitos contra la vida y la integridad personal cometidos por los miembros de los Cuerpos Armados de la Policía en actos del servicio, pues por ellas se quitó a esa justicia la competencia para conocer de esos delitos y se atribuyó a la justicia ordinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, enero veinte de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Este negocio se remite a la Corte para que decida sobre la colisión de competencias suscitada, entre el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Buga y el Comando de la Tercera Brigada, con residencia en Cali, para conocer de este proceso.

Consta de autos que las presentes diligencias se iniciaron en la Alcaldía de La Victoria (Departamento del Valle), el día diez y ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, con el objeto de investigar la muerte del detenido Daniel Arturo Franco, a quien el agente de policía Evelio Vargas López, que lo conducía, le disparó su fusil en los momentos en que pretendía fugarsele.

Como se ha dicho el informativo fue adelantado por la Alcaldía de La Victoria, quien lo remitió perfeccionado en lo posible al Fiscal del Juzgado Primero Superior de Buga. Este funcionario avocó su conocimiento por auto de fecha diez y siete de diciembre del mencionado año de mil novecientos cincuenta y uno y por el de veintinueve de febrero siguiente, declaró cerrada la investigación. Con fecha trece de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, emitió concepto sobre el mérito de la investi-

gación, solicitando sobreseimiento definitivo a favor del procesado.

El Juzgado Primero Superior de Buga, no se conformó con esta opinión del señor Fiscal y le devolvió el asunto, manifestando que era de la competencia de la Justicia Militar. Nuevamente el Fiscal devolvió el proceso al Juzgado Superior, exponiendo sus puntos de vista en relación con la competencia para conocer del proceso, sosteniendo que de acuerdo con el artículo 11 del Decreto Ejecutivo número 1231 de 1º de junio de 1951, los delitos cometidos por los miembros de los cuerpos armados de la Policía correspondían al conocimiento de la justicia ordinaria.

El Juzgado Primero Superior de Buga, no aceptó el parecer de su Fiscal y en su providencia de fecha treinta y uno de octubre del año pasado, después de analizar los artículos 3º del Decreto número 1534 de 1950 y el artículo 11 del Decreto 1231 de 1951, sostiene que por virtud de lo dispuesto por el primero de estos artículos, que dispuso que los miembros de los cuerpos armados de la Policía que en actos del servicio cometieran delitos contra la vida y contra la integridad personal debían ser juzgados por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, norma que vino a ser incorporada en el Código de Justicia Penal Militar y se refiere también a las disposiciones que lo adicionan y reforman, el negocio contra el agente Vargas López cometido cuando aún estaba vigente el mencionado Decreto 1534, es de conocimiento de la Justicia Militar y dispone, remitir el asunto al Juez Militar de la Tercera Brigada, advirtiéndole que si no acepta su conocimiento, le provoca competencia negativa de conformidad con lo dispuesto por el artículo 66 del C. de Procedimiento Penal.

El Comando de la Tercera Brigada, en su auto de fecha veintiocho de noviembre del año pasado, sostiene que el conocimiento del proceso corresponde a la justicia ordinaria, pues así se deduce de lo preceptuado por el artículo 11 del Decreto 1231 de 1951, que es el aplicable al caso, pues el artículo 3º del Decreto 1534 de 1950, quedó suspendido por el 17 del citado Decreto 1231 y por lo tanto, no

acepta la competencia para conocer de dicho negocio y dispone remitir las diligencias a la Corte, para que dirima el problema suscitado.

Se considera:

De autos aparece establecido:

a) Que el hecho investigado tuvo realización el día diez y ocho de octubre de 1951;

b) Que el agente activo del hecho, fue un miembro de los Cuerpos armados de la Policía, el señor Evelio Vargas López; y

c) Que el homicidio de que aquí se trata, se llevó a cabo por el agente en mención, en actos del servicio.

El Decreto 1534 de 9 de mayo de 1950, en su artículo 3º disponía:

"Los miembros de los cuerpos armados de la Policía que en actos del servicio o fuera de ellos, cometan cualquier delito de los contemplados en el Título VII del Libro Segundo del Código Penal Militar, incurrirán en las sanciones allí establecidas para tales delitos, y su juzgamiento corresponderá a la justicia militar, por el procedimiento de Consejos de Guerra Verbales."

"Parágrafo. Igualmente serán juzgados por el procedimiento de Consejos de Guerra Verbales, los miembros de los Cuerpos armados de la Policía que en actos del servicio cometan delitos contra la vida y la integridad personal, de que trata el Título XV del Libro Segundo del Código Penal".

Con posterioridad a esta disposición, que era la que regía la competencia en los casos a que ella se refiere, se dictó el Decreto 1231 de 1º de junio de 1951, que en su artículo 11, dice:

"A partir del 15 de junio próximo la justicia militar sólo conocerá de los delitos que le están atribuidos 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 los procesos en que al entrar a regir esta disposición se haya convocado Consejo de Guerra Verbal".

Finalmente, el Decreto 1231, dispone en su parte final, artículo 17:

"El presente Decreto rige desde la fecha de su expedición y quedan suspendidas todas las disposiciones legales que le sean contrarias".

De la sola lectura de las disposiciones antes transcritas, se desprende que en la fecha de la comisión del hecho de que trata este proceso, es decir, el día diez y ocho de octubre de 1951, la norma legal

que regía para efectos de la competencia era el citado artículo 11 del Decreto 1231 de 1º de junio de 1951. De esta fecha en adelante, a la justicia militar por virtud de este artículo, sólo se le dejó el conocimiento de los delitos que le atribuía el Código de Justicia Penal Militar y además, el de aquellos procesos por infracciones distintas de las contempladas por ese Código que al entrar en vigencia tal Decreto ya se hubiera convocado Consejo de Guerra Verbal.

Para el caso presente, se observa que el delito de homicidio cometido por los miembros de los Cuerpos armados de la Policía en actos del servicio, a que se refieren las diligencias informativas, no le está atribuido a la justicia militar por el Código sobre la materia. Tampoco se comprende ese caso, entre aquellos que de acuerdo con el parágrafo del artículo 11, debe seguir conociendo dicha justicia, porque no hay constancia de que en la fecha de entrar en vigencia aquel Decreto se hubiera convocado Consejo de Guerra Verbal. Se acreditó que cuando empezó a regir el Decreto 1231, aún no se había cometido el hecho que originó el proceso y por lo tanto, no puede hablarse de la competencia de los Tribunales militares con base en ese parágrafo.

El argumento del señor Juez Superior, de que las leyes dictadas con posterioridad a otra ley, que la adiciones o reforman, quedan incorporadas en ella, no se discute. Pero lo que no puede sostenerse con acertado criterio jurídico, es que las adiciones o reformas que se introduzcan a las leyes no produzcan efecto alguno sobre las reglamentaciones existentes, como ocurriría si se aceptaran los puntos de vista de aquel funcionario. No se trata de una simple incorporación material al Código o a la ley, sino de adiciones o reformas con efectos positivos sobre las normas hasta entonces en vigencia.

Y en, el caso que se estudia, las disposiciones del Decreto 1231 reformaron esencialmente las que existían en lo tocante a la jurisdicción y competencia de la justicia militar para conocer de los delitos contra la vida y la integridad personal cometidos por los miembros de los Cuerpos armados de la Policía en actos del servicio, pues por ellas se quitó a esa justicia la competencia para conocer de esos delitos y se atribuyó a la justicia ordinaria.

En estas condiciones, el conocimiento del presente asunto, corresponde al señor Juez Primero Superior de Buga y en esta forma, debe resolverse el problema que a este respecto se ha suscitado entre ese funcionario y el Comando de la Tercera Brigada.

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 Primero Superior de Buga y el Comando de la Tercera Brigada, con asiento en la ciudad de Cali, en el sentido de que es a la primera de estas entidades a quien corresponde conocer de este proceso.

En consecuencia, remítase el expediente al señor

Juez Primero Superior de Buga y dése cuenta de esta decisión al Comando de la Tercera Brigada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Francisco Bruno.—Alejandro Camacho Latorre.—

Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez.

Julio E. Argüello R., Secretario.

JUZGAMIENTO POR CONSEJOS DE GUERRA. — EN LOS CUESTIONARIOS DEBEN ENUNCIARSE CLARA Y TOTALMENTE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DELITO CONFIGURADO POR LOS HECHOS IMPUTADOS EN LA RESOLUCION DE CONVOCATORIA DEL CONSEJO— LAS RESPUESTAS DE LOS VOCALES NO PUEDEN COMPRENDER HECHOS DISTINTOS DE LOS EXPRESADOS EN ESA RESOLUCION

1.—La ley procesal penal rige desde su vigencia, aún para los procesos en desarrollo.

2.—De acuerdo con la ley militar de 1945 y con la posterior de 1950, los cuestionarios deben contener la especificación clara de los hechos imputados en la Resolución de convocatoria del Consejo Verbal de Guerra; y como tales hechos deben ser delitos y su existencia —conforme a la ley penal— les es dada por la de los elementos que los integran, síguese que no hay “especificación clara de los hechos” si en los cuestionarios no se enuncian tales elementos, o se enuncian parcial, confusa o ambiguamente, sin la observancia de la forma y expresión de la ley penal. Es ésta la deducción doctrinaria de las normas de los códigos militares citados (arts. 130, Ley 3ª de 1945, 398 y 426, Decreto 1125 de 1950).

3.—Tanto la ley militar de 1945 (art. 131), como la de 1950 (art. 426), fijan una pauta a la función de los vocales; de acuerdo con la primera, las respuestas deben concretarse a un “sí” o a un “no”, salvo el caso de que consideren distintas las circunstancias en que la infracción se ejecutó, y de acuerdo con la segunda, las respuestas no pueden comprender hechos distintos a los expresados en la convocatoria del Consejo, a menos que éste llegue a la conclusión de que fue otro el delito ejecutado, ocurrencia excepcional que obliga a absolver por el uno y a continuar el procedimiento por el otro (art. 405).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintitres de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

Los señores Subteniente Ricardo Vanegas Castilla, Sargento 2º Jorge D. Ballén, Sargento Juan José Espinel y Marcos Méndez, interpusieron casación contra la sentencia del Comando General de las Fuerzas Militares, del ocho de mayo del año antepasado (1951), por la cual fueron condenados a las penas y por delitos que mencionan en seguida, cometidos éstos los días 25 y 26 de noviembre de 1950 en la población de Villavicencio:

- a) Subteniente Vanegas (homicidio agravado y sedición), diez y siete años de presidio;
- b) Sargento Ballén (homicidio agravado y sedición), nueve años;
- c) Sargento Espinel (homicidio agravado y sedición), diez y seis años, y
- d) Marcos Méndez (homicidio agravado) quince años.

Formuladas las demandas, la una por el representante de Vanegas y Ballén y la otra por el de Espinel y Méndez, con base en las causales primera, segunda, cuarta, quinta y séptima, la Corte —de acuerdo con su doctrina y con el Procurador— limita su estudio a la cuarta ya que, al considerarse fundada, excluye de hecho las demás.

A) *Los sucesos*

Originaron este proceso los dramáticos sucesos ocurridos en la población de Villavicencio desde los días veinticinco y veintiseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en que —por la llegada de los altos funcionarios militares y judiciales a quienes se encomendó la investigación y la guarda del orden público— la vida colectiva readquirió su ritmo normal tanto en la citada población como en las regiones circunvecinas. Sobre el desarrollo de los sucesos y la participación de los procesados, la Corte —según las versiones dadas en el proceso— hace en seguida un breve resumen.

El primero de los días antes nombrados —el 25— en el cual debía realizarse el paro decretado por el Directorio Nacional Liberal hubo, entre otros, estos motivos de zozobra: primero, las autoridades civiles —que tenían la consigna de frustrarlo o impedirlo— habían detenido u ordenado detener, a título de medida preventiva, a algunos de los organizadores o animadores del paro, y segundo, en Cumaral había surgido un conflicto —grave según el Comandante de la Base Aérea— entre policías y particulares, en el cual éstos habían logrado ventajas apreciables; lo que sugirió al Intendente la necesidad de acudir personalmente a Cumaral, a restablecer el orden, acompañado de varias unidades del ejército que había logrado obtener del Comandante —vencidas algunas dificultades— y también de unidades de la policía.

Simultáneamente a la acción preventiva de las autoridades civiles desarrollada el día 25, las autoridades militares tomaron algunas medidas, entre ellas la detención del Ingeniero de carreteras doctor Barberi, a las seis de la tarde, al pasar por la Base, de regreso del sitio de su trabajo a la población, la concentración de personal y vehículos en la Base, el establecimiento del toque de queda a las ocho, como si aquella autoridad (la militar) se preparara para alguna acción de ataque o de defensa.

Muy cerca de la media noche, hubo un choque entre algunas unidades de la policía y del puesto militar establecido en la población bajo el comando del Subteniente Ricardo Vanegas, en el cual fueron muertos los agentes Manuel Simón Nieto y Carlos Leal Rey. El nombrado Subteniente, por conducto del doctor Hernando Durán Dusán solicitó refuerzos al Comandante de la Base, y como éste fuera informado de que la Policía había dado muerte al Subteniente Vanegas, aquél despachó de la Base, a la cabeza de una Comisión, al Teniente Hernando Ardila.

Varios sucesos graves —posiblemente precipitados por el falso informe de que la Policía había dado muerte al Subteniente Vanegas— se desarrollaron de aquella hora (12 p. m.) en adelante. El Capitán Ardila atacó y tomó el Cuartel de Policía, arrestó al Comandante del Cuerpo, Teniente López, al Secretario de la Intendencia doctor Roberto Arciniegas y a los agentes que se hallaban en descanso de turno, todos los cuales fueron llevados al puesto militar comandado precisamente por el Subteniente Vanegas.

Este, mientras aquéllo sucedía, se apoderó de la Cárcel —previa ruptura de la puerta— libertó a los presos allí reclusos, y el Sargento Espinel —por

orden de Vanegas según el fallo— dió muerte al preso Eduardo Rojas, señalado por Marcos Méndez como el autor del ataque a bala al Capitán Silva, Comandante de la Base Aérea.

Otros edificios —los de la Intendencia, Telégrafos y Registraduría Electoral— fueron ocupados y controlados, y quemados en la plaza los cuadros de sufragantes de las elecciones que para Presidente habían de verificarse el día veintinueve. ○

Finalmente, en la madrugada del 26, al llegar de Cumaral, fueron aprehendidos el Intendente doctor Ricardo Julio Rengifo; el Delegado Presidencial doctor Francisco Fandiño Silva, como también lo fueron o lo habían sido otros funcionarios administrativos hallados en las oficinas ocupadas, entre ellos el Director de Circulación señor Víctor Granados, los primeros de los cuales fueron libertados en la mañana de aquel día, y por la tarde los otros cuando llegó a la población el jefe Civil y Militar de la Intendencia, el que —reconocido por las autoridades civiles y militares— logró poner fin a aquella dramática jornada.

B) El proceso

Realizada la investigación por el Juez 33 de Instrucción Criminal, y perfeccionada por el Asesor de la Fuerza Aérea, en ella se dictaron las siguientes providencias:

a) La Resolución N^o 1 de 13 de febrero de 1951 por la cual se decidió convocar en la Guarnición de Bogotá un Consejo de Guerra Verbal para que —por el procedimiento señalado por el Decreto 1125 de 1950— juzgara por los delitos creados y sancionados por la Ley 3^a de 1945, a las siguientes personas: Capitán Alfredo Silva Romero (sedición y abuso de autoridad), Dr. Hernando Durán Dussán (sedición), Subteniente Ricardo Vanegas (sedición, homicidio y fuga de presos), Sargento 2^o Jorge Ballén (sedición y fuga de presos), Sargento Juan José Espinel (sedición, homicidio y fuga de presos), Sargento Manuel A. García (sedición y extralimitación de funciones), Cabo Víctor Hernando Monroy (sedición y contra el sufragio), Alejandrino Orrego (sedición y secuestro), y Marcos Méndez (homicidio).

b) La integración del Consejo en la misma Resolución, así: Teniente Coronel Jaime Lozano Bahomón (Presidente), Mayores Guillermo Quintero y Luis E. Gil (Vocales), Mayor Julio E. Villate (Fiscal), doctor Carlos Malo Baños (Asesor Jurídico y Auditor de Guerra *ad hoc*) y Teniente Jairo López (Secretario);

c) Las cuestiones presentadas al Consejo relati-

vas a la responsabilidad del Subteniente Ricardo Vanegas, por los siguientes hechos: el de haberse alzado en armas, como promotor o cabecilla, para deponer empleados públicos e impedir así el libre funcionamiento del régimen constitucional y legal, contestada negativamente (excepto a la calidad de cabecilla o promotor), con la adición del "ánimo (propósito) de derrocar al Gobierno"; el de haber provocado, facilitado y ordenado —mediante violencia a las personas y a las cosas— la fuga o evasión de varios detenidos, contestada negativamente; el de haber determinado premeditadamente por motivos innobles y con circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión mediante orden, a uno de sus subalternos, a dar muerte al preso Eduardo Rojas, contestada afirmativamente; y el de haber dado muerte, aprovechándose de su calidad de comandante de una patrulla de vigilancia urbana, a los Agentes Manuel Simón Nieto y Carlos E. Leal, contestada afirmativamente;

d) Las cuestiones relativas a la responsabilidad del Sargento Jorge Ballén, por los siguientes hechos: el alzamiento en armas para deponer empleados públicos e impedir así el libre funcionamiento del régimen constitucional y legal; la muerte de los Agentes Nieto y Leal con las mismas circunstancias de la premeditación con motivos innobles y la indefensión e inferioridad de las víctimas, y la evasión o fuga de varios detenidos, contestadas afirmativamente la primera (con la adición del propósito de derrocar al gobierno) y también la segunda, y negativamente la última;

e) Las cuestiones relativas a la responsabilidad del Sargento Juan José Espinel, por los siguientes hechos: el alzamiento en armas para destituir empleados y suspender —así— el régimen constitucional y legal, la muerte del preso Eduardo Rojas ejecutada con premeditación con motivo innoBLE, estando indefensa la víctima, con pretexto del mandato de un superior, y el de la fuga de presos, contestadas: la primera afirmativamente (con la adición del propósito de derrocar al gobierno), y la segunda, y negativamente la última;

f) La cuestión relativa a la responsabilidad de Marcos Méndez, por la acusación a Eduardo Rojas, determinando así a otros a darle muerte, ello con premeditación acompañada de motivos innobles y circunstancias que pusieron a la víctima en estado de inferioridad e indefensión, contestada afirmativamente;

g) La sentencia del Consejo de Guerra Verbal, del dos de abril del año antepasado (1951), por la

cual —con aplicación conjunta de los Códigos Penal común y de Justicia Militar de 1945 y de 1950 para los militares— impuso las siguientes penas: al subteniente Vanegas, a tres años de presidio por rebelión militar, once años por el homicidio (en complicidad correlativa) en los Agentes Nieto y Leal y en el preso Eduardo Rojas (con aplicación del art. 33 de la ley penal); al Sargento Ballén, a dos años y medio de presidio por la rebelión militar y a ocho años por el homicidio (complicidad correlativa) en los Agentes Nieto y Leal; al Sargento Espinel, a dos años y medio de presidio por la rebelión militar y a ocho años por el homicidio en Eduardo Rojas, y a Marcos Méndez a ocho años de presidio por el homicidio en el mismo Rojas, y

h) La sentencia del Comando de las Fuerzas Militares, del ocho de mayo del mismo año (1951), mediante la cual —con aplicación de las penas del Código de 1950 para los militares por serles más favorable— se impusieron las siguientes penas: al Subteniente Vanegas diez y siete años por los delitos de sedición y homicidio agravado, al Sargento Ballén nueve años por los mismos delitos, al Sargento Espinel diez y seis años por los mismos delitos, y quince años por homicidio (también agravado), a Marcos Méndez.

C) *Las demandas*

De las sendas demandas que presentaron el representante de Vanegas y Ballén y el de Espinel y Méndez —fundadas la primera en los Numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del art. 567 de la ley procesal y la otra únicamente en los Numerales 1º y 4º de la misma ley — se resumen a continuación las tesis más importantes en relación con cada uno de los motivos.

a) *Violación de la ley penal*

El Comando —según aquéllos— incurrió en las siguientes infracciones: sancionó el delito de sedición y no el de rebelión en vez de haber declarado contraevidente el veredicto o la nulidad del proceso, como lo ordena la ley, reconoció el Consejo la existencia de la rebelión —que no le fue propuesta— en vez de la sedición; el Comando atribuyó al Subteniente Vanegas, al aplicarle la pena por los homicidios agravados (asesinatos), circunstancias de peligrosidad ya computadas como elementos del delito, y se condenó por homicidio a Vanegas, Ballén, Espinel y Méndez, a pesar de que tanto en los cues-

tionarios propuestos al Consejo como en el veredicto, se excluyó el elemento psíquico.

b) Errada apreciación de los hechos

Se apreciaron erradamente los hechos, por cuanto de ellos se dedujo la imputación al Subteniente Varnegas de haber ejecutado los homicidios mediante preparación ponderada, sevicia y artificios, circunstancias éstas que no fueron acreditadas en el proceso.

c) Desacuerdo entre el veredicto y la sentencia.

El Comando dictó su fallo, con desconocimiento del veredicto, por cuanto el Consejo calificó los hechos en este acto como rebelión y la condena se hizo por sedición.

d) Nulidad del proceso

El juzgador de segunda instancia incurrió en los siguientes motivos de nulidad: incompetencia de jurisdicción, en cuanto el Consejo declaró la existencia de un delito (rebelión) que no le fue propuesto y el Comando desconoció el veredicto y, en vez de declararlo contraevidente o nulo el proceso, condenó sin facultad legal; error en la denominación jurídica de la infracción, por la misma razón del desconocimiento del veredicto y consiguiente cambio de rebelión por sedición y también por la de que el Comando condenó por dos delitos (rebelión militar y sedición) que simultáneamente no pueden coexistir; y, finalmente, se juzgó a los procesados contra el mandato constitucional (artículo 26), ya porque los cuestionarios no se elaboraron en la forma legal, ya porque al omitir en ellos el propósito las partes no pudieron saber el cargo de que debían los procesados defenderse, ya porque habiendo duda —por la exclusión del propósito— no se aceptó la especie de homicidio más favorable, ya porque —a causa del error en el nombre del delito— no se declaró contraevidente el veredicto ni nulo el proceso, ya porque al Sargento Espinel se le juzgó como ausente sin estarlo y porque en la integración del Consejo se procedió conforme al Decreto 3670 y no a los Códigos Militares aplicables (Ley 3ª de 1945 y Decreto 1125 de 1950), que les eran más favorables.

e) Falta de expresión clara de los hechos

El Comando hizo caso omiso del mandato del artículo 159 de la ley procesal penal, cuya violación

da fundamento a la causal quinta de casación. Según la demanda del representante de Vargas y Ballén, en el fallo no se expresaron los fundamentos jurídicos de la calificación de los hechos que el fallador pudo haber tenido como probados, de la imputación de asesinato y sedición hecha a aquéllos, de la calificación de las circunstancias de peligrosidad (mayor o menor) y de las agravantes o atenuantes de la sanción. El fallador se limitó, pues, a declarar la responsabilidad sin mencionar en modo alguno los hechos que la fundan.

f) Veredicto contradictorio

En contradicción del veredicto se incurrió en dos momentos: al contestar afirmativamente el cuestionario relativo a la sedición y adicionar la respuesta con el reconocimiento de la rebelión, y al admitir la coexistencia del homicidio militar, esto es, el cometido por ocasión y causa del servicio y la sedición, por cuanto uno y otro se excluyen.

D) CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

Consideradas las irregularidades tanto materiales como formales en que incurrieron los jueces de instancia, y que en tan notable grado afectan los principios esenciales del proceso, el Procurador Delegado sólo estudió la causal cuarta en las varias fases que los demandantes presentaron. De tal estudio —cuya tan firme ordenación jurídica la Sala habrá de seguir— se hace a continuación un breve extracto, especialmente de sus conclusiones finales.

La primera parte la consagra a la incompetencia de jurisdicción causada por el cambio del género del delito, cambio de que fueron autores el Consejo de Guerra Verbal y el Comando de las Fuerzas Militares. Después de analizar, según el método comparativo, los aspectos de similitud entre el proceso común y el militar, entre el auto de proceder y la resolución de convocatoria del Consejo y el cuestionario, y el veredicto del jurado y el del Consejo y, finalmente, entre las facultades de uno y otro, deduce que “los jueces de instancia se tomaron mayores poderes jurisdiccionales de los que otorga la ley en materia de veredicto y de su interpretación. Y esa extralimitación de funciones contraria al artículo 26 de la Carta Fundamental, incide en la nulidad prevista por el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento”.

En la segunda parte —la relativa a la defectuosa redacción de los cuestionarios sobre la sedición y

el homicidio— sólo analiza la objeción dirigida a los del último, por cuanto la conclusión ya expuesta sobre la fundada incompetencia de jurisdicción quita a los cuestionarios defectuosos el interés jurídico que, sin dicha conclusión, podían haber tenido en el recurso. No acepta la objeción relativa al silencio sobre el propósito, fundado en que en la propuesta de la premeditación —el más alto grado del dolo— “quedó comprendido el dolo específico de los homicidios”, de modo que la imputación de exclusión del propósito de dar muerte no tiene fundamento legal.

Tampoco considera fundadas las objeciones relativas a la condena por homicidio agravado, en vez de otra especie atenuada, y a la incompatibilidad entre el homicidio y la sedición, porque si la última objeción es propia de la causal séptima y no de la cuarta, la primera no es más razonable, ya que si el Consejo rechazó la premeditación, como elemento del homicidio agravado, en cambio admitió otros (como la insidia, la asechanza, la alevosía y la sevicia), que le reafirman tal carácter.

La última parte la concreta al estudio de la ley procesal penal aplicable, frente a la tesis de uno de los demandantes, sobre aplicación conjunta y simultánea de los estatutos de 1945 y 1950, a la del otro —que sólo considera aplicable el último— y también a la expuesta por uno y otro demandantes, adversa a la aplicación del Decreto 3670 de 1950 (sobre sistema de designación de los Vocales de los Consejos de Guerra Verbales). Como resultado de su estudio; con referencia a la ley y a la doctrina, el Procurador Delegado conceptúa que, tratándose de leyes procedimentales, de carácter retroactivo por imperio de la ley, la aplicable es la vigente o sea el Decreto 1125 de 1950 así como las que lo modifiquen, entre las cuales el Decreto 3670. De modo que si la aplicación de éste es legal, no así la del Código Militar de 1945, no obstante la solicitud de algunos defensores, puesto que —expedido el de 1950— debía regir inmediatamente; con tanto mayor razón cuanto que sus normas son más favorables que las del equivocadamente aplicado.

El Procurador Delegado solicita, como consecuencia de su estudio, lo siguiente:

a) La anulación del proceso a partir de la Resolución número 1º de 3 de febrero de 1951, sobre designación de Vocales, ya que los que figuran en ella, no pueden —por mandato de la ley— participar en el nuevo Consejo;

b) La extensión de la invalidez de la actuación a todos los condenados, recurrentes o no, por cuanto la nulidad —que es indivisible según la doctrina—

afecta todos los actos procesales realizados desde la convocatoria del Consejo, y

c) La firmeza de las absoluciones, por cuanto en el recurso extraordinario de casación no rige el principio de la *reformatio in pejus* a menos que el Ministerio Público fuere el recurrente.

D) ESTUDIO DEL RECURSO

Varios son los motivos por los cuales fue impugnado el fallo, unos de carácter constitucional y sustantivo o material, otros de carácter meramente formal o procesal, y aunque —estudiados a fondo— todos garantizarían el éxito del recurso con análogos resultados, como que las objeciones casi en su totalidad atacan la elaboración e interpretación de los veredictos, es norma doctrinaria examinar preferentemente lo que afecta en mayor grado la validez legal del proceso, aún con la reserva de tocar, sea por mero interés de jurisprudencia y en forma breve y resumida, los restantes motivos presentados.

Este criterio implica el siguiente orden en el estudio del recurso: motivos relativos a violación de la norma constitucional por aplicación de ley procesal derogada y anomalías procesales por defectuosa elaboración y antijurídica interpretación de los veredictos, motivos éstos causantes de nulidad, y, anomalías que, sin afectar la vida y esencia del proceso, originan ya la sustitución del fallo, ya la celebración de nuevo juicio con nuevo Consejo.

a) Nulidad por aplicación de ley procesal derogada

De la época de realización de los sucesos (noviembre de 1949), así como de las leyes aplicadas (la de 1945, primero, y la de 1950, después) los demandantes derivan estas objeciones: la de que los procesados debieron haber sido juzgados de acuerdo con los Códigos Militares de 1945 y 1950 defendida por el uno, la de que sólo el último era el aplicable defendida por el otro, y la de que —por ambos sustentada— no podía serlo el Decreto 3670 de 1950 sobre nuevo sistema de designación de Vocales del Consejo.

El principio de la retroactividad de la ley procesal penal —cuya aplicación a este proceso es lo que se controvierte— está expuesto en las siguientes normas, de carácter constitucional una; y legal las otras:

a) La de que nadie puede ser juzgado sino conforme a ley preexistente al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de

las fórmulas propias de cada juicio (artículo 26, C. N.);

b) La de que "en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable" (artículo 26 *ibidem*);

c) La de que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir (artículo 40, Ley 153 de 1887);

d) La de que la preexistencia de la ley, como requisito, constitucional del juzgamiento, "sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento" (artículo 43 *ibidem*), y

e) La de que los sumarios y juicios militares pendientes al comenzar a regir el Código Militar de 1950 continuarían rigiéndose por el anterior (el de 1943) si fuere más favorable al procesado (Decreto Legislativo 1125 de marzo de 1950, art. 480).

El tema controvertido es, pues, si los recurrentes fueron juzgados con sumisión o violación del principio de la retroactividad —según el cual la ley procesal penal rige desde su vigencia, aún para los procesos en desarrollo— esto es, si la ley que debió aplicarse es el Código de 1950 (con la reforma del Decreto número 3670) como a solicitud de algunos defensores lo decidió el Comando desde la convocatoria del Consejo y designación de sus miembros, o el de 1945 como a petición de otros defensores lo ordenó el Comando posteriormente; en suma, usando otra expresión armónica con el mandato constitucional, si se les juzgó según las formas propias del juicio.

Teniendo en cuenta que al iniciarse el proceso regía el Código de 1945 y que antes de la convocatoria e integración del Consejo fue expedido el de 1950 (Decretos 1125 y 3670), la Corte —en atención al principio y normas enunciados, así como a la doctrina tantas veces reafirmada— ha llegado a estas conclusiones:

a) El Código de 14 de marzo de 1950 (Decretos 1125 y 3670) —que sustituyó íntegramente al de 1945— es el aplicable a este proceso, ya se le considere en cuanto a la época de iniciación de su vigencia, ya en cuanto a su mayor favorabilidad a los intereses de los procesados;

b) La aplicación conjunta y simultánea de los Códigos de 1945 y 1950 no sólo afecta sustancialmente el principio de la unidad del proceso, sino que viola la norma de derecho transitorio estable-

cida, como excepción, en la ley normativa (Ley 153, artículo 40), y

c) La aplicación del Código de 1945, en vez del de 1950, significa que el juzgamiento se hizo "sin la observancia de las formas propias del juicio", es decir, sin la sujeción al mandato constitucional, anomalía ésta generadora de vicio sancionado con nulidad.

b) Nulidad por defecto en los cuestionarios

Los cuestionarios —ya se analicen según la ley procesal de 1945, ya según la posterior de 1950— carecen, en su estructura, de los presupuestos que una y otra les fijan, esto es, de la especificación clara de los hechos imputados en la Resolución de convocatoria del Consejo; y como tales hechos deben ser delitos y su existencia —conforme a la ley penal— les es dada por la de los elementos que los integran, síguese que no hay "especificación clara de los hechos" si en los cuestionarios no se enuncian tales elementos, o se enuncian parcial, confusa o ambigüamente, sin la observancia de la forma y expresión de la ley penal. Es ésta la deducción doctrinaria de las normas de los Códigos militares citados (artículos 130 Ley 3ª de 1945 y 398 y 426, Decreto 1125 de 1950).

Las objeciones a la sentencia —aplicando aquellos elementales principios— son fundadas. Si se comparan, como lo ha hecho la Sala, los cuestionarios propuestos al Consejo con las normas relativas a la sedición y al homicidio porque los recurrentes fueron procesados, se concluye que hay entre ellos tal inconformidad, muy especialmente en cuanto al factor moral y al grado de responsabilidad (como lo advierte el Procurador en cuanto a la de Vanegas), que no sería viable construir sobre tales cuestionarios un plan lógico de acusación ni de defensa.

Su crítica, por lo tanto, a causa de la carencia de especificación clara de los hechos, lo mismo que la relativa a la aplicación de la ley inaplicable, implica igualmente juzgamiento contrario a las formas propias de esta clase de juicios y, como consecuencia, la sanción concretada en una declaración de nulidad.

c) Nulidad por carencia de jurisdicción

La objeción se dirige, contra el Consejo porque absolvió como rebelión el cuestionario relativo a la sedición y contra el Comando, porque —en vez de declarar el veredicto contrario a los hechos o anu-

lar el proceso por error en el nombre del delito— condenó por sedición en vez de rebelión. Ni el Consejo, ni el Comando —como habrá de explicarse brevemente en seguida— tenían facultad para actuar en la forma objetada.

Tanto la ley militar de 1945 (artículo 131) como la de 1950 (artículo 426) fijan una pauta a la función de los Vocales; de acuerdo con la primera —que fue la aplicada— las respuestas deben concretarse a un “sí” o a un “no”, salvo el caso de que consideren distintas las circunstancias en que la infracción se ejecutó, y de acuerdo con la segunda, las respuestas no pueden comprender hechos distintos a los expresados en la convocatoria del Consejo, a menos que éste llegue a la conclusión de que fue otro el delito ejecutado, ocurrencia excepcional que obliga a absolver por el uno y a continuar el procedimiento por el otro (artículo 405).

El Comando, ante la anomalía expuesta, sólo podía —como dicen los demandantes— subsanarla mediante los sistemas prescritos por la ley, esto es, declarar la contraevidencia del veredicto o la nulidad del proceso, sea por error en la denominación jurídica del delito, sea por carencia de jurisdicción.

Considérese, pues, la aplicación de la ley, o la elaboración de los cuestionarios y su respuesta, o la interpretación del veredicto, el proceso está afectado de vicios que es indispensable sancionar con nulidad, sanción ésta —aclara la Sala— que si abarca a los que no recurrieron, o si recurrieron no formularon demanda, excluye a los procesados absueltos por cuanto en casación no es aplicable el principio de la *reformatio in pejus* al menos que el Ministerio Público fuere el recurrente.

E) FALLO DE LA CORTE

Las conclusiones anteriores —sobre la efectividad de la causal cuarta— hacen inoficioso el examen de las otras causales, por la influencia que las anomalías anotadas tienen en el valor legal del proceso; no obstante, y desde un punto de vista doctrinario, no sobra advertir que, al no haberse probado tales fallas, el recurso habría prosperado, dadas la discrepancia entre el veredicto y la sentencia, la oscuridad en la expresión de los hechos que debieron haberse tenido como probados y la clara contradicción del veredicto.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado,

RESUELVE:

a) Invalidar —como en efecto invalida— la sentencia del Comando General de las Fuerzas Militares, del ocho de mayo del año antepasado (1951) mediante la cual se sancionan los hechos delictuosos cometidos en Villavicencio los días 25 y 26 de 1949, y,

b) Ordenar se reponga el procedimiento desde la Resolución número 1ª de 3 de febrero de 1951 (inclusive) por la cual se convocó e integró el Consejo de Guerra Verbal.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

HOMICIDIO ULTRAIINTENCIONAL. — INTERPRETACION DEL VEREDICTO DEL JURADO

Es un hecho evidente que al Jurado no se le interrogó si la Jiménez era responsable de haber causado la muerte de Salazar Gaviria con este propósito, sino si la Jiménez era responsable de lesiones que ella había causado con arma corto punzante —con la intención de matar—, cosa absolutamente distinta de aquélla. Si el cuestionario hubiera preguntado si la acusada era responsable de haber dado muerte a Salazar, hubiera configurado un homicidio intencional, cosa que no hizo. En cambio, interrogó sobre la responsabilidad de la Jiménez de haber lesionado a Salazar, y habiendo sido contestada esta pregunta afirmativamente, pero sin intención de matar, se configuró un homicidio ultraintencional. Al dar, pues, el Jurado la contestación aludida, situó a la Jiménez en el caso del que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de otro.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintitrés de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de fecha veintiuno de marzo del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, condenó a *Heroína Jiménez Ferrara* a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio preterintencional, con aplicación de los artículos 362 y 365 del Código Penal.

Contra este fallo el señor Fiscal Segundo del mismo Tribunal interpuso recurso de casación, pero no lo fundó. Como en tales casos corresponde formular la demanda al Procurador Delegado en lo Penal, si considera que existen motivos para impugnar la sentencia en casación, dicho funcionario, al descorrer el traslado encontró que hay lugar a ello, y al efecto formuló la demanda, invocando

como causales la tercera y la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las cuales analiza en un solo capítulo, por fundarse en las mismas razones.

Como ya se han cumplido las normas legales propias del recurso, la Corte decide en este fallo, no sin antes hacer un resumen de los hechos y actuaciones procesales que culminaron en la sentencia recurrida, y de la tesis del Procurador.

Hechos y actuación procesal

Dan cuenta los autos que Heroína Jiménez Ferrera, mujer de vida licenciosa, había cultivado relaciones amorosas con Antonio Salazar Gaviria con anterioridad al día 22 de octubre de 1950, aunque se hallaban disgustados en tal ocasión por motivos —según parece— del mal comportamiento de Salazar. No obstante, éste no se conformaba con la indiferencia que la Jiménez le demostraba y hacía cuanto estaba a su alcance por atraerla. En la noche del día 21 de octubre de 1950, estuvo Salazar Gaviria en el “Cabaret Hermanos” de Puerto Berrio, en donde se encontró con Heroína, quien se divertía con algunos hombres. Ya en las primeras horas de la mañana siguiente —22 de octubre— en momentos en que la Jiménez pretendía retirarse, Salazar levantándose de la mesa que ocupaba se dirigió a aquélla cogiéndola por el brazo y diciéndole algunas palabras que no se escucharon. Como la mencionada mujer insistiera en abandonar el Cabaret, Salazar se opuso a ello, manteniéndola asida por el brazo, pero entonces la Jiménez, según el testigo Fernando Laverde, “le mandó la mano por el estómago”; y agrega el declarante: “no ví arma en esos momentos, pero sí ví la camisa de Antonio que estaba ensangrentada por el estómago. Seguidamente entró nuevamente al Cabaret la Jiménez y fue cuando le ví una navaja pequeña que llevaba en una de las manos”. Salazar salió de la cantina y no pudiendo sostenerse cayó al suelo de donde fue levantado y llevado al Hospital de Santa Cruz, donde falleció momentos después.

Adelantada la correspondiente investigación y una vez perfeccionada, el señor Juez Segundo Su-

perior de Medellín, en providencia de 12 de abril de 1951, llamó a responder en juicio, por los trámites en que el jurado interviene, a la procesada Heroína Jiménez Ferrara como responsable de un homicidio simplemente intencional, sin circunstancias especiales de atenuación ni de gravedad, "consistente en haber lesionado con arma punzo-cortante y con propósito de matar, a Antonio Salazar Gaviria...".

Esta providencia obtuvo su ejecutoria en la primera instancia por no haber sido apelada por ninguna de las partes.

Adelantado el juicio, el señor Juez del conocimiento le sometió el siguiente cuestionario:

"¿La acusada Heroína Jiménez Ferrara es responsable de haber lesionado con arma punzante y cortante y con propósito de matar, a Antonio Salazar Gaviria, hechos ocurridos en la población de Puerto Berrío en la mañana del veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta, así: la lesión, en el "Cabaret Hermanos", y la muerte, en el Hospital Santa Cruz?"

Contestó a esta pregunta el tribunal popular con la siguiente respuesta: "Sí, sin intención de matar".

Con base en el veredicto anterior, el Juez del conocimiento, en sentencia de primero de agosto de 1951 absolvió a la Jiménez, considerando que el Jurado descartó la responsabilidad de ella con la negativa del propósito de matar, que es fundamental en el homicidio contemplado por el artículo 362 del Código Penal.

"En el proceso —dice el Juez— hay fundamentos para estimar que la acusada sólo tuvo intención e lesionar a Salazar para librarse de sus violencias y agresiones, pero si este propósito no lo declaró el Tribunal de Conciencia, quiere todo ello decir que eliminando el propósito de matar en la cuestión que el Juzgado propuso a los jueces de hecho, lo legal es absolver a la Jiménez del cargo porque ha venido respondiendo en juicio".

El Tribunal Superior de Medellín, al revisar, por vía de consulta, la sentencia de primer grado, no aceptó la tesis del Juez, por considerar que se estaba en presencia de un homicidio ultraintencional, dada la forma como fue redactado el cuestionario y teniendo en cuenta lo afirmado en el veredicto. En tal virtud, en sentencia de fecha 21 de marzo del año próximo pasado, revocó la de primera instancia, y en su lugar, condenó a la Jiménez a la pena principal de cuatro años de presidio, dando aplicación a los artículos 362 y 365 del Código Pe-

nal. Sentencia ésta que, como ya se dijo, es materia del recurso extraordinario de casación.

Demanda

Dos objeciones formula el demandante a la sentencia, correspondientes, en su orden, a las causales tercera y primera de casación.

Sostiene que la sentencia del Tribunal está en desacuerdo con el veredicto del jurado, porque ella reprimió un homicidio preterintencional no reconocido en el veredicto. Que al proceder así, el sentenciador violó los artículos 29 de la ley 4ª de 1943 y 480 del Código de Procedimiento Penal. Que, consecuentemente, en la sentencia se hizo aplicación indebida del artículo 365 del mismo estatuto, "porque el homicidio preterintencional allí previsto requiere, como elemento constitutivo, que el responsable proceda con el propósito de causar una lesión personal, y ese propósito no fue calificado en el veredicto, que es la base para dictar el fallo definitivo en los procesos con intervención del Jurado".

Manifiesta el señor Procurador Delegado, que en el caso a estudio, al expresar el jurado que la acusada Jiménez es responsable del homicidio de Salazar, "sin intención de matar", ha puesto de presente un estado de incertidumbre, una grave duda acerca del dolo específico de ese delito. Que si los juzgadores de hecho negaron que la Jiménez le diera el navajazo a Salazar con el propósito de matar, de esta proposición negativa de una figura específica del homicidio —el intencional— no puede sacarse otra igualmente específica y positiva, como es la del homicidio ultraintencional.

Que para aceptar esa figura en procesos en que interviene el jurado, el veredicto tiene que ser explícito en el reconocimiento de que el homicida sólo tuvo el propósito de lesionar y no el de dar muerte. "Si así no lo expresa, el Juez de derecho carece de facultad para suplir el oculto pensamiento del Tribunal de conciencia, porque cualquier solución que se adopte, resulta arbitraria y tiene por base la incertidumbre".

Termina el señor Procurador Delegado solicitando se case la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva a la acusada, por estar comprobadas las causales alegadas —3ª y 1ª— desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado y mala aplicación de la ley penal.

Se considera:

Ya se ha visto que el señor Procurador Delegado

impugna la sentencia del Tribunal partiendo de la tesis de que en los juicios por homicidio la negativa del propósito de matar lleva generalmente a la absolución por carencia del elemento psíquico o moral; de ahí que invoque la causal primera porque se sancionó un delito inexistente (homicidio ultraintencional), y la causal tercera porque al interpretar el veredicto como determinante de un homicidio preterintencional se falló en desacuerdo con aquél, que negó el propósito de matar.

La Sala examina estas causales conjuntamente por cuanto se fundan en las mismas razones y se persigue un objetivo único: la absolución de la acusada Heroína Jiménez.

Desacuerdo de la sentencia con el veredicto.

Como en la demanda se objeta —con base en la causal tercera— la interpretación dada por el Tribunal al veredicto, es indispensable analizarlo en relación con la especie de homicidio ultraintencional reconocida en la sentencia recurrida.

Ya se vio que al jurado se le interrogó si la acusada Heroína Jiménez Ferrara “es responsable de haber lesionado con arma punzante y cortante y con el propósito de matar, a Antonio Salazar Gaviria”; y que el Jurado unánimemente contestó afirmativamente, pero negando la intención de matar.

Es un hecho evidente que al Jurado no se le interrogó si la Jiménez era responsable de haber causado la muerte de Salazar Gaviria con este propósito, sino si la Jiménez era responsable de lesiones que ella había causado con arma corto-punzante —con la intención de matar— cosa absolutamente distinta de aquélla. Si el cuestionario hubiera preguntado si la acusada era responsable de haber dado muerte a Salazar, hubiera configurado un homicidio intencional, cosa que no hizo. En cambio, interrogó sobre la responsabilidad de la Jiménez de

haber lesionado a Salazar, y habiendo sido contestada esta pregunta afirmativamente, pero sin intención de matar, se configuró un homicidio ultraintencional. Al dar, pues, el Jurado la contestación aludida, situó a la Jiménez en el caso del que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de otro, que fue precisamente la interpretación que el Tribunal dio al veredicto, y de ahí que hubiera sancionado a la Jiménez con aplicación del artículo 365 del Código Penal, imponiéndole acertadamente la pena prevista en dicha disposición.

De lo dicho se desprende que la objeción formulada contra la sentencia de que ésta fue dictada en desacuerdo con el veredicto del Jurado, no tiene fundamento, y por lo tanto, la causal tercera de casación no puede prosperar.

Y en cuanto a la causal primera, violación de la ley penal, explicado ya que el Jurado calificó como ultraintencional el homicidio imputado a la Jiménez, y que el Tribunal, por mandato del artículo 480 del estatuto procesal penal, sólo podía aplicar, como efectivamente aplicó, el artículo 365 del Código Penal, la objeción de que éste se aplicó indebidamente, no tiene fundamento.

La causal primera, por lo tanto, tampoco prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA 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.

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES PARA CONOCER EN PRIMERA INSTANCIA DE CAUSAS DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS PERSONEROS MUNICIPALES CUANDO ACTUAN ANTE LOS JUECES DE CIRCUITO

Los Tribunales Superiores de Distrito y la Corte sí tienen competencia para conocer de los negocios penales seguidos contra los Personeros Municipales, cuando éstos ejercen sus funciones ante los Jueces de Circuito. En estos casos, como lo ha sostenido la Corte en otras ocasiones, no rige para la competencia el Código de Procedimiento Penal, sino la Constitución misma que en su artículo 142 dispone que el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores "y POR LOS DEMAS FISCALES QUE DESIGNE LA LEY" y les dá a tales funcionarios la misma categoría, privilegios, remuneración y prestaciones que a los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen sus funciones. De suerte que, los Personeros Municipales, cuando ejercen sus funciones ante los Jueces de Circuito, tienen la misma categoría que éstos y los acompaña el fuero especial de ser juzgados en primera instancia en las causas de responsabilidad, por los funcionarios judiciales que tienen la competencia para juzgar por esa clase de delitos a dichos Jueces, es decir, por los Tribunales Superiores de Distrito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintitrés de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Cali consulta su sentencia de fecha veinticinco de febrero del año pasado, por la cual "declara extinguida la acción penal seguida contra el doctor Humberto Jordán Mazuera, por la muerte del acusado y de acuerdo con el artículo 100 del Código Penal".

La investigación se inició para averiguar el delito de colusión imputado al doctor Humberto Jordán Mazuera, en su condición de Personero Municipal de la ciudad de Cali, por actuaciones cumplidas en el juicio ordinario que adelantaba ese municipio contra José Antonio Viveros y el doctor Joaquín Cárdenas Luna. Cuando el informativo se hallaba en curso, falleció el sindicado Jordán Mazuera, hecho que está acreditado con la copia de la correspondiente acta de defunción.

Pasado el negocio al Procurador Delegado en lo Penal, este funcionario examina en primer lugar, la competencia del Tribunal Superior de Cali para conocer en primera instancia de este negocio y de la Corte, en segunda. Al efecto, dice:

"Conforme al artículo 142 de la Constitución Nacional, los funcionarios del Ministerio Público tienen la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo. La carta no menciona a los Personeros Municipales entre los Agentes del Ministerio Público. Pero es un hecho evidente que, al tenor de los artículos 159 del Código Judicial, 94 del de Procedimiento Penal y 215 del Código de Régimen Político y Municipal, los Personeros Municipales son funcionarios de dicho Ministerio. Aún más: ellos representan a éste en los procesos penales que adelantan los Jueces de Instrucción y en los que conoce el Juez de Circuito.

"Por otra parte, estatuye el artículo 165 del Código Judicial que "los Personeros Municipales de las cabeceras de Circuito, tendrán el carácter de Fiscales del Circuito, y ejercerán las respectivas funciones.

"En esta forma los tales Personeros Municipales son Agentes del Ministerio Público ante los Jueces de Circuito. Y como a éstos los juzga el Tribunal Superior en primera instancia, de ese fuero han de gozar también aquéllos, conforme a los artículos 44, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal, y 142, inciso 3º, de la Constitución. Pues fuero, en sentido procesal, no es otra cosa que privilegio".

Estas consideraciones que la Sala acoge en su totalidad, llevan a la conclusión de que los Tribunales Superiores de Distrito y la Corte sí tienen competencia para conocer de los negocios penales seguidos contra los Personeros Municipales, cuando

éstos ejercen sus funciones ante los Jueces de Circuito. En estos casos, como lo ha sostenido la Sala en otras ocasiones, no rige para la competencia el Código de Procedimiento Penal, sino la Constitución misma que en su artículo 142 dispone que el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores "y por los demás Fiscales que designe la ley" y les dá a tales funcionarios la misma categoría, privilegios, remuneración y prestaciones que a los Magistrados y Jueces ante quienes ejerzan sus funciones. De suerte que, los Personeros Municipales cuando ejercen sus funciones ante los Jueces de Circuito, tienen la misma categoría que éstos y los acompaña el fuero especial de ser juzgados en primera instancia en las causas de responsabilidad, por los funcionarios judiciales que tienen la competencia para juzgar por esa clase de delitos a dichos Jueces, es decir, por los Tribunales Superiores de Distrito en primera instancia, y por la Corte, en segunda.

Y como en el caso de autos, el Personero Municipal de Cali, de acuerdo con la ley tiene funciones de Fiscal ante los Jueces de Circuito de dicha ciudad, el conocimiento de este proceso corresponde al Tribunal Superior de Cali, en la primera instancia, y a la Sala de Casación Penal de la Corte, en la segunda instancia.

En cuanto al fondo mismo de la providencia consultada, la Procuraduría anota que la muerte de Jordán Mazuera está debidamente acreditada y este hecho en conformidad con el artículo 100 del Código Penal, extingue la acción. Sin embargo, hace dos observaciones a dicha providencia: que el fallo ha debido ajustarse a los términos del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, pues uno de los motivos que justifican la cesación de procedimiento es la imposibilidad de proseguir la acción y la muerte del sujeto pasivo de la misma constituye ese obstáculo o imposibilidad; que el Tribunal incurrió en la anomalía de no pedir el concepto del Ministerio Público como lo manda el mismo artículo 153. Con todo, agrega, que como la muerte de Jordán Mazuera, es un hecho indubitable "que el Fiscal no podría desconocer"— la revocatoria del fallo para el sólo efecto de recoger el concepto omitido, no conduciría a ningún fin práctico y en cambio, demoraría la decisión del asunto. Concluye solicitando que se reforme la sentencia, en el sentido de declarar cesado todo procedimiento contra el acusado, por no poder proseguirse la acción penal, en virtud de haber muerto el mencionado doctor Jordán Mazuera.

Las afirmaciones del Procurador Delegado en lo Penal al fallo consultado, ya en lo que se relaciona con la demostración en los autos de la muerte del procesado doctor Humberto Jordán Mazuera, ora en cuanto a las observaciones de carácter legal a la sentencia consultada, corresponden a la realidad. Con todo, la Corte sentó para un caso semejante, la siguiente doctrina:

"Si en las diligencias sumarias reposa el documento expedido por el funcionario competente y con las formalidades legales, en el cual consta que la persona contra quien se adelanta la investigación criminal ha fallecido, deber del juzgador es el de dar aplicación inmediata de la ley penal que establece en forma perentoria que la muerte del procesado extingue la acción penal.

"Puede suceder —como en el caso de estudio— que el Juez o Tribunal adopte en la tramitación las normas del artículo 153 del código de procedimiento penal, y que la sentencia se dicte sin previo concepto del Ministerio Público, pero el caso, por ser de carácter especial, constituye prácticamente una excepción a la norma o postulado general, y ésta es la interpretación lógica que se deduce del citado precepto". (Auto de 6 de mayo de 1947).

En consecuencia como en el caso presente, está debidamente demostrada la muerte del doctor Humberto Jordán Mazuera, corresponde la confirmación del fallo consultado, con la reforma consistente en declarar cesado todo procedimiento por haber fallecido dicho procesado y no poder proseguirse la acción penal.

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, REFORMA la sentencia consultada en el sentido de declarar como en efecto declara, cesado todo procedimiento en este negocio contra el doctor Humberto Jordán Mazuera, por estar acreditado su fallecimiento y no poder proseguirse la acción penal que contra él se adelantaba.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho La Torre.

Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez.

Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL. — NULIDAD POR NO HABERSE NOTIFICADO EN DEBIDA FORMA EL AUTO QUE SEÑALA DÍA Y HORA PARA LA CELEBRACION DEL JUICIO

1.— La ley procesal penal establece como causal de nulidad el “no haberse notificado en debida forma el auto en que se señala día y hora para la celebración del juicio”. Esta norma tiene su fundamento en el hecho de que siendo la audiencia pública un acto de importancia extraordinaria en el juzgamiento, preferencialmente en los juicios con intervención del Jurado, hay necesidad de que las partes se enteren oportunamente de esa fecha, para que provean a la defensa de sus derechos, estudiando el expediente para la preparación de sus alegatos.

En orden a conseguir los fines antes indicados, el artículo 171, ordinal d), del Código de Procedimiento Penal, dispone que el auto en mención se notifique personalmente al defensor. Y tiene que ser así, porque es éste el que interviene en el debate público en defensa de los derechos del procesado, unas veces refutando los cargos consignados en el auto de proceder y las alegaciones del Ministerio Público y de la parte civil, y otras aminorando esos cargos y procurando para aquél una situación jurídica más favorable. Por esto, puede decirse con fundamento, que la importancia de dicha notificación dice relación especialmente al defensor y que en lo tocante al procesado, es hasta cierto punto secundaria.

Por ello, ha dicho la Corte, en otra ocasión:

“La única medida autorizada por la ley es notificar el auto de señalamiento de día y hora para la celebración del juicio al defensor, a fin de que éste transmita esa notificación al procesado y éste cumpla con la obligación de estar presente en la audiencia pública, pues es ésta prerrogativa creada por el legislador a favor del propio reo, a la cual puede renunciar sin que la renuncia implícita constituida por su ausencia pueda invocarse después como causal de nulidad”. (Sentencia de 24 de noviembre de 1950; G. J., números 2089 a 2091, pág. 636).

2.—No toda omisión, deficiencia o irregulari-

dad en la tramitación de un proceso, tiene capacidad para determinar la invalidez de la actuación. Es necesario probar en esos casos, que el vicio procedimental fue de tanta importancia que influyó decisivamente en el resultado de la acción, y cuando se alega como causal de nulidad la omisión de una fórmula propia del juicio, para que prospere, hay que demostrar que por ese motivo se mermaron las garantías constitucionales del procesado y esa anomalía fue la causa del resultado adverso que se trata de corregir.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintitrés de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Por sentencia de fecha tres de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, el Tribunal Superior de Pereira condenó a José Vicente López a la pena principal de cinco años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales, de que fueron víctimas Bernardo Ríos y Juan Bautista Restrepo, respectivamente.

Contra este fallo interpuso el recurso de casación el doctor Pablo Alzate Fernández en su condición de defensor del procesado, el cual le fue concedido. Este profesional, invoca en su libelo la causal cuarta de casación contemplada por el numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

Consta de autos, que el día doce de marzo del año de mil novecientos cuarenta y cinco, aproximadamente a eso de las cinco de la tarde, en el sitio denominado “Miracampo”, de la comprensión del municipio de Marsella, en una fonda de propiedad de Miguel Angel Restrepo, se hallaban éste, Juan Bautista Restrepo y Vicente López; poco después lle-

garon al mismo lugar Luis Angel y Enrique Ramírez, Bernardo Ríos, Israel García y Luis Enrique Ruiz. Al darse cuenta Bernardo Ríos de la presencia de López, le dijo que así como le había disparado la escopeta días antes, que le disparara allí y López le contestó, que no lo molestará, "que ya lo había oprobado bastante" y que si se sentía bravo que saliera para que se mataran. Ambos sujetos salieron de la tienda, pero López sin dar tiempo a su contrario que trataba de enfrentársele armado de peñilla, le disparó con revólver varias veces, causándole las lesiones que le produjeron la muerte e hiriendo también a Juan Bautista Restrepo.

El Juzgado Superior de Pereira abrió causa criminal por los trámites en que interviene el Jurado contra el mencionado José Vicente López, por los delitos de homicidio y lesiones personales y en firme esta providencia, adelantó la causa hasta celebrar la audiencia pública el día veintidós de febrero de mil novecientos cincuenta y uno. El Juez del conocimiento formuló a los Jueces de conciencia las preguntas respectivas sobre la responsabilidad del acusado por los delitos porque había sido llamado a Juicio y el Tribunal Popular contestó ambos cuestionarios afirmando esa responsabilidad, con la concurrencia de la circunstancia especial de atenuación de la riña imprevista, tanto para el homicidio como para las lesiones.

La respuesta a ambas preguntas es del tenor siguiente:

"Sí es responsable en riña imprevista".

Con fundamento en este veredicto, el Juez Superior de Pereira dictó sentencia condenatoria, imponiendo al acusado José Vicente López la pena principal de cinco años de presidio, una multa por valor de cincuenta pesos (\$ 50.00) a favor de la Caja Nacional de Previsión, las penas accesorias correspondientes y pago en abstracto de los perjuicios causados por los delitos.

La sentencia antes relacionada fue consultada con el Tribunal de Pereira y éste la confirmó, por medio de fallo fechado el tres de octubre pasado, reformándola únicamente en cuanto que no era precedente el imponer al procesado la multa señalada en aquella sentencia.

La demanda

Causal cuarta. — Nulidad del juicio.

Esta es la única causal alegada por el demandante, con fundamento en la nulidad señalada por el numeral quinto del artículo 198 del Código de

Procedimiento Penal, y la hace consistir en que no se notificó al procesado López, el auto que señalaba día y hora para la audiencia. El actor se expresa así:

"El H. Tribunal al pronunciar la sentencia ameritada debió darse cuenta de la falta de notificación al procesado, pues si el artículo 198 en su numeral 5º estatuye la sanción contra esa omisión, deduce, necesariamente, que el procesado, como parte esencial del proceso, tan esencial que es la única parte no reemplazable ni sustituible, debe recibir notificación personal del auto que señala fecha y hora para su juzgamiento, como que no debe ser condenado sin antes haber sido 'oído y vencido en juicio'".

Afirma dicho profesional que con ese proceder se violaron los artículos 477, 168, 173, 107, 440 y 457 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario, examina a espacio la tramitación del juicio en lo que se relaciona con la nulidad alegada y sostiene que no hubo restricción o desconocimiento de las garantías que alega el demandante para el procesado ni se violó el artículo 26 de la Carta; pide a la Corte que no case la sentencia materia del recurso.

Se considera:

La tramitación del proceso, desde la providencia en que por primera vez el Juzgado Superior señaló día y hora para la celebración del juicio, la puntualiza el Ministerio Público de acuerdo con la realidad procesal, en la siguiente forma:

"Por auto de 25 de julio de 1947, se fijó el primero de agosto siguiente para celebrar la audiencia, la que no pudo realizarse, porque el defensor, doctor Alzate Fernández, recusó a uno de los jurados, y además otro de ellos, estaba ausente.

"Hechos los correspondientes reemplazos y cumplidos los traslados del caso, se señaló el 29 de octubre de 1947 para la celebración del juicio. Pero al notificarse este auto, el mismo defensor manifestó que para ese día tenía pendiente otra diligencia en asunto civil. Por tal motivo, el Juez dispuso transferir la audiencia para el 31 de octubre mencionado, acto que tampoco tuvo lugar, por haber ocurrido cambio de Fiscal.

"Luego de reemplazar a otro Jurado, se fijó el 22 de febrero de 1951 para realizar la audiencia.

Al notificarse del auto, manifestó el señor defensor, doctor Alzate Fernández, que para tal fecha tenía "prefijadas audiencias en otros Juzgados Superiores de otros Distritos". A su vez, el Jurado Juan Duque Tobón expresó que era muy posible que el 22 de febrero mencionado no estuviera en Pereira.

"Asimismo, el citado defensor, en memorial de 7 de febrero, le pidió al Juez que transfiriera la audiencia, por el motivo que adujo en la notificación del auto respectivo.

"En providencia de 20 de febrero, el Juez no accedió a la solicitud, por no haberse traído la prueba pertinente.

"Al notificarse de dicha decisión el 21 de febrero, dijo el defensor: 'que, conforme hube de convenir con el señor Juez, renunció al uso de la palabra por primera vez, a efecto de que la audiencia se principie y me deje la oportunidad de intervenir en la segunda sesión, cuya fecha y hora acepto desde ya, pues que salgo mañana de Caldas con destino a otro Departamento, por vía Lansa'.

"En tales circunstancias, el Juez pronunció el siguiente auto con fecha 22 de febrero de 1951:

"En vista de que el Jurado Juan Duque Tobón manifiesta que se ausenta mañana definitivamente de esta ciudad, a dirigir o a desempeñar sus funciones de profesor en un colegio de la ciudad de Armenia, y en vista de que el doctor Pablo Alzate Fernández, defensor del sindicado Vicente López, no se encuentra en esta ciudad, se designa para su reemplazo al doctor Conrado Osorno, a quien se le dará la debida posesión. Esto en virtud de lo ordenado en el Decreto Ley de treinta y uno de octubre último, en el cual prohíbe terminantemente aplazar las audiencias por más de dos días, y naturalmente, la ausencia de uno de los señores Jurados entorpecería el presente negocio'.

"Posesionado el nuevo defensor, la audiencia pública se llevó a término en la hora y fecha indicadas en el auto de fecha 31 de enero. El abogado llenó ampliamente su cometido y obtuvo una situación favorable para López, con el reconocimiento de la riña imprevista.

"Finalmente, se anota que al procesado no se le notificó de modo personal, el último auto sobre señalamiento de la audiencia, por no estar detenido y hallarse gozando del beneficio de libertad provisional. Con todo, el Juzgado hizo las gestiones por telégrafo, para enterar a López sobre la celebración del juicio, lo que no se consiguió, por haberse ausentado de la región de Miracampo, Municipio de Marsella, según los telegramas que obran a los folios 90 bis y 101 bis del cuaderno principal. Aún

más: la notificación se hizo por estado, como consta al folio 91 v."

La ley procesal penal establece como causal de nulidad el "no haberse notificado en debida forma el auto en que se señala día y hora para la celebración del juicio". Esta norma tiene su fundamento en el hecho de que siendo la audiencia pública un acto de importancia extraordinaria en el juzgamiento y preferencialmente en los juicios con intervención de Jurado, hay necesidad de que las partes se enteren oportunamente de esa fecha para que provean a la defensa de sus derechos, estudiando el expediente para la preparación de sus alegatos.

En orden a conseguir los fines antes indicados, el artículo 171, ordinal d), del Código de Procedimiento Penal, dispone que el auto en mención se notifique personalmente al defensor. Y tiene que ser así, porque es éste el que interviene en el debate público en defensa de los derechos del procesado, unas veces refutando los cargos consignados en el auto de proceder y las alegaciones del Ministerio Público y de la parte civil, otras aminorando esos cargos y procurando para aquél una situación jurídica más favorable. Por esto, puede decirse con fundamento, que la importancia de dicha notificación dice relación especialmente al defensor y que en lo tocante al procesado, es hasta cierto punto secundaria.

Por ello, ha dicho la Sala en otra ocasión:

"La única medida autorizada por la ley es notificar el auto de señalamiento de día y hora para la celebración del juicio al defensor, a fin de que éste transmita esa notificación al procesado y éste cumpla con la obligación de estar presente en la audiencia pública, pues es ésta prerrogativa creada por el legislador a favor del propio reo, a la cual puede renunciar, sin que la renuncia implícita constituida por su ausencia pueda invocarse después como causal de nulidad" (Fallo de 24 de noviembre de 1950. Casación de Abel Cantor Cubillos. Gaceta números 2089 a 2091, pág. 636).

En el caso de autos las finalidades queridas por la ley se cumplieron a cabalidad con la notificación que de dicho proveído se hizo al defensor de López, doctor Alzate Fernández y al nuevo defensor, doctor Conrado Osorno. A éste se agrega, que el propio doctor Alzate Fernández convino en la fecha señalada y prometió actuar como defensor de su poderdante en la segunda sesión de la audiencia, sin que cumpliera este ofrecimiento.

De otro lado, dice la Procuraduría, "lo esencial en esta materia es que el procesado esté asistido en la audiencia de un abogado que haga la defensa de

la causa de aquél, y esa sagrada misión la desempeñó honesta y hábilmente el nuevo defensor doctor Osorno. El concurrió a la celebración del juicio, analizó las pruebas respectivas, planteó la tesis de la legítima defensa de su cliente, suscitó dudas acerca de la responsabilidad de éste y pidió su absolución, con lo cual demostró que conocía suficientemente el proceso, a pesar del corto tiempo de que dispuso para estudiarlo. Y como resultado de dicha gestión jurídica del defensor, los Jurados atenuaron la culpabilidad de López, aceptando que obró en riña imprevista".

De ahí, que ni la Sala ni el Ministerio Público, encuentren que en la tramitación de este proceso haya habido merma de las prerrogativas a que tenía derecho el procesado en su juzgamiento y consecuentemente no hubo violación de la norma constitucional que garantiza esos derechos.

Como lo ha sostenido en varias ocasiones la Sala, no toda omisión, deficiencia o irregularidad en la tramitación de un proceso, tiene capacidad para determinar la invalidez de la actuación. Es necesario probar en esos casos, que el vicio procedimental fue de tanta importancia que influyó decisivamente en el resultado de la acción, y cuando se alega como causal de nulidad la omisión de una fórmula propia del juicio, para que prospere hay que demostrar que por ese motivo se mermaron las garantías cons-

titucionales del procesado y esa anomalía fue la causa del resultado adverso que se trata de corregir (Casación de Carlos Garcés. Sentencia de 18 de marzo de 1947).

Y en este proceso, el representante del sindicato no ha demostrado a la Sala, que la intervención del doctor Conrado Osorno, como defensor del acusado López en la audiencia, hubiera sido equivocada, deficiente o falta de idoneidad, y por ello el Jurado hubiera condenado a dicho sujeto.

Por lo tanto, la causal de casación alegada por el actor no está demostrada y no puede prosperar, no siendo el caso de invalidar el fallo recurrido.

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, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que ha sido materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno.—Alejandro Camacho Latorre.—

Luis Gutiérrez Jiménez.—Ángel Martín Vásquez.—

Julio E. Argüello R., Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD. — LOS MOTIVOS INNOBLES O FUTILES. — LA INDEFENSIÓN DE LA VÍCTIMA

1.—No es arbitraria la comprobación de una cualquiera de las circunstancias de mayor peligrosidad. El proceso debe contener los elementos de juicio que permitan al fallador establecer que los hechos materiales o las condiciones del reo o la forma de su actividad, así como los motivos de su proceder, encajan en alguna de esas modalidades, que tienen el carácter de circunstancias de peligrosidad, y, por tanto, conllevan a la agravación de la responsabilidad, por la misma gravedad que encierran.

2.—La circunstancia de mayor peligrosidad que se sustenta en la motivación de un hecho por una causa fútil, indica que el sujeto criminal produce su acción llevado por un sentimiento sin importancia, nimio y sin valor, por lo mismo que su apreciación resulta excesiva para producir como consecuencia un delito de la categoría del homicidio o cualquier otra infracción en donde prueba obrar el delincuente movido por cosa de tan poca entidad. Obrar así, no puede ser distinto de ejecutar el hecho de suerte que se manifieste de manera clara y patente la desproporción entre el acto cometido y la causa determinante que lo produce, haciendo resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el delito que se comete y la razón determinante de la conducta del agente, lo que implica que el móvil sea erigido de manera expresa por el Código como manifestación de la peligrosidad que exhibe quien actúa de tal modo.

3.—La indefensión de la víctima, no es circunstancia que pertenezca al mismo sujeto que delinque, sino a las condiciones objetivas o materiales en que se realiza el delito. Dentro de las clasificadas en el estatuto represivo, corresponde a aquellas formas de ejecución que deben estar demostradas en el proceso para que estén en capacidad de operar en la individualización de la pena, sistema que rige en el Código, como el medio de mayor eficacia para asegurar una efectiva defensa social contra la delincuencia.

Indefensión implica completa incapacidad del sujeto para repeler la agresión de que es víctima, en la generalidad de los casos. Es circunstancia que mira no tanto a quien infringe la ley, como a aquel que resulta sujeto pasivo de la infracción. Por ello, si la apreciación de esa modalidad subjetiva no corresponde a la realidad, no puede imputarse legalmente, porque entonces se desvirtúan los presupuestos jurídicos sobre que está sustentada esa forma de agravación de la responsabilidad. De consiguiente, cuando las constancias procesales no la autorizan, no es lícito al Juez presuponerla para aumentar la sanción.

Es menester escudriñar el proceso en su contenido probatorio, para cerciorarse de que efectivamente el sujeto delincuente aprovechó esa ventaja, para cometer el delito. Cuando subjetivamente exista alguna verosimilitud de que la víctima no estaba indefensa, es posible que se incurra en injusticia al atribuir al victimario una situación que no estaba en condiciones de medir en el grado en que lo haga mayormente responsable, entendido, es obvio, lo anterior en el sentido de que no corresponda a forma alguna que implique modificación en la estructura del delito o elemento constitutivo del mismo.

4.—En materia criminal, es regla sabia dar a la explicación del delincuente un cierto margen de credibilidad, cuando las circunstancias del delito revelen que subjetivamente el agente creyó posible un acontecer distinto al que describe la prueba testimonial. Los testigos describen hechos materiales que entran por sus sentidos externos, pero están en incapacidad de dar testimonio de los sentimientos que dominan al actor en el momento de delinquir. El Juez sí puede valorar esta posibilidad y darle la apreciación que merece dentro de las condiciones en que se cumplió el hecho delictuoso.

No de otra suerte se explica que unas circunstancias de peligrosidad estén en el mismo

sujeto que delinque, y otras en las formas o maneras en que se infringió la ley penal.

5.—Si en un pliego de cargos no se usan los vocablos técnicos, pero se consignan con toda nitidez los hechos fundamentales que configuran determinadas especies delictivas, y por esos hechos modificadores de la responsabilidad se llama a responder en juicio al procesado, ello basta para que, en su caso, se interroge al Jurado acerca de tales modalidades y para que la sentencia decida sobre ellas. De no ser así, prevalecería en la administración de justicia lo formal sobre la verdad de las cosas y la aplicación del derecho que esa verdad mande.

6.—Tratándose de circunstancias modificadoras de la responsabilidad o de elementos estructurales del delito, corresponde al tribunal de conciencia su calificación, y producido el veredicto, su aceptación es obligatoria si no se declara contraevidente. Los artículos 480 y 499 del C. de P. P., bien claro determinan las distintas funciones de los Jueces cuando obran en puro derecho o tienen como auxiliares en la administración de justicia a los miembros que componen el Jurado popular.

7.—La Corte ha mantenido la doctrina de que si una circunstancia en la comisión del delito ha sido tenida como modificadora de la responsabilidad, el hecho de que el Jurado la niegue impide al Juez de derecho computarla a un título distinto, como agravante de la sanción. Es la identidad o coincidencia entre la circunstancia deducida por el aspecto de la mayor peligrosidad que implica, y la modalidad constitutiva de un elemento que da al hecho una más alta categoría en la escala penal, desligándolo del concepto de peligrosidad, para encajarlo en una calificación jurídica distinta, la que otorga especial relevancia a la doctrina, la cual no tendría idéntica aplicación, si aquella coincidencia o semejanza no se manifestara, porque entonces el principio de contradicción en que se funda la doctrina, para evitar que un mismo hecho se cargue doblemente a una misma persona, ya no tiene igual operancia, desde luego que si existen matices o modalidades que diferencian unas y otras circunstancias, nada impide que el Juez las considere y valore como elementos mensuradores de una mayor o menor responsabilidad, y, por ende, de una pena más grave o más atenuada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintitrés de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Por medio de apoderado especial el procesado en este negocio Juan Montenegro Charris presentó demanda de casación contra la sentencia del 20 de septiembre de 1951, en virtud de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta condenó a tal sujeto a la pena principal de once años de presidio, junto con las accesorias legales, por el delito de homicidio en la persona de Miguel Acosta Bendeck.

El recurrente invoca las causales primera, segunda y tercera del artículo 567 del Código Procesal Penal.

Los motivos de impugnación, con fundamento en las causales dichas tienen en el libelo argumentos que se relacionan estrechamente. De aquí que sea más lógico estudiarlos conjuntamente en aquello que sea susceptible del recurso, pues la causal segunda, también alegada, como en reiterada doctrina lo tiene resuelto esta Sala no es viable en los juicios en que interviene el Jurado, desde luego que el fallar éste en conciencia impide que otra entidad distinta juzgue la prueba sobre que sustentó el veredicto, a menos que sea contraevidente, pero su declaratoria sólo compete al Juez o Tribunal respectivo, atribución ésta que las normas procesales en vigor no dejaron a la Corte al crear el recurso de casación. Fuera de esto, obrar de otra suerte equivaldría a convertir el recurso en una tercera instancia, desvirtuando así su índole misma ajena por su técnica a este menester.

Hechos y actuación procesal

En las horas de la tarde del 28 de junio de 1948 cuando el señor Miguel Acosta Bendeck se encontraba acompañado de otras personas en negocio de ganados en un campo cercano al Corregimiento de Guáimaro, Distrito de Salamina (Magdalena), al encontrarse con Juan Montenegro Charris y a causa de que las reses de aquél se entraban a la propiedad del último, surgió entre ellos un altercado, en el cual ambos emplearon un tono alto y se dirigieron agresiones recíprocas. Sin que se conozca exactamente la razón de ello, esto es que fuera amenazado, como lo afirma el homicida o por causa de la

misma discusión habida entre los protagonistas del encuentro verbal, es lo cierto que Montenegro corrió hasta su casa de habitación y de allí regresó armado con una escopeta al lugar en donde se encontraba Acosta. Volvió a iniciarse el altercado entre éste y Montenegro, quien por encontrarse armado aumentó su beligerancia, al extremo de desafiar e insultar a su contendor que se limitaba a manifestar que no llevaba arma consigo, para comprobar lo cual se alzaba la camisa. Tal actitud en lugar de contener la ira del procesado, sirvió para que aprovechando una circunstancia favorable en el círculo de los que acompañaban a Acosta y hacían todos los esfuerzos por evitar la tragedia, disparara contra aquél, hiriéndolo mortalmente en el cuello y en el pecho, por lo cual falleció inmediatamente.

Inició la correspondiente investigación sumaria el Alcalde de Salamina (Magdalena) y una vez perfeccionada pasó al conocimiento del Juzgado Segundo Superior de Santa Marta. Este despacho acogiendo en su integridad el concepto del señor Fiscal y motivando únicamente con él la providencia, llamó a responder en juicio a Montenegro Charris. Como el señor Agente del Ministerio Público lo sugirió en su vista y el Juez acogió igual criterio, al delito se le dio la fisonomía de que había sido cometido "con la gravedad de haberse llevado a cabo estando desarmada la víctima" (fls. 105 del cuaderno principal).

Apelada dicha providencia, el Tribunal la confirmó en todas sus partes y en alguno de los considerandos dijo expresamente: "Las circunstancias que rodearon la muerte violenta de Acosta Bendeck, según el relato que hacen los testigos, y los motivos que la originaron, de acuerdo con la confesión del mismo sindicado, justifican la modalidad que se hizo constar en la vista fiscal que se acogió como fundamento del auto de proceder" (fs. 119).

Fue así como se sometió a la consideración del tribunal popular el siguiente cuestionario:

"¿El señor Juan Montenegro Charris, es responsable de haber dado muerte, con intención de matar al señor Miguel Acosta Bendeck, hecho ocurrido el 28 de junio de 1948 en el Corregimiento de Guáimaro, perteneciente al Municipio de Salamina, con la gravedad de encontrarse desarmada la víctima y ocasionándole las lesiones descritas en la correspondiente diligencia de autopsia?"

El jurado, por unanimidad, rindió su veredicto así:

"Sí, pero sin saber que la víctima estaba desarmada".

En desarrollo de esta decisión el Juez del cono-

cimiento dictó sentencia condenatoria y de este tenor son los considerandos segundo y tercero que motivan la sentencia:

"2º La pena en el presente caso la señala el artículo 362 del Código Penal y es de presidio de ocho a catorce años.

"3º Según el artículo 39 del C. P. sólo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurren únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurren únicamente de menor peligrosidad.

"En el presente caso obra en favor del homicida el haber confesado su delito y el hecho de no tener malos antecedentes.

"No concurren circunstancias de mayor peligrosidad. En consecuencia debe aplicarse el mínimo de la pena" (fls. 172, cuaderno principal).

Esta sentencia no fue apelada, pero la revisó el Tribunal por consulta, discrepando con el fallador de primer grado en cuanto a la pena impuesta al reo, la que aumentó a once años.

Fundamenta el superior las razones de tal aumento diciendo que de conformidad con el propio relato del procesado en la indagatoria si en realidad existió agresión injusta por parte de Acosta Bendeck, ya el mal estaba hecho y no había de qué defender, restándole sólo al ofendido recurrir a la justicia para que impusiera la respectiva sanción y ordenara las indemnizaciones pecuniarias a que hubiera lugar. Como el ofendido lo que hizo fue reaccionar después contra el injusto agresor, su acción revistió entonces un carácter antijurídico y delictuoso, porque todo brote de la venganza, forma aguda del odio, acusa un estado de peligrosidad en el vengador o sujeto de ella. Obró, pues, el procesado impulsado más por el arrebató de ira, que por la consideración de una ofensa al honor por la tal agresión, y, en esta situación su peligrosidad es evidente.

"Demostrado como está —agrega el Tribunal— el homicidio que Juan Montenegro cometió en la persona de Miguel Acosta Bendeck, con la modalidad de llevarlo a cabo con intención de matar y con la gravedad de que la víctima estaba desarmada y por motivo perverso o innocuo, fútil, pequeño, baladí, en una palabra por motivo que en iguales condiciones no hubiera conducido a una persona sensata a quebrantar la ley, es el caso de descartar la opinión del Jurado: 'pero sin saber que la víctima estaba desarmada', y, por ende, el de modificar la sentencia que se revisa, en lo concerniente a la cuantía de la pena, por la gravedad del hecho delictuoso y por

concurrir circunstancias de mayor peligrosidad que lo acompañaron”.

Destaca, pues, el fallo recurrido que en la ejecución del hecho se presentan circunstancias de peligrosidad que hacen referencia al modo de proceder del agente por los motivos determinantes que lo impulsaron al delito y también por las condiciones objetivas en que se hallaba la víctima en el momento de recibir el impacto de arma de fuego que dio al traste con su vida. Sin decirlo precisamente, es notorio que el fallador tuvo en cuenta en forma particular las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 3º y 7º del artículo 37 del Código Penal, puesto que señala que obró por motivos fútiles y acepta que la víctima se hallaba indefensa y en estado de manifiesta inferioridad.

Mas a estas circunstancias que constituyen modalidades específicas de mayor peligrosidad, agrega también la genérica de la gravedad y modalidades del delito, por cuanto afirma el fallo que la ejecución del mismo revela gran peligrosidad en el agente, lo que hace que de conformidad con la legislación penal vigente, ese homicidio deba considerarse en forma más agravada que el simplemente voluntario.

Como el recurrente sólo concreta sus críticas a la sentencia en relación con las circunstancias de mayor peligrosidad, sin hacer referencia a este otro aspecto de la cuestión, la Corte habrá de describir su estudio a la materia que señala la demanda, esto es a establecer si el Tribunal de instancia aplicó o no las normas legales que regulan la individualización de la pena en el estatuto penal vigente, y, por tanto, si las circunstancias de mayor peligrosidad que tuvo en cuenta para aumentar la sanción en su mínimo corresponden a los preceptos técnicos que autorizan ese arbitrio judicial.

Causales de casación

En dos capítulos divide la demanda la acusación que formula contra la sentencia recurrida. El primer capítulo lo destina al análisis y demostración del primer cargo, que fundamenta en la causal primera del artículo 567, por cuanto se incurrió al condenar al reo en violación de la ley sustantiva penal, por errónea interpretación e indebida aplicación. “Con la sentencia recurrida —dice el libelo— se violó la ley penal sustantiva porque se interpretó erróneamente al dejar de aplicar el artículo 39 del Código Penal en armonía con los ordinales 1º y 9º (sic) ; y se aplicó indebidamente al deducir las circunstancias del art. 37 (3º y 7º)”.

El segundo capítulo de impugnación lo dirige la

demanda a establecer que la sentencia “violó en forma obstensible la ley penal sustantiva, porque dejó de aplicar la última parte del artículo 39 del Código Penal, por errada interpretación de los hechos y por estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado”.

En realidad de verdad los dos motivos alegados se funden en uno, pues si hubo indebida o errónea interpretación de la ley en cuanto a la aplicación de las circunstancias de mayor peligrosidad que se tuvieron en cuenta para agravar la sanción, ello mismo incide en el desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado, por cuanto habiendo excluido éste la modalidad agravante de la indefensión de la víctima por encontrarse desarmada, no autorizaba al fallador para tener en consideración esa modalidad como circunstancia de mayor peligrosidad.

Desde este punto de vista el estudio del recurso puede hacerse analizando conjuntamente los motivos de impugnación. Las mismas conclusiones de la demanda, que en seguida se transcriben, indican que si bien en alguna parte de ella se alude expresamente a la causal segunda, ningún cargo concreto se hizo en este sentido, y bien por esta razón o por el que ya antes se apuntó, de no ser viable dicha causal en los negocios en que conoce el Jurado, sólo a los motivos que constituyen las conclusiones se remitirá la Corte en la decisión del recurso.

Dichas conclusiones son del siguiente tenor:

“En el capítulo primero se demuestra que el Tribunal —debido a errada apreciación e interpretación de los hechos— imputó a Juan Montenegro Charris circunstancias de mayor peligrosidad que no se acreditaron en el proceso, lo que dio lugar a violación de la ley penal, desde luego que se aplicaron normas del artículo 37, y se dejó de aplicar la última parte del artículo 39 del Código Penal.

“En el capítulo segundo se demuestra que el Tribunal —debido a errada apreciación de la verdad— violó el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la sentencia no está acorde con el veredicto del Jurado, siendo así que éste se ajusta al auto de proceder y a la realidad del expediente, dando lugar a considerar circunstancias de mayor peligrosidad a aquellas que el Jurado ha calificado como modificadoras del delito.

“Se aplicó —agrega— indebidamente el artículo 37 del Código Penal, cuando el que ha debido de aplicarse es el 39 ibidem, última parte”.

Concepto del señor Procurador Delegado

Este funcionario, después de minucioso análisis de las tesis presentadas en la demanda, concreta su estudio en las causales primera y tercera, y al examinar lo referente a los capítulos en que divide el recurrente las causas porque impugna la sentencia recurrida, las analiza por separado, en primer término lo que dice relación con los motivos innobles o fútiles que determinaron a obrar al reo, y en segundo lugar a las condiciones de inferioridad o indefensión en que se encontraba la víctima en el momento del delito.

Sobre el primer aspecto afirma:

“Así las cosas, se justifica la agravante accesoria deducida por el Tribunal sobre la futilidad del móvil que determinó al agente, ya que aparece manifiesta la desproporción entre la pretendida ofensa que alega el acusado —que en verdad no tiene apoyo en el proceso— y la muerte de Acosta Bendeck”.

Concluye que por un doble aspecto concurre la circunstancia de mayor peligrosidad que contempla el numeral 3º del artículo 37 del Código Penal, o sea futilidad del motivo y lo innoble del mismo.

En cuanto al segundo tema, dice como conclusión:

“En resumen, hay identidad entre la circunstancia rechazada por el Jurado y la deducida por el Tribunal, lo que implica violación del artículo 37 de la ley penal sustantiva”.

O sea, que se halla probado el segundo cargo del libelo, en cuanto la sentencia no guarda consonancia con el veredicto.

Decisión de la Corte

Se considera:

Dentro de la técnica del Código se señalaron de manera taxativa las circunstancias de mayor peligrosidad que deben servir al Juez para individualizar la condena en un caso dado. No se dejó, pues, al sólo arbitrio del fallador la medida de la pena sino que se le impuso un límite dentro del cual debía moverse para valorar la peligrosidad y buscar por este medio un criterio mensurador de la sanción. Esta limitación de las atribuciones del sentenciador surge precisamente de la contextura misma del estatuto que no quiso otorgar a aquel funcionario más facultades que las fijadas de manera expresa en la ley, quizás con el intento de prevenir la arbitrariedad que podría derivarse de la amplitud con que se usara, si un conocimiento incompleto de la

técnica del Código permitiera encontrar elementos de peligrosidad en actos o motivos que de ninguna manera contiene este elemento individualizador de la penalidad.

No otra significación tiene el artículo 37 del estatuto represivo que señala las circunstancias de mayor peligrosidad, las cuales agravan la responsabilidad siempre que no se hayan previsto como modificadoras o elementos constitutivos del delito. De manera que cuando en un determinado proceso aparezca alguna de estas circunstancias establecida, el Juez no puede menos que valorarla en su exacta significación jurídica, dándole la relevancia penal que esté contenida en ella para servir de medida de la cuantía de la pena que debe imponer al responsable del delito.

Es claro que no es arbitraria la comprobación de una cualquiera de esas circunstancias de mayor peligrosidad. El proceso debe contener los elementos de juicio que permitan al fallador establecer que los hechos materiales o las condiciones del reo o la forma de su actividad, así como los motivos de su proceder, encajan en alguna de esas modalidades, que tienen el carácter de circunstancias de peligrosidad, y, por tanto, conllevan a la agravación de la responsabilidad por la misma gravedad que encierran.

En el proceso a estudio los elementos probatorios que suministra el expediente permiten comprobar que tuvo razón legal el Tribunal para computar como circunstancia de mayor peligrosidad los motivos innobles o fútiles con que procedió el homicida. Existe la constancia procesal de que fue grandemente desproporcionada la reacción del reo motivada por la controversia verbal que se había suscitado entre los protagonistas del hecho por sucesos baladíes, que si bien podían dar lugar a reclamaciones entre ellos, no tenía entidad bastante para producir las graves consecuencias que se tradujeron en la pérdida de una vida en condiciones, que no debía causarse, si precisamente Montenegro Charris no obra con tanta precipitación y si su beligerancia no lo lleva hasta su casa a buscar el arma con que luego ha de perpetrar el delito.

Los testigos presenciales del suceso están acordes en afirmar que las expresiones cruzadas entre Acosta y Montenegro no tenían suficiente gravedad para llevar a éste a los extremos a que llegó. Analizados con el mayor rigorismo los hechos, se desprende de ellos que más que la reacción justificada por algún motivo, obró en el ánimo del homicida una pasión vengativa, que en una personalidad impulsiva como la que exhibe el procesado, llevó a

exaltarlo tanto que ni la presencia de varias personas, que trataron de impedir la culminación del hecho, ni los ruegos de su pequeño hermano que pugnaba por quitarle la escopeta, fueron suficientes para disuadirlo de su propósito, el que agotó cuando dirigió contra su víctima el disparo mortal.

Declara el testigo Cristóbal de la Rosa:

"Yo me encontraba en el día de ayer (declaró el 29 de junio de 1948), en las horas de la tarde, sentado por los lados del caño 'El Perro', cuando pasó el señor Miguel Acosta Bendeck en compañía del señor Elías Acosta Jubiz, un señor Benoit y otros dos señores cuyos nombres ignoro; el señor Acosta Bendeck me pidió que fuera con ellos para ayudarme a herrar un ganado y ya de regreso, cruzó con nosotros el señor Juan Montenegro Charris, y momentos después nos volvió a alcanzar el mismo Montenegro Charris, quien se tiró del animal en que venía montado, trayendo una escopeta y llamaba a Miguel Acosta para matarlo, insultándolo a gritos; el señor Miguel Acosta no le hacía caso y el señor Benoit se le atravesaba por delante montado en su caballo, tratando de impedirle que disparara; los demás que estábamos allí rodeamos al señor Acosta Bendeck, pero hubo un momento en que ése se apartó un poco, montado en su caballo y entonces Montenegro Charris le disparó un tiro que lo tumbó en seguida del caballo. En seguida Montenegro Charris volvió a cargar la escopeta y se regresó corriendo. Montenegro le hizo el disparo a Acosta Bendeck como a una distancia de siete metros, y Acosta Bendeck cayó al suelo. Con Montenegro llegaron cinco personas más, pero no los conocí porque se quedaron algo distantes; sólo un hermanito de Montenegro, como de ocho años, cuyo nombre no sé, se acercó a Montenegro y trató de quitarle la escopeta, pero Montenegro lo apartó de un manotón" (fs. 6).

La declaración anterior la ratifica Manuel Salas, así:

"Yo llegué ayer como mozo de Benoit, Bendeck y Carlos Gutiérrez, que venían a comprar un ganado, estuvimos cogiendo y herrando ganado en compañía de los nombrados, Elías Jubiz, Miguel Acosta Bendeck y un jojen de nombre Cristóbal, y ya como a las tres de la tarde, después de haber traído el ganado hasta un corral y dejarlo encerrado, se presentó un hombre joven, moreno, regular de alto, montado en una yegua y traía una escopeta; al llegar trató de amarrar la yegua aún montado, pero no cayó la cabuya en la madrina; entonces se bajó y le gritó al señor Miguel Acosta que aquí era donde iban a arreglar el asunto; el señor Acosta le

contestó que él estaba desarmado, alzándose la camisa, pero el hombre le apuntó con la escopeta, gritando varios insultos y diciendo que lo iba a matar; el señor Benoit se metió por en medio, atravesándole el caballo, y un niño trató de quitarle la escopeta al hombre, pero éste lo empujó y disparó contra Miguel Acosta en el momento en que éste se apartó del grupo, hiriéndolo y derribándolo muerto del caballo; detrás del matador venían otros hombres que se quedaron a alguna distancia y se regresaron cuando el matador se fue, y el niño se llevó la yegua del matador" (fs. 9).

No mencionan los testigos presenciales apuntados y los demás que obran en el informativo hecho alguno demostrativo de que Acosta Bendeck tomara una actitud frente al contendor que hiciera temer a éste ataque contra su persona o le dirigiera una expresión de tal índole que lo obligara a reaccionar para repeler la ofensa. Es el propio sindicado quien introduce en su confesión circunstancias modificadoras que los testigos no mencionan y cuyo contenido debe examinarse para establecer si en realidad con esos elementos de juicio puede destruirse la afirmación del recurrente en el sentido de que el cómputo de las circunstancias de peligrosidad que hizo la sentencia resulta legal porque no está demostrado que el homicida procediera por motivos fútiles o innobles.

En su indagatoria Montenegro explicó así los hechos:

"El señor Acosta Bendeck, estaba parado en la puerta de un potrero cuando yo pasaba y estaba solo... Cuando yo pasaba me ha dicho, ole, y le contesté qué pasa, y me dijo él por qué le echaba las vacas para afuera, y le dije que cuantas veces se metieran las echaba afuera y me dijo que si yo era el predispuesto y yo le dije que sí lo era y que si lo era qué había, entonces él me ha intimidado como a tirarme, entonces yo le dije que no fuera tan pendejo, que me esperara que yo estaba sin arma, me dijo que sí me esperaba, entonces yo eché a correr mi bestia para llegar a la posesión, cogí la escopeta y he salido a batirme con él; lo he encontrado todavía en el lugar en que me estaba esperando, lo grité a ver qué resolvía y me dijo que me estaba esperando, entonces he intentado de tirarlo y se tiró de su bestia, pensé habérselo perdonado, entonces me dijo que yo era un mugre, lo mismo que mi padre, le volví a preguntar que quién es el mugre y ha vuelto a decirme que yo y mi pae (sic), volví a repetir la misma pregunta por contesta le dí fue mugre esto que te va y le disparé y calló (sic) al suelo" (fs. 14 vto.).

Como se ve esta confesión está ampliamente contradicha por las pruebas testimoniales que obran en el proceso. Ninguno de los declarantes que presenciaron los hechos abona las afirmaciones de Montenegro Charris. Pero aunque así fuera, resulta evidente que las razones justificativas de su conducta en ningún caso ofrecen modalidades susceptibles de explicar una acción que rebasa sin duda alguna la causa del hecho, porque aún aceptando los descargos del actor, se puede concluir que los motivos determinantes del homicidio tienen un carácter que los sustraiga a la apreciación de que el procesado obró en circunstancias que acusan manifiesta peligrosidad, ya que es imposible admitir que una expresión tan nimia y baladí como la palabra "mugre", que pone en boca de la víctima como la única ofensa que le dirigiera y la que motivó el disparo, alcance un poder de tanta capacidad ofensiva que explique la reacción violenta del procesado.

La circunstancia de mayor peligrosidad que se sustenta en la motivación de un hecho por una causa fútil, indica que el sujeto criminal produce su acción llevado por un sentimiento sin importancia, nimio y sin valor, por lo mismo que su apreciación resulta excesiva para producir como consecuencia un delito de la categoría del homicidio o cualquier otra infracción en donde prueba obrase movido el delincuente por cosa de tan poca entidad. Obrar así no puede ser distinto de ejecutar el hecho de suerte que se manifieste de manera clara y patente la desproporción entre el acto cometido y la causa determinante que lo produce, haciendo resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el delito que se comete y la razón determinante de la conducta del agente, lo que implica que el móvil sea erigido de manera expresa por el Código como manifestación de la peligrosidad que exhibe quien actúa de tal modo.

Analizada de esta suerte la conducta de Montenegro Charris, complementando sus afirmaciones con las que resultan de la prueba testimonial, aparece claro que la futilidad del móvil tiene que conducir a la agravación de su responsabilidad y que correspondiendo al fallador por ministerio de la ley la obligación de medir la pena dentro de los límites por ella misma fijados, señalando también las circunstancias de peligrosidad que hayan concurrido al acto, es manifiesto que la sentencia recurrida no puede ser impugnada precisamente por haber agravado la penalidad al reo en atención a que obró movido por una causa que tiene todos los caracteres que la colocan dentro del concepto que es-

tablece la peligrosidad en la futilidad o nimiedad del factor que determinó el obrar del agente.

Con razón dice el colaborador que "aún admitiendo las afirmaciones de Montenegro, de que él le disparó a Acosta Bendeck porque le dijo 'mugre', lo mismo que a su padre, esa mera expresión no implica una ofensa grave y de suficiente potencialidad para reaccionar en la forma tan desproporcionada y violenta como lo hizo el procesado, esto es, acometiendo al autor de tales palabras y causándole la muerte.

"El vocablo 'mugre' —agrega aquel funcionario— según el Diccionario de la lengua, significa 'grasa o suciedad de la lana, vestidos, etc.' Por tanto, dicha palabra podrá implicar una actitud despectiva, una grosería para la persona a quien se le dirige, pero no un serio ataque a su honor, a sus cualidades de hombre de bien, a su patrimonio moral y social, que normalmente encienda las llamaradas de la emoción cólera, haga perder las fuerzas inhibitorias de la personalidad y lleve al sujeto hasta el trance supremo de matar a quien lo ha ofendido en magnitud tan grande.

"Este no es el caso de Montenegro. Todo indica que él es de un temperamento irritable y explosivo, que reacciona desmedidamente, en intensidad y duración, ante cualquier estímulo, por leve y baladí que éste sea".

La verdadera causa de haberse hecho criminal Montenegro no radica en nada distinto de un oscuro sentimiento de venganza, determinado por el hecho intrascendente de haberle formulado la víctima un reclamo en el sentido de que no le largara los animales que se entraban a la propiedad del reo. Es muy frecuente entre propiedades colindantes, cuyas cercas no se encuentren en buen estado, que los semovientes de una persona se pasen a la vecina. La ayuda mutua entre los convecinos indica que lo razonable es poner coto al hecho modificando la causa que lo produce, esto es arreglando las cercas, de suerte que aquella circunstancia no conduzca ningún perjuicio para quien sufre las consecuencias de tal acontecer. Pero liquidar esta situación del modo como lo hizo el procesado indica que su actitud tiene especiales características, que la encajan en una modalidad circunstancial, que la ley señala como de mayor peligrosidad y es a tal consideración a que se tiene que ceñir el Juez para imponer la pena, porque la manifestación antisocial que un acto así conlleva, implica que el sujeto es peligroso por ese motivo y como tal debe ser sancionado.

Concurre pues, en el procesado la circunstancia

de mayor peligrosidad que consagra el numeral 3º del artículo 37 del estatuto represivo, y por ello la sentencia que así lo reconoció no es susceptible de modificación por estar ceñida a la ley. En consecuencia no prospera por este aspecto ninguna de las causales alegadas.

Condiciones de inferioridad o de indefensión del ofendido.

Como ya se indicó la demanda plantea el segundo motivo de impugnación contra el fallo recurrido en el hecho de haber violado el Tribunal, en forma ostensible, la ley penal sustantiva, al no aplicar la última parte del artículo 39 del Código Penal, lo que constituye una errada interpretación o apreciación de los hechos y demuestra también el desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

La Corte contesta:

La indefensión de la víctima no es circunstancia que pertenezca al mismo sujeto que delinque sino a las condiciones objetivas o materiales en que se realiza el delito. Dentro de las clasificadas en el estatuto represivo corresponde a aquellas formas de ejecución que deben estar demostradas en el proceso para que estén en capacidad de operar en la individualización de la pena, sistema que rige en el Código como el medio de mayor eficacia para asegurar una efectiva defensa social contra la delincuencia.

Indefensión implica completa incapacidad del sujeto para repeler la agresión de que se es víctima, en la generalidad de los casos. Es circunstancia que mira no tanto a quien infringe la ley, como a aquella que resulta sujeto pasivo de la infracción. Por ello, si la apreciación de esa modalidad subjetiva no corresponde a la realidad, no puede imputarse legalmente, porque entonce se desvirtúan los presupuestos jurídicos sobre que está sustentada esa forma de agravación de la responsabilidad. De consiguiente, cuando las constancias procesales no la autorizan no es lícito al Juez presuponerla para aumentar la sanción.

Es menester escudriñar el proceso en su contenido probatorio para cerciorarse de que efectivamente el sujeto delincuente aprovechó esa ventaja para cometer el delito. Cuando subjetivamente exista alguna verosimilitud de que la víctima no estaba indefensa, es posible que se incurra en injusticia al atribuir al victimario una situación que no estaba en condiciones de medir en el grado en que lo haga mayormente responsable, entendido, es obvio, lo anterior en el sentido de que no corresponda a for-

ma alguna que implique modificación en la estructura del delito o elementos constitutivos del mismo.

De las pruebas del proceso se deduce que las circunstancias en que obró Montenegro permiten admitir que el encuentro anterior a la culminación de los sucesos con la muerte de Acosta, lo predisponían a la creencia de que su adversario no estaba desprovisto de medios de defensa. Si así lo creyó el homicida y obró en consecuencia, sería excesivo presumir que actuó seguro de aquella indefensión. Por consiguiente, resulta más conforme a derecho suponer que dadas aquellas circunstancias era presumible la defensa de su ocasional contendor y que de esta suerte obró en la creencia fundada de que ella existía.

Así las cosas, no puede imputarse al procesado una situación de hecho, que por serlo excluye desde el punto de vista subjetivo en que ese elemento de peligrosidad impera, una agravante de su responsabilidad que no estaba en condiciones de eludir por la manera como los hechos se desarrollaron. Ellos implican la precipitación en el obrar del agente y por lo mismo permiten deducir que no los tuvo en cuenta para su actividad criminal.

Puede decirse que en este punto la confesión del reo se hace verosímil. En materia criminal es regla sabia dar a la explicación del delincuente una cierta margen de credibilidad cuando las circunstancias del delito revelen que subjetivamente el agente creyó posible un acontecer distinto al que describe la prueba testimonial. Los testigos describen hechos materiales que entran por sus sentidos externos, pero están en incapacidad de dar testimonio de los sentimientos que dominan al actor en el momento de delinquir. El Juez sí puede valorar esta posibilidad y darle la apreciación que merece dentro de las condiciones en que se cumplió el hecho delictuoso.

No de otra suerte se explica que unas circunstancias de peligrosidad estén en el mismo sujeto que delinque, y otras en las formas o maneras en que se infringió la ley penal. Por ser de la primera categoría la que aquí se estudia, nada impide desestimarla como condición agravante de la penalidad.

Fuera de lo anterior, conviene recordar que desde la pieza calificadora del proceso, se imputó a Montenegro la comisión de un delito de homicidio, aduciéndole como circunstancia modificadora de la responsabilidad el hecho de haberse llevado a cabo estando desarmada la víctima. Es decir, como lo anota la Procuraduría, que al hecho punible se le dio el carácter de específicamente agravado por la

indefensión del ofendido, porque a ello equivale el haberse causado la muerte cuando se hallaba inerme y en actitud de evitar el choque con el agresor.

Es cierto que en el auto de proceder no se mencionó expresamente cuál circunstancia era aquella que le daba al delito una peculiar gravedad por la forma de su ejecución. Pero no cabe duda que se le dio el carácter de alevoso al ataque del agresor, porque sólo así procede el que con cobardía y deslealtad sorprende a la víctima inerme o desprevenida y ejecuta el hecho sin el menor peligro para su persona.

Siendo ello así, no puede anotarse una falta de técnica en la ausencia del término estrictamente jurídico para designar la forma de ejecución del homicidio mediando la circunstancia de la alevosía, para señalar con entera exactitud que tenía la calificación precisa de asesinato, porque en la expresión usada ponderando la gravedad del delito, por encontrarse desarmada la víctima, que se empleó tanto en la pieza enjuiciatoria como en el cuestionario para el Jurado, quedó claramente descrito el cuadro legal que configura aquella modalidad, que tanta categoría de grave dá a la infracción hasta elevarla al asesinato, conforme al numeral 5º del artículo 363 del estatuto penal.

“Si en un pliego de cargos —dice el colaborador— no se usan los vocablos técnicos, pero se consignan con toda nitidez los hechos fundamentales que configuran determinadas especies delictivas, y por esos hechos modificadores de la responsabilidad se llama a responder en juicio al procesado, ello basta para que, en su caso, se interrogue al Jurado acerca de tales modalidades y para que la sentencia decida sobre ellas. De no ser así, prevalecería en la administración de justicia lo formal sobre la verdad de las cosas y la aplicación del derecho que esa verdad mande”.

Por lo demás, ésta ha sido la doctrina constante de la Corte, frente al problema que se analiza.

Se dijo ya que desde el auto de proceder se le dio especial gravedad al homicidio de Montenegro. En armonía con esto, el cuestionario para el Jurado debía contener esa misma calificación, para que obrando en consecuencia se pronunciara sobre ella. Así lo hicieron los Jurados y con la libertad de decisión que la ley les otorga negaron el elemento constitutivo de asesinato de que se viene haciendo mérito.

Correspondía en estas condiciones al Tribunal optar por uno de estos dos caminos. Declarar contraevidente el veredicto en esta parte, si las circunstancias procesales lo permitían; o aceptar la res-

puesta del Jurado como la manifestación de que se quitó al homicidio la categoría de mayor gravedad que se le había dado, para quedar convertido en simplemente voluntario y sujeto a las penas que como tal le corresponden.

No obró así el Tribunal y contrariando la norma del artículo 480 del Código Procesal Penal que manda a los Jueces de derecho en los procesos en que interviene el Jurado, dictar la sentencia de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate, dedujo como factor de agravación de la pena la misma circunstancia que el Jurado había desestimado como modificadora de la responsabilidad del reo.

Incurrió, pues, el Tribunal en una errada apreciación o interpretación del veredicto y además en la falla de sentenciar en desacuerdo con los términos de éste, lo que indudablemente equivale a aceptar que las causales 1ª y 3ª alegadas sí operan en el caso, pues es manifiesto que a los juzgadores de instancia en los juicios que deciden con la colaboración del tribunal popular no les es permitido sino el cómputo de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, dentro de las normas de la ley, a fin de fijar la cuantía de la pena en orden a aquellas circunstancias de una y otra clase que puedan deducirse para individualizar la sanción, cumpliendo estrictamente en este menester con la regla que determina el artículo 39 del Código Penal.

Tratándose de circunstancias modificadoras de la responsabilidad o de elementos estructurales del delito, corresponde al tribunal de conciencia su calificación, y producido el veredicto, su aceptación es obligatoria si no se declara contraevidente. Los artículos 480 antes citado y el 499 de la misma obra, bien claro determinan las distintas funciones de los Jueces cuando obran en puro derecho o tienen como auxiliares en la administración de justicia a los miembros que componen el Jurado popular.

La Corte ha mantenido la doctrina de que si una circunstancia en la comisión del delito ha sido tenida como modificadora de la responsabilidad, el hecho de que el Jurado la niegue impide al Juez de derecho computarla a un título distinto como agravante de la sanción. Es la identidad o coincidencia entre la circunstancia deducida por el aspecto de la mayor peligrosidad que implica y la modalidad constitutiva de un elemento que da al hecho una más alta categoría en la escala penal, desligándolo del concepto de peligrosidad para encajarlo en una calificación jurídica distinta, la que otorga especial relevancia a la doctrina, la cual no tendría idéntica aplicación si aquella coincidencia o semejanza

no se manifiesta, porque entonces el principio de contradicción en que se funda la doctrina para evitar que un mismo hecho se cargue doblemente a una misma persona, ya no tiene igual operancia, desde luego que si existen matices o modalidades que diferencian unas y otras circunstancias, nada impide que el Juez las considere y valore como elementos mensuradores de una mayor o menor responsabilidad, y, por ende, de una pena más grave o más atenuada.

Como en el caso existe una completa identidad entre la circunstancia modificadora que rechazó de manera expresa el Jurado y la que el fallador de instancia computó como de mayor peligrosidad, con base en la indefensión de la víctima, resulta probada la violación del artículo 37 del estatuto repressivo.

En este orden de ideas, es manifiesto que el segundo cargo formulado contra la sentencia recurrida debe prosperar.

Siendo ello así, corresponde a la Corte por mandato del artículo 570 en su ordinal a) del Código de Procedimiento Penal invalidar el fallo y dictar el que debe reemplazarlo.

Así las cosas, la Sala prohija la petición formulada por el señor Agente del Ministerio Público, en el sentido de que la pena impuesta al reo debe rebajarse en un año, en atención a que la indefensión o las condiciones de inferioridad del sujeto pasivo deben descartarse, ya que no actúan en el actual proceso ni siquiera como circunstancia de mayor peligrosidad. Por consiguiente, es menester dar aplicación al artículo 362 del Código Penal y como éste señala una pena mínima de ocho años y por otra

parte quedan en pie otros motivos que exhiben al reo como peligroso, es a saber los móviles antisociales del hecho y la misma gravedad evidente del homicidio, como lo apreció el sentenciador de segundo grado, sin ser rebatido por el demandante al respecto, la sanción que debe sufrir Juan Montenegro Charris es la de diez años, junto con las accesorias pertinentes, excepto la de interdicción de derechos y funciones públicas, que se rebaja en la misma proporción de la pena principal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, CASA en parte la sentencia de fecha 20 de septiembre de 1951, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y en su lugar CONDENA a Juan Montenegro Charris a la sanción principal de diez años de presidio y a las accesorias pertinentes que constan en el fallo de instancia, excepto la interdicción de derechos y funciones públicas, que se rebaja en la misma proporción de la pena principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.

Con salvamento de voto, Luis Gutiérrez Jiménez.—

Angel Martín Vásquez. — Julio E. Argüello, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. LUIS GUTIERREZ JIMENEZ

Considero que en el caso a que se refiere este proceso, no hay lugar a casar la sentencia materia del recurso, por las razones siguientes:

La circunstancia especial de agravación que el Juez de derecho presentó en el cuestionario a la consideración del Jurado y que fue contestada negativamente en el veredicto, no es de aquellas que de acuerdo con el estatuto represivo elevan el homicidio a la categoría de asesinato. Tal modalidad es únicamente una circunstancia de mayor peligrosidad, de aquellas que el Juez de derecho en caso de hallarlas probadas, debe tener en cuenta en la sentencia para determinar la sanción imponible al procesado. La circunstancia de asesinato a que se alude en el fallo de la Corte, como intensificativa que es del elemento doloso del delito, debe revestir una gravedad especial y no simplemente la que caracteriza la circunstancia de mayor peligrosidad consagrada por el numeral 6º del artículo 37 del Código Penal.

El estatuto represivo en su artículo 363 dice que el homicidio toma la denominación de asesinato, si el hecho previsto en el artículo anterior se comete: "Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad...", es decir, que el agente activo del delito haya hecho algo para colocar en ese estado a la víctima, circunstancia que supone una actividad preordenada y artificiosa de aquél. Esto se deduce claramente de los términos empleados por dicho numeral y de las circunstancias que por vía de ejemplo enumera el mismo, como "la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento", en todas las cuales hay siempre de parte del sujeto activo de la infracción una actividad anterior al delito dirigida a colocar al agredido en estado de indefensión o de inferioridad. Lo cual no sucede en aquellos casos, en que el ejecutor del hecho se aprovecha de ese estado, sin poner al servicio del delito una actividad antijurídica que facilite su realización o que lo ponga en condiciones de superioridad ante las reacciones del atacado o que aseguren su impunidad.

Está de acuerdo el suscrito con la mayoría de la Sala, en que cuando una circunstancia ha sido presentada al Jurado como modificadora de la responsabilidad y éste la niega en el veredicto, el Juez de derecho no puede computarla en la sentencia como agravante de la sanción, siempre que haya coinci-

dencia o identidad entre las circunstancias que se quiera deducir como de mayor peligrosidad y la modalidad que haya negado el tribunal popular como elemento constitutivo de asesinato, pero esa tesis no tiene aplicación en los casos en que la semejanza o identidad no existe, pues el principio de contradicción en que se funda esa doctrina para evitar que en un mismo hecho se tome dos veces una misma circunstancia para agravar la situación jurídica del procesado, no tiene cabida. De ahí que, como se dice en el fallo de la mayoría, "nada impide que el Juez las considere y valore como elementos mensuradores de una mayor o menor responsabilidad, y, por ende, de una pena más grave o más atenuada".

En el caso presente, el Juez de derecho presentó a la consideración del Jurado, la siguiente modalidad: "con la gravedad de encontrarse desarmada la víctima...", es decir, una circunstancia de hecho no preordenada al delito, en la que el agente no intervino en su producción, y los Jueces de conciencia contestaron: "pero sin saber que la víctima estaba desarmada".

De lo anterior se sacan estas conclusiones:

a) La modalidad presentada a la consideración del Jurado, no era constitutiva de asesinato, sino simplemente una circunstancia de mayor peligrosidad; y

b) No siendo esa modalidad de aquellas que deben ser objeto del estudio y resolución de los Jueces de conciencia, sino de los Jueces de derecho, la respuesta de aquéllos no inhibía a éstos para tomarla en cuenta en la sentencia y por lo tanto, al hacerlo no se atacó el principio *non bis in idem* consagrado por el inciso del artículo 37 del Código Penal, a que se refiere la doctrina de la Corte.

Por consiguiente, al computar el Tribunal Superior de Santa Marta dicha modalidad como de mayor peligrosidad, aplicó correctamente la ley penal e interpretó acertadamente el veredicto del Jurado, no siendo el caso de invalidar la sentencia materia del recurso.

Estos los motivos de discrepancia con mis compañeros de Sala sobre el problema debatido, cuyos puntos de vista respeto, pero no los comparto.

Luis Gutiérrez Jiménez

NO TODA OPINION QUE UN JUEZ DA JURISDICCIONALMENTE DENTRO DE UN PROCESO CONFIGURA CAUSAL DE IMPEDIMENTO

Como lo ha expresado en repetidas ocasiones la Corte, no toda opinión que jurisdiccionalmente dé un Juez dentro de un proceso puede considerarse como de suficiente entidad constitutiva de causal de impedimento, si ese parecer no se traduce en una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que obran en él, para que pueda comprometer al funcionario en las posteriores etapas del juicio que implican cambio de jerarquía, elementos de juicio que no pueden ser otros que aquellos que constituyen la materialidad del delito y los que se relacionan con la responsabilidad de sus autores.

Así, se ha puesto por ejemplo de estos actos jurisdiccionales, la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, o se dá concepto de fondo sobre el mérito de las diligencias sumarias, por cuanto estos actos implican necesariamente un proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades del delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintitres de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

En el sumario contra el doctor Manuel Franco Rodríguez por delito contra la administración pública, en auto del primero de abril de 1952, el Tribunal Superior de Medellín declaró cerrada la investigación y dispuso pasarla al Fiscal para que emitiera concepto de fondo.

El señor Fiscal Segundo se declaró impedido para conocer, con fundamento en el ordinal 4º del artículo 73 del C. de P. P., impedimento que el Tribunal no aceptó y ordenó que se remitiera el expediente a la Corte para que decida sobre el particular.

En lo pertinente dice el señor Fiscal:

“El H. Tribunal Superior dispuso por auto de tres de septiembre de 1949 visible a fojas 21 bajo el aparte b) lo que a continuación se transcribe:

“Librará sendos exhortos a los señores Jueces Superiores y Penales del Circuito, con exclusión del Primero Penal, para que certifiquen sobre el procedimiento seguido en los negocios tramitados conforme a la ley 48 de 1936, cuando del informativo no haya resultado la prueba para formulación de cargos. En otros términos, si en tales eventos en esos procesos han dictado autos de sobreseimiento de carácter definitivo o temporal...”.

Esto con el fin de saber el concepto de los distintos Jueces sobre la aplicación de tal procedimiento y sobre la forma efectiva que venía observándose.

En cumplimiento de lo ordenado, estando el suscrito de Juez Superior, ordenó expedir al secretario el certificado visible a fl. 29 vto. en el cual se dijo textualmente:

“Que en los negocios tramitados por el procedimiento de la Ley 48 de 1936 cuando siendo varios los sindicados no ha existido la prueba para formular cargos a uno o algunos de ellos, se ha dictado sobreseimiento definitivo en su favor, o bien, no se les ha formulado cargo en la sentencia se les resuelve favorable y definitivamente su situación...”.

“Aunque no recuerdo precisamente los casos que originaron esa certificación sí es evidente que para darla hubo de obtenerse el concepto mío vertido en la tramitación respectiva de tales procesos que venía cumpliéndose por mi mandato y según mi criterio acomodado a la ley”.

“...resulta —agrega— que me encuentro impedido para conceptuar sobre el mérito legal del sumario, desde luego que ya manifesté mi opinión sobre el asunto materia de este proceso... ya que en el evento de autos se trata de decidir si el señor Juez Primero del Circuito Penal es o no responsable de alguna infracción por haber dictado sobreseimiento definitivo en un negocio cobijado por la ley 48 de 1936”.

Por mayoría el Tribunal no aceptó la causal de impedimento con fundamento, en varias doctrinas de la Corte que transcribe.

En el salvamento de voto el señor Magistrado disidente expresa:

"Uno de los cargos delictuosos formulados al doctor Franco Rodríguez es precisamente el de haber dictado sobreseimiento definitivo en el negocio contra Manuel Escobar y otros por el delito de robo; negocio éste adelantado de acuerdo con la ley 48 de 1936, ya que el Visitador de la Personería en su informe, origen de la investigación dice:

"Quiero decir, señor Personero que en esta clase de negocios, los que se siguen según las normas de la ley 48 y del Decreto 2326, no tienen cabida los autos de sobreseimiento definitivo, ni tampoco los temporales. No existe en ninguno de estos dos estatutos la norma precisa que autorice al funcionario para pronunciarlos".

"Entonces, si el Juzgado a cargo del doctor Valencia Sierra (hoy Fiscal segundo), llevaba a cabo el mismo procedimiento con respecto a los negocios adelantados de acuerdo con las anteriores disposiciones legales, es claro que no podría dar ahora un concepto distinto al de que el doctor Franco Rodríguez no delinquirió por ese concepto. Moral e intelectualmente el concepto del señor Fiscal Segundo tendría que ser favorable al sindicado porque a él estaba ligado por antecedentes personales suyos, y siendo ello así, esto es, sabiéndose por anticipado su opinión sobre un punto del negocio, la imparcialidad desaparecería...".

Se considera:

En diversas oportunidades esta Sala de la Corte ha tenido ocasión de expresar su parecer respecto del alcance del numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal y en consecuencia en qué consiste la opinión que se traduce como causal de impedimento, y cómo es necesario que aquélla se produzca en un auto de fondo en donde el Juez sostenga puntos de vista o tesis sustanciales y fundamentales del proceso, en forma que su misma decisión implique para el funcionario una determinada orientación jurídica, que lo comprometa en sus opiniones, en sus juicios y conceptos, de modo que de sobrevenir circunstancias que lo conviertan en fallador en ambas instancias sea incapaz de modificar aquel criterio por estar íntimamente ligado a él, porque su imparcialidad sufre mengua y su espíritu no tenga la suficiente libertad para juzgar sin sujeción a un prejuicio o a un preconcepto.

No toda opinión que jurisdiccionalmente dé un Juez dentro de un proceso puede considerarse co-

mo de suficiente entidad constitutiva de causal de impedimento, si ese parecer no se traduce en una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que obran en él para que pueda comprometer al funcionario en las posteriores etapas del juicio que implican cambio de jerarquía, elementos de juicio que no pueden ser otros que aquellos que constituyen la materialidad del delito y los que se relacionan con la responsabilidad de sus autores.

Así, se ha puesto por ejemplo de estos actos jurisdiccionales, la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, o se dá concepto de fondo sobre el mérito de las diligencias sumarias, por cuanto estos actos implican necesariamente un proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades del delito.

En estos casos no se encuentra el que es materia de estudio, porque en la certificación transcrita al principio el Juez no dió opinión relacionada con los elementos de juicio del proceso, ni hizo una motivación profunda de los hechos, de los elementos materiales del delito ni de la responsabilidad de su autor o autores. La manifestación hecha no puede catalogarse en forma alguna como aquellas que se han citado por vía de ejemplo, o sea con las providencias en que se hace un estudio a fondo sobre el mérito del sumario, o aquella en virtud de la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado.

Se deduce, en cambio, que el concepto dado por el entonces Juez Superior sobre que en los negocios tramitados por el procedimiento de la ley 48 de 1936, cuando siendo varios los sindicados no ha existido la prueba para formular cargos a uno o algunos de ellos, se ha dictado sobreseimiento definitivo en su favor, o bien, no se les ha formulado cargo y en la sentencia se les resuelve favorable y definitivamente su situación, se refiere al procedimiento observado en casos de tramitación de juicios conforme al señalado en dicha ley, es decir, al modo de proceder de acuerdo con esa disposición legal, en relación con la tramitación de los juicios, lo que es muy distinto al caso de un estudio a fondo en que se analizan los distintos aspectos jurídicos del proceso en relación de modo especial con el elemento material del delito y la responsabilidad del autor o autores del hecho. La misma explicación del señor Fiscal respecto de que para dar la certificación aludida hubo de obtenerse su consentimiento en lo tocante a la "tramitación respectiva de tales procesos", está indicando que lo dicho

allí se refiere al procedimiento que debe seguirse en procesos adelantados de acuerdo con dicha ley, y no a cuestiones de fondo de los mismos.

El auto que niega el impedimento sitúa en sus exactos términos lo que se trata de juzgar en el proceso seguido contra el doctor Franco Rodríguez. De ello se deduce que la cuestión del procedimiento para adoptarse en esa clase de juicios no constituye el cargo principal de la imputación que se le formula al sindicado, sino que su responsabilidad, si se comprueba legalmente, consiste no en haber sobreseído definitivamente en favor de Manuel y Ramón Escobar, sindicados por delito contra la propiedad, sino en la conducta sospechosa del exJuez acusado, quien "al llegar el expediente a su despacho para resolver una solicitud de excarcelación, en lugar de dar traslado al Agente del Ministerio Público, como es de rigor, resolvió archivar el negocio contra los Escobar en el término de pocas horas decretando un sobreseimiento definitivo". Es, pues, motivo del juzgamiento, el hecho de proceder en tal forma, independientemente del procedimiento a seguir, pues sea cual fuere, ello no incide en la decisión que haya de adoptarse sobre el punto sub judice que es materia principal del debate judicial en curso.

Por otra parte, el impedimento a que se refiere el numeral 4° del artículo 73 se circunscribe a dar "opinión sobre el asunto materia del proceso" y es manifiesto que el señor Fiscal no intervino para nada en el caso, que fue resuelto por un funcionario distinto al que provoca el impedimento que se estudia.

En consecuencia, no se encuentra establecido el impedimento manifestado por el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Medellín y en tal sentido la decisión de la Corte se encaminará a que siga conociendo del proceso.

Por tanto, la Corte Suprema Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA INFUNDADO** el impedimento manifestado por el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Medellín y ordena devolverle el proceso a este funcionario para que siga conociendo de él.

Cópiese y notifíquese.

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

A partir del 1º de junio de 1951, por virtud del artículo 11 del Decreto 1231 del mismo año, a la justicia militar sólo se le dejó el conocimiento de los delitos que le atribuía el Código de Justicia Penal Militar y también el de aquellos procesos por infracciones distintas de las contempladas en ese Código, en que al entrar en vigencia tal Decreto ya se hubiera convocado Consejo Verbal de Guerra.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintitres de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

En el proceso contra Antonio Monroy Roa por homicidio, el Juzgado 1º Superior de Buga, por auto de fecha 17 de noviembre de 1952, resolvió que el competente para conocer era el Juez Militar de la Tercera Brigada de Cali y dispuso enviarle el expediente provocándole competencia negativa.

No estuvo de acuerdo el Juez Militar con los puntos de vista de aquel funcionario y con fecha 11 de diciembre siguiente resolvió no aceptar la competencia y remitió el expediente para que la Corte decida sobre el particular.

Ocurrieron los hechos de qué se trata en el Municipio de Cartago el 22 de julio de 1952 y consta que Antonio Monroy Roa cometió el homicidio de que se le sindicó, cuando ejercía las funciones de agente de la policía nacional.

Sostiene el Juzgado 1º Superior, previo análisis de los artículos 3º del Decreto Nº 1534 de 1950 y el 11 del Decreto 1231 de 1951, que por virtud de lo que ordena la primera de estas disposiciones, los miembros de los cuerpos armados de la policía que en actos del servicio cometieren delitos contra la vida y la integridad personal, deben ser juzgados por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, y esa norma vino a ser incorporada en el Código de Justicia Penal Militar y se refiere también a las disposiciones que lo adi-

cionan y reforman; y que como el negocio de que aquí se trata ocurrió en la vigencia del Decreto 1534, es competente la justicia militar.

El Comando de la Tercera Brigada dice que el hecho materia de la investigación se cometió el 22 de julio de 1952, fecha en la cual estaba en toda su vigencia el Decreto Nº 1231 del 1º de junio de 1951; y que aunque su comisión hubiera ocurrido antes de entrar a regir este decreto, si no se hubiere convocado Consejo de Guerra Verbal, el conocimiento pasaba a ser de competencia de la justicia ordinaria, conforme al artículo 11 de dicha norma, la cual es de aplicación inmediata, no sólo para los procesos que se inicien con posterioridad a su vigencia, sino en cuanto a los iniciados bajo el imperio de la ley antigua.

Se considera:

Consta de autos:

a) Que el hecho investigado ocurrió el 22 de julio de 1952;

b) Que el agente activo del hecho, fue un miembro de los Cuerpos armados de la policía nacional; y

c) Que el homicidio de que se trata, se llevó a cabo por el agente en mención, en actos del servicio.

El Decreto 1534 de 9 de mayo de 1950, en su artículo 3º ordena:

“Los miembros de los Cuerpos armados de la policía que en actos del servicio o fuera de ellos, cometan cualquier delito de los contemplados en el Título VII Libro Segundo del Código Penal Militar, incurrirán en las sanciones allí establecidas para tales delitos, y su juzgamiento corresponderá a la justicia militar, por el procedimiento de Consejos de Guerra Verbales.

“Parágrafo: Igualmente serán juzgados por el procedimiento de Consejos de Guerra Verbales, los miembros de los Cuerpos armados de la policía que en actos del servicio cometan delitos contra la vida y la integridad personal, de que trata el Título XV del Libro Segundo del Código Penal”.

Con fecha 1º de junio de 1951 se dictó el Decreto Nº 1231, que en su artículo 11 dice:

“A partir del quince de junio próximo la justicia militar sólo conocerá de los delitos que le están atribuidos 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 los procesos en que al entrar en vigencia esta disposición se haya convocado Consejo de Guerra Verbal”.

El artículo 17 del mismo Decreto dice:

“El presente Decreto rige desde la fecha de su expedición y quedan suspendidas todas las disposiciones legales que le sean contrarias”.

Conforme a las disposiciones transcritas se desprende que la norma legal que regía para efectos de la competencia, el 22 de julio de 1952, fecha de la comisión del hecho de que trata el proceso, era el artículo 11 de Decreto 1231 de 1º de junio de 1951, y que de esa fecha en adelante a la justicia militar por virtud de este artículo, sólo se le dejó el conocimiento de los delitos que le atribuía el Código de Justicia Penal Militar y también, el de aquellos procesos por infracciones distintas de las contempladas en ese Código que al entrar en vigencia tal Decreto ya se hubiera convocado Consejo Verbal de Guerra.

Para el caso a estudio, es de observar que el delito cometido por Monroy Roa en ejercicio de funciones de agente de policía nacional, no está atribuido a la justicia militar por el Código de la materia, ni se comprende ese caso entre aquellos que conforme al párrafo del artículo 11 transcrito, debe seguir conociendo dicha justicia. Surge sí que cuando entró a regir el Decreto 1231, aún no se había cometido el hecho que originó el proceso y por lo tanto, no puede hablarse de la competencia de los tribunales militares con fundamento en el párrafo de ese artículo.

En lo concerniente a que las leyes dictadas con posterioridad a otra ley, que la adicionan o reforman, quedan incorporadas en ella, argumento que trae el Juzgado para sustentar su tesis, no es asun-

to que deba discutirse. Lo que no puede afirmarse es que las adiciones o reformas que se introduzcan a las leyes no produzcan efecto alguno sobre las reglamentaciones existentes, como ocurriría si se aceptaran los puntos de vista de aquel funcionario. No se trata de una simple incorporación material al Código o a la ley, sino de adiciones o reformas con efectos positivos sobre las normas hasta entonces en vigencia.

En el caso que es materia de estudio, las disposiciones del Decreto N° 1231 reformaron de modo esencial las que existían en lo referente a la jurisdicción y competencia de la justicia militar para conocer de los delitos contra la vida y la integridad personal cometidos por los miembros de los cuerpos armados de la policía en actos del servicio, toda vez que por ellas se quitó a esa justicia la competencia para conocer de esos delitos y se atribuyó a la justicia ordinaria.

Siendo ésto así, el conocimiento del presente **negocio corresponde** al señor Juez Primero Superior de Buga y en esta forma debe resolverse el problema que al respecto se ha suscitado entre tal funcionario y el Comando de la Tercera Brigada.

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 Primero Superior de Buga y el Comando de la Tercera Brigada de Cali, en el sentido de que es a la primera de estas entidades a quien corresponde conocer de este proceso.

Dése cuenta al Comando de la Tercera Brigada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latore—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE LESIONES PERSONALES. — LA SEVICIA NO SE DEDUCE DEL NUMERO DE LESIONES CAUSADAS

En las múltiples oportunidades que se le ha presentado, la Corte ha rechazado la tesis de que la sevicia se deduce del número de lesiones.

Lo que caracteriza la sevicia es el acto, repetido o no, que persigue el sufrimiento ajeno o la prolongación de ese sufrimiento como objeto de goce morboso de quien ejecuta el acto o los actos. Estos, como se ve, son distintos de los causados por el impulso delictivo que —momentáneamente anulada toda capacidad inhibitoria— persigue la eliminación total del bien (la vida o la integridad física). Desde el punto de vista de la antropología criminal, si los últimos pueden ser sintomáticos del epileptoide o del irregular del carácter, los primeros —opuestamente— pueden serlo y lo son, generalmente, de perturbaciones de la afectividad, propias de graves constituciones delincuenciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintiocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Domingo Cabezas (de 42 años, agricultor, soltero, nacido y domiciliado en Purificación) impugnó, por conducto de apoderado especial, la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, del tres de noviembre del año antepasado (1951), mediante la cual —con base en los artículos 373 (1º), 379 y 384 de la ley penal— le impuso las penas principales de un año de prisión y cien pesos de multa, por el delito de lesiones en Tomás Acosta, cometido la tarde del treinta y uno de enero de mil novecientos cincuenta, sitio de “Santa Inés”, fracción de “Peñones Altos”, del Municipio de Purificación.

Presentada y contestada la demanda sin que por omisión de las partes se hubiera celebrado la audiencia, se resumen en seguida las tesis en que a-

quellas concuerdan o discrepan y las que la Corte acoge en la decisión del recurso.

A) EL DELITO Y EL PROCESO

Domingo Cabezas y Federico Acosta, padre del joven Tomás Acosta, cuyas tierras tienen por un lado linderos comunes, presentaron sendas denuncias criminales, el primero por las lesiones que recibió de Tomás y por la tentativa de asesinato por parte de los familiares de Tomás (Federico, Uldarico, Sofía, Timoteo y Eduardo Sánchez), y Federico por las que Domingo causó a Tomás, en el choque surgido entre éstos en el sitio y día antes mencionados, y por una de las causas que tan frecuentemente crean incidentes entre propietarios limítrofes.

Aquel día —último de enero de mil novecientos cincuenta y uno— ovejas de los Acosta entraron a predios de Cabezas, una de las cuales fue muerta o herida por un perro de aquél. La protesta de Tomás Acosta, al darse cuenta del suceso, provocó el choque, en el cual uno y otro se causaron golpes, Acosta armado de vara y Cabezas de machete, el que terminó con la fuga de Acosta perseguido por su contrincante vencedor.

En este mutuo combate, provocado por Acosta (como lo admitieron los falladores de instancia), aquél recibió ocho heridas (tres en las regiones de rechas frontal y tempoparietal, dos en el hombro izquierdo, otra en el antebrazo del mismo lado, dos en la segunda falange del dedo medio de la mano izquierda y, finalmente, una en la tercera falange del meñique de la misma mano). Por causa de éstas Acosta estuvo incapacitado para el trabajo durante treinta días, y como consecuencia transitoria le quedó una pequeña limitación de la flexión de la tercera falange. Cabezas no fue reconocido, pero en la indagatoria el Juez certificó tres equimosis en el homoplato y en el brazo derecho y dos cortadas en la palma de la mano del mismo lado, cuyas gravedad y consecuencias el funcionario omitió hacer reconocer oportunamente.

En el proceso, una vez cerrada la investigación, fueron dictadas las siguientes providencias:

a) Autos de proceder de primero y segundo grado contra Domingo Cabezas, con reconocimiento de la circunstancia de la riña imprevista provocada por el lesionado Acosta, y de sobreseimiento en favor de los acusados por Cabezas;

b) Sentencia de primer grado, por la cual —con aplicación de los artículos 363 (7º), 373 (1º), 379 y 384 de la ley penal— se impuso al infractor las penas de seis meses de prisión y cien pesos de multa, y

c) Sentencia de segundo grado, por la cual —con aplicación de los artículos 37 (6º), 363 (7º), 373 (1º), 379 y 384 de la citada ley— le fue aumentada a un año de prisión la pena fijada en la primera sentencia y se le negó la condena condicional solicitada por el defensor.

B) LA DEMANDA

El demandante objeta el fallo por las dos causas siguientes: por errada interpretación de la ley penal y por errada apreciación de los hechos.

Considera que el Tribunal violó la ley penal por las siguientes razones: primera, porque hizo el cómputo sobre la base equivocada de que la pena —señalada en el inciso 1º del artículo 373, que fue el aplicado— es de uno a seis años, y no la de seis meses a un año, que es la legal, de modo que al hacer el aumento según los artículos 363 (6º), y 379 y luego la reducción del artículo 384, el resultado fue un año, y no seis meses si el Tribunal no hubiera hecho el cómputo sobre un cálculo equivocado; y segunda, porque consideró como sevicia el número de lesiones causadas y computó doblemente una misma circunstancia, y tercera, porque —si se admitía la legítima defensa— debió haberse hecho, por el exceso en ella, la reducción del artículo 27 de la ley penal.

Afirma —el demandante— que el Tribunal apoyado en los testimonios de Enrique González, Eduardo Sánchez, Aniceto Quimbayo, Tomasa Acosta y Efraín Sánchez, vulnerables en su contenido, rechazó la aseveración de Cabezas, según la cual atacó a Acosta para defenderse de la agresión de éste, equivocada apreciación de la prueba que dividió la confesión calificada del procesado para rechazar la parte favorable, con violación del artículo 255 y, como consecuencia, la del artículo 203, porque si el Tribunal no hubiera dado a los testimonios citados el valor que —sin tenerlo— les dio, habría debido, con la tesis de la legítima defensa, decretar la absolución.

El Procurador Delegado deduce de su estudio que

si el cargo relativo al error en la apreciación del valor probatorio de los testimonios no es fundado, en cambio conceptúa que, no siendo jurídica la interpretación del acometimiento de Cabezas como sevicia, debe casarse la sentencia por este aspecto, computando la circunstancia de mayor peligrosidad, que no fue objetada, y como consecuencia, reducir la pena a seis meses.

C) ESTUDIO DEL RECURSO

El que en el recurso se hubiera atacado —mediante la segunda causal— cuestión tan sustancial como la responsabilidad, con el argumento de la existencia de la legítima defensa, y mediante la primera el error en el cómputo de las circunstancias de atenuación y agravación y la imputación de elementos de peligrosidad, la segunda, por su repercusión en el proceso, debe examinarse preferentemente, método que se seguirá en este estudio.

a) *Error en la apreciación de los hechos*

La objeción de que la errada apreciación de los testimonios de Enrique González, Eduardo Sánchez, Tomasa Acosta, Aniceto Quimbayo y Efraín Sánchez —en los cuales el Tribunal fundó la condena— determinó la desvalorización de la confesión de Cabezas, no es jurídica.

Estos declarantes no vieron —es cierto— cómo se inició el choque entre Tomás y Domingo; refieren únicamente el final del ataque, es decir, el momento en que Cabezas perseguía a Acosta y le asataba un peñillazo por detrás (seguramente el que le afectó la región posterior del hombro izquierdo), y si por causa del vínculo familiar con el lesionado, sus afirmaciones pueden ser tachables, ellas coinciden con las de Efraín Sánchez y Aniceto Quimbayo, que ningún nexo tienen con la víctima; y si Tomás —según algunos de ellos— no tenía arma. Defensa legítima ante agresión, pues, no la hubo.

Tampoco confesión, en el concepto de declaración de la propia culpabilidad. Cabezas, en la denuncia, apenas se limitó a decir que se había visto obligado a defenderse de Tomás con la peñilla que llevaba; en el careo con aquél, que no supo quién lo hirió; y en la indagatoria, que no lo atacó en forma alguna; en estas condiciones, pues, no es lógico interpretar como confesión la sola afirmación de que se vio obligado a defenderse, como tampoco la de que actuó en uso del derecho a la legítima defensa, esto es, en la necesidad de repeler una agresión inmi-

mente, actual e injusta, que sólo podía serlo en la forma realizada, sólo presentada en casación.

Indemostrables como son —por lo dicho— los requisitos de la confesión y los de la legítima defensa, y bastando los testimonios de Efraim Sánchez y Aniceto Quimbayo como prueba de la responsabilidad de Cabezas y de la inexistencia de la eximente, pierde todo valor la objeción dirigida a la apreciación de la prueba testimonial.

b) Violación de la ley penal

El Tribunal en el fallo recurrido —aunque afirmó la existencia de la circunstancia séptima del artículo 37— sólo aplicó las siguientes normas del estatuto penal:

a) El inciso 2º del artículo 373, no obstante el carácter reparable de la lesión, que los falladores consideraron como simple deformidad física y la clara referencia al inciso primero;

b) El artículo 379 dada la sevicia con que Cabezas agredió a Acosta, y

c) El artículo 384, considerada la circunstancia de la riña imprevista.

El estudio de esta causal comprende, pues, de preferencia sobre las otras cuestiones planteadas en la demanda, en primer lugar, la de la aplicabilidad del inciso 2º del artículo 373, y en el segundo, la del artículo 379 como consecuencia del inciso 7º del artículo 363.

En cuanto al primer punto, la Sala considera lo siguiente: el demandante impugna, en el fondo, que se hubiera hecho el cómputo de la pena con base en el inciso 2º del artículo 373, que se refiere a la deformidad permanente, y no con base en el inciso 1º, que sanciona la lesión como deformidad transitoria. El argumento es jurídico, pues si el delito —según el concepto médico-legal— causó desfiguración transitoria, la pena aplicable es la del inciso 1º, y no la del 2º. La violación, a pesar del aparente aspecto de error aritmético, es clara, y por este aspecto la objeción es fundada.

Respecto al segundo punto, la solución es igualmente clara. La tesis de que la sevicia se deduce del número de lesiones, la Corte la ha rechazado en las múltiples oportunidades en que se le ha presentado, lo que no obsta para que aquí se resuma brevemente.

Lo que caracteriza la sevicia es el acto, repetido o no, que persigue el sufrimiento ajeno o la prolongación de ese sufrimiento como objeto de goce morboso de quien ejecuta el acto o los actos. Estos, como se ve, son distintos a los causados por el impulso

furioso delictivo que —momentáneamente anulada toda capacidad inhibitoria— persigue la eliminación total del bien (la vida o la integridad física). Desde el punto de vista de la Antropología Criminal, si los últimos pueden ser sintomáticos del epileptoide o del irregular del carácter, los primeros —opuestamente— pueden serlo y lo son, generalmente, de perturbaciones de la afectividad, propias de graves constituciones delincuenciales. La persecución de Cabezas a Acosta, demuestra un modo de ejecución del delito, pero no es la sevicia en la acepción que las ciencias jurídico-criminales y la jurisprudencia la han comprendido.

Aplicada la tesis al presente caso, la inimputabilidad de la sevicia es inobjetable. La persecución de Acosta por Cabezas es, apenas, el episodio final de la riña (cuya realidad uno y otro aceptaron desde su particular punto de vista), episodio que fue consecuencia de la superioridad del último sobre el primero, sin que Cabezas hubiera causado a Acosta durante tal persecución lesión grave alguna, excepto la recibida en el hombro izquierdo aunque —por falta de apreciación en el dictamen— no es deducción del todo clara. Siendo, pues, inimputable la sevicia, no se podía agravar la pena con base en el artículo 379 y, entonces, es jurídico —en este aspecto— el fundamento de la causal primera. Las objeciones relativas al doble cómputo de una sola circunstancia de peligrosidad, y a la no aplicación del artículo 27, no tienen la misma conclusión: la primera, porque si es cierto que el Tribunal reconoció la circunstancia del numeral 6º del artículo 37 no la incluyó en el cómputo, y la segunda, porque rechazada la legítima defensa, mal podía aceptarse su exceso.

D) DECISION DEL RECURSO

Fundada la causal primera en cuanto a aplicación de la norma penal y en cuanto a la sevicia, y no objetada la circunstancia de mayor peligrosidad, la pena —según los artículos 37 (numeral 6º), 373 (inciso 1º) y 384— es la siguiente: pena base por causa de la circunstancia de peligrosidad, nueve meses, y reducción de tercera parte por la riña, seis meses.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y visto el concepto del Procurador Delegado,

RESUELVE:

a) Invalidar —como en efecto invalida— la sen-

tencia del Tribunal Superior de Ibagué, por la cual condenó a *Domingo Cabezas* a la pena de un año de prisión y cien pesos (\$ 100.00) de multa por las lesiones en *Tomás Acosta*, y

b) Condenar al mismo procesado a las siguientes penas: seis meses de prisión y ciento cincuenta pesos (\$ 150.00) de multa, las accesorias de la ley (artículo 58) entre ellas la de interdicción de dere-

chos y funciones públicas por igual tiempo de la principal y pago de la indemnización de perjuicios al lesionado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL. REEMPLAZO ILEGAL DE MIEMBROS DEL JURADO

No constituye causal de nulidad del proceso el reemplazo de uno o más miembros del jurado, aún después de haberse notificado a ellos la designación, cuando ésto se debe a que los mismos se ausentaron del lugar donde tiene su sede el Juzgado, porque tal hecho constituye un obstáculo procesal que compete al Juez, subsanar, porque la notificación no crea para los designados la prohibición de cambiar de domicilio mientras no se realice la audiencia, como para el Juez tampoco la de subordinar la suerte del proceso al contingente retorno de los designados a la sede del Juzgado. Esto no obsta para que si la ausencia tuviere como fin deliberado rehuir el traslado y, por consiguiente, el cargo, se les apliquen las sanciones legales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintiocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

Urbano Morales (de 27 años, obrero, nacido en Villavieja), condenado por el Tribunal Superior de Neiva a la pena de ocho años de presidio por su responsabilidad penal en la muerte de Antonio Acevedo sucedida, en Villavieja el trece de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, impugnó la sentencia —por medio de su apoderado especial doctor Luis Caro Escallón— por cuanto que, según éste afirma, fue dictada en un proceso afectado de nulidad.

Cumplidas ya las normas que regulan el recurso, la Corte lo decide en este fallo, previa referencia a los actos (sorteos de jurados) que el demandante considera violatorios de la ley, y sujetos, por lo tanto, a la obligada reposición del procedimiento.

A) El proceso contra Morales

Llamado Morales a juicio criminal por homicidio intencional agravado, por causa del motivo fútil, reacción ante la acusación que le hiciera Acevedo de haber atacado a Eduardo Reyes); hubo un primer veredicto absolutorio que los juzgadores de instancia consideraron contrario a lo acreditado en el proceso y decidieron la convocatoria de un nuevo jurado. Ordenado su cumplimiento por el Juez de primera instancia, se realizaron los siguientes sorteos y actos:

a) El primer sorteo, de carácter total, con la asistencia del procesado y de su defensor, efectuado el cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, en el cual —una vez el Juez puso de presente la lista de jurados y las correspondientes fichas numeradas de uno a doscientos— sacó una por una cinco fichas, a las cuales correspondieron los nombres de Edilberto Carrillo (reemplazado previa recusación por enemistad con el defensor), Milciades Bonilla, Luis G. Cabrera, Gregorio Cortés, Alfonso Peñuela G. y Jorge Almario, los cuales —a excepción de Carrillo— fueron notificados de la designación al día siguiente;

b) Traslado del proceso (por cuatro días) a los vocales Jorge Almario, Gregorio Cortés y Alfonso Peñuela, los días doce y veintidos de enero y dos de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, respectivamente;

c) Informes del Secretario según el cual el jurado doctor Luis G. Cabrera residía en Carnicerías, “viniendo a Neiva temporalmente”, y el jurado Milciades Bonilla se había ausentado de la ciudad para Florencia;

d) Segundo sorteo (parcial) ordenado el quince de febrero y verificado el veintidos, para reemplazar a los vocales ausentes Cabrera y Bonilla, en cuya diligencia resultaron designados Enrique Díaz e Higinio Herrera, todo lo cual —auto y designación— fue legalmente notificado al procesado y a su defensor;

e) Tercer sorteo (parcial), ordenado el diez y seis de marzo y realizado el veintinueve, para reemplazar a Higinio Herrera por su calidad de hermano de Benjamín Herrera, miembro del jurado

que absolvió a Morales, y en cuya diligencia resultó designado Alberto Vargas Mesa, todo lo cual fue igualmente notificado al procesado y a su defensor;

f) Veredicto según el cual los Vocales Almarino y Peñuela (designados en el primer sorteo) y Vargas (en el tercero) afirmaron la responsabilidad, y Cortés (en el primero) y Díaz (en el segundo) la negaron, y

g) Sentencias de primero y segundo grado, mediante las cuales —con base en el veredicto— Morales fue condenado a ocho años y medio de prisión.

B) Demanda y vista fiscal

El fallo se pronunció en un juicio viciado de nulidad —según el demandante— por las siguientes razones que la Corte resume:

a) Se reemplazó a los señores doctor Luis G. Cabrera y Milciades Bonilla, después de que se les notificó la designación y en virtud de un informe impreciso del Secretario del Juez sobre ausencia de aquéllos, contra el mandato del artículo 517 del Código de Procedimiento Penal, incurriendo en la nulidad del Numeral 3º del artículo 199 del mismo;

b) En la lista real de los sorteados para integrar el jurado, aparecieron los señores Alberto Vargas Mesa y Enrique Díaz, que no figuran en la lista de los ciudadanos designados en el sorteo, con infracción del Numeral 4º de la norma citada;

c) Se incurrió en la diligencia de sorteo —dada la ilegalidad del auto mediante el cual se ordenó el reemplazo de Cabrera y Bonilla— en una equivocación tal, que no podía saberse cuáles eran los designados que realmente debían integrar el jurado, violando así el Numeral 5º de la misma norma;

d) Si el Juez Superior no puede juzgar el homicidio sino con el concurso del Jurado, y éste fue integrado con dos Vocales que —por haber sido elegidos contra la ley— carecían de facultad para actuar, el proceso es nulo por incompetencia de jurisdicción, y, finalmente,

e) Hubo violación del art. 26 de la Carta, porque si la constitución del jurado configura la forma propia del juicio, el reemplazo ilegal de uno o varios jurados implican juzgamiento contra esa forma.

El Procurador Delegado, con fundamento en la doctrina y en la jurisprudencia, conceptúa que la sentencia no puede casarse.

C) Estudio del recurso

Como la objeción central se dirige al reemplazo de los Vocales Cabrera y Bonilla, por causa de la ausencia certificada por el Secretario del Juez, de lo cual el demandante deriva la nulidad prevista en el art. 199 (Numerales 3º, 4º y 5º de la ley procesal), a tal acto se concreta el examen.

La competencia o capacidad de una persona para ejercer la función de miembro de un jurado se subordina al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que su nombre esté incluido en la lista que anualmente se haya hecho y enviado al respectivo Juzgado de acuerdo con lo prescrito por los arts. 482 a 486 de la ley procesal;

b) Que su designación para actuar en determinado proceso lo haya sido mediante el procedimiento señalado en los artículos 505 a 508 (sorteo total) o en el parcial que facultan los artículos 515 y 517;

c) Que no tenga los impedimentos generales o especiales que indican los arts. 492 a 496 de la misma ley y, finalmente,

d) Que no haya sido objetada su designación en el sorteo o dentro de los cinco días siguientes, o que habiéndolo sido se hubiera rechazado la objeción.

La ley (art. 199), en la integración y designación de los jurados, es tan rigurosa, que ha erigido en defecto sancionable mediante nulidad la infracción de las normas que las rigen, especialmente las relativas al reemplazo ilegal en el acto del sorteo, a la designación de personas que no figuren en la lista del Juzgado, a las equivocaciones en el sorteo que hayan dificultado la identidad y precisión de los vocales y, en general, a la omisión de cualquiera de las formalidades prescritas por la ley.

El reemplazo de los Vocales Cabrera y Bonilla, a la luz de estas normas y principios, no es ilegal y, por lo tanto, no induce a nulidad. Su ausencia de Neiva, aún después de que se les hubo notificado la designación, implica un obstáculo procesal que competía al Juez subsanar, ya que la notificación no crea para los designados la prohibición de cambiar domicilio mientras no se realice la audiencia, como para el Juez tampoco la obligación de subordinar la suerte del proceso al contingente retorno de los designados a la sede del Juzgado, ya que si, por causa de impedimento o solicitud oportuna de reemplazarlo o imposibilidad de notificación al designado, la ley fija términos dentro de los cuales debe decretarse el

reemplazo y verificarse el nuevo sorteo, no es lógico buscar interpretación y aplicación distintas si no se les pudo correr, para su estudio, el traslado del proceso, sin que ello obste para que si la ausencia tuviere como fin deliberado rehuir el traslado y, por consiguiente, el cargo se les apliquen las sanciones legales.

Desde el punto de vista del procedimiento, el informe del secretario —dos meses y diez días después de la notificación— sobre la ausencia de los designados, así como el auto que —fundado en el informe— ordenó el reemplazo, no admiten la objeción. Es cierto que el citado informe es demasiado conciso y resumido, pero ello no le quita valor a un acto que —según los artículos 251 C. P. P., 121 y 632 C. P. C.— lo garantiza una presunción legal de veracidad, menos al auto que lo acogió, no obstante que uno y otro se hubieran suscrito el mismo día.

Aún en el supuesto de que el reemplazo hubiera sido ilegal y viciado de nulidad, por lo tanto, la omisión del reclamo en el acto del sorteo o dentro de los siguientes cinco días, constituye la revalidación tácita o la renuncia tácita consiguiente a la objeción.

Menos fundadas son las objeciones relativas a que los nombres de Díaz y Vargas —reemplazos de Cabrera y Bonilla— no figuran en las listas de designados, pues en las diligencias de sorteos parciales “el Juez puso de presente la lista de los jurados y las doscientas fichas numeradas de uno a doscientos”, y se expresó claramente que las fichas Nos. 66 y 194 corresponden exactamente, en la lista, a los nombres de Enrique Díaz y Alberto Vargas. La lista de designados —observa la Corte— es la que cada año el Tribunal envía al Juzgado, muy distinta de la de los sorteados, que es la que resulta del sorteo.

El análisis detenido de las diligencias de sorteos, la forma en que éstos se hicieron, la relación entre las fichas y sus números y los nombres correspondientes en la lista, excluyen la posibilidad de una equivocación tal, que no hubiera permitido saber cuáles eran los designados que realmente debían integrar el jurado. Análisis idéntico lleva a la convicción de que no se omitió en los

sorteos formalidad alguna que viciara los actos, como el silencio del defensor lo ratifica.

D) Decisión del recurso

Del precedente estudio se derivan las siguientes conclusiones:

a) Los vocales Luis G. Cabrera y Milciades Bonilla, fueron reemplazados —por causa de ausencia— por los vocales Enrique Díaz y Alberto Vargas, en sorteos realizados en la forma y tiempo que fija la ley, sin que ni durante ellos ni en los cinco días siguientes se hubiera hecho reclamo alguno;

b) Los nombres de los Vocales Díaz y Vargas figuraban en la lista de designados, los sorteos se hicieron con sujeción al procedimiento instituido para ello, sin que hubiera habido duda alguna sobre la identidad de los designados que integran el jurado;

c) La inclusión en las listas de designados, la designación mediante sorteos y demás formalidades legales, fundan la competencia de los señores Cortés, Peñuela, Almario, Vargas y Díaz para integrar el jurado y emitir su veredicto, y

d) Morales fue juzgado de conformidad con las normas procesales que rigen el juicio por jurado.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, del primero de septiembre del año antepasado (1951) que condenó a **Urbano Morales** a ocho años y medio de presidio por homicidio en Antonio Acevedo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — **Alejandro Camacho Latorre**—**Luis Gutiérrez Jiménez**—**Angel Martín Vásquez**.—**Julio E. Argüello R.**, Secretario.

ASESINATO. — LA ENUMERACION CON TENIDA EN EL ARTICULO 363, NUMERAL 5º, DEL CODIGO PENAL, NO ES TAXATIVA

1.—Sean cuales fueren las circunstancias de indefensión o inferioridad que se señalan por vía de ejemplo en el artículo 363 del C. P., una cualquiera de ellas o todas juntas, si pueden reunirse en un caso dado, u otra que sea similar, elevan el homicidio a la categoría de asesinato.

En efecto, los fenómenos de la indefensión o inferioridad no es posible juzgarlos independientemente de las condiciones en que el hecho se cumple. Bien puede ejecutarse éste cuando el agente, conociéndolas, se aprovecha de ellas para la ejecución del delito con las mejores condiciones para su propia seguridad personal, o cuando circunstancialmente, esto es, en forma no preordenada, aprovecha la ocasión que le depara la certeza de que la víctima se encuentra desprevenida o indefensa, y así asesta el golpe mortal o la lesión personal, ocultando la intención, fingiendo amistad a otro, de cualquier modo que implique deslealtad o forma artera en la ejecución del delito. De aquí que pueda afirmarse que la indefensión o la inferioridad del agente pasivo constituyen casi siempre alguna forma de insidia, de alevosía o asechanza, entendiéndose por cada una de estas modalidades que al obrar de esta suerte, el delincuente lo hace con la certidumbre de que su víctima no podrá oponer ningún género de resistencia al proditorio designio de vulnerarlo con el mínimo de riesgo para el agresor.

Si el asesinato es la más alta manifestación dolosa en los delitos contra la vida y la integridad personal, es precisamente porque en él se revelan por parte del delincuente las más acusadas manifestaciones de peligrosidad social. Siendo ello así, la esencia jurídica del agravante que surge de la indefensión de la víctima o del abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, tiene que radicar en algo que señale un aprovechamiento, por parte del ejecutor, de cualquiera de aquellas circunstancias, o al menos que la existencia de alguna condición personal del ofendido,

permita al agente cumplir su designio con la seguridad de que su propósito criminal será inexorablemente cumplido.

2.—Como lo dijo la Corte: "El artículo 363 del C. P., en su numeral 5º sólo determina algunas de las condiciones en las cuales se pueda colocar a la víctima en estado de indefensión o inferioridad; pero estas circunstancias (insidia, asechanza, alevosía, envenenamiento) no tienen el carácter de taxativas, sino de enumerativas, y el juzgador goza de la amplitud necesaria para asignarle esa cualidad a cualquiera otra condición similar que coloque a la víctima en situación de indefensión o inferioridad". (G. J., Tomo LXII, pág. 769).

3.—Para que sea viable la doctrina de la Corte conforme a la cual cuando se trata de una sentencia condenatoria contra varios reos, si el hecho que origina la nulidad es común a todos ellos, la reposición de lo actuado, consecuencia de la anulación del proceso, comprende también a los no recurrentes, es indispensable que la nulidad comprenda al reo recurrente, a fin de que se extienda a los otros que no usaron de tal recurso, pero que están cobijados por un vicio o informalidad semejante al que se declaró para el procesado que interpuso el recurso. Si esto no ocurre, la doctrina carece de operancia.

4.—De conformidad con el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, el cuestionario se propone al Jurado, en los momentos de la audiencia, y no hay autorización expresa ni tácita en el Código, que permita introducir modificación alguna a su contenido, que debe ser una síntesis del auto de proceder, so pena de ser casable la sentencia, por incidir en la causal tercera del artículo 567 del estatuto procesal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintiocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de fecha 29 de septiembre de 1951 condenó a Carlos Julio Vega Martínez y a Cristóbal Pinto a las penas de quince y cuatro años de presidio, en su orden, al primero como autor del homicidio en la persona de Miguel Pereira, con caracteres de asesinato, y al segundo como responsable de tentativa en la misma víctima.

Contra ese fallo sólo interpuso el recurso de casación Carlos Julio Vega y por medio de apoderado formuló la correspondiente demanda, en la cual invoca las causales tercera, primera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Cumplidos los trámites procesales propios del recurso, entra la Corte a estudiar cada una de las causales alegadas, en el mismo orden en que las formula el libelo, advirtiendo sí que por estar fundadas en idénticos motivos las dos primeras, se contraerá en primer término al estudio de ellas.

Hechos y actuación procesal

El 12 de octubre de 1949, en las horas de la tarde, Carlos Julio Vega Martínez y Cristóbal Pinto se encontraban tomando cerveza en la Pensión "La Perla", sita en el centro urbano de la ciudad de Bucaramanga. En busca de un orinal se dirigió Pinto hacia el interior del establecimiento. Cuando regresaba vio que en una pieza se encontraba Miguel Pereira ocupado en tender una cama. Inmediatamente se le acercó para solicitarle su filiación política, anemazándolo de que si no respondía a la pregunta, lo mataba. Pereira se limitó a manifestar a su interlocutor que no vivía de la política, que su oficio era ganarse la vida con su trabajo. Esto bastó para que Pinto esgrimiera un cuchillo con el cual se lanzó contra Pereira, iniciándose entonces una lucha entre los dos hombres, pues el uno pugnaba por desarmar a su gratuito agresor y el otro insistía en no dejarse quitar el arma injustamente empleada por motivo tan baladí. Venció Pereira, desarmando a su atacante y botó al patio el arma que acababa de quitarle a Pinto. Este, entonces, desenfundó un revólver, repitiéndose la misma escena, pues Pereira se vio precisado a luchar para volver a desarmar a su belicoso enemigo. Así las cosas, se presentó al lugar de los hechos Carlos Julio Vega Martínez, armado en una mano con revólver y en la otra una botella, e intimidó a Pereira que soltara a Pinto, lo que hizo en vista de la grave amenaza de que era víctima. No bastó esto

para quitar a Vega su actitud agresiva, porque inmediatamente disparó sobre Pereira, hiriéndolo de muerte. No fue suficiente lo anterior porque luego cuando estaba el ofendido en el suelo hizo otro disparo sobre él, causándole de esta suerte sendas heridas en el cráneo, a consecuencia de las cuales murió en forma instantánea.

Correspondió la calificación del proceso al señor Juez Tercero Superior de Bucaramanga. Este funcionario dictó auto de proceder contra Carlos Julio Vega Martínez, considerándolo como autor de un homicidio simplemente intencional, sin ninguna circunstancia de agravación. En tal conclusión no estuvo de acuerdo con su colaborador, pues éste en su concepto fiscal fue de opinión que debía responsabilizarse en juicio a dicho Vega, "pero los jueces del pueblo deberán ser preguntados sobre si el hecho se consumó mediante la circunstancia de agravación que contempla el numeral 5º del artículo 363 del C. P. ya que el occiso en el momento de recibir los disparos se hallaba avocado al ataque de dos personas bien armadas y él, por su parte, se encontraba en evidente estado de indefensión e inferioridad, frente a una agresión simultánea y sin arma para detenerla" (fs. 82, primer cuaderno).

Como ya se dijo, el Juez de instancia no aceptó esta calificación del hecho. En el auto de proceder no admite la circunstancia de asesinato solicitada por la fiscalía, con este razonamiento:

"El Juzgado no comparte ninguna de las dos apreciaciones de la indefensión y de la sevicia, para agravar la calificación del homicidio con circunstancias de asesinato, porque no está plenamente claro dentro del proceso que Vega hubiera ultimado a Pereira en circunstancias de indefensión ni de inferioridad nítidamente establecidas". Y agrega, después de citar algunos testimonios que refuerzan aquel parecer: "De donde se concluye que Pereira pugnaba por defenderse y llevaba las de ganar, pues ya había desposeído a Pinto del cuchillo y lo tenía incapacitado para usar el revólver, cuando llegó Vega a secundar a Pinto. Lo que ocurre sencillamente es que Vega no puede alegar legítima defensa de su amigo Pinto, porque éste era el que pugnaba por atacar injustamente y quien se defendía en forma legítima era Miguel Pereira. Pero tampoco puede afirmarse que Miguel se hallaba en situación evidente de indefensión e inferioridad, cuando fue atacado por el acusado".

Tampoco estuvo de acuerdo el Juzgado sobre la manera de enfocar la participación y responsabilidad que pudiera corresponderle a Pinto, como principal iniciador de los hechos que dieron al traste

con la vida de Peréira. Para el Agente del Ministerio Público era evidente su responsabilidad. Dice al efecto: "También debe residenciarse a Cristóbal Pinto, quien desencadenó los acontecimientos sucedidos en la Pensión 'La Perla' y quien actuó como cómplice en la consumación del homicidio de que se viene haciendo relación en este estudio".

"Para el Juzgado Cristóbal Pinto no es coautor en el homicidio de Miguel Pereira porque no tomó parte eficaz en la consumación del hecho, ni prestó al autor un auxilio o cooperación sin los cuales el delito no habría podido cometerse, porque quien vino a ayudarlo fue justamente Carlos Julio Vega; ni mucho menos cooperó a la ejecución del homicidio, ni prestó una ayuda posterior, cumpliendo, en ambos casos, promesas anteriores al mismo, pues no aparece demostrado en lo más mínimo un concierto previo entre los dos amigos".

En consecuencia, el llamamiento a juicio contra Vega apenas se formuló como homicidio simplemente voluntario, y se sobreseyó en favor del mismo por el delito de violación de domicilio. En favor de Cristóbal Pinto también sobreseyó en forma definitiva "por todos los cargos que le aparecen en el expediente".

La parte civil admitida en el proceso solicitó reposición de esa providencia, sosteniendo en el memorial respectivo la característica de asesinato que tiene el homicidio consumado por Vega en la persona de Pereira. La violación por el mismo sujeto de otras normas legales, pues para consumir el delito penetró arbitrariamente en domicilio ajeno, consumando también este delito. Manifiesta su protesta por el sobreseimiento definitivo en favor de Pinto.

El Juzgado no repuso la providencia en cuestión y como en subsidio de la solicitud de reposición se recurriera ante el superior, si no fueren admitidas las razones en que las fundara el apoderado de la parte civil, los autos fueron remitidos al Tribunal.

Esta corporación dijo en la parte motiva sobre los caracteres de asesinato que había venido debatiéndose por los funcionarios que conocieron del negocio:

"El Tribunal considera que el homicidio de Miguel Pereira, dada la manera como se ejecutó, según lo que se ha dejado visto, debe elevarse a la categoría de asesinato, porque indudablemente concurren circunstancias que presentaban a la víctima en condiciones de verdadera indefensión o inferioridad, las cuales fueron aprovechadas por Vega Martínez, y que están contempladas en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal. Si bien es cierto que no cabe en este caso decir con toda exactitud

que el homicidio se cometió con alevosía —que sería lo conducente dentro de los ejemplos y circunstancias consignadas en esa norma— no debe perderse de vista que la jurisprudencia tiene dicho que el artículo 363, en su numeral 5º, sólo determina algunas de las condiciones en las cuales se puede colocar a la víctima en estado de *indefensión* o *inferioridad*, pero estas circunstancias (insidia, asechanza, alevosía, envenenamiento) no tienen el carácter de taxativas, sino de enumerativas, y el juzgador goza de la amplitud necesaria para asignarle esa calidad a cualquiera otra condición similar que coloque a la víctima en situación de indefensión o inferioridad".

En cuanto a Pinto el Tribunal, siguiendo en la apreciación de la responsabilidad de éste el concepto del señor Agente del Ministerio Público, consideró que su actuación debía calificarse como una tentativa de homicidio, y después de una detenida motivación y con cita de doctrinas de la Corte en el análisis de los elementos que caracterizan un delito imperfecto de homicidio en el grado de tentativa, para ver si concurrían en los actos realizados por aquel sujeto, circunstancias de tal naturaleza, concluye así:

"El Tribunal, pues, revocará el sobreseimiento definitivo con que fue amparado Cristóbal Pinto por el homicidio en Miguel Pereira, para en su lugar abrir causa criminal a Pinto por el delito imperfecto de homicidio (tentativa), en dicho Pereira".

Consecuente con esto la corporación aludida, en la parte resolutive de la providencia en cuestión, confirmó el auto de proceder dictado contra Carlos Julio Vega Martínez por el delito de homicidio en la persona de Miguel Pereira y agregó textualmente: "con la adición o reforma de que al Jurado debe someterse la circunstancia reconocida en la motivación de esta providencia, que hace elevar la infracción a la categoría de asesinato".

También revocó el sobreseimiento definitivo en favor de Cristóbal Pinto y en su lugar lo llamó a responder en juicio criminal por el delito imperfecto de homicidio en la persona del mismo Pereira, en el grado de tentativa.

Al celebrarse la audiencia pública al Jurado le fueron formulados cuestionarios para cada uno de los responsables. Se transcribirá el correspondiente a Carlos Julio Vega Martínez, porque como es el único recurrente, al estudio de las causales propuestas por el señor apoderado se contraerá la Corte de manera exclusiva, ya que en lo concerniente a Pinto si su situación jurídica se ha dejado relatada,

ello se explica para comprender mejor las distintas incidencias de la actuación procesal en este negocio.

Dice así el cuestionario:

“El acusado Carlos Julio Vega Martínez es responsable de haber ocasionado la muerte a Miguel Pereira, por medio de dos lesiones producidas con proyectil de arma de fuego (revólver) con la ubicación y consecuencias que se leen en la correspondiente acta de autopsia (fs. 4), hecho cometido el día doce de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, como entre cinco y media y seis de la tarde, en el segundo patio de la casa en donde funciona la pensión ‘La Perla’, ubicada en el número 16-48 de la calle 33 del plano de esta ciudad, y en la ejecución de tal hecho obró el acusado con el propósito de matar y poniendo a la víctima en condiciones de **indefensión o inferioridad?**”.

El Jurado respondió afirmativamente, por unanimidad.

Durante la audiencia las partes propugnaron por sus respectivas tesis. Así el Agente del Ministerio Público fue enfático en solicitar respuesta afirmativa para el cuestionario propuesto y al calificar el hecho no vaciló en sostener que su configuración jurídica corresponde a lo que el Código denomina asesinato por el modo de ejecución del delito y las circunstancias de la víctima.

La parte civil constituída legalmente y el mismo defensor en sus alegaciones partieron de la base de que el cuestionario contenía los elementos propios del asesinato y en este sentido dirigieron sus argumentos en pro de una respuesta simplemente afirmativa, el primero, y encaminando el segundo su defensa en el sentido de que el tribunal popular debe responder que el procesado “sí ejecutó el hecho pero excediéndose en la defensa de su amigo Cristóbal Pinto y sin poner a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, pues en todo caso debe hacerse la manifestación de que no hubo indefensión”, según constancia del acta respectiva.

La respuesta escuetamente formulada con un sí rotundo permite ver cómo acogió el Jurado la sugerencia de las partes que intervinieron en el debate público.

De conformidad con este veredicto el Juez del conocimiento impuso al procesado la pena señalada al principio de esta providencia, la que no fue modificada por el Tribunal. Tanto en la sentencia del Juez Superior, como en la confirmatoria dictada por la corporación aludida, se dieron nuevamente amplias razones para sustentar la tesis de que el homicidio fue cometido mediando circunstancias de asesinato por la indefensión e inferioridad en que

se encontraba la víctima en el momento de recibir los impactos mortales.

Demanda

Son tres las causales propuestas. La primera del libelo, correspondiente a la tercera de la ley procesal, la sustenta con estos argumentos el actor:

“La simple respuesta afirmativa dada por el Jurado de conciencia, según el cuestionario que sometió a su consideración el Juez de derecho, para resolver sobre la responsabilidad del acusado Carlos Julio Vega Martínez, consistente en que éste en la ejecución del hecho homicidio (sic), obró poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o de inferioridad, sin especificar ni determinar una a una las circunstancias o modalidades enteramente subjetivas que dieron como resultado ese estado de indefensión o de inferioridad, consideradas esas circunstancias como elementos constitutivos del delito de asesinato, en ningún caso es la demostración evidente en conciencia de la existencia del fenómeno estado (sic) jurídico, asesinato, no obstante la facultad que tiene el Jurado de plena autonomía para fallar o decidir en conciencia sobre el valor probatorio de las diferentes piezas procesales.

“El delito de homicidio —agrega— que realizó Carlos J. Vega Martínez es de un homicidio simplemente voluntario. La indefensión o inferioridad de la víctima, puede proceder de circunstancias exteriores, ajenas al sujeto activo del delito, que no requieren su premeditación, ni el dolo específico, ni las circunstancias de alevosía, sevicia o sobreesfuerzo, en el agente sujeto activo del hecho delictuoso. Por alevosía, elemento constitutivo de asesinato, se entiende la cautela para cometer el delito sin riesgo alguno para el victimario, y esto, por más que afirme la sentencia exista como circunstancia establecida en los autos contra el acusado, determinante de un asesinato, no puede tener otro alcance que el de simple agravación del homicidio intencional, que fue cometido por Carlos J. Vega Martínez”.

Cita en seguida, en apoyo de esta tesis la circunstancia de mayor peligrosidad, que constituye en agravante de un delito el numeral 7º del artículo 37 del Código Penal y concluye que es esto lo que se debe tener en cuenta para individualizar la pena al reo, porque es la que encaja dentro de los límites del veredicto, ya que éste es “deficiente e incompleto, hasta el punto de que apenas traduce la existencia de un simple homicidio voluntario”.

Sostiene que... “la sentencia recurrida está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, al calificar

el hecho homicidio, de modo específico, como aparece, e imponer la pena mínima que para esta especie de homicidio (asesinato) señala el artículo 363 del C. P., apoyado en el numeral 6º de dicha disposición, ya que apenas se habló en la sentencia recurrida, sin fundamento suficiente, de que el señor Carlos Julio Vega Martínez había abusado de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, sin establecer para ello cuáles fueron las modalidades constitutivas de ese delito, porque no podían establecerse con las pruebas del proceso debidamente analizadas, modalidades como la insidia, la asechancia, la alevosía y otra cualquiera, que expresamente quedaron descartadas en el fallo recurrido”.

Sobre la causal segunda de la demanda, que corresponde a la primera del estatuto procesal, el recurrente se limita a afirmar lo siguiente, sin entrar a demostrarlo:

“Como consecuencia de la causal alegada anteriormente, se violaron las disposiciones del artículo 362 del C. P. que define y castiga el homicidio simplemente voluntario y el artículo 37 del mismo Código, numeral 7º, por errónea interpretación o indebida aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 363, numerales 5º y 6º y el artículo 38 del C. P.

“Como directamente violada, por lo que se refiere a esta causal que alego, señalo las disposiciones de carácter sustantivo que contiene el Código de Procedimiento Penal, en sus artículos 537 y 499”.

Concepto del señor Procurador Delegado

Al descorrer el traslado el señor Agente del Ministerio Público invierte el orden de la demanda para estudiar primero la causal cuarta, alegada en subsidio de la tercera y primera, a que se ha hecho referencia. Al tratar de este aspecto de la demanda, se dirán los motivos porque la impugna el recurrente y las razones del colaborador para rechazarla.

Sobre las causales tercera y primera, que estudia conjuntamente por estar los fundamentos de las dos expresados con idénticos motivos en el libelo, dice:

“Por lo visto, existe una perfecta concordancia entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia recurrida, porque en cada una de esas piezas se alude claramente al propósito de matar por parte del homicida y a haber puesto éste a la víctima “en condiciones de indefensión o inferioridad”, circunstancia que eleva el homicidio a la categoría de asesinato.

“Así las cosas, no era indispensable que el cuestionario interrogara concretamente sobre las precisas modalidades a que alude el numeral 5º del ar-

tículo 363 del Código Penal, ni sobre el aspecto enteramente subjetivo que reclama el demandante, para configurar el asesinato, porque el citado numeral, al referirse a la insidia, la asechancia, la alevosía y el envenenamiento, apenas lo hace por vía de ejemplo, y no en forma taxativa, puesto que empieza usando la expresión genérica de ‘cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad’, y eso fue lo que se preguntó al Jurado y lo que éste aceptó, verdad sabida y buena fe guardada. La exigencia esencial de aquella norma, la resultante de los ejemplos que allí da, es siempre la indefensión o inferioridad del ofendido en los momentos en que el agresor, aprovechándose de esa situación desventajosa para la víctima, la acomete y realiza el homicidio”.

Termina afirmando que las causales tercera y primera son inoperantes y no pueden prosperar para casar la sentencia con base en ellas.

Considera la Corte:

Del planteamiento mismo del problema, tal como se deduce de las distintas piezas que constituyen el proceso, se destaca con toda nitidez que las circunstancias en que se cumplió el delito fueron por modo especial objeto de un severo análisis y ofrecieron puntos de discrepancia entre los funcionarios y las partes que intervinieron en el debate jurídico suscitado al rededor de la calificación legal que debía darse a la actitud delictuosa de Vega Martínez.

La revista de las principales piezas del proceso demuestra que desde el principio se puso de relieve una apreciación diferente en cuanto a la denominación que debía darse al delito. Fue sólo el Juez Tercero Superior de Bucaramanga quien en desacuerdo con su colaborador, consideró la existencia de un homicidio simplemente voluntario, quitándole al hecho toda circunstancia o elemento que elevara al delito a una escala superior de dolo como corresponde al asesinato. El Tribunal, de acuerdo con su colaborador, sí dio esta fisonomía al hecho y claramente lo consignó en la parte resolutive, para que al Jurado se le propusiera esta modalidad agravante y decidiera sobre ella.

No cabe duda que el cuestionario se formuló de conformidad con el auto confirmatorio de proceder, con la modificación introducida, en el sentido indicado por el superior.

Las partes en la audiencia pública, como ya quedó explicado antes, dirigieron todas sus actividades a demostrar sus respectivos puntos de vista, de tal manera que el Jurado tuvo la mejor oportunidad de

darse cuenta del fenómeno que constituía el debate y cuál era la discrepancia en puntos jurídicos entre las distintas tesis debatidas en el proceso.

Su decisión debe tenerse como producto de una verdadera convicción, pues le fueron suministrados todos los elementos de juicio para determinarse en un sentido o en otro. Lo cual quiere decir que su veredicto, aparte de que no fue **declarado contraevidente**, tiene el sello de una realidad procesal que es preciso reconocer para la resolución que vaya a adoptarse en esta última y definitiva etapa del proceso.

La sentencia se dicta en los negocios penales con la intervención del Jurado de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre que ha verificado el debate. Ello significa que el Juez Superior no puede salirse de la pauta trazada por la misma ley y que su obligación es inquirir si el veredicto corresponde a la verdad procesal para aceptarlo con todas sus consecuencias jurídicas, o de no, rechazarlo para que un nuevo Jurado enmiende la injusticia que ha podido producirse con un veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

Siendo lo anterior evidente, es preciso discriminar si el hecho de señalar el cuestionario en forma genérica las modalidades de la indefensión y la inferioridad por parte de la víctima, es suficiente para elevar el homicidio a la categoría de asesinato, o es menester que aquellas modalidades se complementen con alguna de las formas de ejecución del hecho que el mismo Código enumera para que pueda dársele aquella fisonomía.

Como se ve, criterios contrapuestos se presentan en el caso. El uno sustenta la tesis de que basta la simple indefensión o inferioridad para la existencia del asesinato, aunque no se señale de manera expresa, cuál de las modalidades que dan al hecho aquella calificación se encuentra en el delito, siempre eso sí que aquellas circunstancias estén establecidas y consignadas en el auto de proceder y en el cuestionario para el Jurado.

Otra opinión se funda en que la ley exige para la existencia de aquella categoría especial en el delito de homicidio que el victimario ejecute actos insidiosos capaces de engañar al ofendido de manera que se encuentre desprevenido e indefenso y sea así más fácil llevar a cabo el delito sin riesgo o peligro alguno para el que lo realiza. Según este criterio será asesinato el homicidio cumplido mediante altos caracteres de gravedad en la forma de su consumación, en lo tocante con la cobardía, perversidad, el ningún riesgo que corra el delincuente, que produzcan como consecuencia la indefensión o infe-

rioridad en que se coloque a la víctima en el momento de ser agredida. Lo esencial es, de acuerdo con esta interpretación, que se sorprenda al agente pasivo de la acción criminal indefenso o desprevenido y que estas circunstancias sean aprovechadas de alguna manera por el agresor para llevar a término su propósito, de manera tan cautelosa que no corra ningún peligro su vida o su integridad personal, siempre que medie en la ejecución del delito alguna de las modalidades taxativas que el Código señala, pues si no es así no puede darse al delito el nombre de asesinato.

La anterior interpretación se basa en razonamientos que la doctrina no ha considerado suficientes para modificar la reiterada jurisprudencia al respecto, contraria a esa tesis. Según esta opinión, el adverbio de modo "como", que enlaza las dos cláusulas del numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, es menester interpretarlo, en el sentido de que significa que la indefensión o inferioridad de la víctima debe tener su manera de manifestarse jurídicamente en las circunstancias exhaustivas que la norma señala: la insidia, alevosía, asechanza, envenenamiento, todas las cuales indican en la comisión del homicidio la condición que fijó la regla, esto es la indefensión o inferioridad.

De manera, que estas dos circunstancias por sí solas no alcanzan a dar contenido jurídico al asesinato. Es necesario enumerar o señalar cada uno de los factores que resultan provocadores o causantes de aquellas modalidades, pues la única mención de tales circunstancias no puede constituir un agravante calificativo de tanta entidad, el cual es indispensable que surja gracias a la adopción de medios que signifiquen un aprovechamiento artero y cobarde del homicida para realizar o facilitar, sin riesgo alguno, la consumación del delito.

Por ello mismo, la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento constituyen, jurídicamente hablando, otros tantos factores que deben operar para dar fisonomía tanto a la indefensión como a la inferioridad, dos conceptos que el Código Penal diferencia al emplear una redacción disyuntiva, puesto que cada uno de ellos corresponde a un medio distinto que el delincuente aprovecha o adopta, contando de antemano con ellos a fin de dar cumplido y cabal éxito a su acción criminal.

Con todo, el vocablo "como", que favorece la interpretación anterior, también se presta a que por significar un adverbio de modo, no se tenga la enunciación que en seguida hace el numeral en estudio como taxativa, desde luego que el pronombre indeterminado "cualquier" con que se inicia la disposi-

ción, que gramaticalmente significa en alguna de sus acepciones "sea el que fuere", permite dar este alcance al texto legal, de tal manera que, de conformidad con este criterio, sean cuales fueren las circunstancias de indefensión que allí se señalan por vía de ejemplo, una cualquiera de ellas o todas juntas, si pueden reunirse en un caso dado, u otra que sea similar, elevan el homicidio a la categoría de asesinato.

En efecto, los fenómenos de la indefensión, o inferioridad no es posible juzgarlos independientemente de las condiciones en que el hecho se cumple. Bien puede ejecutarse éste cuando el agente conociéndolas se aprovecha de ellas para la ejecución del delito con las mejores condiciones para su propia seguridad personal, o cuando circunstancialmente, esto es, en forma no preordenada, aprovecha la ocasión que le depara la certeza de que la víctima se encuentra desprevenida o indefensa y así asesta el golpe mortal o la lesión personal ocultando la intención, fingiendo amistad a otro de cualquier modo que implique deslealtad o forma artera en la ejecución del delito. De aquí que pueda afirmarse que la indefensión o la inferioridad del agente pasivo constituyan casi siempre alguna forma de insidia, de alevosía o asechanza, entendiéndose por cada una de estas modalidades que al obrar de esta suerte el delincuente lo hace con la certidumbre de que su víctima no podrá oponer ningún género de resistencia al proditorio designio de vulnerarlo con el mínimo de riesgo para el agresor.

Si el asesinato es la más alta manifestación dolosa en los delitos contra la vida y la integridad personal, es precisamente porque en él se revelan por parte del delincuente las más acusadas manifestaciones de peligrosidad social. Siendo ello así, la esencia jurídica del agravante que surge de la indefensión de la víctima o del abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido tiene que radicar en algo que señale un aprovechamiento por parte del ejecutor del delito de cualquiera de aquellas circunstancias, o al menos que la existencia de alguna condición personal del ofendido permita al agente cumplir su designio con la seguridad de que su propósito criminal será inexorablemente cumplido.

Así las cosas, no puede reconocerse a la modalidad específica que aceptó el Jurado otro alcance que de circunstancias constitutivas de un delito de homicidio con fisonomía de asesinato. En manera alguna se puede confundir esa situación jurídica con la de una circunstancia de mayor peligrosidad. Estas, de conformidad con el artículo 499 del Código

Procesal Penal, corresponde valorarlas o apreciarlas al Juez de derecho; aquéllas deben ser motivo de la decisión del Jurado. De manera que si el veredicto las consigna, menester es darle la significación que la ley les otorga, porque de otra suerte la sentencia no estaría en consonancia con el veredicto, ni éste sería el trasunto fiel del cuestionario tal como surge del auto de proceder.

"El artículo 363 en su numeral 5º —ha dicho esta Sala de la Corte— sólo determina algunas de las condiciones en las cuales se pueda colocar a la víctima en estado de indefensión o inferioridad; pero estas circunstancias (insidia, asechanza, alevosía, envenenamiento) no tienen el carácter de taxativas, sino enumerativas, y el juzgador goza de la amplitud necesaria para asignarle esa cualidad a cualquiera otra condición similar que coloque a la víctima en situación de indefensión o inferioridad". (GACETA JUDICIAL, tomo LXII, números 2050-51, pág. 769).

No hubo, de consiguiente, ni desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, ni menos violación de la ley penal por errónea interpretación o indebida aplicación. Las razones de esta última afirmación surgen de los fundamentos que ha tenido la Corte para rechazar como no probada la causal tercera.

Nulidad del proceso

Por dos aspectos presenta el recurrente la nulidad que alega. El primero lo hace consistir en no haberse notificado a Cristóbal Pinto, en forma debida, el auto de proceder y otras providencias, hallándose Pinto en el mismo lugar donde se adelantaba el proceso. El segundo aspecto lo deriva de no haberse notificado a los interesados "el auto poniendo en conocimiento el cuestionario formulado por el Juez para las audiencias del Jurado, a fin de que pudieran solicitar la reforma del cuestionario, agregando las preguntas necesarias para el buen éxito de la causa. Dice que como a consecuencia de esto se violaron los artículos 168, 170, 198, 199, 173 y 174 del Código de Procedimiento Penal".

Contesta la Corte:

El primer cargo resulta extraño al debate, por la potísima razón de que Cristóbal Pinto no hizo uso de la facultad de recurrir en casación y por tanto ningún poder tiene el apoderado de Vega Martínez, el único recurrente, para representarlo ante la Corte.

Es verdad que la demanda cita una doctrina de

esta Sala, en la cual cuando se trata de una sentencia condenatoria contra varios reos, si el hecho que origina la nulidad es común a todos ellos, la reposición de lo actuado, consecuencia de la anulación del proceso, comprende también a los no recurrentes.

Esta doctrina que se funda en un principio de equidad no puede ser aplicada al caso. Para que ella sea viable es indispensable que la nulidad comprenda al reo recurrente, a fin de que se extienda a los otros que no usaron de tal recurso, pero que están cobijados por un vicio o informalidad semejante al que se declaró para el procesado que interpuso el recurso. Si esto no ocurre, la doctrina carece de operancia. Que es lo que sucede en el presente negocio, porque ni la demanda lo alega ni tampoco existe informalidad en el proceso contra Vega Martínez que haga necesario reponer el procedimiento. Siendo ello así, el primer motivo alegado es inaceptable.

En cuanto al segundo, cabe decir que el actor parece olvidar que el sistema del Código de Procedimiento Penal en lo tocante con la formulación de los cuestionarios fue fundamentalmente modificado por la ley 4ª de 1943. Antes de este estatuto regía el sistema de que una vez aprobado el dictamen pericial para el avalúo de los perjuicios, el Juez debía dictar dentro del término de veinticuatro horas, el auto en que se formulen los cuestionarios que han de someterse al Jurado (artículo 497). Es claro que este auto debía notificarse personalmente por mandato del ordinal b) del artículo 171 de la obra en cita, que así lo disponía expresamente. La ausencia de esta informalidad podía acarrear un vicio de nulidad relativa, ya que su alegación estaba circunscrita a que se hiciera antes de estar ejecutoriado el auto que señala día y hora para la diligencia de sorteo (artículo 199, numeral. 1º ibidem).

Todo este procedimiento fue modificado por los artículos 26 y 28 de la mentada ley 4ª de 1943. Según el primero, después del dictamen pericial o vencido el término de prueba o los términos de que tratan los artículos 442 a 444 del Código de Procedimiento Penal, el negocio pasará al despacho del Juez. Luego no existe formulación previa del cuestionario o cuestionarios, a fin de que las partes, como todavía lo cree el recurrente, "puedan solicitar su reforma, agregando las preguntas necesarias para el buen éxito de la causa".

De conformidad con el artículo 28 de la misma ley, el cuestionario se propone al Jurado en los momentos de la audiencia y no hay autorización expresa ni tácita en el Código que permita introducir modificación alguna a su contenido, que debe ser una síntesis del auto de proceder, so pena de ser casable la sentencia por incidir en la causal tercera del artículo 567 del estatuto procesal.

Bastan estas consideraciones para que la causal cuarta tenga que rechazarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal—oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 29 de septiembre de 1951, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que ha sido materia del presente recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.

Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez.

Julio E. Argüello, Secretario.

PARA QUE LA CORTE EMITA CONCEPTO FAVORABLE AL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO, POR MOTIVOS DE CONVENIENCIA PARA LA RECTA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, NO ES NECESARIO QUE LOS HECHOS EN QUE SE APOYA LA SOLICITUD SE ACREDITEN POR MEDIOS QUE LEGALMENTE TIENEN VALOR DE PLENA PRUEBA

Respecto de la segunda condición exigida por el artículo 58 del C. de P. P., es decir, que el cambio de radicación sea conveniente para la recta administración de justicia, la Corte ha dicho en repetidas ocasiones, que esa conveniencia puede fundarse en todo hecho o circunstancia que en alguna forma, directa o indirectamente, pueda menoscabar los derechos del interesado o sus fueros sociales, sea en lo tocante a la apreciación de los hechos punibles y a su responsabilidad, en cuanto a la ley penal infringida y a las sanciones que deban imponérsele. Y en este orden de ideas, el cambio de radicación persigue dos objetivos fundamentales: la intangibilidad del buen nombre del Poder Judicial y la remoción de cualquier obstáculo que sea perturbador en la marcha del proceso, aun cuando este motivo sólo resulte fundado subjetivamente. Por eso, para que la Corte emita su concepto con el objeto de ilustrar el criterio del Gobierno, no se requiere que los comprobantes acreditados tengan el carácter de plena prueba para acreditar los hechos o motivos alegados, los cuales, por la naturaleza misma de las cosas, en ocasiones es difícil establecer. Por ello, basta que del conjunto de los comprobantes se capte una impresión de conjunto, acerca del ambiente judicial o público que exista en el lugar donde debe juzgarse al procesado, que permita tener como fundada la hipótesis de que los derechos de las partes no estén ampliamente garantizados, como ocurriría en aquellos casos en que se teme que por el ambiente de odiosidad creado en el lugar donde se sigue el proceso, los derechos de la defensa no puedan ejercerse a cabalidad, o porque circunstancias derivadas de pasiones puedan traducirse en actos de represalia o de venganza que impidan la defensa. En estos casos, para que las decisiones de los jueces sean expresión fiel de

la justicia, es necesario y conveniente el cambio de radicación del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintinueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Nuevamente el Ministerio de Justicia, Sección Jurídica, remite la solicitud formulada por el señor Hernando López Garavito, para que se cambie de radicación el sumario que contra él se adelanta en el Distrito Judicial de Bucaramanga por el delito de homicidio, a fin de que la Sala emita concepto de acuerdo con lo que dispone el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

En pasada ocasión, la Corte se abstuvo de emitir concepto porque no se acreditó con los elementos de prueba acompañados con la solicitud, que el negocio fuera de aquellos cuyo conocimiento correspondía a los Jueces Superiores de Distrito Judicial. Como la prueba que se echaba de menos, obra en el expediente, se procede a su estudio a fin de emitir el concepto que legalmente corresponda.

Las razones presentadas por el peticionario, son las siguientes:

1^a—Que la víctima del hecho porque se le procesa fue la señorita Cecilia Castañeda Q., quien desempeñaba en la Gobernación de Santander un alto cargo y gozaba de especial estimación, en todos los sectores sociales de la ciudad de Bucaramanga;

2^a—Que cuando tuvo ocurrencia el hecho desgraciado, se produjo una grave reacción pública y debido a ésto, fue que se le rodeó de guardianes para conservarle la vida;

3^a—Que por tales circunstancias, los abogados

penalistas de Bucaramanga, se encontraron cohibidos para asumir su defensa y el que actualmente la desempeña recibe anónimos amenazantes y no obstante su gran valor moral y su lealtad profesional, quiere evitarle mayores daños, pues teme que pueda ocurrir alguna represalia de proporciones lamentables; y

4ª—Que los funcionarios y los peritos técnicos dentro de la actuación procesal, sin que quiera hacer cargo alguno contra su rectitud, están sometidos a la coacción creada por el ambiente, originada por la estimación hacia la víctima y la animadversión hacia el peticionario.

Agrega que podría señalar otros motivos fuera de los enumerados, que aconsejan la conveniencia del cambio de radicación, tales como el hecho de que cuando sucedió la tragedia desempeñaba las funciones de Jefe del Detectivismo, funciones que crean muchos odios, resentimientos y anhelos de represalia en las personas que por alguna causa tuvieron que ver con el ejercicio de esas funciones, pero que considera que son suficientes los argumentos presentados como base de su pedimento.

Para acreditar los fundamentos alegados como base de su solicitud, el procesado pidió a la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior de Bogotá, la recepción de los testimonios de los señores Salomón Rodríguez P., Pablo Emilio Rolón, Hernando Cáceres Sanmiguel y Carlos Julio Arévalo, quienes depusieron al tenor del interrogatorio que les formuló el peticionario, el cual se concretó a los siguientes puntos:

a) Si tuvieron conocimiento de la muerte violenta de la señorita Cecilia Castañeda Q., por la que López Garavito se encuentra sindicado;

b) Si les consta que dicha señorita, era alta empleada de la Gobernación de Santander cuando el hecho se cometió y digan cuál fué la reacción pública que se produjo en la tragedia y si hubo tentativas de linchamiento para el peticionario;

c) Que manifiesten si la precitada señorita gozaba de especial estimación en la ciudad de Bucaramanga y por causa de su muerte, surgió un ambiente de represalia e informen cuál fué la actitud de la prensa de dicha ciudad a raíz del suceso y si en su concepto las publicaciones de ésta, implicaban una coacción para los funcionarios, desfavorable para el solicitante; y

d) Que expresen el comentario que circuló en Bucaramanga respecto del abogado que recibiera la defensa del peticionario y digan, si como resultado de los comentarios populares y las inventivas de la prensa contra el autor del hecho, pudieron observar odio y anhelo de represalia, encamina-

dos a intimidar a quienes debían intervenir en el proceso.

El declarante Salomón Rodríguez P. (folio 7) refiere que el día diez y seis de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, se encontraba en la ciudad de Bucaramanga donde desempeñaba las funciones de Detective Nacional y esa tarde, supo el hecho de las heridas que López Garavito causó a la señorita Cecilia Castañeda Q., empleada en la Fábrica de Licores de Floridablanca y quien murió a causa de esas heridas, producidas con arma de fuego, a eso de las cinco de la mañana del día siguiente; que también tuvo noticia esa misma tarde, que el heridor había sido López Garavito, quien ejercía también las funciones de Detective Nacional; que la señorita Castañeda Q., era alta empleada de la Gobernación de Santander, pues antes de la tragedia se presentó a la Seccional de Investigación de Santander y consultó al Jefe señor Luis Alfredo Rueda y a López Garavito, Jefe de Personal, que le aconsejaron qué puesto de tres que le había ofrecido el Gobernador debía aceptar y ellos le aconsejaron que el de la Fábrica de Licores de Floridablanca, que era el de mayor sueldo; que por las publicaciones de la prensa y por el aprecio que el Gobierno Departamental tenía por la víctima, fue necesario que se tomaran precauciones para evitar un atentado para López Garavito y que dos agentes que custodiaban el Hospital le impidieron entrar a visitarlo para ofrecerle sus servicios y días después tuvo conocimiento de que un sujeto vestido de negro, intentó penetrar en la pieza de López Garavito en el hospital y según rumores, era un hermano de la señorita Cecilia Castañeda. También afirma que, le consta que esta señorita gozaba de aprecio en Bucaramanga y en todas las oficinas de la Gobernación y en la Clínica donde murió el ambiente era contra el sindicado y en la prensa había una actitud en contra del mismo y se hablaba de asesinato, y el Jefe de la Sección tuvo que hacer una rectificación y que en su concepto las publicaciones de la prensa, si implicaban coacción para los funcionarios.

El deponente Pablo Agustín Rolón (folio 8 v. y 9), declara que se encontraba detenido en la cárcel de la Concordia de Bucaramanga el día diez y seis de febrero de mil novecientos cincuenta y dos y tuvo conocimiento de la muerte de la señorita Cecilia Castañeda Q., y que por este hecho se encontraba detenido Hernando López Garavito; que le consta que dicha señorita era alta empleada de la Gobernación de Santander cuando ocurrió el hecho y la prensa reaccionó señalando a

López Garavito como un individuo peligroso, como un asesino y el periódico El Frente publicó su retrato, seguramente tomado del carnet de identificación y suministrado por su propio Jefe, señor Luis Alfredo Rueda.

Finalmente, los testigos Carlos Julio Arévalo y Hernando Cáceres Sanmiguel (folios 5 v. y 10), también hablan de que la prensa tuvo reacciones frente al suceso de la muerte de la señorita Castañeda y se tomaron precauciones para evitar cualquier represalia contra el sindicato López Garavito y el ambiente creado por las publicaciones era desfavorable a éste y se decía que la Gobernación se había paralizado contra el procesado y contra el Detectivismo Nacional y no se les permitió la visita a la Cárcel, según decía el Alcaide, por orden de la Gobernación.

Al folio 20, obra la constancia de que en la Fiscalía del Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, se adelanta el proceso contra Hernando López Garavito por el delito de homicidio.

Los documentos relacionados, son todos los que se acompañaron a la petición de cambio de radicación de que aquí se trata y sobre ellos, habrá de fundar la Sala el concepto que se le solicita.

Se considera:

De acuerdo con el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, dos condiciones deben reunirse para que sea procedente el cambio de radicación en negocios como el presente:

a) Que el asunto sea de aquellos cuyo conocimiento, en primera instancia, corresponda a los Jueces Superiores de Distrito Judicial; y

b) Que existan motivos de conveniencia para la recta administración de justicia.

El primero de estos requisitos, se encuentra demostrado con el despacho telegráfico del Fiscal Tercero Superior que obra en los autos, según el cual en esa oficina se adelanta un proceso contra Hernando López Garavito por el delito de homicidio, en la persona de Cecilia Castañeda Q.

La segunda de tales condiciones, consistente en

que el cambio de radicación sea conveniente para la recta administración de justicia, la Sala ha dicho en repetidas ocasiones, que esa conveniencia puede fundarse en todo hecho o circunstancia que en alguna forma, directa o indirectamente, pueda menoscabar los derechos del interesado o sus fueros sociales, sea en lo tocante a la apreciación de los hechos punibles y a su responsabilidad, en cuanto a la ley penal infringida y a las sanciones que deba imponérsele. Y en este orden de ideas, el cambio de radicación persigue dos objetivos fundamentales: la intangibilidad del buen nombre del Poder Judicial y la remoción de cualquier obstáculo que sea perturbador en la marcha del proceso, aun cuando este motivo sólo resulte fundado subjetivamente. Por éso, para que la Corte emita su concepto con el objeto de ilustrar el criterio del Gobierno, no se requiere que los comprobantes acreditados tengan el carácter de plena prueba para acreditar los hechos o motivos alegados, los cuales por la naturaleza misma de las cosas en ocasiones es difícil establecer. Por ello, basta que del conjunto de los comprobantes se capte una impresión de conjunto, acerca del ambiente judicial o público que exista en el lugar donde debe juzgarse al procesado, que permita tener como fundada la hipótesis de que los derechos de las partes no estén ampliamente garantizados, como ocurriría en aquellos casos en que se teme que por el ambiente de odiosidad creado en el lugar donde se sigue el proceso, los derechos de la defensa no puedan ejercerse a cabalidad o porque circunstancias derivadas de pasiones puedan traducirse en actos de represalia o de venganza que impidan la defensa. En estos casos, para que las decisiones de los jueces sean expresión fiel de la justicia, es necesario y conveniente el cambio de radicación del proceso.

En el caso de autos, las pruebas acompañadas con la solicitud del procesado para que se cambie de radicación el proceso que se le adelanta en el Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, permiten fundar una impresión de conjunto de que el ambiente público que existe en la ciudad de Bucaramanga, no es propicio para que su derecho de defensa esté plenamente garantizado. Existen en dicha ciudad factores contrarios para que la justicia pueda cumplir su misión en forma correcta y estricta, no ya en lo que se refiere a las actuaciones de los funcionarios judiciales, cuya pulcritud está por encima de toda sospechá, sino porque como se ha dicho, a raíz de la perpetración del hecho la prensa creó un ambiente perjudicial a los

derechos del sindicado y este ambiente puede llegar a influir en los resultados del proceso penal.

El concepto de la Corte, debe ser, por lo tanto, favorable al cambio de radicación del proceso de que aquí se trata.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso seguido contra Hernando López Garavito por el delito de homicidio, en

la Fiscalía del Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga.

Cópiese y devuélvase,

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez.—Angel Martín Vázquez.—Julio E. Argüello R., Secretario.

RECURSO DE HECHO. — RAZONES POR LAS CUALES LA PARTE CIVIL NO PUEDE INTERPONER RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

La parte civil tiene dentro del proceso penal sus limitaciones precisas y determinadas, sin que puedan atribuirse otras, como sería si a pesar del texto expreso del artículo 559 del C. de P. P., se extendieran las facultades que la ley le otorga hasta recurrir en casación contra sentencias absolutorias. Es manifiesto que el Código ha querido excluir a dicha parte de aquella prerrogativa, porque considera que no puede equipararse a las otras dos partes —Ministerio Público y procesado— en lo tocante con un recurso extraordinario, que en materia penal tiene como finalidad preponderante enmendar los posibles errores judiciales, como una mejor garantía para la justicia. De allí que sólo otorgue el recurso a quienes por ser interesados en aquella enmienda, como partes que representan a la sociedad o al delincuente mismo, deben gozar de esa especial prerrogativa legal.

La parte civil no está en la misma categoría dentro del proceso penal. El interés que la ley reconoce no va más allá de buscar la justa indemnización de los perjuicios sufridos por el delito. Su misión fundamental es cooperar al logro de una condena, para que ella se traduzca en fuente civil de reparar los daños y perjuicios de la infracción.

Si a la parte civil se le concediera el recurso de casación contra las sentencias absolutorias, se le otorgaría por ello mismo la facultad de ejercer una acusación particular fundada en la venganza y en la vindicta por medio de la ley, de agravios que sólo corresponde a la justicia sancionar y cuyo ejercicio no puede extenderse hasta límites que sobrepasan la naturaleza misma de la institución, cuyo objeto principal y único surge del principio civil de que todo daño presupone una indemnización, pero es menester que algún perjuicio se cause para que pueda ser cobrado a quien lo produjo.

Por lo demás, no es el recurso de casación

una tercera instancia, y en ello se convertiría si se otorgara también a las sentencias absolutorias.

Examinadas una a una las siete causales de casación que consagra la ley, se advierte que en ninguna de ellas podría fundamentarse un recurso de casación interpuesto por la parte civil, puesto que todas ellas presuponen una situación procesal en que ha sido condenado el reo o al menos se ha dado mala aplicación o indebida interpretación a la ley, lo cual supone también que ha recaído una sentencia condenatoria, porque únicamente por ello ha podido errarse en la interpretación o aplicarse la ley indebidamente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

En el proceso seguido a Jorge Martínez por el delito de extorsión consumado hacia el mes de mayo de 1950 en la ciudad de Neiva, en que aparece como presunto damnificado Estanislao Cortés Valderrama, en providencia de fecha 22 de enero de 1952 (fs. 90 a 97 vto.) el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Neiva, dijo en su parte final:

“Las anteriores consideraciones son fundamento esencial para que el Juzgado administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Abuélvase al Sr. Jorge Martínez Misas, ciudadano mayor de 63 años, casado, natural de Antioquia (Departamento de Antioquia), ganadero y comerciante de profesión, de instrucción secundaria y portador de la cédula de ciudadanía N° 1279267

expedida en esta ciudad, por los cargos formulados en su indagatoria...”.

El Tribunal Superior de la misma ciudad de Neiva, con fecha 16 de septiembre último (fs. 160 a 168 vto.) resolvió:

“En atención a las consideraciones precedentes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el fallo de veintidos de enero del año en curso materia de la apelación en las presentes diligencias...”.

El apoderado de la parte civil constituida en el proceso pidió (fl. 169) se le concediera el recurso de casación. El Tribunal, el 13 de noviembre del mentado año, negó este recurso.

La misma parte civil por medio de escrito de folios 171 vto. a 173, pidió reposición del auto denegatorio anterior y para el caso de que no se concediera ello, solicitó copia de lo pertinente a fin de recurrir de hecho ante la Corte. El Tribunal negó la reposición y accedió a conceder la expedición de las copias solicitadas, con las cuales el doctor Jaime Ucrós García se ha presentado ante la Corte recurriendo de hecho contra el auto del 13 de noviembre próximo pasado.

Sostiene el Tribunal en el auto que niega el recurso de casación, que a la parte civil no le es dado interponer este recurso “sino respecto de las sentencias condenatorias, en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos, al tenor del artículo 559 del Código Procesal Penal. Y si bien en la cuantía no habría óbice para conceder el recurso, como quiera que ella se estimó en la demanda respectiva en suma no menor de diez mil pesos; que tampoco habría inconveniente para otorgarlo por la calidad de los falladores de instancia, pues se trata de una sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal en negocio cuyo conocimiento correspondió en primera instancia al Juez Superior de Neiva, la calidad del fallo por haber sido absolutorio, impide a acceder a las pretensiones de la parte civil.

“Buenas razones de carácter jurídico —dice el Tribunal— pueden aducirse para hacer notar la conveniencia de que a la parte civil se le conceda el derecho a recurrir en casación contra las sentencias absolutorias, en los casos de los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, pero mientras la ley limite ese recurso, respecto de dicha parte, a las sentencias condenatorias, no hay manera de proceder en forma distinta. El problema es de jure condendo y sería de desear que el legislador reformara el Código de Procedimiento

en el sentido de otorgar a la parte civil los mismos derechos que a las demás partes para recurrir en casación contra los fallos absolutorios. Mientras ésto no ocurra no le es dado al juzgador extender el recurso a la parte civil, porque dejaría de aplicar la ley para convertirse en legislador”.

El recurrente por su parte se refiere a que las legislaciones tanto penal como civil tienen el mismo concepto de parte, entendiéndose como tal a las personas o grupos de personas que sostienen dentro del proceso iguales pretensiones y que el sistema en nuestra legislación quiere que la actividad de las partes no esté recortada en forma alguna y así en nuestro Código de Procedimiento, tiene acción la parte civil no sólo en el campo del resarcimiento de los perjuicios civiles, sino también para actuar en la acción penal.

“Es de observar —dice— que tanto el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, como el artículo 138 del Código, hacen aplicables las normas del procedimiento civil al procedimiento penal y entre las del primero está la de que la parte que reclama perjuicios tiene plena actividad hasta la terminación del juicio y no únicamente hasta la terminación de la segunda instancia. Es decir, que como la casación es una etapa del juicio no desvinculada en forma alguna de la actuación general, si han de aplicarse las normas del procedimiento civil, como posteriormente lo ordenan tales artículos, hay que concluir en que las partes en el proceso penal tienen plena actividad en todas las etapas de la actuación procesal incluyendo la casación, sistema que reafirman los artículos 207 y 209 del Código de Procedimiento Penal”.

“Pero no puede decirse —concluye— que en las sentencias absolutorias la parte civil ve recortado su derecho de parte, pues, precisamente frente a tales sentencias está vigente su interés jurídico en su totalidad, es decir, tanto el interés jurídico penal que vimos que la ley le otorga, como el interés jurídico civil. Puesto que sólo combatiendo la sentencia absolutoria se está en camino de lograr la base indispensable sobre la cual puede sustentarse la condena para la indemnización de perjuicios, no se vé cómo la parte civil pueda tener derecho a pedir pruebas y alegar sobre la responsabilidad del procesado, y no el de atacar en casación la interpretación que el Tribunal haya dado a esas pruebas y el mérito que haya conferido a tales alegaciones”.

Considera la Corte:

No es la primera vez que la Corporación avoca

el problema aquí planteado por la parte civil reconocida en el proceso, para resolver el recurso de hecho a fin de que el de casación, que le fue negado por el Tribunal competente, se admita con base en los argumentos del memorial en que sustenta aquella solicitud.

La lectura de los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal indica que la ley señala distintas condiciones para el otorgamiento del recurso extraordinario de casación. Tiene en cuenta la jerarquía jurisdiccional, de manera que aquel recurso se otorgue sin otra discriminación, cuando se trata de sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores, siempre que el juzgamiento de primer grado haya correspondido a los Jueces Superiores. Es la categoría de estos funcionarios lo que en presencia de la ley hace que el recurso se conceda, sin otra condición que provenir de aquellos juzgadores el fallo respectivo.

No sucede lo mismo tratándose de los juicios de que conocen los Jueces de Circuito. Las sentencias dictadas por éstos y que corresponde su consulta o apelación a los Tribunales Superiores, según las reglas generales sobre competencia, no tienen derecho al recurso de casación sino a condición de que la pena privativa de la libertad que se señala para el delito tenga un máximo que sea o exceda de cinco años. Sin este requisito el recurso es inadmisibles.

Señaladas en los dos artículos 556 y 557 las condiciones de admisibilidad del recurso de casación, o sea los requisitos que la ley exige para su otorgamiento, el uno respecto de los funcionarios mismos que dictan la sentencia sujeta al recurso y el otro respecto de la pena imponible por juzgadores de menor categoría en la jerarquía jurisdiccional, se ocupa en seguida la ley en el artículo 558 de designar las partes que pueden interponer aquel recurso extraordinario, concediendo apenas esa facultad al Agente del Ministerio Público y al procesado, ya personalmente o por medio de apoderado.

Es claro que la atribución al Agente del Ministerio Público comprende tanto las sentencias condenatorias como las absolutorias, pues como representante de la sociedad, bien puede impugnar un fallo porque se absolvió a un culpable o se condenó a un inocente o bien se declaró responsable a un sujeto pero no en la medida de la responsabilidad que le corresponde por su delincuencia comprobada.

Como puede observarse, la ley hasta aquí se limita a señalar los requisitos para la admisibilidad

del recurso y las partes que pueden interponerlo, tratándose de sentencias condenatorias.

Ya en el artículo siguiente, el 559, la ley otorga una nueva facultad a dichas partes (Ministerio Público y procesado) de recurrir en casación contra las sentencias **condenatorias** en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557 pero sólo en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos. Al decir el inciso 1º del mismo artículo que en este caso rigen las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación en asuntos civiles, es porque quiere hacer con ello expresa manifestación de que se trata de una materia de índole civil, cual es la indemnización de los perjuicios causados por el delito. Igual prerrogativa otorga a la parte civil y es la primera vez que la nombra para la concesión del recurso de casación porque en las disposiciones anteriores ninguna mención ha hecho de ella, lo que de por sí está demostrando que es el artículo 559 la única disposición que comprende todas las partes que intervienen o pueden intervenir en el proceso penal, pero circunscrita la facultad para la interposición del recurso únicamente a una clase de sentencias, las condenatorias, para un solo objetivo: la indemnización de los perjuicios y con una especial condición, que la cuantía sea la que la ley misma señala de modo expreso.

La parte civil tiene dentro del proceso penal sus limitaciones precisas y determinadas, sin que puedan atribuirse otras, como sería si a pesar del texto expreso del artículo 559, se extendieran las facultades que la ley le otorga hasta recurrir en casación contra sentencias absolutorias. Es manifiesto que el Código ha querido excluir a dicha parte de aquella prerrogativa, porque considera que no puede equipararse a las otras dos partes —Ministerio Público y procesado— en lo tocante con un recurso extraordinario; que en materia penal tiene como finalidad preponderante enmendar los posibles errores judiciales, como una mejor garantía para la justicia. De allí que sólo otorgue el recurso a quienes por ser interesados en aquella enmienda como partes que representan a la sociedad o al delincuente mismo, deban gozar de esa especial prerrogativa legal.

La parte civil no está en la misma categoría dentro del proceso penal. El interés que la ley le reconoce no va más allá de buscar la justa indemnización de los perjuicios sufridos por el delito. Su misión fundamental es cooperar al logro de una condena, para que ella se traduzca en fuente ci-

vil de reparar los daños y perjuicios de la infracción.

Si a la parte civil se le concediera el recurso de casación contra las sentencias absolutorias, se le otorgaría por ello mismo la facultad de ejercer una acusación particular fundada en la venganza y en la vindicta por medio de la ley, de agravios que sólo corresponde a la justicia sancionar y cuyo ejercicio no puede extenderse hasta límites que sobrepasan la naturaleza misma de la institución, cuyo objetivo principal y único surge del principio civil de que todo daño presupone una indemnización, pero es menester que algún perjuicio se cause para que pueda ser cobrado a quien lo produjo.

Por lo demás, no es el recurso de casación una tercera instancia y en ello se convertiría si se otorgara también a las sentencias absolutorias.

Examinadas una a una las siete causales de casación que consagra la ley se advierte que en ninguna de ellas podría fundamentarse un recurso de casación interpuesto por la parte civil, puesto que todas ellas presuponen una situación procesal en que ha sido condenado el reo o al menos se ha dado mala aplicación o indebida interpretación a la ley, lo cual supone también que ha recaído una sentencia condenatoria, porque únicamente por ello ha podido errarse en la interpretación o aplicarse la ley indebidamente.

La misma causal segunda en ninguna de las distintas circunstancias en que puede impugnarse una sentencia por los motivos que en ella se enumeran o señalan, podría servir para que la parte civil fundara una demanda de casación, porque todos esos motivos hacen relación a una sentencia condenatoria. Basta examinarlos para comprender que sería imposible sobre ellos pretender, como lo quiere el recurrente de hecho, que la Corte entre en la discriminación del cargo para ver si el Tribunal tuvo motivos legales para declarar que el delito no tiene existencia, o que el sindicado no lo ha cometido o que es inocente de él o que la ley no consagra los hechos denunciados como infracción penal. Ninguna de estas circunstancias están comprendidas en la causal segunda, ya que todas las que ésta autoriza parten del supuesto de que hubo una condenación y que la prueba fue mal apreciada, porque se le atribuyó un valor probatorio que no tiene o se le negó el que sí tiene, o no se la tuvo en cuenta a pesar de estar acreditada en el proceso, y todo ello, además, condicionado, según la última parte del numeral segundo del artículo 567, a que sean elementos constitutivos, determinantes, eximentes o modifica-

dores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o hayan influido en la determinación de la sanción, circunstancias todas éstas que implican el presupuesto de una condena para que puedan ser apreciadas en casación con base en la causal segunda.

De las demás causales parece inútil insistir sobre este punto, porque todas ellas se contraen a situaciones procesales que dicen relación a sentencia condenatoria proferida mediando un veredicto del Jurado, como la tercera; la nulidad en el juicio, como la cuarta, lo que indica que debe existir fallo condenatorio para que pueda prosperar un motivo de impugnación de esta índole, pues no se comprendería que la parte civil demandara en casación una sentencia absolutoria por esta razón, si es cierto que la nulidad se entiende en favor del reo. Esta misma razón, subsiste en las causales siguientes, como de su sola lectura puede verificarse.

En cambio, si se repasan los motivos de casación señalados en el Código Judicial (art. 520), se advierte que la impugnación de una sentencia penal cabe bien en lo tocante a la indemnización de perjuicios en algunas de esas causales y así se comprende por qué el inciso 2° del artículo 559 ordena que cuando se interponga el recurso de casación contra fallos absolutorios para lo referente a la indemnización de perjuicios, por cualquiera de las partes que allí determina, "regirán las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación en asuntos civiles".

Las alegaciones del recurrente de hecho se limitan a formular una exposición de derecho procesal comparado para concluir que el Código de la materia consagra un sistema mixto, que como tal concede categoría de especial significación a la parte civil, lo cual no se compagina con la interpretación que se ha dado en la ley y en la doctrina en el sentido de negar a dicha parte el derecho de recurrir en casación contra las sentencias absolutorias.

Tal criterio está bien para presentarlo como razones de índole jurídica que puedan justificar un cambio de sistema por medio de una reforma legislativa. Pero mientras el artículo 559 exista, toda exégesis distinta de su tenor literal —que no requiere interpretación diferente con pretexto de consultar su espíritu, porque es claro y sin obscuridad—, tiene que ser rechazada. Ello explica por qué el apoderado de la parte civil en su interesante alegato no entra en el análisis de aquella disposición, limitándose a traer a colación otras del mismo estatuto que confieren determinadas fa-

cultades a la parte civil. Que las tenga otorgadas en la ley quiere decir que así como se le conceden éstas, también el legislador puede mermarle o suprimirle otras, como el recurso de casación en las sentencias absolutorias, pues si la ley hubiere querido otorgarlo, le habría bastado con decirlo expresamente. Su silencio no puede interpretarse como asentimiento, puesto que lo que la ley no confiere, a nadie le es lícito hacerlo, ya que de otra suerte se desquiciaría el régimen jurídico, desde luego que el Juez tendría facultades de legislador, las que en manera alguna le corresponden por contrapuestas con el principio constitucional de separación entre las ramas del poder público.

De todo lo dicho se desprende que es lógico el Código al no conceder el recurso de casación a la parte civil en sentencias absolutorias.

Por éso, sobre el mismo problema ha dicho esta Sala:

“Analizadas en su contenido jurídico aquellas normas —arts. 556 a 559 del estatuto procesal penal— en relación con las funciones de las partes,

especialmente con las de la parte civil, ningún razonamiento podría conducir a que el artículo 558, que omitió la referencia aún tácita a esta parte, le otorgó el derecho de recurrir en casación contra las sentencias (condenatorias o absolutorias) referidas en los artículos 556 y 557, ni tampoco a que el derecho creado por el artículo 559 en favor de la parte civil pueda extenderse a las sentencias absolutorias en cuanto al delito y la responsabilidad. Es una exclusión opuesta al concepto jurídico de parte y al objetivo por ésta perseguible —es cierto— pero que el **jure condito** no puede subsanarse” (“GACETA JUDICIAL”, tomo 69, pág. 748).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que **NO ES ADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto 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.



DELITO DE ROBO. — INTEPRETACION DEL NUMERAL 3º DEL ARTICULO 404 DEL CODIGO PENAL

1.—De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal, esta ley no sólo protege el lugar habitado, sino que extiende esa tutela a “sus dependencias inmediatas”, para efectos de sancionar con mayor severidad al responsable del robo. En esta forma, identifica el domicilio con sus adyacencias.

Pero para esto es necesario que concurren dos requisitos, a saber:

1º Que las dependencias inmediatas tengan posibilidad de comunicación interna con el recinto habitado de que hacen parte; y

2º Que aquéllas estén definidas por un cerco. “Si el lugar es abierto —dice Carrara—; si aunque el local fuese cerrado, no se pudiese, en ningún momento, pasar por él a la casa habitada lindera; si el inquilino que habitaba la casa contigua no tenía ningún derecho o goce sobre ese recinto, el contacto del lugar con la casa habitada es un accidente sin significación jurídica y sin importancia política a los fines que aquí se investigan”.

En una palabra, se requiere la unidad o constitución de un solo todo entre el lugar habitado y sus dependencias, y la posibilidad de acceso interior entre el uno y las otras.

Y ello es así, porque la fuerza calificante de esta circunstancia modificadora, obedece a tres criterios, cualquiera de los cuales explica la severidad de la represión:

a) La violación del domicilio, por cuanto el delincuente lesiona con su acto distintos bienes jurídicos, como son el de la tranquilidad del hogar o paz familiar, y el del patrimonio. En estos eventos, no hay concurso de infracciones, sino una sola (el robo) agravada por razón del lugar en que se comete (recinto habitado o sus dependencias inmediatas);

b) El peligro personal de los moradores, porque al sorprender éstos al ladrón, pueden empeñarse con él en lucha que los exponga a perder la vida o a sufrir un daño en la salud; y

c) La destrucción de la defensa privada, ya que el agresor vence los especiales obstáculos

que el propietario o poseedor ha puesto en juego, al tener las cosas en su poder o bajo su inmediata custodia, para evitar que le sean sustraídas.

2.—En el relativo a delitos contra la propiedad, no es igual, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, que el responsable aproveche en su totalidad el fruto del ilícito, perjudicando notablemente a la víctima, que cuando, por gestiones y voluntad del mismo delincuente, el perdidoso logra recuperar todos los objetos que fueron sustraídos. En la primera hipótesis, la lesión particular y colectiva del delito es de mayores proporciones que en la segunda. Esta la razón para que el artículo 404 del Código Penal, en guarda de la equidad, disponga que para la fijación de las sanciones en dicha clase de delitos, debe “tenerse en cuenta la magnitud del perjuicio sufrido por la víctima, de acuerdo con sus condiciones personales”.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero tres de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de 22 de septiembre de 1951, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, condenó a *Pedro Nel Córdoba* a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de robo.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el señor defensor del procesado, quien oportunamente presentó la demanda. Se recibió el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y como se hallan cumplidos los requisitos legales propios del recurso, se procede al estudio del libelo.

Demanda

El demandante invoca y sustenta las causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala estudiará conjuntamente las dos causas propuestas porque los motivos alegados se fundan en las mismas razones.

Causales primera y segunda. — Violación de la ley penal sustantiva y mala aplicación o interpretación de los hechos.

Contra la sentencia recurrida se formulan los siguientes cargos:

1º Haber condenado al procesado Pedro Nel Córdoba con aplicación del artículo 404, numeral 3º del Código Penal, es decir “en un lugar habitado, siendo así —dice el demandante— que en el proceso no hay prueba que acredite que el almacén de donde fueron sustraídas las mercancías, estuviese habitado por alguien en la noche del ilícito, ya que “según la declaración de don Jorge Contreras (fs. 129), y de su señora esposa doña Aura Delgado de Contreras (fs. 131), el almacén materia del robo es independiente de la casa habitada por la familia damnificada, aun cuando se comunica por el interior de ella por medio de una puerta”.

Que en tales circunstancias, la disposición aplicable al caso es el artículo 2º de la ley 4ª de 1943, que reprime el robo común;

2º Que aún aceptando que se trata de robo agravado, en los términos del artículo 404, numeral 3º, del C. P. el Tribunal también violó la ley penal, por cuanto al imponer la sanción, apenas tuvo en cuenta las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, “olvidando que el artículo 36 del C. P. no solamente exige esto, sino también la gravedad y modalidad del hecho, los motivos determinantes y la personalidad del agente”; y

3º Que el Tribunal dejó de apreciar las circunstancias de menor peligrosidad señaladas por los numerales 7º y 8º del artículo 38 del C. P., esto es, el procurar espontáneamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias, y el resarcir el daño, aunque sea parcialmente.

Se considera:

Da cuenta el proceso que en la noche del 29 de junio de 1950 los ladrones rompieron con villamarquín la puerta principal del almacén de propiedad del señor Jorge Contreras, situado en el barrio Gua-

yaquil, carrera 17 número 15-54 de la ciudad de Cali, y se sustrajeron de allí mercancías por valor de \$ 995.30 moneda corriente.

La magnífica labor desarrollada por el detectivismo, logró descubrir al responsable y localizar gran parte de las mercancías objeto del ilícito. Es oportuno transcribir lo que sobre el particular relatan los Agentes de la Seguridad en su informe:

“Como tuviéramos sospechas de que los responsables de este robo, podrían ser *Pedro Nel Córdoba* y *Josué Gil* (a. la ruina del comercio) de *Manizales*, *Luis Ramírez* (a. el indio), y *Arturo* (uno que apodan el pecoso), nos dimos a la tarea de localizarlos y fue así como primeramente detuvimos a *Pedro Nel Córdoba*, cerca de la casa de *Luis Carlos Ramírez*, donde practicamos una requisa, la que dio por resultado el decomiso de varias mercancías, lo mismo que varias herramientas que usan los ladrones para hacer los escalamientos y así poder efectuar los robos. Al preguntársele a *Ramírez*, la procedencia de dicha mercancía manifestó que ésta se la había dado *Pedro Nel Córdoba*; al ser preguntado *Córdoba*, si era cierto lo que manifestaba *Ramírez*, dijo que sí, que él le había dado esa mercancía a *Ramírez*, pero que a él se la había dado otro sujeto para que la vendiera y se ganara una comisión.

“Como *Córdoba* manifestara que allí no estaba toda la mercancía que a él le habían dado para vender le preguntamos dónde la tenía y éste nos manifestó que él la había llevado donde *Rosa Elena Mosquera*, quien hace vida marital con dicho sujeto y quien vive en la carrera 21 número 19-36, a donde nos trasladamos inmediatamente en compañía de *Córdoba*.

“Al llegar a la casa de la *Mosquera*, *Córdoba* le preguntó a ella dónde estaba la mercancía y ella le respondió que la había llevado a guardar a otra parte, a lo cual *Córdoba* le dijo que le hiciera el favor de conseguir un automóvil y fuera a traerla, lo cual hizo contratando los servicios del motorista *Alfonso Mondragón*, quien maneja el automóvil número 16-54, haciéndonos allí entrega de la mercancía que trajo la *Mosquera*. Como a nosotros nos interesara saber dónde habían tenido la mercancía interrogamos después al motorista *Mondragón*, para que nos dijera de dónde había sacado la *Mosquera* dicha mercancía y éste nos llevó a la casa del señor *Vicente Córdoba*, tío de *Pedro Nel* y quien vive en la carrera 21 número 3-62, a donde nos trasladamos en compañía del Sub-jefe y el señor *Tulio González*; allí practicamos una requisa, la que dio por

resultado el decomiso de varias docenas de medias, las que había dejado allí la Mosquera, en pago de la guardada de la mercancía”.

Las mercancías recuperadas fueron avaluadas en la suma de \$ 425.80.

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, los juzgadores de instancia —Juez y Tribunal— situaron la responsabilidad del procesado en uno de los casos previstos por el artículo 404 del Código Penal —numeral 3º— por tratarse de un robo en una dependencia de lugar habitado, como ya se dijo.

Esta la razón para el primer cargo de la demanda contra la sentencia, pues, el demandante sostiene que no hay prueba para sostener que el robo se cometió mediando aquella circunstancia.

Sobre el particular sí existen elementos probatorios que acreditan el hecho de que el robo se cometió en una dependencia de lugar habitado de que habla el Tribunal, pues, así se desprende de los testimonios del señor Jorge Contreras —perdidoso— y de su señora Aura Delgado de Contreras, quienes declaran:

El primero dice:

“El almacén lo tengo en la misma casa en donde habito con mi señora esposa Aura Delgado, un hijo de nombre Javier, y un hermano mío de nombre Luis Contreras; . . . El almacén comunica con el interior de la casa en referencia, pues tiene una puerta para el interior de la casa”.

Y la señora expone:

“Mi esposo Jorge Contreras tiene su almacén de mercancías en la misma casa donde habitamos . . . ; las únicas personas que habitamos dicha casa son mi esposo, mi hijo Javier y un hermano de mi esposo, de nombre Luis. El almacén a que hago referencia tiene una puerta que comunica con el interior de la casa”. (Ha subrayado la Sala).

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 404 del estatuto represivo, la ley penal no sólo protege el lugar habitado sino que extiende esa tutela a “sus dependencias inmediatas”, para efectos de sancionar con mayor severidad al responsable del robo. “En esta forma, identifica el domicilio con sus adyacencias”.

“Pero para esto —dice el colaborador— es necesario que concurren dos requisitos, a saber:

“1º Que las dependencias inmediatas tengan posibilidad de comunicación interna con el recinto habitado de que hacen parte; y

“2º Que aquéllas estén definidas por un cerco.

13—GACETA.

“Si el lugar es abierto —dice Carrara—; si aunque el local fuese cerrado, no se pudiese, en ningún momento, pasar por él a la casa habitada lindera; si el inquilino que habitaba la casa contigua no tenía ningún derecho o goce sobre ese recinto, el contacto del lugar con la casa habitada es un accidente sin significación jurídica y sin importancia política a los fines que aquí se investigan’.

“En una palabra, se requiere la unidad o constitución de un solo todo entre el lugar habitado y sus dependencias, y la posibilidad de acceso interior entre el uno y las otras.

“Y ello es así, porque la fuerza calificante de esta circunstancia modificadora obedece a tres criterios, cualquiera de los cuales explica la severidad de la represión:

“a) La violación del domicilio, por cuanto el delincuente lesiona con su acto distintos bienes jurídicos, como son el de la tranquilidad del hogar o paz familiar, y el del patrimonio. En estos eventos, no hay concurso de infracciones, sino una sola (el robo) agravada por razón del lugar en que se comete (recinto habitado o sus dependencias inmediatas);

“b) El peligro personal de los moradores, porque al sorprender éstos al ladrón, pueden empeñarse con él en una lucha que los exponga a perder la vida o a sufrir un daño en su salud; y

“c) La destrucción de la defensa privada, ya que el agresor vence los especiales obstáculos que el propietario o poseedor ha puesto en juego, al tener las cosas en su poder o bajo su inmediata custodia, para evitar que le sean sustraídas”.

En el caso a estudio, los testimonios del señor Contreras y de su esposa, transcritos anteriormente, establecen lo siguiente: que el almacén de donde fueron sustraídas las mercancías materia del robo, hace parte de la misma casa de propiedad de la víctima, casa que es la residencia habitual de Contreras y su familia; y que dicho almacén está comunicado con las habitaciones interiores de la casa, por medio de una puerta. De tal suerte, que se cumplen estrictamente las exigencias del artículo 404, numeral 3º citado, por cuanto el robo se consumó en las “dependencias inmediatas de un lugar habitado”.

Luego el primer cargo de la demanda, no tiene fundamento.

Segundo cargo—Violación del artículo 36 del Código Penal.

Dice el demandante que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta sino las circunstancias de mayor y

menor peligrosidad y las condiciones personales del agente, para la determinación de la sanción, olvidando que el artículo 36 del C. P. no solamente exige esto, sino también la gravedad y modalidades del hecho y los motivos determinantes del mismo.

Sobre el particular observa con toda razón el señor Procurador Delegado, que el demandante no hizo ningún análisis acerca de la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, ni de los móviles que lo determinaron, cuando acusa el fallo por violación del artículo 36. Pero que al tratar de las circunstancias de menor peligrosidad, sí concretó la crítica a un punto importante, o sea: que el procesado espontáneamente procuró que al poder del perdidoso volviera gran parte de las mercancías sustraídas, indicando el lugar donde aquéllas se encontraban, circunstancia ésta que aminora el perjuicio sufrido por la víctima y por consiguiente la gravedad del ilícito.

Como este aspecto de la cuestión sí incide en el cargo que se está examinando, se procede a su estudio.

“Un delito —dice la Procuraduría— aún dentro de su misma especie, puede ser más o menos grave por las modalidades objetivas y subjetivas que concurren en su ejecución. Esa gravedad se deduce de los perjuicios que sufra el sujeto pasivo de la infracción, de los móviles con que obra el agente y de la alarma que el hecho causa en la sociedad, por la inseguridad y temor que experimentan los ciudadanos. Se tiene, pues, en consideración el daño inmediato y el daño público del ilícito, su cantidad natural y su cantidad política, como dice el gran maestro de Pisa”.

Evidentemente en lo relativo a los delitos contra la propiedad, no es igual, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, que el responsable aproveche en su totalidad el fruto del ilícito perjudicando notablemente a la víctima, que cuando, por gestiones y voluntad del mismo delincuente, el perdidoso logra recuperar todo o parte de los objetos que fueron sustraídos. En la primera hipótesis, la lesión particular y colectiva del delito es de mayores proporciones que en la segunda. Esta la razón para que el artículo 401 del Código Penal, en guarda de la equidad, disponga que para la fijación de las sanciones en dicha clase de delitos, debe “tenerse en cuenta la magnitud del perjuicio sufrido por la víctima, de acuerdo con sus condiciones personales”.

En el caso a estudio, el procesado Pedro Nel Córdoba, una vez capturado por los detectives, se apresuró a poner en conocimiento de aquéllos dónde es-

taba guardada gran parte de la mercancía que fue sustraída del almacén del señor Contreras, mercancía que por tal motivo volvió al patrimonio de su dueño, recuperando éste casi la mitad de lo robado.

De esta manera, la gravedad del hecho resulta muy atenuada y debe influir en los efectos de la sanción, de conformidad con el artículo 36 del Código Penal.

En consecuencia, el segundo cargo contra la demanda, prospera.

Tercer cargo.—No haber computado las circunstancias de menor peligrosidad a que se refieren los numerales 7º y 8º del artículo 38 del Código Penal.

Sobre este aspecto de la cuestión, el demandante reduce su crítica al hecho de que el procesado procuró y así lo obtuvo, disminuir las consecuencias del delito y resarcir parcialmente el daño inferido a la víctima del robo.

Pero este tema —como ya se vió— encaja más propiamente en la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, y no en las circunstancias de menor peligrosidad invocadas por el demandante, por contemplar éstas situaciones jurídicas distintas. Por otra parte, el punto quedó analizado al estudiar el segundo cargo, llegándose a la conclusión de que al respecto hubo quebrantamiento del artículo 36 del Código Penal.

Habiéndose aceptado en parte la validez de la causal primera en cuanto el Tribunal dejó de considerar para efectos de la individualización de la pena, la atenuación de la gravedad del hecho, de acuerdo con el artículo 36 del Código Penal, y como por mandato del artículo 570 del estatuto procedimental le corresponde a la Sala invalidar el fallo y dictar el que debe reemplazarlo, a ello se procede teniendo en cuenta que la disposición base es el artículo 404 del Código Penal que señala de tres a catorce años de presidio. Como existe la circunstancia de mayor peligrosidad prevista por el numeral 2º del artículo 37 —condenas anteriores— no puede aplicarse el mínimo. Como atenuante, debe aceptarse la referente a la falta de ilustración del procesado que computó el Tribunal, y se agrega la relativa a la de menor gravedad del delito, en los términos del artículo 36 del Código Penal, de que se habló anteriormente.

Lo anterior indica —como lo insinúa el colaborador— que la sanción de ocho años de presidio impuesta al acusado en la sentencia recurrida, debe reducirse a seis años.

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, INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando en cuanto por ella se condena a Pedro Nel Córdoba a la pena principal de ocho años de presidio, por el delito de robo, y en su lugar condena al mismo Pedro Nel Córdoba a la pena principal de seis años de presidio.

En lo demás queda en firme el fallo, pero la accesorio 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.

DELITO DE HOMICIDIO

Cuando el Jurado acepta que el homicidio se realizó en riña, pero guarda silencio en cuanto al hecho sustancial de la imprevisibilidad para el homicida, no puede reconocerse la atenuante, porque el que fuera imprevisible es precisamente lo que la ley penal toma en cuenta para atenuar la responsabilidad, y esta modalidad atenuante es preciso que surja en forma precisa y clara de los mismos términos del veredicto, porque, de acuerdo con el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, es al Jurado a quien corresponde la apreciación y calificación de las circunstancias que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia de fecha dos de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, condenó al procesado *Pedro Pablo Valencia*, como responsable de un delito de homicidio, a la pena principal de nueve años de presidio y a las accesorias legales correspondientes.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el señor defensor del procesado, 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 las causales primera, segunda, tercera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que se examinarán en el orden lógico traído por el señor Procurador Delegado, en su concepto.

Causal segunda.—Errada interpretación o apreciación de los hechos.

El recurrente no fundamenta debidamente esta causal, pues, las razones expuestas en la demanda se refieren más propiamente a las demás alegadas. Sin embargo, basta observar, con respecto a esta causal —la segunda— que la Corte, en múltiples fallos ha repetido que no es procedente alegarla en los juicios con intervención del Jurado, por ser éste libre para apreciar las pruebas del proceso según su íntimo convencimiento y porque el examen de esas pruebas conduciría a una posible declaración de injusticia del veredicto, que está excluida de las causales de casación en el Código de Procedimiento Penal vigente.

No prospera, pues, dicha causal.

Causal cuarta.—Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

La fundamenta el recurrente en que “no se cumplió la tercera norma que debe llenar el cuestionario al Jurado conforme al artículo 498 del C. de P. P., porque habiendo contestado el Jurado que el homicidio tuvo lugar en riña, se debió retrotraer el procedimiento para que el Jurado aclare (sic) si la riña fue “imprevista, mas esa norma que versa sobre una circunstancia como ésta que influye en la determinación de la sanción se omitió en tal cuestionario, no sólo para llenar ese requisito de la ley que determina en la suerte favorable o adversa del procesado, sino porque de otra suerte la sentencia ~~causa~~ en contradicción con el veredicto, pues el fallo hace caso omiso de la circunstancia ‘riña’ a que el Jurado se refiere”.

De tal suerte que son dos las acusaciones contra la sentencia con base en la causal cuarta: que el cuestionario no se elaboró conforme al artículo 498 del estatuto procedimental, lo que trajo como consecuencia que al Jurado no se le interrogara sobre la riña imprevista; y no haber llamado a los jueces de conciencia, una vez pronunciado el veredicto, para que lo aclararan en el sentido de decir a qué clase de riña se refirieron.

Se considera:

En cuanto al primer cargo —no haberse formu-

lado el cuestionario de acuerdo con el artículo 498 del C. de P. P.— basta con observar que en este proceso no era aplicable el sistema del cuestionario múltiple consagrado por el artículo 498 citado, pues, dicha disposición fue derogada por la Ley 4ª de 1943 (artículos 28 y 37), la cual entró a regir el 27 de febrero del mismo año, y este negocio se inició el 13 de octubre de 1944.

De tal suerte que de acuerdo con la ley citada, el cuestionario es único para los delinquentes normales y se formula de acuerdo con lo determinado en el auto de proceder.

En el caso a estudio, en el cuestionario que el Juez le formuló al Jurado no se incluyó la circunstancia modificadora de la riña imprevista, por la sencilla razón de que tal circunstancia fue expresamente rechazada en el auto de proceder, donde al respecto dijo el Tribunal:

“... Aun cuando, como bien lo analiza el inferior, se suscitó una riña, no se trabó ella de modo imprevisto, sino que, por el contrario, fue promovida, estimulada y adelantada por Ramos, Sevillano y Valencia, quien la remató con la puñalada mortal que cegó la vida de Lemos Arcos, en breves instantes, como dicen los señores peritos médicos”.

Lo anterior indica que el primer cargo con base en la causal 4ª no tiene fundamento.

Segundo cargo.—No haberse aclarado el veredicto por el Jurado.

Al tribunal popular se le sometió el siguiente cuestionario:

¿El acusado, *Pedro Pablo Valencia*, es responsable de haber dado muerte, de propósito, a Salomón Lemos Arcos, por medio de una herida inciso-punzante, sobre la región lumbar derecha, que se profundizó en la región abdominal para atravesar la celda renal derecha, seccionando los grandes vasos venosos y arteriales del péndulo renal correspondiente, lo que produjo hemorragia que determinó el deceso, hallándose la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad; hecho que tuvo lugar a eso de las ocho de la noche del doce de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, en Buenaventura, Departamento del Valle del Cauca?”.

La respuesta fue: “Sí es responsable en riña, sin asesinato”.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, al referirse al cargo que se estudia, dice con toda razón, lo siguiente:

“Cuando la contestación de los jueces de concien-

cia es vaga, confusa e incomprensible, a tal punto que no puede saberse cuál fue la calificación concreta y verdadera que hicieron de los hechos materia del debate, resulta claro que no ha existido veredicto en sentido jurídico y entonces el Juez debe llamar al Jurado y precisarlo para que exprese categóricamente cuál fue su pensamiento sobre el particular, a fin de poder dictar la sentencia con base en lo resuelto por aquéllos, como lo manda el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal. Así lo disponía, más o menos, el artículo 310 de la Ley 57 de 1887; y aun cuando esta norma no fue incorporada en aquel estatuto, nada impide que los jueces de derecho sigan ese conveniente criterio, ya que de otra manera el juzgamiento con intervención del Jurado se haría nugatorio en los eventos antes citados.

“Esto lo ha sugerido también la misma H. Corte, al decir que frente a veredictos anómalos, hay que acudir a los medios legales para que el tribunal popular los aclare. (Véanse casaciones de José Rodríguez Salazar y de Eliud Potes. GACETAS números 2053-2054, pág. 213 y 2066-2067, pág. 88).

“A *contrario sensu*, si el veredicto es fácilmente comprensible y contiene los elementos suficientes para encajarlo dentro de las normas de la ley penal sustantiva, o si las expresiones que empleó el Jurado son indicativas de su rechazo acerca de determinadas circunstancias modificadoras, entonces al juzgador de derecho le corresponde la común tarea de interpretar la voluntad de los jueces de hecho y de fallar en conformidad con ella, sin necesidad de recurrir a la explicación directa y ulterior del propio Jurado.

“Tal lo acaecido aquí: El veredicto declaró la responsabilidad del acusado con el adverbio ‘Sí’ e hizo una agregación que no constituye modalidad específica digna de tenerse en cuenta, en virtud de haber descartado lo imprevisto de la riña, que es lo fundamental para que obre como atenuante privilegiada de la responsabilidad y la sanción.

“En consecuencia, no era indispensable haber convocado nuevamente al Jurado para que aclarase el veredicto, que de suyo era perfectamente inteligible y fácil de desarrollarlo de acuerdo con las normas legales”.

Por lo dicho no prospera el segundo cargo, y, como consecuencia, tampoco la causal 4ª de casación.

Causales tercera y primera.—Desacuerdo de la

sentencia con el veredicto del Jurado y violación de la ley penal.

Como ambos motivos se fundan en las mismas razones la Sala los analizará conjuntamente.

Sostiene el recurrente que de conformidad con el veredicto del Jurado, el homicidio cometido por Pedro Pablo Valencia lo fue en riña imprevista, situación favorable para éste que no tuvo en cuenta el Tribunal al individualizar la penalidad.

Se considera:

El cuestionario —transcrito anteriormente— se refirió a un homicidio con características de asesinato, pues, allí se preguntó si Pedro Pablo Valencia es responsable de haber dado muerte de propósito a Salomón Lemos Arcos, “hallándose la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad”.

Ya se vio que el Jurado contestó: “Sí es responsable en riña, sin asesinato”.

Así las cosas, el homicidio quedó clasificado en la categoría del simplemente intencional de que trata el artículo 362 del estatuto represivo. Pues, aunque es verdad que el Jurado afirmó la existencia de una riña, guardó silencio en cuanto al hecho sustancial de la imprevisibilidad para el homicida, que es precisamente lo que la ley penal toma en consideración para atenuar la responsabilidad.

Esta modalidad atenuante es necesario que surja en forma precisa y clara de los mismos términos del veredicto, porque es al Jurado a quien corresponde de acuerdo con el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, la apreciación y calificación de las circunstancias que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito.

El veredicto en el caso de autos se limitó a configurar el simple hecho de la riña, sin calificación alguna. Y esta manera de obrar del Jurado fue deliberada de su parte, puesto que el defensor, en la audiencia pública, solicitó al tribunal popular, como una de las peticiones subsidiarias, que contestara el cuestionario así: “Es responsable de homicidio de propósito, pero causado en riña imprevista”. Y ya se vio que el Jurado aceptó la riña, pero omitió el considerarla como imprevista.

En tales circunstancias, el Tribunal no podía llenar el vacío que dejó el Jurado y considerar que el homicidio se había ejecutado dentro de una riña imprevista para el acusado, pues, si así hubiese obrado, la sentencia estaría en desacuerdo con el veredicto, incurriendo en una de las causales que hacen prosperar el recurso extraordinario de casación.

Lo anterior indica que tampoco prosperan las causales tercera y primera de casación alegadas por el demandante.

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 CASA 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.

DELITO DE FALSEDAD

La falsedad punible implica una alteración consciente de la verdad, en orden a crear un juicio equivocado sobre un hecho concreto. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad.

El artículo 231, numeral 4º, del estatuto represivo consagra como delito de falsedad la actuación del funcionario o empleado público que, con abuso de sus funciones y en relación con escrituras y documentos públicos, faltan "a la verdad de los hechos".

En esta hipótesis, el funcionario o empleado consigna hechos a sabiendas que no corresponden a la realidad, de tal suerte que hay una clara discrepancia entre lo que él conoce y lo que afirma en el documento. Es una especie de desfiguración de los hechos para presentar las cosas con aspecto de verdad, y eso hace más pérfido al responsable, pues trata de guardar las apariencias, pero para traicionar, en el fondo, el alcance de la prueba y la apreciación de la misma.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En grado de consulta debe revisar la Corte la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veintinueve de septiembre del año próximo pasado, por medio de la cual, con aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, se declaró que los hechos atribuidos al doctor Luis Lozano Torres, Juez Penal del Circuito de Villavicencio, no son constitutivos de delito, y, en consecuencia, ordenó la cesación de todo procedimiento contra él adelantado.

Sometida al procedimiento del artículo 192 del

estatuto respectivo, y obtenido el concepto favorable del señor Procurador Delegado en lo Penal, la Corte decide la consulta en el presente fallo.

Hechos

El Tribunal Superior de Bogotá, por renuncia aceptada al doctor Germán Echeverría del cargo de Juez Penal del Circuito de Villavicencio, nombró en propiedad y para el resto del período en curso, al doctor Luis Lozano Torres, quien el tres de octubre de 1950, tomó posesión del cargo en referencia. El doctor Lozano Torres encontró que en el Juzgado prestaba sus servicios, como Secretario en propiedad, el señor Fernando Carrasco Urdaneta, y el señor José María Peñuela, como Oficial Mayor. No tardó mucho tiempo en iniciarse una situación bastante desagradable entre el Juez doctor Lozano Torres y sus subalternos Carrasco y Peñuela, motivada, según parece, por ciertas actitudes de éstos en el desempeño de sus cargos, que mortificaban al Juez. Así las cosas, el Juez doctor Lozano Torres dictó la Resolución número 9, de 27 de febrero de 1951, en la cual, mediante una enumeración de hechos constitutivos de faltas y deslealtades por parte de los citados empleados Carrasco y Peñuela en el cumplimiento de sus deberes oficiales, los destituyó de los cargos que ejercían.

Esta Resolución fue apelada ante el Ministerio de Justicia por los perjudicados, y no obstante que el recurso se concedió en el efecto suspensivo, el Sr. Juez la hizo efectiva por medio del Decreto de 1º de marzo de 1951, en virtud del cual nombró en réemplazo de Carrasco y de Peñuela a los señores Eliseo Pardo y Ciro Duarte, respectivamente. Posteriormente, el Ministerio de Justicia revocó la Resolución recurrida, por cuanto no se observó el procedimiento requerido para el caso.

El señor Carrasco Urdaneta, sintiéndose lesionado en su patrimonio moral, decidió presentar denuncia criminal contra el Juez doctor Lozano Torres, por haber faltado a la verdad en la narración de los hechos en que fundamentó la Resolución de destitución de que se ha hablado.

Adelantada la correspondiente investigación se logró establecer que el Juez doctor Lozano Torres no faltó a la verdad en la relación de los hechos

en que basó la destitución de los empleados Carrasco y Peñuela, pues, se acreditó que especialmente el primero de los nombrados se tomó atribuciones que no le correspondían en su carácter de Secretario del Juzgado, a tal punto que pretendió supe- ditar al Juez en las funciones propias de éste, como las de firmar a nombre de él despachos telegrá- ficos, sin la debida autorización, y las de recibir de- claraciones extrajuicio juramentando a los de- clarantes. Y en cuanto al segundo, señor Peñuela, su despido obedeció al haberse declarado en rebeldía contra las órdenes de su Superior, cosa que él acep- ta en el careo que sostuvo con el Juez doctor Lo- zano.

“Todo el caudal probatorio —dice el Procura- dor Delegado— indica que el funcionario procedió con razón al destituir a los dichos subalternos, con- forme al artículo 5º de la Ley 95 de 1946.

“La falsedad punible —agrega— implica una al- teración consciente de la verdad, en orden a crear un juicio equivocado sobre un hecho concreto. Fal- sedad tanto quiere decir como faltar maliciosamen- te a la verdad.

“El artículo 231, numeral 4º, del estatuto re- presivo consagra como delito de falsedad la actua- ción del funcionario o empleado público que, con abuso de sus funciones y en relación con escritu- ras y documentos públicos, faltan ‘a la verdad en la narración de los hechos’.

“En esta hipótesis, el funcionario o empleado consigna hechos sabiendo que no corresponden a la realidad, de tal suerte que hay una clara discre- pancia entre lo que él conoce y lo que afirma en el documento. Es una especie de desfiguración de los hechos para presentar las cosas con aspecto de verdad, y eso hace más pérfido al responsable, pues trata de guardar las apariencias, pero para trai- cionar, en el fondo, el alcance de la prueba y la apreciación de la misma.

“Estas breves razones hacen ver que el Juez no. cometió el delito de falsedad, porque los hechos que expresó en la Resolución ameritada, no eran con- trarios a la verdad, ni simulados en forma alguna.”

En cambio, al destituir a los empleados, Secre- tario y Oficial Mayor, sin ajustarse al procedi-

miento que señala el artículo 6º del Decreto núme- ro 671, de 1947, reglamentario de la ley 95 de 1946, y sin esperar que el Ministerio de Justicia resol- viera el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución número 9 de 27 de febrero de 1951, sí pudo incurrir el Juez en un abuso de autoridad. Pero como después de ejecutado el hecho, se dictó el Decreto-ley número 1466 de 27 de junio de 1951, en cuyo artículo se suspendió la vigencia del ar- tículo 5º de la Ley 95 de 1946, ello indica que, des- de entonces los Jueces de Circuito reasumieron la potestad que les confiere el artículo 112, numeral 4º, del Código Judicial, de “nombrar y remover li- bremente al Secretario y subalternos de oficina”.

“Y aquella nueva norma —dice el señor Procu- rador Delegado— por aplicación retroactiva y fa- vorable al procesado, destruye la arbitrariedad o injusticia exigida por el artículo 171 de la ley pe- nal sustantiva. Y entonces, al tenor de los artícu- los 26 de la Constitución Nacional y 3º del estatu- to represivo y 5º del Código de Procedimiento Penal, ha desaparecido la antijuridicidad del acto que se tacha de delictuoso”.

Lo anterior indica que en este proceso no se per- fila ningún delito. Por lo tanto, obró legalmente el Tribunal al finalizarlo con aplicación de lo dis- puesto en el artículo 153 del Código de Procedi- miento Penal.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Ca- sación Penal— de acuerdo con el concepto del se- ñor Procurador Delegado en lo Penal y adminis- trando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia materia de la consulta.

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 CONOCER DE LO RELACIONADO CON LA LIBERTAD CONDICIONAL

La Corte cuando conoce de un recurso de casación carece de competencia para decidir lo relacionado con la concesión de la libertad condicional al condenado, toda vez que el otorgamiento de tal beneficio está atribuido en forma exclusiva al Juez que dictó la sentencia de primer grado, de acuerdo con los artículos 6º y 671 del Código de Procedimiento Penal.

Además, dicho subrogado requiere, entre sus múltiples condiciones, que el fallo definitivo esté ejecutoriado, cosa que no ocurre cuando la sentencia del Tribunal está sub iudice por virtud del recurso de casación que ha sido interpuesto contra ella y que aún no ha sido resuelto.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

En memorial de fecha 20 de enero próximo pasado, Desiderio Castelblanco solicita se le conceda el beneficio de la libertad provisional, por cuanto lleva 57 meses detenido y teniendo en cuenta las rebajas a que es acreedor por concepto de la libertad condicional y la correspondiente al Año Santo, se cumple la pena que le fue impuesta.

Fue sentenciado Castelblanco, por el Tribunal Superior de Tunja, en providencia que es materia del recurso de casación, a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Juan Bautista Alfonso.

El procesado se halla detenido por razón de este negocio, desde el 21 de abril de 1948 (fs. 9 del cuaderno primero), de modo que lleva en prisión preventiva cuatro años, nueve meses y catorce días.

El señor Procurador Delegado en lo Penal a quien pasó en traslado la solicitud, pide que se niegue la gracia impetrada.

Se considera:

De conformidad con el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, procede la libertad provisional cuando el acusado ha sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que merece como pena privativa de la libertad, y esto no acontece en el caso presente, toda vez que, como lo expresa la Procuraduría, a Castelblanco "le falta todavía un tiempo apreciable para completar la condena que se le impuso". Y está en lo cierto el colaborador, puesto que como ya se dijo, fue sentenciado el procesado a ocho años de presidio, de los cuales ni siquiera ha descontado cinco.

En cuanto a las deducciones que invoca Castelblanco en relación con la libertad condicional, la Corte carece de competencia, toda vez que el otorgamiento de tal beneficio está atribuido en forma exclusiva al Juez que dictó la sentencia de primer grado, de acuerdo con los artículos 6º y 671 del Código de Procedimiento Penal.

"Además —dice la Procuraduría— dicho subrogado requiere, entre sus múltiples condiciones, que el fallo definitivo esté ejecutoriado, cosa que no ocurre aquí ya que la sentencia del Tribunal está sub iudice por virtud del recurso de casación interpuesto contra ella, que aún no ha sido resuelto".

En cuanto a la rebaja por razón del Año Santo a que alude el peticionario, es de observar en primer lugar, que su otorgamiento es potestativo del Gobierno, de conformidad con el artículo 1º del Decreto número 637 de 1950; en segundo lugar, que de acuerdo con la misma disposición ese beneficio se concede a quienes hayan sido sentenciados con anterioridad al 31 de diciembre de 1949, y el peticionario no se encuentra en ese caso, puesto que todavía no hay condena definitiva, por cuanto el negocio se encuentra bajo juicio por virtud del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia. Esta misma razón hace inoperante el inciso 2º del artículo 2º del mentado Decreto, porque la libertad condicional a que él se refiere, no procede sino cuando exista una sentencia en firme.

No se cumplen en el caso a estudio las exigen-

cias legales necesarias para otorgar la libertad provisional solicitada.

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 de acuerdo con él NIEGA a Deside-

rio Castelblanco el beneficio de libertad provisional solicitado.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vázquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

LAS PARTES NO PUEDEN INSINUAR AL FUNCIONARIO QUE SE DECLARE IMPEDIDO

La ley procesal concede al funcionario el derecho de declararse impedido, así como a las partes la facultad de recusar. No es propio de éstas solicitar al funcionario que tome tal actitud, pues su deber es presentarle los motivos que tienen para considerar que existe alguna de las causales que el Código de Procedimiento enumera como tendientes a procurar el retiro del funcionario judicial sobre el cual incide cualquiera de aquellas causales. Si se duda de su imparcialidad o existe otro motivo, la recusación es lo pertinente. El funcionario cuando no ocurre así, no está obligado a hacerlo, pues aunque las causales sean idénticas, la marcha del procedimiento es distinta para uno y otro caso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero diez de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el auto de fecha 29 de enero de 1952, por medio del cual sobresée definitivamente en favor del doctor Carlos Enrique Méndez, ex-Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés, por los cargos de que se le sindicó en este negocio.

Se inició el proceso a virtud de denuncia del doctor César C. Bustos, el 23 de octubre de 1948, contra el Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés (Islas), doctor Carlos Enrique Méndez, en el cual, entre otros cargos, le imputó el de haber proferido "una serie de providencias todas desfavorables e insultantes con el fin de saciarse de la morbosa pasión que tiene de molestar a las personas y quemar sus últimos cartuchos de odio y de miserable infamia contra mí". Agregó el denunciante, que el Juez Méndez no se declaraba impedido en los negocios en que intervenía aquél, a pesar de la manifiesta enemistad existente entre ellos.

Se adelantó la investigación correspondiente y

entre las diligencias practicadas aparece una inspección ocular verificada en los procesos, tanto penales como civiles, que cursaban en aquel tiempo en el Juzgado Promiscuo del Circuito, a cargo del doctor Méndez, y en los cuales figuraba como apoderado el denunciante. En esta diligencia se estableció que el Juez sí se declaró impedido en la mayoría de esos negocios, excepto en el sumario contra Silvano A. May, por detención arbitraria y abuso de autoridad, en el que fue denunciante el doctor César C. Bustos; en el seguido contra Antonio de Armas por falsas imputaciones a las autoridades y perjurio, en que el mismo doctor Bustos figura como denunciante y al mismo tiempo apoderado de la parte civil, proceso en el cual el Juez fue recusado por el doctor Bustos y el incidente se abrió a pruebas; y en el negocio contra Rubén Hawkins y Edmond Webster, por el delito de hurto.

Con relación al primero de estos negocios, no consta que el doctor Bustos se hubiera constituido como parte, ni tampoco figurara como apoderado de ésta, en cuyas condiciones el Juez no estaba obligado a declararse impedido legalmente.

En los demás procesos relacionados, igualmente no se desprende que el Juez Méndez estuviera obligado a declararse impedido conforme a las causales a que se refiere el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto dice el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien solicita de la Corte confirmación del sobreseimiento consultado:

"Tampoco lo estaba (impedido) en los procesos restantes, porque siendo la enemistad un estado enteramente subjetivo, queda al prudente criterio del Juez decidir cuándo debe manifestarlo, en vista de hallarse perturbado y sin serenidad suficiente para conocer del respectivo negocio; pues, como lo ha dicho la H. Corte, 'el mejor juez de sus propios sentimientos es la misma persona que los experimenta'".

La ley procesal concede al funcionario el derecho de declararse impedido, así como a las partes la facultad de recusar. No es propio de éstas solicitar al funcionario que tome tal actitud, pues su deber es presentarle los motivos que tienen para

considerar que existe alguna de las causales que el Código de Procedimiento enumera como tendientes a procurar el retiro del funcionario judicial sobre el cual incide cualquiera de aquellas causales. Si se duda de su imparcialidad o existe otro motivo, la recusación es lo pertinente. El funcionario cuando no ocurre así, no está obligado a hacerlo, pues aunque las causales sean idénticas, la marcha del procedimiento es distinta para uno y otro caso.

En lo tocante a las providencias injustas o arbitrarias a que se contraen los cargos formulados en el denuncia, como dictados por el Juez acusado, contra el doctor Bustos, no aparece tampoco que en la diligencia de inspección ocular se concretaran esos aspectos de la denuncia, siendo de observar, de otro lado, que el propio denunciante no los concretó, y es lo cierto que a través de las diligencias practicadas, no surge prueba alguna al respecto.

No aparece, pues, la demostración de los cargos formulados en el proceso contra el Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés, cuyo carácter de otra parte se encuentra establecido en los autos, y, en consecuencia, el sobreseimiento decretado en su favor por el Tribunal, es legal y debe confirmarse.

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 de acuerdo con él, CONFIRMA el sobreseimiento consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

APRECIACION DE PRUEBAS EN LOS PROCESOS PENALES

1.—En el campo penal, la contradicción del testigo consigo mismo o con otros declarantes no lleva, de modo necesario, a desechar la prueba, como ocurre en lo civil, sino que para rechazar un testimonio por esa causa es indispensable recurrir a un análisis lógico, objetivo y subjetivo, a un trabajo de comparación, y nunca de eliminación, entre las distintas versiones del deponente, a fin de establecer en cuál de ellas se halla la verdad y cuál es el motivo para que el testigo cambiase de posición en sus ulteriores manifestaciones. Esto, porque, como lo enseñan los autores de pruebas judiciales, la verdad es una, y posesionada de nuestra conciencia, sería absurdo sustituirla por la duda o por el error, obediendo únicamente a formulismos opuestos a la realidad de las cosas.

Por lo tanto, la mera contradicción de un testigo —se repite— no es de suyo causal de invalidez para desechar integralmente su dicho, sino que es preciso rastrear minuciosamente las razones que llevaron al sujeto a desdecirse o a modificar su primitivo aserto. En este orden de ideas, dice atinadamente Mittermaier, “si el testigo, después de haber depuesto la primera vez en contra del acusado, lo hace nuevamente en sentido de descargo, hay lugar a temer que haya sido sobornado por el acusado o sus amigos, y entonces se hace indispensable un serio examen antes de alejar las dudas”.

2.—No toda duda puede resolverse en favor del procesado. En la discusión del proyecto del Código de Procedimiento Penal se suscitó algún debate sobre la palabra “eludirla” que contenía el texto primitivo de lo que es el artículo 204 de dicha obra.

El comisionado Dr. Moncada preguntó si estaría bien empleado el término “eludirla”. Le replicó el Dr. Escallón, que “la idea que quiere significarse con esa palabra es que será la duda favorable al procesado cuando no haya sido posible prescindir de ella”. A esto explica el doctor Rueda Concha: “Yo he agregado la frase ‘cuando no haya modo

de eludirla’ intencionalmente, es decir, para que siempre se haga todo lo posible por salir de la duda. Que no es suficiente que la duda se presente, como generalmente se cree. Sino que es deber del que falla poner de su parte todo el esfuerzo para salir de esa duda y llegar a una certeza. Si después de hecho todo lo posible, aún se permanece en el estado de duda, entonces es favorable al procesado”.

La Comisión, después de leer en el diccionario de la lengua —añaden las Actas— el significado de los vocablos “eludir”, “excluir”, “eliminar” y en vista de que las acepciones atribuidas a este último encajan mejor dentro del significado que se pretende en el presente caso, resolvió cambiar, por unanimidad, el vocablo “eludirla” por el de “eliminarla”.

Según esto, no toda duda puede resolverse en favor del procesado. Lo transcrito es bastante para dar a los términos de la ley el verdadero significado que tienen.

3.—La intervención de la Corte en casos de estimación de prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero diez de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Julio Angarita Enciso y Floresmiro Ramírez Enciso, fueron condenados por el Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de fecha 14 de septiembre de 1951, a las penas principales de dos años de

presidio a cada uno y multa de doscientos pesos (\$ 200.00), como responsables del delito de lesiones en la persona de Arsenio Lozano Vergara.

El señor defensor de los procesados interpuso contra dicho fallo el recurso de casación, impugnándolo con base en la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Cumplidos los presupuestos indispensables para la decisión de la Corte, en seguida se resumirán las causas y modalidades del delito y las razones expuestas por el Procurador Delegado y el recurrente con relación a los motivos que el primero tiene para conceptuar que no es el caso de invalidar el fallo impugnado y las que el apoderado de los procesados sustenta para impetrar lo contrario.

Hechos y actuación procesal

Dos versiones diferentes presenta el proceso, como que habiendo resultado los dos principales protagonistas del hecho —Angarita y Lozano— lesionados y tomado parte en los sucesos numerosas personas, que como peones acompañaban a uno y otro el día en que ellos acontecieron, es apenas natural que ofrezcan narraciones dispares, tanto por el origen de ellos, como en lo tocante a la participación que ambos tuvieron en las distintas acciones en que se cumplieron. Pero en resumen la que más se aproxima a la realidad de los hechos es como sigue:

Lozano y Angarita se disputaban la propiedad de un terreno a inmediaciones del río "Luisa", llamado "La Manga", situado en la fracción de Hato Viejo, jurisdicción del Municipio del Valle de San Juan, en el Departamento del Tolima. Frustrados los arreglos amigables a que se refiere ampliamente Lozano en su indagatoria y otras diligencias del proceso, en la mañana del día 27 de agosto de 1948, estos sujetos se encontraron en el lugar del litigio, cuando Angarita con varios peones se entregaba a arrancar unos colinos de plátano que Lozano había sembrado en el terreno por cuya propiedad versaba la disputa. Semejante actitud disgustó a Lozano, quien encontrándose desarmado se dirigió a la casa de Marco Tulio Ríos y de allí tomó una escopeta, con la que regresó al sitio en donde Angarita con sus trabajadores cumplía la obra de arrancar lo sembrado por Lozano. Entre los dos hombres se trabó alguna discusión, reprochándose recíprocamente el proceder de cada uno, hasta que Lozano disparó su escopeta contra su contendor, hiriéndolo en un brazo. Esta acción fue motivo para que los peones de Angarita hicieran causa común con su

patrón e intervinieran con el ánimo de aplacar al irritado Lozano, quien al decir de Angarita, tan pronto como le hizo el disparo se le abalanzó, trabándose entonces una riña cuerpo a cuerpo. Parece ser que Lozano, ante el número de sus atacantes huyó, seguido por Angarita y otros peones de éste, entre los que se encontraba Floresmiro Ramírez Enciso, pariente próximo de aquél, y como se cayera en la huída en una zanja, hasta allí llegaron sus perseguidores y con una peñilla, que al decir de algunos testigos suministró en aquella oportunidad Ramírez, hirió a Lozano en el pie, a consecuencia de lo cual sufrió, según las pericias médicas, sesenta días de incapacidad y perturbación funcional permanente, por la lesión inciso-contusa, con fractura de la tibia y el peroné en su extremidad inferior, consistente en la anquilosis (soldadura) de la articulación tibio-tarsina (cuello del pie derecho) por artritis consecutiva a la herida articular.

Correspondió la investigación del delito al Alcalde del Valle con base en el denuncia que sobre los hechos presentó Angarita Enciso. Adelantada ella hasta ponerla en estado de calificación, tocó por repartimiento al señor Juez Segundo Penal del Circuito de Ibagué, funcionario éste que abrió causa criminal contra Julio Angarita Enciso y Floresmiro Ramírez Enciso, por el delito de lesiones personales a Arsenio Lozano Vergara, y a éste por las que produjo al primero de los nombrados. La imputación a Ramírez se formuló como una participación principal en la infracción, pues en la providencia aludida se dice que "prestó al procesado Julio Angarita Enciso un auxilio o cooperación sin las cuales no habría podido cometer el delito, ya que estando el ofendido Lozano Vergara caído, le pasó a Angarita Enciso una peñilla y con ella hirió a dicho ofendido". (Fs. 251 a 253 vto. cuaderno principal).

Esa providencia subió en apelación al Tribunal y allí, previo concepto del Agente del Ministerio Público, quien solicitó confirmación total de la misma (fs. 265), lo confirmó según providencia de fecha 16 de diciembre de 1949 (fs. 266 a 268).

Seguía el juicio su tramitación legal y después de cumplida ésta, el Juez de instancia dictó sentencia, en la que decidió absolver a Angarita Enciso, Ramírez Enciso y Lozano Vergara, de los cargos que se les formularon en el auto de proceder. La base de la absolución de los dos primeros se fundamentó en que el fallador, tras de un detenido estudio de las pruebas, llegó a la conclusión de que si había prueba para enjuiciamiento no podía decirse lo mismo para dictar sentencia condenato-

ria. "...la conclusión es clara —dice en alguno de sus apartes el fallo— y no puede ser otra que la de que no se halla determinado en el proceso cuál de esas personas —Angarita, Enciso, Ramírez Enciso y sus compañeros en el ataque— es la autora, auxiliadora o cooperadora de ese delito (se refiere a las lesiones a Lozano Vergara), es decir, que existe una duda que debe resolverse a favor de los procesados Angarita Enciso y Ramírez Enciso, y por ende se halla ausente la prueba plena o completa para condenarlos" (fs. 348).

La absolución de Lozano Vergara la fundamentó en que actuó en circunstancias que establecen una legítima defensa de sus bienes, desde luego que el proceso demuestra que el terreno en disputa pertenece legítimamente a Lozano y por lo mismo al obrar en su defensa, hizo apenas uso de un derecho. "Como Lozano Vergara —dice el fallo— repelió una agresión actual e injusta, contraria al derecho, contra sus bienes, y de esta manera ejerció la legítima defensa de los mismos, su delito fue justificado y él no conlleva ninguna responsabilidad penal ni civil de naturaleza alguna. Procede, en consecuencia, su absolución".

Contra la sentencia de primer grado, absoluto-ria como queda dicho, interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte civil y defensor de Lozano Vergara. Subidos los autos al Tribunal, esta corporación la revocó en lo tocante con los procesados Julio Angarita Enciso y Floresmiro Ramírez Enciso, para en su lugar condenarlos a sufrir cada uno de ellos la pena de dos años de presidio e incorporales anexas, junto con multa de doscientos pesos (\$ 200.00), con aplicación del inciso 2º del artículo 374 del Código Penal, en su mínimo. En cuanto a Lozano Vergara confirmó lo resuelto por el inferior.

Contra dicho fallo fue interpuesto el recurso de casación que ahora se decide.

Demanda

Ataca el fallo el recurrente con fundamento en la causal segunda de las previstas en el Código de Procedimiento Penal. En el capítulo IV del libelo, señala el alcance de la impugnación, así:

"Este alcance no es otro que el de solicitar, atentamente, la casación del fallo recurrido, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de que se ha hecho referencia, para que revoquéis, declarando sin valor ni efecto el mencionado fallo y dejéis en firme el de la primera, con la absolución de Julio Angarita Enciso y Flo-

resmiro Ramírez Enciso de los cargos del auto de proceder".

Al analizar los motivos de casación, por el único cargo porque impugna la sentencia, acusa a ésta de "violación de los artículos 371, inciso 2º (sic), del art. 374 y 19 del Código Penal y 203 y 224 del Código de Procedimiento Penal, por aplicación indebida a los procesados Angarita Enciso y Ramírez Enciso, violación que incide en la parte resolutive de la citada providencia, y en que incurrió el Tribunal por error de derecho, y manifiesto error de hecho, por mala apreciación y falta de estimación de las pruebas".

Al concretar el cargo, explica: "Acepta el Tribunal los testimonios de Helí Meneses, Marco Tulio Ríos, Severo Ríos, Isaac Saavedra y Rosa Tullia Meneses y la declaración del ofendido Arsenio Lozano Vergara como prueba suficiente, de testigos presenciales, para condenar a Angarita Enciso y Ramírez Enciso e incurrir así la entidad sentenciadora en error de derecho: le dá crédito a dichas declaraciones, sin merecerlo ellas legalmente; y en error manifiesto de hecho: atribuye a varios declarantes lo no dicho por ellos; omite tener en cuenta elementos probatorios que influyen en la correspondiente apreciación de aquellas declaraciones; y dá por probado plenamente, sin estarlo en realidad, el hecho básico de la responsabilidad de Angarita Enciso y consecuentemente de Ramírez Enciso. Estos errores implican violación de la ley sustantiva por aplicación indebida a los procesados, que incide en la parte resolutive de la sentencia recurrida, como paso a demostrarlo".

Entra en seguida en la crítica a la forma como el Tribunal apreció los dichos testimonios de las personas a quienes otorgó credibilidad y analiza uno a uno esos testimonios para tratar de demostrar que no puede fundarse sobre ellos la responsabilidad de los procesados, desde luego que se retractaron e incurrieron en graves contradicciones sobre hechos fundamentales como el relativo a señalar al verdadero autor de las lesiones causadas a Lozano Vergara, tales como los testigos Helí Meneses, Marco Tulio Ríos e Isaac Saavedra. Ataca el testimonio de Severo Ríos afirmando que desde el lugar en que se encontraba no estaba en condiciones de percibir quién hirió a Lozano. Acusa a la testigo Rosa Tullia Meneses de ser una mitómana y de declarar contra los procesados movida por la manifiesta enemistad que les tiene —según propia confesión— con motivo precisamente de los hechos del proceso. Agrega que carece también de valor la declaración del ofendido Lozano, aún para seña-

lar la persona de su heridor, teniendo en cuenta de modo principal la enemistad con Angarita, enemistad capital que es capaz por el odio de determinar a Lozano a acusar falsamente a su declarado enemigo.

Concluye así el libelo:

"He puesto, pues, de presente y de bulto, señores Magistrados, los errores de gravedad en que incurrió el Tribunal de Ibagué en la estimación de las pruebas obrantes en el proceso, levantado en ave riguación de las lesiones de Lozano Vergara, errores que obligan a desestimar legalmente las pruebas que sirven para la condena, que es materia de la casación. Debo ahora, concluir que la mala estimación y la falta de apreciación de pruebas, llevó al Tribunal a otro error: a dar como plenamente probado que Angarita Enciso hirió a Lozano Vergara con una peinilla que le facilitó Ramírez Enciso; y que, por causa de estos errores, el Tribunal viola, por indebida aplicación al caso del proceso, las siguientes disposiciones sustantivas: artículo 224 del C. de Procedimiento Penal, al admitir como prueba los testimonios comentados en el curso de la presente demanda, los cuales deben rechazarse respecto del hecho que determina la responsabilidad de Angarita Enciso y Ramírez Enciso; artículo 203 del de C. de Procedimiento Penal, profiriendo sentencia condenatoria contra los citados Angarita Enciso y Ramírez Enciso, sin que aparezca en el proceso, legalmente producida, la prueba plena o completa de que aquéllos son responsables de la infracción penal, por la cual se les llamó a juicio; artículos 371 e inciso 2º del 374 del C. Penal, de acuerdo con los cuales se sanciona a Angarita Enciso, sin ser el caso, pues lo procedente es su absolución, violación de la ley que incide en la parte resolutive de la sentencia del 14 de septiembre de 1951, en que se les decretan sanciones penales a los mencionados procesados, siendo lo legal absolverlos".

Concepto del señor Procurador

Este funcionario al recorrer el traslado hace importantes razonamientos en el sentido de contestar las infundadas críticas que la demanda formula contra la prueba testimonial que sirvió de base al Tribunal para condenar a los procesados. Refiriéndose a cada uno de los motivos de impugnación presentados por el demandante en relación con los testigos de cargo, analiza el proceso de las deposiciones de esos testigos y sustenta la tesis de que no contradijeron ni tampoco infirmaron sus primi-

tivas atestaciones, afirmando que aún en el supuesto de admitir que hubo retractación por parte de los declarantes en los múltiples interrogatorios a que fueron sometidos a través del juicio, ello no basta para aniquilar la credibilidad que merezcan.

Desenvuelve su concepto así:

"En efecto, la apreciación del testimonio y en general, la de todas las pruebas en materia penal no se rige por los principios del procedimiento civil, porque no hay identidad de fines en ambos derechos (el penal y el civil). En el primero, el Juez busca ante todo la verdad material, la histórica o real de los hechos investigados, mientras que en lo civil solamente le basta al juzgador la verdad formal que las partes le suministran, aunque esa verdad no corresponda a los hechos.

"Por tal razón, en la justicia represiva es improcedente la regla del artículo 701 del Código Judicial, según la cual "no hace fe el dicho de un testigo que se contradiga notablemente en una o varias declaraciones en cuanto al hecho mismo o sus circunstancias importantes".

El funcionario aludido, concreta de esta suerte su parecer en el sentido de que no se case la sentencia recurrida:

"Finalmente, no sobra decir que en la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal para deducir la responsabilidad de los acusados, no se descubre un error grave y evidente que sea necesario reparar mediante la causal segunda de casación. Todo el caudal probatorio que contienen los autos deja la certidumbre de que Julio Angarita Enciso y Floresmiro Ramírez fueron los causantes del delito que se les ha reprimido, el primero como autor principal, y el otro como cómplice necesario".

ESTUDIO DEL RECURSO

Causal segunda.—Errada interpretación o apreciación de los hechos

Este proceso es menester estudiarlo confrontando todos los hechos, sin prescindir de los antecedentes que culminaron con el encuentro armado entre Angarita Enciso y Lozano Vergara. Estos antecedentes suministran datos y elementos de juicio de gran valor para apreciar las pruebas del proceso. Discriminar esta prueba, como lo hace la demanda, analizando uno a uno los testimonios para encontrar en ellos infirmaciones de sus dichos o presuntas retractaciones no es precisamente el camino que conduzca al hallazgo de la verdad objetiva, que es la meta del juicio penal.

La sentencia impugnada, después de un severo análisis de los testimonios de Helí Meneses, Marco Tulio Ríos, Isaac Saavedra, Severo Ríos, Rosa Tullia Meneses y del propio ofendido Lozano Vergara, concluye afirmando que lo testimoniado por estos declarantes suministra la convicción legal de que no otro que Angarita Enciso fue autor principal de la lesión sufrida por Lozano causada con la peñilla que le suministrara Floresmiro Ramírez Enciso. Por su parte el actor rechaza esa prueba y con el método de diseccionar esas declaraciones, presentando las distintas ocurrencias en que depusieron como otras tantas contradicciones o retractaciones de sus primeros testimonios, insiste en concluir que en el proceso no aparece la prueba plena y completa que requiere la ley para dictar un fallo condenatorio.

Dentro de las condiciones en que se cumplió el hecho, resulta apenas lógico que los testigos del proceso pertenecientes al grupo de peones que por orden de Angarita violaban una propiedad ajena, se hubiesen desestimado y sólo aquellos que con Lozano rechazan el ataque se tuviesen en cuenta para conocer los diversos actos en que se realizó la actividad delictuosa de los procesados.

En este último grupo existen testimonios que sirven a la justicia para conocer toda la verdad de lo sucedido. Ellos son los de Helí Meneses, Marco Tulio Ríos e Isaac Saavedra, los mismos que sirvieron al Tribunal para decidirse por la responsabilidad de Angarita y la cooperación principal de Floresmiro Ramírez en las lesiones causadas a Lozano Vergara.

Como lo anota la Procuraduría no existe propiamente una retractación de esos testimonios, es decir una expresa revocación de lo que se ha dicho, que es la tesis central de la demanda para negarle todo valor probatorio a las declaraciones de aquellos hombres.

“En el campo penal —dice el colaborador— la contradicción del testigo consigo mismo o con otros declarantes no lleva, de modo necesario, a desechar la prueba, como ocurre en lo civil, sino que para rechazar un testimonio por esa causa es indispensable recurrir a un análisis lógico, objetivo y subjetivo, a un trabajo de comparación, y nunca de eliminación, entre las distintas versiones del deponente, a fin de establecer en cuál de ellas se halla la verdad y cuál el motivo para que el testigo cambiase de posición en sus ulteriores manifestaciones. Esto porque, como lo enseñan los autores de pruebas judiciales, la verdad es una y posesionada de nuestra conciencia, sería absurdo sustituirla por

la duda o por el error, obedeciendo únicamente a formalismos opuestos a la realidad de las cosas”.

“Por lo tanto, la mera contradicción de un testigo —se repite— no es de suyo causal de invalidez para desechar integralmente su dicho, sino que es preciso rastrear minuciosamente las razones que llevaron al sujeto a desdecirse o a modificar su primitivo aserto. En este orden de ideas, dice atinadamente Mittermaier, ‘si el testigo, después de haber depuesto la primera vez en contra del acusado, lo hace nuevamente en sentido de descargo, hay lugar a temer que haya sido sobornado por el acusado o sus amigos, y entonces se hace indispensable un serio examen antes de alejar las dudas’”. (Ha subrayado la Procuraduría).

No se descubre por otra parte, ningún interés de esos testigos para falsear la verdad. Ni la misma deposición de Rosa Tullia Meneses puede rechazarse por este motivo. Ella afirma que con ocasión de los sucesos cobró aversión a Angarita; pero esta misma afirmación corrobora su sinceridad, pues no ocultó su sentimiento, habiendo podido hacerlo para dar una idea hipócrita de su imparcialidad, si en su ánimo hubiese estado mentir para comprometer a los procesados. Al relatar los hechos de manera semejante a los demás testigos, demuestra que su relato no fue invento de una imaginación vengativa, sino producto de sus percepciones directas.

La crítica que quizás habría surtido mejor resultado para las tesis del recurrente sería la de comprobar el interés de los testigos de cargo para tergiversar la realidad de los hechos y dar una narración deformada sobre los sucesos. Nada hay en el proceso que autorice ese procedimiento y de allí que la demanda insista en descubrir contradicción o retractación en esos testigos, pero sin encontrar un móvil real que establezca tacha alguna que demuestre la ninguna credibilidad que merecen sus afirmaciones.

La duda que el recurrente invoca, producida por la exégesis que hace de esos testimonios, no tiene la categoría de razonable, es decir que “no haya modo de eliminarla”, que como requisito especial para resolverla en favor del procesado, exige la ley.

En la discusión del proyecto del Código de Procedimiento Penal se suscitó algún debate sobre la palabra “eludirla” que contenía el texto primitivo, que es el artículo 204 de dicha obra.

El comisionado doctor Moncada preguntó si estaría bien empleado el término “eludirla”. Le replicó el doctor Escallón, que “la idea que quiere significarse con esa palabra es que será la duda.

favorable al procesado cuando no haya sido posible prescindir de ella". A esto explica el doctor Rueda Concha: "Yo he agregado la frase 'cuando no haya modo de eludirla' intencionalmente, es decir, para que siempre se haga todo lo posible por salir de la duda. Que no es suficiente que la duda se presente, como generalmente se cree. Sino que es deber del que falla poner de su parte todo el esfuerzo para salir de esa duda y llegar a una certeza. Si después de hecho todo lo posible, aún se permanece en el estado de duda, entonces es favorable al procesado".

La Comisión después de leer en el diccionario de la lengua —añaden las Actas— el significado de los vocablos "eludir", "excluir", "eliminar", y en vista de que las acepciones atribuidas a este último encajan mejor dentro del significado que se pretende en el presente caso, resolvió cambiar, por unanimidad, el vocablo "eludirla" por el de "eliminarla".

Según esto, no toda duda puede resolverse en favor del procesado. Lo transcrito es bastante para dar a los términos de la ley el verdadero significado que tienen. Como uno de los fundamentos de la impugnación al fallo es la violación del artículo 204, es evidente que la interpretación de la demanda a ese texto está muy lejos de ser la que en la realidad jurídica del Código tiene, fijada rigurosamente por la misma Comisión redactora.

En el presente caso es precisamente lo que ocurre. Si alguna duda existe —y eso a título de mera discusión— es fácil eliminarla, porque todo conduce a demostrar, haciendo una reconstrucción mental de los distintos episodios del suceso, que lógica y racionalmente ellos debieron tener el desarrollo que los declarantes que tuvo en cuenta el Tribunal para condenar relatan, porque la provocación surgió de Angarita, porque éste con su injusto proceder concitó a que los acontecimientos tuvieran ese resultado, porque su actitud beligerante tenía que terminar, por la naturaleza íntima de las cosas, en producir las consecuencias que los autos señalan: una infracción de la ley penal cometida por quien arbitrariamente invade una propiedad ajena y por el hecho de que su legítimo dueño se opone a ello, sufre la agresión de que fue víctima con el resultado conocido.

En esta clase de procesos, con ocurrencias como las de autos, el examen global de los hechos es el mejor índice de seguridad para llegar a la certidumbre de una responsabilidad penal.

La sentencia del Tribunal escoge este procedimiento, y de allí que pese a las inteligentes argumentaciones del actor, no pueda encontrar la Corte

un grave error en la apreciación de la prueba capaz de hacer prosperar la casación con la absolución de los procesados.

Pero caben todavía otras consideraciones alrededor del tema probatorio, que como se ha dicho constituye la vértebra de la crítica que la demanda formula contra la sentencia recurrida.

En efecto, la prueba judicial es necesario valorarla con un criterio que conduzca a una conclusión, no sobre la base de una negativa sistemática a las afirmaciones en ella contenidas, sino en forma que permita a la mente, de manera lógica inclinarse a una verdad o a una certeza, desechando la que le sea contraria.

En este orden de ideas, si una determinada prueba conduce a establecer ciertos hechos que son fundamentales para orientar el criterio del fallador en el sentido de mover su concepto de manera que la verdad procesal resplandezca, es preciso concluir que ello no se realiza por meras conjeturas, sino que en el proceso de elaboración de esa actitud todo conduce a señalar que la certeza judicial encontró un punto de apoyo sobre el cual toda duda se disipa en cuanto a fijar legalmente una determinada responsabilidad penal.

En el presente caso, a pesar de todos los vaivenes que presenta la prueba testimonial, que hubo de pasar por múltiples filtros, ello no ha sido suficiente a desvirtuarla, a extremo de que impida sustentar sobre la misma, una vez depurada, una conclusión definitiva.

Se le niega por el recurrente valor a los testimonios de Meneses, Ríos y Saavedra, porque en posteriores diligencias en que fueron repreguntados o careados, dudaron o por lo menos no fueron tan afirmativos como en las declaraciones rendidas en fecha inmediata a los hechos. Mas es notorio que la memoria retiene con mayor vivencia los acontecimientos recientes. El transcurso del tiempo puede producir el fenómeno de la superposición de imágenes impidiendo de esta suerte el verdadero y real recuerdo de los sucesos.

Es frecuente observar que el testimonio de un mismo sujeto repetido en varias ocasiones, su seguridad y fidelidad primeras, se torna en dubitativo en los posteriores interrogatorios. Psicológicamente se explica el fenómeno porque la primera testificación es espontánea, mientras que las otras son dirigidas por las interrogaciones del Juez o de las partes, que exigen para contestarlas no la narración de los hechos vivida por el testigo, sino la respuesta a preguntas que obligan al declarante a un examen de lo que va a decir, lo que en cierta

forma lo inhibe para responder con la espontaneidad deseada, como auxiliar que es el testigo de la justicia, en un acto tan importante como es el testimonial. Hay, pues, una especie de desconcierto en el declarante, impulsado por sentimientos contrarios, que lo dirigen en sentido también diverso. Es a saber, responder de conformidad con lo ya antes afirmado, con lo cual podría tacharse su testimonio por ser el reflejo de una lección aprendida y repetida sin variación, o cambiar los términos y dar así alguna diversidad a lo que narra, para demostrar de esta suerte su sinceridad.

Por ello, los tratadistas de pruebas, con base en la psicología, se inclinan a dar a las declaraciones primeras más fuerza de credibilidad que a las posteriores. La razón es fácilmente comprensible, si se tiene en cuenta el proceso psíquico que guía esta categoría de prueba en la certidumbre judicial.

Si lo anterior se predica del aspecto psicológico, en lo referente al cronológico también abona la tesis, porque es evidente que el hombre retiene y narra con más exactitud, seguridad y fidelidad los sucesos recientes, que los remotos. No es necesario insistir que en esta categoría se encuentran las posteriores declaraciones, así como a las primeras pertenecen las que se rinden a raíz de los sucesos. Se explica así por qué tiene que concederse mayor margen de verdad a lo dicho por el testigo cuando todos los recuerdos estaban frescos en la memoria y el declarante no ha sido sometido aún a la dura prueba de interrogatorios sucesivos, en los cuales la mente más lúcida sucumbe ante la imposibilidad de retener hechos que para su recuerdo siempre serán remotos.

Lo importante, cuando de valorar prueba testimonial se trata, es establecer que los testigos estuvieron en capacidad de percibir por sus propios sentidos externos los hechos que narran. Demostrado esto, su apreciación es fácil, porque el Juez tiene en esa prueba un **extraordinario elemento para** formarse el criterio que debe determinarlo en su decisión.

Dentro de las normas que orientan al Código Procesal Penal vigente, la prueba cualquiera que sea su categoría, no se mide ni se aprecia su capacidad de certeza por su cantidad, sino por su calidad. Si ello es así, existe autonomía del fallador para atribuir a una u otra una mayor certidumbre que lo incline a una conclusión. El Juez penal no es sujeto pasivo en esta actividad. Es actor, y por tanto, parte principal del fallo que ha de dictar. Si, pues, se determina en una decisión en lugar de otra, es necesario aceptar que ello estuvo condicionado a

imperativos categóricos de la verdad, que es una y no puede tener o admitir alternativas entre ella y el error.

Se dirá que un criterio como el expuesto se presta a debilitar la acción de la defensa en el sentido de mejorar la posición del procesado para un más efectivo cumplimiento del encargo. Pero ello no es verdad siempre y menos en el caso del proceso, porque aparte de la prueba testimonial analizada y que tuvo en cuenta principalmente el fallo recurrido, existen otros elementos de juicio bastantes y suficientes para inclinar el criterio del fallador en el sentido que se impugna. Cuando los mismos ofendidos señalan a los autores de la lesión que sufrieron y la prueba testimonial como aquí sucede abona esa versión, la duda que invoca el recurrente se disipa y hay por tanto manera de eliminarla, lo cual comprueba que no ha habido errada ni indebida aplicación de los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal que cita, entre otros, la demanda como infringidos por el Tribunal sentenciador.

Encaja aquí, de modo admirable, la siguiente doctrina de la Sala:

“La intervención de la Corte en casos de estimación de prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales”. (GACETA JUDICIAL, tomo LX, pág. 266).

No está probada la causal segunda y, en consecuencia, no puede prosperar el recurso con base en ella.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema—Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia de fecha catorce de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno por medio de la cual condenó a Julio Angarita Enciso y Floresmiro Ramírez Enciso a las penas principales de dos años de presidio a cada uno y multa de doscientos pesos (\$ 200.00) como responsables del delito de lesiones en la persona de Arsenio Lozano Vergara, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello, Secretario.

SOLICITUD DE REHABILITACION

Para conceder la rehabilitación, no puede exigirse el pago de los perjuicios civiles, si en el proceso penal no fueron determinados. (Artículo 26 C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero trece de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en providencia de fecha diez y nueve de diciembre de 1951, negó la rehabilitación de derechos y funciones públicos solicitada por el señor Domingo Antonio Díaz, quien había sido privado de ellos por sentencias de fechas 25 de junio de 1946 y 19 de noviembre del mismo año, pronunciadas por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad y el mencionado Tribunal, respectivamente.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el señor Díaz Daza. Cumplidos los requisitos procedimentales de la segunda instancia, se procede a resolver lo que sea legal.

El Tribunal fundamenta su decisión así:

“El peticionario fue condenado tanto en primera como en segunda instancia a la pena principal de cuatro años de presidio.

“De acuerdo con la constancia que aparece al folio 18, Díaz Daza fue dado de alta el dos (2) de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946) y de baja el seis de diciembre del mismo año, por habersele concedido el beneficio de libertad condicional; consta también que Díaz Daza ingresó a las cárceles desde el veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos cuarenta y tres (1943), permaneciendo desde entonces hasta cuando fue dado de baja, queriéndose decir con ello, que el memorialista satisfizo la sanción.

“Dispone el artículo 113 del Código Penal:

“La interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, provenientes de una condena, cesará por la rehabilitación. Si tales penas fueren accesorias, no podrá pedirse la rehabilitación sino

cuando el condenado hubiere observado una conducta que haga presumir su reforma, y después de transcurridos cuatro años y a partir del día en que se haya cumplido la pena principal. (Subraya la Sala).

“Como consta que en junio del año pasado sólo se cumplieron los cuatro años a que fue sentenciado Díaz Daza, y según lo dispuesto en la disposición citada es necesario que hayan transcurrido otros cuatro a partir desde esa fecha, no es el caso de atender a la solicitud formulada, por haber sido hecha en tiempo inoportuno”.

Se considera:

Teniendo en cuenta las sentencias mencionadas, Domingo Antonio Díaz Daza, fue condenado a la pena principal de cuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio en riña imprevista, en la persona de Manuel José Sarmiento. Como sanción accesorias se le impuso la de “interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal”.

Hay constancia de que en providencia de seis de diciembre de 1946, el Juez del conocimiento le concedió al reo el beneficio de la libertad condicional, por un término de prueba de seis meses.

El señor Juez Primero Superior de Tunja, certifica lo siguiente:

“Que el procesado Domingo Díaz Daza estuvo detenido por razón del asunto a que se refieren las copias anteriores durante cuatro (4) años, ocho meses (8) y diez y ocho días (18), según constancia que corre a los folios 43 vto. del cuaderno primero y 24 vto. del cuaderno tercero, pues se presentó voluntariamente y desde esa fecha fue detenido el dieciocho (18) de marzo de mil novecientos cuarenta y dos (1942) y permaneció preso en forma continua hasta el seis (6) de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946)”.

Esta circunstancia hace ver claramente que el Tribunal incurrió en un error al computar los cuatro años de que trata el artículo 113 del Código Penal; partiendo del mes de junio de 1950, en vez del 18 de marzo de 1946, que fue precisamente el día en que se agotó el cumplimiento de la pena

principal de cuatro años aplicada al reo, quien, según el certificado transcrito, pagó con exceso la sanción impuesta.

Por manera que los cuatro años que exige el inciso 2º del artículo 113 citado, se cumplieron el 18 de marzo de 1950, y por este aspecto, la rehabilitación solicitada resulta procedente.

“Por otra parte —dice la Procuraduría— de las pruebas presentadas por el condenado, aparece que su conducta ha sido intachable y que hace presumir su reforma después del delito.

“En cuanto al pago de los perjuicios causados por la infracción, no se llevó a efecto, porque en el proceso penal no hubo parte civil, ni allí fueron determinados. Por lo tanto, tal circunstancia fue ajena a la voluntad del procesado y ello no es obstáculo para reconocerle la rehabilitación, según el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal.

“Finalmente, no se trajo a las diligencias el certificado del registro penal; pero la omisión se debió a imposibilidad, por inexistencia de dicho documento, según lo informa el Secretario del Tribunal.

“En resumen, están satisfechas las condiciones de los artículos 113 del Código Penal y 683 del de

Procedimiento para conceder el derecho que impetra Díaz”.

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, REVOCA la providencia materia de la apelación y en su lugar CONCEDE a Domingo Díaz Daza la rehabilitación de derechos y funciones públicas de que fue privado por sentencias de fechas 25 de junio de 1946 y 19 de noviembre del mismo año, pronunciadas por el Juzgado Primero Superior de Tunja y el Tribunal Superior de la misma ciudad, respectivamente.

Dése cuenta de lo resuelto en esta providencia a los señores Alcalde y Registrador del Estado Civil del Municipio de Almeida (Departamento de Boyacá).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

INDIVIDUALIZACION DE LA SANCION.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 39 DEL CODIGO PENAL. — CAUSAL TERCERA DE CASACION

1.— Es evidente que con el artículo 39 del Código Penal quiso el legislador marcar una pauta al Juez para limitar su arbitrio en la medida de la pena, balanceando las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, hasta el límite de imponer sólo el máximo cuando existan únicamente aquéllas y el mínimo cuando no obran sino las segundas, pero al mismo tiempo señalando que en el caso de concurrir de ambas categorías, no puede aplicarse ni el máximo ni el mínimo, correspondiendo al fallador la facultad de fijar la cuantía de la sanción con sujeción a este principio.

Superado en la nueva legislación penal el anticientífico y empírico sistema de los grados de delincuencia del antiguo código, por otro más acorde con la realidad humana de las acciones delictuosas, que no pueden estar sujetas para su medida a una dosimetría penal que las calcule sobre bases puramente aritméticas, es apenas racional y lógico que se determinen en la ley cuáles son las circunstancias de agravación modificadoras de la pena como de mayor o menor peligrosidad, pero permitiéndole movilidad entre los máximos y mínimos que ella misma señala, a fin de conseguir una medida de la penalidad que corresponda al justo anhelo de individualizarla en cada caso al delincuente.

2.—La pauta para la formulación del cuestionario la determina únicamente el auto de proceder. Es allí donde se señalan con la más rigurosa exactitud los hechos que constituyen el delito y se precisa la responsabilidad del procesado, cuidando de fijar aquellas modalidades específicas de su delincuencia que puedan influir en la misma para hacerla más o menos grave, según los factores y circunstancias que hayan podido obrar en la conducta del agente para precipitarlo al delito.

La ley reconoce una causal de casación — la tercera del Código Procesal Penal — cuando la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, porque éste y aquella deben guardar total armonía, desde luego que en

los negocios en que interviene el tribunal popular el fallo se dicta con sujeción a la respuesta de éste. Lo mismo que la doctrina admite la presencia de una informalidad sustancial, que eleva a la categoría de vicio constitucional, la circunstancia de que se omita o extralimite lo que en el cuestionario debe considerarse como hechos sustanciales reconocidos en el auto de proceder.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero trece de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Luis Felipe Pachón Rodríguez por medio de apoderado que lo fue el mismo defensor en las instancias, impugnó ante la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 11 de octubre de 1951, por la cual se le condenó a la pena de diez años de presidio y a las incorporales anexas, por el delito de homicidio en la persona de Ismael Sánchez Usaquén, hecho cumplido en las primeras horas de la noche del 18 de septiembre de 1949, en la finca de propiedad del occiso, denominada "El Engaño", en la vereda de "Cuibuco", jurisdicción del Municipio de San Cayetano.

La Sala resume en seguida, como elementos de su decisión, los hechos y modalidades del delito, el concepto del señor Procurador y los argumentos de la demanda sobre la decisión del Tribunal que es motivo del recurso.

El delito

En las diligencias calificadoras figura así la relación de los hechos:

Cuenta el proceso que el día diez y ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en las horas de la tarde, llegaron a la finca denominada "El Engaño", ubicada en la vereda de "Cuibuco", jurisdicción del Municipio de San Cayetano,

de propiedad de Ismael Sánchez Usaquén, los señores Reinaldo Torres, Luis Felipe Pachón, José del Carmen Sánchez y posteriormente Ezequiel Rodríguez, Lucía Gárcón de Rodríguez y los hijos de éstos Alvaro y Carlos Julio Rodríguez. Igualmente se encontraban en el mismo lugar, las mujeres María Luisa Pachón y Lucrecia Rodríguez, quienes servían en la casa de Sánchez Usaquén o eran sus concubinas, como lo dicen algunas pruebas recogidas en los autos. Las personas primeramente nombradas se dedicaron a tomar guarapo y se encontraban un poco embriagadas; las últimas habían llegado a la casa de Sánchez Usaquén con el objeto de ayudarle a trabajar esa semana y después de que éste le hizo dar de comer y de beber, las llevó a la pieza que les había destinado para dormir, a inmediaciones del trapiche. Inmediatamente después que el mencionado Sánchez Usaquén dejó instalados a los Rodríguez, regresó trayendo una escopeta, que había sacado de la pieza donde aquellos iban a dormir y había avanzado unos pocos pasos cuando se le oyó decir, "ay, que me metió una puñalada Carlos" y cayó al suelo, muriendo poco después. Inmediatamente acudieron al sitio donde quedó Sánchez Usaquén, todas las personas que se encontraban en la casa y por el momento se imputó el hecho a Carlos Julio Rodríguez, pues se interpretó el grito dado por la víctima en el sentido de que acusaba de la agresión a dicho individuo, quien junto con sus familiares fue detenido y entregado el día siguiente a las autoridades de San Cayetano.

La investigación seguida inmediatamente por el Alcalde de la población citada, tomó un rumbo diferente cuando declaró el menor Alvaro Rodríguez, pues éste señaló y ratificó enfáticamente a través de varios careos con el procesado, a Luis Felipe Pachón, como autor de la puñalada que causó la muerte a Sánchez Usaquén.

Indagatorio Pachón, negó en un principio toda participación en el hecho, afirmando que al tiempo de cumplirse éste se encontraba verificando una necesidad corporal. Careado entonces con Alvaro Rodríguez, ante los cargos tan rotundos que éste le formulara, admitió el hecho, pues afirmó: "Yo fui el individuo que le causó la muerte a don Ismael Sánchez". Interrogado sobre el motivo de tal proceder, contestó: "Porque hacía como quince días, con perdón de Dios y de ustedes me lo encontré y por haberle dicho que qué había de las concubinas en son de chanza, Sánchez me insultó diciéndome que era un hijo de puta, mal parido y después como a los ocho días me lo volví a encontrar y le

dije que estaba echando bueno refiriéndome a las concubinas y me contestó que fuera a burlarme de mi abuela. Entonces le dije que por qué no me esperaba a ver cuál era mi abuela y entonces me dijo que nada le importaba matarme, que él tenía plata y me tenía amenazado que me mataba desde ese día. Esto lo hice yo voluntariamente, no culpo a nadie más que a mí, porque a mí me dio por hacer eso. Los demás señores que están detenidos por esta misma investigación no son responsables de nada, son inocentes y al decir don Ismael Sánchez en el momento que le dí la puñalada ¡ay! que Carlos me apuñaleó, fue que lo confundió conmigo y lo que dice Alvaro Rodríguez no fue que yo le echara el brazo a don Ismael sino fue cuando le tiré la puñalada. Ese domingo fue cuando me dio por hacer esto y lo hice por estar siempre borracho" (fs. 21 vto., cuaderno primero).

En la diligencia de reconocimiento del cadáver reiteró sus afirmaciones al contestar esta pregunta del funcionario instructor: "Sírvese decir si este cadáver corresponde al mismo Ismael Sánchez Usaquén a quien se refiere usted haberle dado muerte de una puñalada en la espalda en la noche del domingo diez y ocho del presente mes, en la vereda de 'Cuibuco' de esta jurisdicción, sitio de 'El Engaño', en la enramada del mismo Ismael Sánchez? Contestó: Sí, señor, es el mismo a quien yo me refiero en mi última indagatoria y a quien yo le dí muerte" (fs. 22 vto.).

En el acto de la audiencia pública reafirma su confesión; y aunque trata de explicar su proceder en esta ocasión, afirmando que obró así por consejo de un guarda de la cárcel donde se encontraba detenido con motivo del homicidio, la verdad es que en las respuestas que dio a las muchas preguntas que se le dirigieron por el Juez, el Fiscal y los propios Jurados siempre fue confuso y evasivo hasta el extremo de contener el acta este pasaje que lo explica todo: "Todo el interrogatorio a que fue sometido el sindicado fue contestado en forma vaga, demorándose para dar las respuestas y aquellas preguntas que contestó lo hizo en forma confusa" (fs. 150, cuaderno principal).

Cerrada la investigación, se dictaron con posterioridad las providencias que en seguida se enumeran:

a) Auto de proceder de primera instancia, en virtud del cual se hizo la calificación del homicidio imputado a Pachón como calificado, ya que "por motivos fútiles consumó su reato, cogiendo a su víctima mediante engaños, pues fingió una actitud de amistad, al abrazarlo o acompañarlo, para darle

muerte en forma que acredita la insidia. Es decir, consumó un asesinato conforme al artículo 363 del Código Penal, pues la eficacia de su consumación fue consecuencia de actos engañosos, de simularle a la víctima amistad, no tener ningún resentimiento con él, quien por su parte le brindaba atenciones y lo recibió en su finca para menesteres y actividades que se desarrollan con personas que tienen cordiales relaciones" (fs. 97 a 104).

b) Auto de segunda instancia, proferido por el Tribunal en virtud de apelación y consulta de algunos sobreseimientos en él contenidos, en cuya providencia se dijo expresamente que al Jurado debía preguntársele si el delito se había cometido con insidia y alevosía, circunstancia la primera que "surge de las probanzas del proceso, puesto que el sindicado fingió amistad a la víctima disimulando su enemistad, que es precisamente en lo que consiste jurídicamente la insidia, para obtener con mayor facilidad el resultado criminoso"; y la segunda, "pues según las pruebas examinadas, la puñalada fue lanzada en forma sorpresiva, por la espalda para asegurar a la víctima, sin peligro para el agresor de parte de éste y procurando obtener la impunidad para el atacante" (fs. 113 a 122).

c) Veredicto del Jurado, según el cual y con base en el auto de proceder fueron contestados dos cuestionarios, el uno referente al homicidio simplemente voluntario y el otro a las circunstancias que elevan ese delito a la categoría de asesinato. El primero fue contestado afirmativamente, por unanimidad; el segundo, lo fue negativamente, en idéntica forma (fs. 146 y 147).

d) Sentencias de primero y segundo grado, en virtud de las cuales —con fundamento en el veredicto— el procesado Pachón fue condenado en la primera instancia a la pena de nueve años de presidio, con aplicación del artículo 362 y del 39 del Código Penal, teniendo en cuenta que en contra del reo existen circunstancias de mayor y menor peligrosidad. El Tribunal no aceptó este criterio y elevó la sanción a diez años por considerar que la futilidad del móvil demuestra en el sujeto gran peligrosidad social. (Fs. 155 a 165 del primer cuaderno y 9 a 19 del segundo).

Demanda

El actor invoca en este orden las causales en que sustenta el recurso:

"Causal primera.—La sentencia es violatoria de

la ley penal, tanto por errónea interpretación, como por indebida aplicación de la misma.

"Causal segunda.—Por errada interpretación y apreciación de los hechos que ocasionaron el que en la sentencia de hecho se haya negado el valor probatorio de algunos de ellos, habiéndose dejado de tomarlos en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso como modificadores de la responsabilidad del autor, circunstancia que indudablemente influyó en la determinación de la sanción penal impuesta.

"Causal tercera.—Haberse dictado la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Se refiere también a nulidad constitucional, consistente en no haber sometido al Jurado circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado.

La Corte resume en seguida los fundamentos en que basa la demanda las causales invocadas.

La sentencia es violatoria de la ley por errónea interpretación, como indebida aplicación, porque el Tribunal "no interpretó acertadamente el artículo 39 del Código Penal, lo que ocasionó la errada aplicación del artículo 362 de la misma obra, condenando en más del mínimo de la pena, supuesto que solamente concurrían circunstancias de menor peligrosidad, como la buena conducta anterior del procesado, el ímpetu de ira provocada injustamente, la embriaguez voluntaria sin prever las consecuencias delictuosas, la falta de ilustración del agente, las condiciones de inferioridad psíquica en el momento de los hechos por circunstancias orgánicas transitorias causadas por la embriaguez, etc."

La sentencia del Tribunal se dictó en desacuerdo con el veredicto del Jurado, toda vez que se estimaron como circunstancias de mayor peligrosidad tanto la insidia como la alevosía, "cuando estas circunstancias específicas habían sido descartadas por los Jueces de conciencia al negar el segundo cuestionario, sin que pudiera el Tribunal considerarlas siquiera para graduar la pena como simples agravantes, pues de lo contrario, lógicamente debería haberse declarado notoriamente injusto el veredicto o contrario a la evidencia y convocar un nuevo Jurado".

En cuanto a la nulidad constitucional que invoca, la enuncia en el siguiente párrafo la demanda:

"Como es que Usaquén Rodríguez (sic) se encamina a la pieza para conducir allí a los Rodríguez, y al salir de la pieza recoge y se presenta ante Luis Felipe Pachón con una escopeta en la mano,

habiendo anteriormente amenazado a éste con matarlo, produciendo, clara y humanamente considerado una reacción en Pachón que pudo colocarlo hasta la defensiva, o por lo menos en estado de ira ante la provocación injusta de que lo hacía objeto”.

Solicita amparar al sentenciado, por no haber sido realmente oído y vencido en la totalidad del juicio, ni haberse cumplido la totalidad propia y cabal del procedimiento, para lo cual cabrían considerar en forma elástica los vicios de origen constitucional que ciertamente se exhiben en este proceso, y por lo cual se invoca esta causal de casación de orden constitucional”.

Las razones en que basa la causal segunda también alegada, no es menester sintetizarlas por cuanto es reiterada doctrina de la Sala que en los negocios en que interviene el Jurado dicha causal no es admisible.

CONCEPTO DEL SR. PROCURADOR

Este funcionario al descorrer el traslado hace un análisis detenido de los distintos argumentos que presenta la demanda para impugnar el fallo del Tribunal sentenciador y concluye manifestando a la Corte que por ninguno de los aspectos invocados puede prosperar el recurso.

ESTUDIO DEL RECURSO

Causales primera y tercera.—violación de la ley penal y desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

Las razones en que las sustenta el recurrente se basan en idénticos motivos. De consiguiente, el orden lógico indica que la Sala las examine en su conjunto.

En los fundamentos de la sentencia del Tribunal no aparece que para agravar la pena al procesado se hubieran tenido en cuenta la insidia y la alevosía, dos circunstancias que expresamente se mencionaron en las piezas calificadoras, para que el Jurado tuviera ocasión de pronunciarse sobre ellas, ya que al homicidio se le dio un carácter de calificado por la forma de su consumación.

Es evidente que con el artículo 39 del Código Penal quiso el legislador marcar una pauta al Juez para limitar su arbitrio en la medida de la pena, balanceando las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, hasta el límite de imponer sólo el máximo cuando existan únicamente aquéllas y el mínimo cuando no obran sino las segundas, pero al

mismo tiempo señalando que en el caso de concurrir de ambas categorías, no puede aplicarse ni el máximo ni el mínimo, correspondiendo al fallador la facultad de fijar la cuantía de la sanción con sujeción a este principio.

Súperado en la nueva legislación penal el anti-científico y empírico sistema de los grados de delincuencia del antiguo código, por otro más acorde con la realidad humana de las acciones delictuosas, que no pueden estar sujetas para su medida a una dosimetría penal que las calcule sobre bases puramente aritméticas, es apenas racional y lógico que se determinen en la ley cuáles son las circunstancias de agravación modificadoras de la pena como de mayor o menor peligrosidad, pero permitiéndole movilidad entre los máximos y mínimos que ella misma señala, a fin de conseguir una medida de la penalidad que corresponda al justo anhelo de individualizarla en cada caso al delincuente.

Es claro que esta labor presenta graves dificultades y requiere un conocimiento técnico de la ley represiva, precisamente para que ello se haga sobre bases científicas, eludiendo todo empirismo en función tan compleja y delicada.

Si existe alguna falla en la justicia represiva vigente, ella surge por modo principal de la carencia de un conocimiento exacto de la técnica del Código en cuanto a la manera de apreciar las circunstancias de peligrosidad para agravar la pena con fundamento en las distintas modalidades que la ley señala para tal efecto.

Esta falta de tecnicismo se traduce siempre en una inadecuada aplicación de la ley penal y genera la incomprensión de un estatuto que por su índole misma y por los principios que lo informan, exige en el fallador un conocimiento exacto y riguroso de sus postulados esenciales, que de no cumplirse exponen la aplicabilidad de la ley represiva a la inoperancia para lograr con acierto el castigo del delincuente considerado como factor de peligrosidad social.

En el presente caso, el Tribunal no operó sino con una circunstancia de mayor peligrosidad, fundada en la futilidad de los móviles del delito (art. 37, numeral 3º C. P.). El mismo procesado así lo reconoció paladinamente en su confesión. Luego fue legal el uso del arbitrio con que se impuso la pena. Otra cosa es que la demanda no critique esta manera de aplicar la sanción, ni presente argumentos para impugnarla razonadamente. Porque en cuanto a que la sentencia recurrida tuviera en cuenta circunstancias calificantes como la insidia y la alevosía para cargarlas como modificadoras de la pe-

nalidad, a pesar de desecharlas el Jurado, ello es inexacto, desde luego que la cuantía de la sanción impuesta al reo se fijó en consideración a la gravedad misma del hecho y a los motivos determinantes que lo produjeron. Para esto tiene plena autonomía el fallador (artículo 499 del C. P. P.), siempre que se cifi a lo establecido y probado en el proceso, y ya se vio que el homicidio mereció la calificación de máxima gravedad, como es la que constituye el asesinato. Si el Jurado negó su existencia, campo quedaba al Juez, a pesar de ello, para apreciar aquella gravedad con fundamento en distintos factores de los que valoró y desatendió el Tribunal de conciencia. Pero al hacerlo así no incurrió en error ni tampoco se salió de los términos del veredicto, sobre todo cuando ese proceder no es precisamente el impugnado en la demanda.

Resultan, en consecuencia, inoperantes las causas primera y tercera.

Nulidad del juicio

La hace consistir el actor en que se incumplieron las garantías constitucionales, por cuanto no fueron sometidas a la consideración del Tribunal de conciencia todas aquellas modalidades que presentaba el delito y que habrían servido para atemperarle la pena, en caso de que le fueran reconocidas como modificadoras de la responsabilidad.

Considera la Corte:

La pauta para la formulación del cuestionario la determina únicamente el auto de proceder. Es allí donde se señalan con la más rigurosa exactitud los hechos que constituyen el delito y se precisa la responsabilidad del procesado, cuidando de fijar aquellas modalidades específicas de su delincuencia que puedan influir en la misma para hacerla más o menos grave, según los factores y circunstancias que hayan podido obrar en la conducta del agente para precipitarlo al delito.

La ley reconoce una causal de casación —la tercera del Código procesal penal— cuando la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, porque éste y aquella deben guardar total armonía, desde luego que en los negocios en que interviene el tribunal popular el fallo se dicta con sujeción a la respuesta de éste. Lo mismo que la doctrina admite la presencia de una informalidad sustancial, que eleva a la categoría de vicio constitucional, la circunstancia de que se omite o extralimita

lo que en el cuestionario debe considerarse como hechos sustanciales reconocidos en el auto de proceder.

Ninguna de estas ocurrencias se presenta en el caso. El llamamiento a juicio al procesado se hizo por un homicidio calificado como asesinato. Tanto el auto de proceder de primer grado como el de segundo fueron claros en determinar las circunstancias de su consumación y en esas providencias de manera explícita no se reconoció hecho alguno de atenuación que pudiera implicar modalidad ninguna modificadora de la responsabilidad del procesado.

Plantado de esta suerte el debate judicial, correspondía al tribunal popular, de conformidad con las alegaciones de las partes y las pruebas del proceso, manifestar en el veredicto si aceptaba cualquier modalidad que se tradujera en una merma de la responsabilidad, como la excusa de provocación o bien en un factor eximente de la misma que liberara totalmente al agente, como la legítima defensa, al menos subjetiva, que presentó el reo en su descargo al calificar alguna de sus confesiones.

Nada de esto sucedió, pues el veredicto es simplemente afirmativo de una responsabilidad que, por los términos del mismo, indica que si bien se negó la existencia de un asesinato, siempre se dió al hecho la calificación en conciencia de un homicidio de propósito e intencional, sobre el cual recayó la sentencia con base en el artículo 362 del estatuto represivo.

No se desconoció, en consecuencia, al reo ninguna garantía para su juzgamiento. Este se cumplió gozando aquél de la plenitud de las formas propias del juicio, pues nada distinto significa que cumplidos todos los trámites procesales y en amplio y libre debate la justicia presente sus cargos, un Tribunal competente como el Jurado los analice y examine en su íntimo convencimiento y de resultados de ello estampe su veredicto, quitándole al hecho la suma gravedad con que había sido calificado, para situarlo en el grado de responsabilidad que corresponde a la misma reconocida por el procesado cuando se declaró, en forma libre y espontánea, porque no se adujo prueba de lo contrario, autor de la muerte de Ismael Sánchez Usaquén, delito porque se le juzgó y fue sentenciado con la plenitud de las garantías legales y constitucionales propias de esta clase de juicios.

No está, de consiguiente, probada la nulidad esencial y constitucional que se alega.

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, acorda con el señor Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia de fecha once de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, del Tribunal Su-

perior del Distrito Judicial de Bogotá, que ha sido materia del presente recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.
Angel Martín Vásquez.—Conjuez, Bernardo Galvis.
Alvarez.—Julio E. Argüello, Secretario.

LO RELATIVO A LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO, NO PUEDE SER MATERIA DEL RECURSO DE CASACION, CUANDO EN EL JUICIO INTERVINO EL JURADO

1.—Lo relativo al cuerpo del delito tiene cabida en la causal segunda de casación, en la cual se puede invocar la indebida o equivocada apreciación de las circunstancias o elementos constitutivos del delito, determinantes o eximentes de la responsabilidad de los autores o partícipes. Pero dicha causal es inadmisibles en los juicios en que ha intervenido el Jurado, pues —como lo ha dicho la Corte— no se puede abrir un nuevo debate sobre el examen de los diversos elementos probatorios que sirvieron de fundamento a los jueces de conciencia para dictar su veredicto; ya que ello, prácticamente, equivaldría a una tercera instancia, que no es propiamente el objeto del recurso extraordinario de casación.

2.—Las diligencias de levantamiento del cadáver y de autopsia del mismo, pruebas éstas esenciales para la comprobación del homicidio, no son las únicas, ni suponen la exclusión de otros elementos probatorios para la demostración del factor material de tal delito, pues dentro del estatuto procedimental existen disposiciones especiales que permiten acreditar el cuerpo del delito en el homicidio, por pruebas que no son precisamente éstas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero diez y siete de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en sentencia de treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, condenó a *Jesús Vargas Plata* y *José Ignacio Becerra*, a las penas principales de diez años de presidio para el primero y cuatro años y seis meses de la misma sanción para el segundo, como responsables de homicidio.

Contra esta sentencia solamente el procesado *Jesús Vargas Plata* interpuso el 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 el día seis de julio de mil novecientos cincuenta, los guardianes *Jesús Vargas Plata* y *José Ignacio Becerra* fueron comisionados por la Dirección de la Colonia de Araraucara para que, en compañía del penado *Luis A. Silva*, se dieran a la captura de los presos *José Leonidas Caicedo* y *José H. Restrepo*, quienes se habían fugado de la colonia. En cumplimiento de la comisión *Vargas Plata*, *Becerra* y *Silva* tomaron un bote y se dirigieron por el río Caquetá hacia abajo; horas después divisaron una canoa manejada por dos sujetos, y pudieron comprobar que eran precisamente los prófugos que buscaban. Los guardianes les notificaron que estaban capturados y les exigieron que remaran su canoa para llegar pronto a algún sitio donde pudieran conseguir alimento. Los prófugos no obedecieron la orden de remada dada por los guardianes y entonces, éstos dispararon contra aquéllos su respectivo fusil, causándole a *José Leonidas Caicedo* "el destrozo de una de las piernas y el pie" y a *José H. Restrepo* "una herida en la columna vertebral que, igualmente, le causó destrozo de los huesos propios de dicha columna". Acaecidos estos hechos, los guardianes desembarcaron a los heridos y sobre una manta tendida en el suelo, los dejaron abandonados, sin volver a tener noticia de ellos.

El proceso fue remitido a la Oficina Médico Legal de Garzón para que, con base en las piezas sumariales, el señor Médico Legista dictaminara si las heridas que recibieron los prófugos *Caicedo* y *Restrepo* eran de naturaleza mortal.

El doctor *Alberto Forero*, Médico Legista, luego de estudiar las exposiciones de los procesados *Vargas Plata* y *Becerra*, así como la declaración del

testigo Silva, relacionadas con las heridas que recibieron las víctimas, llegó a la siguiente conclusión:

"1º Que las heridas que recibieron los prófugos José Leonidas Caicedo y José H. Restrepo, producidas con arma de fuego de largo alcance y grueso calibre, según lo que aparece de autos, si fueron mortales por su naturaleza.

"2º Que se deduce que la muerte de José Leonidas Caicedo fue por anemia aguda por la intensa hemorragia que debieron producirle las heridas de las piernas, según lo refiere el declarante Luis A. Silva; y la de José H. Restrepo, porque se deduce que las heridas que recibió por la espalda debieron interesarle órganos vitales, ateniéndome en todo caso al relato del mismo declarante Silva, que es el dato más aproximado y el que tengo que acoger calificándolo como verdadero; y

"3º Que el deceso de ambos prófugos y heridos debió ocurrir en breves horas y a consecuencia natural y directa de las heridas que recibieron y que les fueron causadas con arma de fuego de largo alcance y de grueso calibre".

El señor Juez Superior de Garzón, encontrando perfeccionada la investigación, en providencia de 13 de octubre de 1951, llamó a responder en juicio criminal al procesado Jesús Vargas Plata, por el delito de homicidio en la persona de José H. Restrepo, y al procesado José Ignacio Becerra "por complicidad con Jesús Vargas Plata en la muerte de José Leonidas Caicedo".

Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Neiva, por auto de fecha 9 de diciembre de 1950.

El juicio siguió su curso legal y el señor Juez le sometió al Jurado los siguientes cuestionarios:

"1º ¿El acusado *Jesús Vargas Plata* es responsable de haber ocasionado la muerte a José H. Restrepo, a consecuencia de una herida grave hecha en la columna vertebral, 'abajo de los riñones', con fusil, modelo 12 Mejicano, cuando bajaba en distinta canoa por el río Caquetá, en las últimas horas de la tarde, el seis de julio de mil novecientos cincuenta, en un punto de la Comisaría del Amazonas, perteneciente a este Distrito Judicial?

"2º ¿Los acusados *José Ignacio Becerra* y *Jesús Vargas Plata*, son responsables de haber tomado parte en la comisión del homicidio a José Leonidas Caicedo, en cuanto las heridas mortales recibidas por este sujeto, no se sabe cuál de los dos, si Becerra o Vargas, las determinaron con la consecuencia de la muerte, siendo así que ambos le dispararon?"

"Si", fue la contestación del Jurado a las anteriores cuestiones.

Con base en el veredicto, el Juez Superior de Garzón, en sentencia de 2 de julio de 1951, condenó a los procesados Jesús Vargas Plata y José Ignacio Becerra a las penas de nueve años de presidio para el primero y cuatro de la misma sanción para el segundo.

Pero el Tribunal aumentó dichas penas a diez años de presidio para Vargas Plata y a cuatro años seis meses de la misma sanción para Caicedo, en la sentencia que es materia del recurso extraordinario de casación.

Demanda

El demandante invoca las causales segunda, primera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Como los tres motivos alegados se fundan en unas mismas razones, la Sala siguiendo el orden en que los ha colocado el recurrente, los estudiará conjuntamente.

Causales primera, segunda y cuarta. — Errónea interpretación o apreciación de los hechos. Violación de la ley penal sustantiva. Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

La acusación central contra el fallo del Tribunal, la formula el demandante, así:

"En el presente caso, estimo que se dio a la declaración de Silva, lo dicho por los procesados y al dictamen médico, un valor que no tienen, pues, en mi concepto, estas pruebas no acreditan el cuerpo del delito de homicidio.

"En efecto: el dictamen pericial que obra en el expediente no fue expedido previo un prolijo examen de cadáveres, o siquiera a los heridos, ni medió en este caso diligencia de autopsia, ni persona o testigo alguno declara haber visto muertos a Restrepo y a Caicedo, y en la diligencia de inspección ocular que se practicó posteriormente no se encontró rastro alguno que indicara la muerte de los prófugos. El dictamen que afirma la muerte se funda en el dicho del expresado Silva".

Se considera:

Como lo anota el señor Procurador Delegado en lo Penal, el cargo fundamental de que no está comprobado el cuerpo del doble homicidio de que trata este proceso, implica una apreciación probatoria sobre un hecho que es de la incumbencia del Jura-

do en esta clase de juicios. Y es de advertir que ante el tribunal popular, durante la audiencia pública, se debatió ampliamente ese problema por las partes que en ella intervinieron, y el Jurado afirmó la existencia de los dos homicidios.

Por otra parte, si bien es cierto que lo relativo al cuerpo del delito tiene cabida dentro de la causal segunda, en la cual se puede invocar la indebida o equivocada apreciación de las circunstancias o elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad en los autores o partícipes, dicha causal es inadmisibles en los juicios en que ha intervenido el Jurado, pues —como lo ha dicho la Corte—, no se puede abrir un nuevo debate sobre el examen de los diversos elementos probatorios que sirvieron de fundamento a los jueces de conciencia para dictar su veredicto; ya que ello, prácticamente equivaldría a una tercera instancia, que no es propiamente el objeto del recurso extraordinario de casación.

En cuanto al segundo cargo, con base en la causal cuarta, la tesis central del demandante —que en manera alguna demostró— es la que de los delitos cometidos en las personas de los prófugos José Leonidas Caicedo y José H. Restrepo fuesen los de lesiones personales, y no los de homicidio, a tal punto que se incurrió en error acerca de la denominación jurídica de los delitos reprimidos a los acusados.

Es verdad que en el caso a estudio no se practicó la diligencia de levantamiento de los cadáveres y de la autopsia de los mismos, pruebas éstas esenciales para la comprobación de los homicidios. Pero estas pruebas no son las únicas, ni suponen la exclusión de otros elementos probatorios para la demostración del factor material de tales delitos, pues dentro del estatuto procedimental existen disposiciones especiales que permiten acreditar el cuerpo del delito en el homicidio, por pruebas que no son precisamente las que el demandante pretende invocar con el carácter de únicas y excluyentes.

En el presente caso, los juzgadores de instancia llegaron a la certidumbre de que se habían consumado los delitos de homicidio, tomando en cuenta la persuasiva declaración del testigo presencial Luis A. Silva, las confesiones de los procesados, los testimonios de Pedro José Aldana Franco y Carlos Miguel López, quienes declaran que en el sitio donde los acusados y el testigo Silva dicen haber dejado heridos a los prófugos Caicedo y Restrepo, encontraron los cadáveres de éstos en un avanzado estado de putrefacción; y los dictámenes de los médicos doctores Luis A. Rivas y Alberto Forero, cuyas conclusiones de este último fueron anteriormente transcritas.

“Y con dicha prueba —dice el colaborador— podía darse por establecido el cuerpo del delito de homicidio, ya que ella establece un vínculo de causalidad inexorable entre las agresiones armadas que ejecutaron los guardianes Jesús Vargas Plata y José Ignacio Becerra contra Caicedo Restrepo, y la muerte de éstos”.

El Jurado —como ya se vio— también aceptó dicha prueba al contestar afirmativamente los cuestionarios propuestos.

“Es indudable —agrega el colaborador— que la diligencia de autopsia tiene grande importancia para establecer el cuerpo del delito de homicidio, al tenor de los artículos 305, 306 y 308 del Código de Procedimiento Penal. Pero como en las investigaciones penales se busca, ante todo, la verdad histórica o material de los hechos objeto del proceso, es claro que todas las pruebas preestablecidas por el legislador, a menos de mandato en contrario, son medios suficientes para alcanzar ese fin, si ellas (las pruebas) permiten reconstruir los sucesos averiguados y forman la completa convicción del Juez sobre el particular.

“Y como nuestra legislación no consagra como prueba específica y única del cuerpo del delito de homicidio la diligencia de autopsia, conclúyese que los otros medios de buscar la verdad que establece la ley son adecuados para llegar a la demostración de aquel ilícito”.

Por otra parte, debe anotarse que el demandante no hizo esfuerzo por combatir las pruebas supletorias analizadas por el Tribunal para llegar a la aceptación de la existencia de los homicidios reprimidos.

Finalmente, la causal primera alegada, es una consecuencia lógica de la cuarta. La tesis central de la demanda —lesiones en vez de homicidio— no prospera, luego la pena con base en el artículo 362 del estatuto represivo, impuesta a los acusados, no es violatoria de la ley penal sustantiva.

Lo dicho indica que las tres causales alegadas no tienen 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 CASA 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.

CAUSAL TERCERA DE CASACION

1.—El veredicto está constituido por los hechos a que se refiere el cuestionario y por las afirmaciones que dé el Jurado sobre ellos. Lo uno y las otras forman un todo indivisible y no es necesario que los Jurados de conciencia, al dar contestación repitan cada uno de esos hechos contenidos en la pregunta, para aceptarlos o rechazarlos. Por consiguiente, la seca afirmación o negación que haga el Jurado, comprende todas las cuestiones sobre las cuales se le interroga; y cuando al SI o al NO de la respuesta, agrega algunas circunstancias, ha de entenderse que éstas sólo modifican los hechos pertinentes al cuestionario.

2.—El desconocimiento en la sentencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad, tales como el estado de ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación, implica disconformidad entre aquella y el auto de proceder para impugnar la sentencia con base en el primer miembro de la causal tercera.

3.—Cuando el Jurado fue corto en la aceptación de estados psicológicos como el de la ira o el intenso dolor causados por una provocación grave e injusta, porque no expresó nítidamente aquel motivo determinante, ese vacío es insubsanable en casación, desde luego que si el tribunal popular quiere aceptar una circunstancia modificadora, debe señalarla con todas sus modalidades características.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero veinte de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia del veintiocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, condenó a Moisés Echeverri o Chaverra a la pena principal de cuatro años de presidio, en lugar de un año y cuatro meses de esa misma pena que le fueron impues-

tos por el Juez de instancia, que lo fue el Quinto Superior de aquella ciudad, como responsable del delito de homicidio en la persona de Baudilio Bedoya.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el procesado y por medio de apoderado formuló la correspondiente demanda, en la que se invocan las causales primera y tercera de la ley procesal, pero sin hacer capítulos separados de ellas.

Sometido el recurso a procedimiento legal —artículos 563 a 566 del estatuto respectivo—, sin que por las partes se hubiese considerado procedente verificar la audiencia, corresponde a la Sala el estudio del libelo en que se invocan las causales aludidas, comenzando por detallar los hechos que dieron lugar al proceso, los actos procesales en que se funda la sentencia recurrida y las tesis expuestas por el apoderado especial y el Agente del Ministerio Público en relación con los motivos de impugnación que se alegan.

Hechos

Da cuenta el proceso que el día 18 de diciembre de 1948, se encontraba Baudilio Bedoya en la cantina denominada "Casablanca", sita en el Corregimiento de Fontidueño, en la jurisdicción municipal de Bello, de propiedad de Luis Enrique Tobón, conversando con Germán Moreno. Moisés Echeverri o Chaverra se encontraba en otro salón del establecimiento jugando billar. De un momento a otro suspendió el juego y se dirigió al salón donde estaba situada la cantina. Al verlo llegar Bedoya le manifestó si quería tomarse un trago. Moisés en tono despectivo le contestó: "no quiero tomar nada y ni siquiera yo tengo con qué comprar". Bedoya, entonces, le preguntó por qué estaba bravo, entablándose entre ellos alguna discusión, que continuaron saliéndose a la calle. Ya allí, refieren algunos de los declarantes, que oyeron decir a Echeverri o Chaverra, dirigiéndose a Bedoya, que no lo estrujara o no lo manotiará. Luego vieron que aquél dió un bofetón al segundo, llevándolo al suelo; se le fue encima y continuaron una fuerte lucha a pescozones. Ya de pie Bedoya, esgrimió un cuchillo y arremetió contra Echeverri o Chaverra, causándole varias lesiones, que de conformidad con los dictá-

menes médicos le produjeron treinta días de incapacidad. El lesionado se precipitó sobre el cuerpo de su agresor y después de intensa lucha logró desarmarlo. En poder del arma, arremetió contra Bedoya, quien emprendió la huida. Al alcanzarlo le causó graves lesiones que dieron al traste con su vida en la Clínica de Urgencias del Hospital de San Vicente de la ciudad de Medellín, a donde fue trasladado el herido para prestarle los auxilios médicos del caso que resultaron ineficaces, dada la gravedad de las lesiones recibidas.

Las verdaderas causas determinantes de los hechos no se conocen plenamente. Dos versiones constan en autos: una que atribuye la enemistad entre estos dos hombres al hecho de que Bedoya había dado muerte a un perro de propiedad de Echeverri o Chaverra. Otra se hace consistir en que aquél sacaba leña de una finca de la que el último era encargado de vigilar. Tampoco el procesado dio información alguna al respecto, limitándose a negar de manera persistente los cargos que se le formularon.

Actos procesales

Correspondió la investigación de estos hechos al Corregidor de Policía de Fontidueño y cuando estuvo perfeccionada fue repartida al señor Juez Quinto Superior de Medellín.

En traslado al señor Agente del Ministerio Público, este funcionario después de estudiar las distintas fases en que se desarrolló el suceso, que dividió en dos etapas, la primera desde el momento en que Echeverri o Chaverra abofeteó a Bedoya, rodaron por tierra y éste ocasionó las lesiones a aquél; la segunda, desde el instante en que Bedoya resulta desarmado y emprende la fuga, siendo alcanzado por su contendor y es herido mortalmente, y conceptúa que se atempere debido a esas circunstancias la responsabilidad y se admita la excusa de provocación con base en el artículo 28 del Código Penal (fs. 62 vto.).

El Juez acoge este criterio, fundándolo en que "se perfila en el proceso un homicidio perpetrado por Chaverra o Echeverri en estado de ira producida por grave e injusta provocación. Porque es preciso reconocer que la actitud del occiso no fue de la más noble: la riña se inició a pescozones; Bedoya se dio perfecta cuenta de que su enemigo se hallaba desarmado y aprovecha esa circunstancia para esgrimir un cuchillo que llevaba consigo y con él arremete contra su contrincante y le propina (sic) cuatro puñaladas (reconocimiento de

fs. 39). Es natural que esa actitud poco gallarda del occiso cegó de ira al sindicado Echeverri y en ese estado de emoción violenta arremete contra él, lo desarma y provisto ya del arma con la cual acaba de ser lesionado, procura corresponder en igual forma no obstante que éste huye al verse desarmado y le propina (sic) las lesiones mortales que produjeron su deceso" (fs. 66 voto.).

El señor Fiscal del Tribunal también comparte igual criterio con relación a las modalidades del delito (fs. 75). Mas como la defensa desistiera de la apelación del auto de proceder y ésta fuera aceptada (fs. 76), el pensamiento del Tribunal no pudo manifestarse.

El proceso siguió su curso. Celebrada la audiencia pública fue sometido al Jurado el cuestionario respectivo, en el cual se encuadraba la responsabilidad del procesado como homicidio intencional o de propósito y cometido en estado de ira por grave e injusta provocación. El tribunal de conciencia, en forma unánime, sus cinco miembros, respondió: "No es responsable" (fs. 86).

En desarrollo de este veredicto, el Juez absolvió al procesado. El principal argumento para así decirlo está en el siguiente párrafo de la sentencia:

"Se dijo que a la legítima defensa se oponía el hecho de haber perseguido a la víctima, modalidad ésta que fue bien dilucidada por el señor defensor, convenciendo al tribunal popular de que Baudilio Bedoya bien pudo haberse dirigido al carro para proveerse de nueva arma, y quizás más idónea que la que había esgrimido momentos antes. En tales condiciones, alterado el psiquismo del agente, sin la frialdad de ánimo suficiente para medir en su justo valor los movimientos del adversario, pensó fundadamente que al darle tiempo de resguardarse en el carro esgrimiría arma de fuego para ultimarle, aniquilada como se hallaba en gran parte su capacidad defensiva por las mortales lesiones inferidas en el abdomen. Es así como hay que mirar la legítima defensa objetiva y subjetiva, más concretamente esta última, para deducir si el agente es o no responsable" (fs. 89).

Por el grado de consulta subió el fallo al Tribunal. El Agente del Ministerio Público compartió la tesis del Juez de instancia (fs. 94). Sin embargo, la corporación revocó la sentencia y en su lugar declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto. En alguna parte de la motivación, dijo: "No se explica la Sala, de dónde pueden deducirse en el hecho que se estudia circunstancias justificativas. Porque si se pueden encontrar circunstancias de menor peligrosidad o que califiquen el delito en

un homicidio de los menos graves, jamás de los jamares se reúnen en el hecho actual las características de una legítima defensa de la integridad personal, o del honor, o algo que pudiera llevar al ánimo una circunstancia justificadora del hecho" (fs. 98).

Interpuesto recurso de reposición contra dicho auto, éste no prosperó (fs. 102).

Celebrada nueva audiencia pública, fue propuesto entonces al Jurado un cuestionario idéntico al anterior, en los siguientes términos:

"El acusado Moisés Echeverri Alvarez o Moisés Chaverra es responsable de haber herido con el propósito de matar y en estado de ira por grave e injusta provocación, con arma punzante y cortante (cuchillo), a Baudilio Bedoya Agudelo, a consecuencia de lo cual murió éste poco después. Los hechos ocurrieron así: las lesiones en la cabecera del Corregimiento de Fontidueño, jurisdicción del Municipio de Bello el diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho a eso de las seis p. m. y la muerte poco después en la Clínica de Urgencias del Hospital de San Vicente de Paúl de esta ciudad de Medellín".

Contestó el Jurado:

"Sí es responsable, en riña imprevista, cegado por la ira e intenso dolor".

Fue absuelto así el cuestionario por unanimidad de sus miembros, esta vez compuesto de tres, en virtud del cambio de legislación al respecto (Decreto-ley número 242, artículo 1º, de 1951, que modificó el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal).

En el curso de la audiencia, el Agente del Ministerio Público fue explícito en sostener "que el procesado cuando dio muerte a Bedoya lo hizo en estado de ira". Por su parte, el defensor sostuvo la legítima defensa e hizo hincapié en las providencias anteriores dictadas con base en el primer veredicto absolutorio y al concepto que entonces manifestó el señor Fiscal del Tribunal, abundando en idéntico criterio con el fallador de instancia, según consta en el acta respectiva (fs. 108 voto. y 109).

El Juez del conocimiento, atendiendo al veredicto, éste ya definitivo (artículo 537 del C. de P. P.), condenó al reo a la pena de un año y cuatro meses de presidio. Tuvo en cuenta la modalidad de la ira, aceptada por el Jurado y también la riña imprevista, reconocida por éste, afirmando no ser incompatibles éstas dos figuras, como lo ha admitido la doctrina (fs. 114 a 116).

Subidos los autos al Tribunal por apelación y consulta, el señor Agente del Ministerio Público de

la corporación estuvo acorde con la sentencia de primer grado y solicitó fuera confirmada (fs. 121).

No compartió el Tribunal este criterio absoluto y desestimó el fenómeno de la ira por grave e injusta provocación, para aplicar el artículo 362 del Código Penal, en relación con el 384 de la misma obra, es decir dando al hecho la fisonomía de un homicidio intencional, cometido en riña imprevista, imponiendo la pena de cuatro años de presidio, en lugar de un año y cuatro meses que señaló la sentencia de primer grado, que sí tuvo en cuenta tanto esta modalidad como la excusa de provocación con base en el artículo 28 del estatuto represivo (fs. 125 a 128).

Pero el fallo no fue por unanimidad. Uno de los Magistrados de la Sala decisoria salvó su voto, dando una interpretación del veredicto que será expuesta en el estudio del recurso de casación que es objeto del presente fallo (fs. 129 a 132).

La demanda

Como ya se dijo, el recurrente invoca dos causas —la primera y la tercera—, indebida aplicación de la ley penal, porque la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, concretando su pedimento en el sentido de que de acuerdo con los numerales 1º y 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y en la letra a) del artículo 570 de la misma obra se invalide el fallo de segundo grado recurrido y se dicte el que debe reemplazarlo.

Concepto del señor Procurador Delegado

Al descórrer el traslado, este funcionario es de parecer que la demanda es deficiente por cuanto el libelo, al atacar la apreciación de la sentencia recurrida en el sentido de que el veredicto del Jurado no consignó todos los elementos sustanciales de la ira por grave e injusta provocación; ya que este factor no lo contiene la respuesta del tribunal popular, omitió hacerle ver a la Corte que el veredicto sí reconoció la mencionada circunstancia modificadora que prevé el artículo 28 del Código Penal. Concluye en que "la Corte está imposibilitada para llenar los vacíos que contiene la demanda, ya que la casación no es una tercera instancia".

Estudio del recurso

Planteados así los términos del debate, la Corte entra a decidir, para lo cual considera:

Es verdad que la demanda, como lo anota el señor Procurador, carece de la técnica exigida para esta clase de recursos extraordinarios, que en nada se asemejan a una tercera instancia y el libelo aquí presentado parece que así lo entendiera. Sin embargo, las circunstancias especiales en que fue juzgado Echeverri o Chaverra hacen indispensable buscar el medio de corregir el error del Tribunal, si él existe, pues siendo la casación también por definición un juicio contra la sentencia, es necesario indagar si ésta corresponde a las bases sobre que ha versado el debate o ha rebasado los presupuestos jurídicos sobre que se fijó para juzgar y oír al inculpado.

Es cierto también que el recurrente no planteó ante la Corte con la debida propiedad el tema de si el veredicto no consignó en todos sus elementos esenciales la excusa de provocación.

Pero es ésta una verdad apenas relativa, toda vez que al impugnarse la sentencia por la causal tercera y al invocarse también la primera, debido a la incidencia de aquélla en la aplicación errada de la ley, por haberse impuesto sin tener en cuenta una modalidad modificadora de la responsabilidad reconocida a todo lo largo del proceso, es por lo que se ataca el fallo en los dos aspectos que ofrece la causal tercera, que como la misma Sala lo ha dicho, presenta dos aspectos distintos pero con una base idéntica, que es la sentencia. Si, pues, ésta dejó de tener en cuenta un elemento modificador del delito, preciso es estudiar los motivos de impugnación, a fin de saber si el recurso puede prosperar.

En realidad, dadas las circunstancias peculiares que rodean este proceso no es estrictamente indispensable que en la demanda el recurrente tuviese que insistir en demostrar a la Corte que el veredicto reconoció la circunstancia modificadora del artículo 28 del Código Penal. La sentencia está en desacuerdo con el veredicto y además lo está con el auto de proceder, no porque se eche de menos esa demostración, sino porque dados los términos de aquél y la manera como fue presentado el cuestionario, no una sino dos ocasiones, ceñido en forma estricta al auto calificador, la respuesta del tribunal popular no podía salirse de sus términos precisos y si afirmó distintas circunstancias y modalidades en la ejecución del delito, lo cierto es que llenó su facultad de decidir sobre los hechos que se le interrogaron al Jurado, cuya misión precisada por la ley, es contestar con un Sí o un Nó, a menos que juzguen que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas a las expresadas en el res-

pectivo cuestionario, en cuyo caso podrá expresarlo así brevemente en la contestación (artículo 29 de la ley 4ª de 1943).

Fue esto lo que hizo el Jurado, si se atiende a los términos en que redactó el veredicto, porque en él se admiten las mismas circunstancias de las expresadas en el respectivo cuestionario, toda vez que la expresión adverbial contenida en el SI comprende todas las cuestiones sobre las cuales se interroga al tribunal popular. Y como en el cuestionario se dejó expresamente señalado que el homicidio se calificaba de intencional y se reconocía la modalidad de la ira por grave e injusta provocación, aparece evidente que el veredicto aceptó esta circunstancia, porque estaba contenida en el respectivo cuestionario, agregando la riña imprevista, de donde resulta el desacuerdo con lo que toca con aquel aspecto, tanto entre éste y la sentencia, como de ésta con el veredicto del Jurado, si se aprecia en todo su contenido jurídico la forma como se formuló la materia de la responsabilidad en la pregunta que constituye el cuestionario.

Esta Sala prohió en otras oportunidades una admirable doctrina del señor Procurador Delegado, cuya vigencia para el caso es manifiesta y que vale la pena transcribir para apreciar su exacta similitud con el aspecto que se está examinando.

"El veredicto está constituido por los hechos a que se refiere el cuestionario y por las afirmaciones o negaciones que dé el Jurado sobre ellos. Lo uno y las otras forman un todo indivisible y no es necesario que los Jueces de conciencia, al dar su contestación, repitan cada uno de esos hechos contenidos en la pregunta, para aceptarlos o rechazarlos. Por consiguiente, la seca afirmación o negación que haga el Jurado, comprende todas las cuestiones sobre las cuales se le interroga; y cuando al Sí o al Nó de la respuesta agrega algunas circunstancias, ha de entenderse que éstas sólo modifican los hechos pertinentes al cuestionario". (Casación de Marco Aurelio Moncada. GACETA JUDICIAL números 2055-2056, pág. 415. Casación de Melquisedec Landázuri, GACETA JUDICIAL números 2112, pág. 529).

En el presente caso, la expresión adverbial afirmativa, colocada al principio del veredicto, significa que los miembros del tribunal popular aceptaron los hechos contenidos en la pregunta, y uno de ellos, el más fundamental de todos, por ser trasunto fiel de la calificación dada al delito en el auto de cargos, fue precisamente la modalidad de la ira producida por grave e injusta provocación, que constaba en el cuestionario. Luego, si algo agrega-

ron, ello nada significa en contra del procesado, como lo entendió equivocadamente la mayoría de la Sala decisoria del Tribunal sentenciador. Tan ello es evidente, que en el supuesto caso de que se hubiese contentado con responder sólo afirmativamente, sin otra agregación, nadie podría dudar de que el veredicto incluye una modalidad modificadora de la responsabilidad y que la pena debía imponerse con sujeción a la aceptación de una circunstancia que encaja precisamente dentro de los términos del artículo 28 del Código Penal.

De otro lado, aún interpretando el veredicto con otro criterio, es manifiesto que a pesar de los términos de la pregunta, si el Jurado hizo alguna agregación, ella no puede considerarse con un espíritu desfavorable para el procesado. Todo parece indicar que quiso subrayar su propósito de juzgar el caso con sujeción a las alegaciones verbales de las partes, una de las cuales, el Ministerio Público, fue enfático en dar al hecho la fisonomía jurídica que se le había reconocido en el auto de proceder y en los conceptos de los Fiscales que intervinieron en el proceso. De manera que al dejar el veredicto sin señalar el motivo determinante del homicidio, porque no manifestó en los términos de la ley que la ira y el dolor fueron causados por grave e injusta provocación, no pudo deberse a que el Jurado excluyera esa modalidad, ya que estaba contenida en el cuestionario, y, también, porque todo parece indicar, dado el desarrollo del debate judicial, que la agregación "cegado por la ira o intenso dolor", no tuvo más propósito que "aparecer más enfáticos en su afirmación de la existencia de los estados anímicos en que se encontraba el acusado en los momentos de cometer la infracción", como con sobra de fundamento lo afirma el Magistrado disidente en su salvamento de voto.

La Corte no modifica en este caso su doctrina de que el desconocimiento en la sentencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad, tales como el estado de ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación, implica disconformidad entre aquélla y el auto de proceder para impugnar la sentencia con base en el primer miembro de la causal tercera; ni tampoco que cuando el Jurado fue corto en la aceptación de esos estados psicológicos porque no expresó nítidamente aquel motivo determinante, ese vacío es insubsanable en casación, desde luego que si el tribunal popular quiere aceptar una circunstancia modificadora debe señalarla con todas sus modalidades características, como reiteradas jurisprudencias han venido sosteniéndolo.

Y no modifica en este caso tales doctrinas, porque el proceso ofrece un carácter diferente a aquellos en que tales tesis se han mantenido, en primer término porque en lo que se refiere a la primera situación, no puede parangonarse con el caso debatido aquí, toda vez que aquella doctrina opera cuando la circunstancia modificadora no ha sido reconocida en el curso del juicio y se pretende que se le tenga en cuenta a pesar de que el Jurado no se pronunció sobre ella. En el presente caso, el cuestionario la contenía y fue objeto de controversia en el curso del juicio. En cuanto a la segunda doctrina, ya se ha dicho que si algo significa la agregación del Jurado es acentuar su criterio de que mediaron circunstancias psíquicas en la consumación del hecho que deben tener repercusión para amenguar la responsabilidad del procesado y por ende la pena que debe imponérsele. De manera que el desacuerdo es, principalmente, entre la sentencia y el veredicto y no, de modo absoluto, de éste con el auto de proceder.

Además, en un proceso que guarda semejanza con el que aquí se decide, la misma Sala sustentó la siguiente doctrina:

"La omisión en los cuestionarios, en el veredicto y especialmente en la sentencia, de una circunstancia modificadora (como el estado de ira o de intenso dolor), expresamente reconocida como legalmente existente en el auto de proceder, constituye la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, y el fallo que incumbe a la Corte en ese caso debe tomar en consideración la circunstancia omitida y hacer la consiguiente deducción de la sanción".

Las razones jurídicas en que la Corte apoya la doctrina anterior vale la pena transcribirlas porque tienen validez especial para la decisión de este recurso.

"Constituyendo el auto de proceder la acusación concreta contra el procesado por los hechos deducidos en la investigación y también la base y principios del juicio criminal, los jueces del hecho y del derecho están subordinados a la ruta procesal que tal providencia les señala; y así; si los segundos no pueden someter a los primeros cuestiones distintas a las allí enunciadas y tenidas como probadas, éstas tampoco pueden reconocer o callar hechos, modalidades o circunstancias en evidente oposición con las deducidas en el juicio; la violación de la norma que consagra este último principio conduce en las instancias, a una declaración de disconformidad de la sentencia con los cargos enunciados en el auto de proceder y, por tanto, a la

sustitución del fallo sin que, como lo afirma el Procurador, la Corte no pueda ejercitar la facultad que le otorga la ley (artículo 570), ya que lo contrario sería desconocer la existencia de la causal tercera en su primer aspecto y la atribución de subsanar la anomalía en que se funda". (Sentencia de 23 de enero de 1947. Casación de Manuel González Camargo, GACETA JUDICIAL, tomo 62, números 2046 a 2052, pág. 211).

Se tiene, pues, que prospera la causal tercera invocada y también la primera, que es una consecuencia de aquélla, pues el desconocimiento del veredicto implica por parte del Tribunal sentenciador una indebida aplicación de la ley penal en cuanto a la medida de la pena que merece el reo.

Corresponde, por tanto, a la Corte dictar la sentencia que debe reemplazar al fallo recurrido, conforme al mandato del aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

Como Echeverri o Chaverra infringió el artículo 362 del Código Penal, en relación con los artículos 384 y 28 de la misma obra, desde luego que el veredicto reconoció dos circunstancias modificadoras que no son incompatibles entre sí en casos como éste, como ya lo tiene aceptado la doctrina, la pena que merece es la de un año y cuatro meses de presidio, hechas las deducciones de rigor, sin aumentos por peligrosidad, porque los autos no pregonan que existan circunstancias de tal naturaleza. La

pena incorporal de interdicción de derechos y funciones públicas debe ser deducida en igual proporción.

Como el procesado cumplió en prisión preventiva un tiempo que merece como pena privativa de la libertad (fs. 79 a 87 y 105), debe ponerse en libertad en forma incondicional.

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, INVALIDA la sentencia en virtud de la cual se condenó a Moisés Echeverri o Chaverra a la pena de cuatro años de presidio y en su lugar CONDENA a dicho sujeto a sufrir un año y cuatro meses de igual sanción, con la advertencia de que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas queda reducida en la misma proporción de la pena principal.

Póngase en libertad al procesado, en forma incondicional, por haber cumplido en prisión preventiva el tiempo que merece como pena privativa de la libertad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez.—Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello, Secretario.

LOS MEDIOS NUEVOS SON INADMISIBLES EN EL RECURSO DE CASACION. NULIDADES EN EL PROCESO PENAL

Tratándose del recurso extraordinario de casación, no son admisibles pruebas sobre hechos ocurridos en las instancias, porque en dicho recurso, a la Corte corresponde únicamente hacer una confrontación entre la sentencia demandada y la ley, con base en las apreciaciones que tuvo el Tribunal para aplicar el derecho. Sería, pues, extralimitar funciones en la casación el abrir un término probatorio sobre puntos que el Tribunal no tuvo oportunidad de decidir, en virtud de que no le fueron planteados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero veinticuatro de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

En sentencia de fecha dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, condenó a Tránsito Roncancio de Vargas a la pena principal de quince años y seis meses de presidio como responsable del delito de homicidio en Florentina Ruíz, confirmando así la que le fuera impuesta por el Juzgado de instancia, que lo fue el 1º Superior de aquella ciudad.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación el defensor de la procesada y formuló la correspondiente demanda en la cual invoca las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Cumplidos los requisitos procedimentales del recurso, corresponde a la Sala el estudio del libelo a efecto de resolver lo que sea legal.

Hechos y actuación procesal

El día 13 de marzo de 1949, en el Juzgado Municipal de Policía de Caicedonia, fueron conminadas para guardar la paz y armonía Florentina Ruíz y Rosario Ruíz, con Tránsito Roncancio de Vargas y su esposo Honorio Vargas, ya que se habían venido

suscitando discusiones entre esas personas por asuntos de vecindad. El 17 del mismo mes y año citados, en las horas de la noche, cuando Florentina Ruíz se encontraba sentada en un taburete al pie de la puerta de su casa fumándose un tabaco, se acercó a ella Tránsito Roncancio de Vargas, y con un cuchillo le asestó varios golpes, al mismo tiempo que profería palabras ultrajantes contra la misma Ruíz. Esta pidió auxilio y a los gritos acudió su hija Rosario Ruíz, quien halló a su madre en asocio de Honorio Vargas y de la esposa de éste, la Roncancio de Vargas; seguidamente se trabaron en riña y a consecuencia de las heridas que sufrió Florentina, a manos de la Roncancio de Vargas, falleció poco después.

Perfeccionado el informativo, se declaró cerrada la investigación y el Ministerio Público pidió enjuiciamiento para la Roncancio de Vargas por el delito de homicidio, en circunstancias en que hubo inferioridad por parte de la víctima, por su edad de (65 años) y por el hecho de haberla sorprendido descuidada, aprovechándose de las sombras de la noche.

El Juzgado 1º Superior abrió causa criminal contra Tránsito Roncancio de Vargas por el delito mencionado, sin que se hiciera relación de modalidades agravantes de la responsabilidad.

Por virtud de apelación interpuesta contra el auto de enjuiciamiento, el negocio subió al Tribunal Superior, donde el Fiscal colaborador pidió su confirmación y solicitó al mismo tiempo se aclarara en el sentido de que "Se trata... de un legítimo asesinato". Así lo resolvió el superior al tener en cuenta que el homicidio se había ejecutado mediando la circunstancia de agravación de haber procedido la Roncancio de Vargas con alevosía, puesto que el ataque fue "sorpresivo, gratuito y con ventaja".

Celebrado el juicio se propuso al Jurado:

"¿La acusada Tránsito Roncancio de Vargas, de las condiciones civiles y personales anotadas en el respectivo auto de proceder, es responsable de haber ocasionado la muerte a la mujer de nombre Florentina Ruíz, con el propósito de matar, mediante varias heridas ocasionadas en su cuerpo con instrumento punzo-cortante (cuchillo), hecho

ocurrido el día 17 de marzo de 1949, en las primeras horas de la noche, en la población de Caicedonia, en este Distrito Judicial, y en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la alevosía?"

A este cuestionario el Jurado respondió: "Sí".

En desarrollo del veredicto la sentencia de primer grado impuso la pena al principio anotada, en consideración a que los hechos se realizaron en circunstancias de asesinato. Durante la audiencia pública fueron sostenidas por el Fiscal las tesis sustentadas en el auto de proceder de segundo grado, y por su parte la defensa solicitó la absolución de la procesada, de quien sostuvo había obrado en legítima defensa por no existir prueba demostrativa de lo contrario.

Demanda

Siguiendo el orden lógico observado por la Procuraduría, se estudiará en primer término, lo relacionado con la nulidad del juicio, que el actor pide con fundamento en la causal cuarta de casación cargo que concreta así:

"La vista pública tuvo ocurrencia el día 30 de mayo de 1951, y en ella intervinieron como Agente del Ministerio Público un funcionario que aún figuraba como miembro del Órgano Judicial, en su calidad de Magistrado, el doctor J. M. Villegas, quien como tal y en esa fecha estaba devengando sueldo de Magistrado como lo certifican funcionarios del orden nacional en los documentos que se acompañan a esta demanda; agente que por estar aún investido de las funciones de Magistrado no podía actuar legalmente como Agente del Ministerio Público hecho del cual habrá legalmente que desprender una causa de nulidad".

Para sustentar lo anterior el actor acompañó al libelo un certificado del Recaudador Principal de Hacienda Nacional de Buga, donde se dice que el doctor José María Villegas J. cobró el sueldo de Magistrado del Tribunal Superior de esa ciudad, correspondiente al mes de mayo de 1951; y otro del presidente de dicha corporación, conforme al cual el mismo doctor concurrió a su oficina de Magistrado durante el mes de mayo mencionado, "sin que continuara actuando en los negocios al conocimiento, por virtud del Decreto 0976 de 27 de abril del año en curso (1951), por medio del cual el Ejecutivo Nacional suprimió dos (2) plazas de Magistrados, e ignorar si la plaza por él ocupada era una de las suprimidas.

Concepto del señor Procurador.

Sostiene el señor Procurador Delegado en lo Penal que la causal cuarta alegada debe rechazarse, en atención a que la nulidad invocada no puede aceptarse legalmente. Entre las razones que aduce el colaborador se encuentra principalmente la de que aceptando en gracia de discusión que el doctor Villegas J. cobró el sueldo íntegro de Magistrado en el mes de mayo de 1951, esto es cuando ya estaba ejerciendo el cargo de Fiscal, esa circunstancia no le confirió una dualidad de funciones, como Magistrado y como agente del Ministerio Público, porque constitucional y legalmente la aceptación del segundo cargo implica la pérdida del primero.

Considera la Corte:

De acuerdo con el inciso 3º del artículo 160 de la Constitución, los Magistrados y Jueces no pueden ser trasladados a otros empleos de distinta rama sin dejar vacante el puesto.

El artículo 145 del Código Judicial determina que la jurisdicción se pierde en forma absoluta por cualquiera de las causas que privan del destino al Juez.

Y como conforme al inciso 2º del artículo 13 del mismo Código los destinos o empleos judiciales se pierden por admitir el empleado cualquiera otro destino o cargo público, resulta que el doctor José María Villegas J., al aceptar el nombramiento de Fiscal y tomar posesión de él, perdió el carácter de Magistrado y adquirió exclusivamente el de Agente del Ministerio Público.

De autos aparece que el doctor Villegas J. actuó en el proceso desde el 11 de mayo de 1951 (fs. 150) en la condición de Fiscal del Juzgado 1º Superior de Buga, de donde se infiere el nombramiento y posesión del cargo, tanto para estimar la validez de sus actuaciones como para la responsabilidad que pueda corresponderle por aquéllas. Siendo esto así, legalmente hay que tener por válidas sus actuaciones como Fiscal, una vez que entró a ejercerlas por el nombramiento que se le hizo y la posesión correspondiente.

Por último, de acuerdo con el inciso 5º del artículo 449 del Código Judicial la nulidad por incompetencia de jurisdicción no puede alegarse por el hecho de haberse nombrado para el empleo a un individuo que no podía ser elegido.

Ahora: siguiendo las observaciones del colaborador, llama especialmente la atención el hecho de que el abogado demandante, que concurrió a la audiencia pública como defensor, no hubiese elevado reclamo alguno ante el Juez de la causa acerca de la intervención del doctor Villegas J. como Fis-

cal, si por entonces no podía éste actuar en legal forma en aquella diligencia por tener aún la calidad de Magistrado. Ninguna oportunidad más propicia para hacerle ver a los Jueces la inconveniencia de la actuación en referencia que aquella en que se desarrollaba el debate principal del proceso y se iba a decidir concretamente sobre la responsabilidad de la Roncancio de Vargas, y sin embargo no lo hizo el actor y es ahora cuando alega la nulidad de la gestión fiscal, actitud que sólo se explica como medio de defensa tendiente a mejorar la situación jurídica de su representada.

Es más: tratándose del recurso extraordinario de casación no son admisibles pruebas sobre hechos ocurridos en las instancias, porque como lo dice el colaborador "En dicho recurso, le corresponde únicamente a la Corte hacer una confrontación entre la sentencia demandada y la ley, con base en las apreciaciones que tuvo el Tribunal para aplicar el derecho. Sería pues, extralimitar funciones en la casación el abrir un término probatorio sobre puntos que el Tribunal no tuvo oportunidad de decidir, en virtud de que no le fueron planteados". Y también, porque las pruebas, de acuerdo con la Constitución (art. 26) deben obrar legalmente producidas en el proceso, de modo que se acomoden a las formas propias del juicio. Por otra parte, de acuerdo con los artículos 157 y 207 del Código de Procedimiento Penal, ninguna diligencia se practicará en el proceso penal mientras no haya sido ordenada, ni prueba alguna se evacuará sino por disposición del Juez o funcionario instructor, de oficio o a petición de las partes, de donde resulta que la prueba documental que el actor acompañó a la demanda, sin que fuera ordenada por el Juez competente, no puede tenerse en cuenta en este recurso extraordinario.

De otro lado, es necesario insistir, porque es procedente en el estudio de la cuestión planteada, que las nulidades están instituidas para impedir que las prerrogativas legales y constitucionales del procesado sean desconocidas por medios arbitrarios. Siempre que ello ocurra el Código procesal penal eleva a vicio de nulidad la vulneración de aquellas prerrogativas. Si ésto es así, corresponde a quien la alega demostrar ese desconocimiento o violación, pues no es aceptable que se limite a manifestar que en el proceso ha ocurrido determinado hecho, la eleve por su propia virtud a nulidad y la alegue en espera de que prospere, pero sin hacer esfuerzo alguno por establecer si es una de las legales consagradas por el estatuto procesal de manera taxativa, subsanables o no subsanables por posteriores actuaciones de las partes que pue-

den alegarlas, o corresponde a la llamada constitucional, con base en el artículo 26 de la Carta, porque se han vulnerado prerrogativas esenciales del proceso que atacan en su fundamento mismo los principios procesales concedidos en beneficio del acusado para hacer más efectiva su defensa.

En este proceso el actor se contentó con enunciar una situación producida por la actuación de un funcionario que desempeñó el cargo de Agente del Ministerio Público y devengó sueldo de Magistrado, cuando aún no había sido reemplazado en aquel empleo, para el que no fue reelegido.

Pero es manifiesto que esa actuación inexplicable por parte del funcionario que de tal modo procedió, no puede incidir en el proceso en que aquél actuó como representante de la sociedad, investido ya de esa función por haberse posesionado de tal ministerio. No vulnera ello ninguna prerrogativa del procesado; la audiencia pública, como lo demuestra el acta respectiva, se celebró con el lleno de todas las formalidades legales consagradas en la ley. Y ninguna de las garantías procesales le fueron negadas al reo para su efectiva defensa. Al contrario, registra la diligencia en cuestión que el Agente del Ministerio Público hizo uso de la palabra por la primera vez en la creencia de que el defensor haría igual cosa y esperó oír las tesis de la defensa para estudiar sus argumentaciones "y entrar a manifestar su conformidad o inconformidad con ellas, a fin de que el debate se hiciera lo más lealmente posible", según propias palabras del funcionario aludido, quien expresó en esta forma su sorpresa por el proceder del defensor.

Eso revela que el procesado gozó de la plenitud de las garantías del juicio y que no existe nota alguna que tache de informal o nula la actuación cumplida dentro de las normas que garantizan el derecho de defensa.

Carece, pues, por todo lo dicho de fundamento la causal cuarta alegada y de consiguiente debe rechazarse.

Causales primera y segunda. Violación de la ley penal y errada interpretación o apreciación de los hechos.

Procede examinar conjuntamente los argumentos en que se sustentan estas causales, ya que ellos se fundan en los mismos motivos de impugnación.

El actor sostiene que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, porque la prueba testimonial que responsabilizó a la Roncancio de Vargas no es digna de credibilidad, y, porque la con-

fesión de la procesada resulta indivisible y plantea una legítima defensa, que precisa reconocer.

En diversas oportunidades la Corte se ha pronunciado en el sentido de determinar que la causal segunda de casación no procede en los juicios en que interviene el Jurado, por cuanto los hechos declarados por éste son intocables sin que en casación pueda alegarse sobre ellos.

“El cargo no puede prosperar —dice el colaborador— por la sencilla razón de que la declaratoria de veredicto contraevidente es potestad que sólo tienen los juzgadores de instancia, al tenor de los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, pues ese punto no fue incluido en el recurso de casación, como sí lo fue en la ley 118 de 1931 (art. 3º, numeral 5º).

Esto en cuanto a la causal segunda.

Por lo que toca a la causal primera, la demanda no contiene sustentación alguna en el sentido de demostrar a la Corte que hubo indebida aplicación de la ley penal. El veredicto es afirmativo, sin explicación o modalidad que le quite al hecho las circunstancias de asesinato en que fue cometido, cargo que se le formuló en el auto de proceder y que está contenido también en el cuestionario. Luego, si a la procesada se le condenó de conformidad con el artículo 363, ordinal 5º del Código Penal, no puede afirmarse que el Tribunal haya hecho una indebida aplicación de la norma sustantiva, ya que en desarrollo del veredicto no existe disposición alguna que pudiera aplicar, distinta de la que consideró violada. Existe, pues, ar-

monía entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia, y siendo ello así, no aparece el presupuesto indispensable para que opere la causal primera de casación.

En consecuencia es preciso rechazar como improcedentes las causales en estudio.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él, NO CASA la sentencia de fecha dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga que ha sido materia del presente recurso de casación.

Sáquese copia de lo conducente para que se averigüe la presunta responsabilidad en que hayan podido incurrir tanto el Presidente del Tribunal que certificó que el doctor Villegas J. había desempeñado el cargo de Magistrado, como la del doctor Villegas J. por haber cobrado un sueldo que no le correspondía por haberse posesionado del cargo de Fiscal que desempeñó en este juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno.—Alejandro Camacho Latorre.

Luis Gutiérrez Jiménez.—Angel Martín Vásquez.

Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PROPIEDAD PRIVADA DEL PETRÓLEO. — NO PODIAN SER DUEÑOS DEL TERRENO, PARA LOS EFECTOS DE LA CESIÓN DE MINAS HECHAS POR LOS ESTADOS SOBERANOS, QUIENES PRETENDIAN SERLO RESPECTO DE TERRENO QUE NO HABIA SALIDO LEGALMENTE DEL DOMINIO DE LA NACION

Reconoce la Corte que la actual propiedad del petróleo tiene su primitiva fuente u origen en la legislación de los antiguos Estados Soberanos, en cuanto éstos cedieron a los dueños del terreno ciertas minas, inclusive las de petróleo, antes de la reserva del Código Fiscal de 1873.

Pero no podían ser dueños de un terreno, para los efectos de la cesión hecha por los Estados Soberanos, quienes ostentaban en su favor simples títulos traslativos entre particulares, si ese terreno no había salido del dominio de la Nación por cualquier medio legal.

Esta misma tesis fue sostenida por la Corte en fallo de 5 de mayo de 1949.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, catorce (14) de enero de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

La Compañía de Petróleo Shell de Colombia, sociedad anónima debidamente constituida y domiciliada en la ciudad de Bogotá, avisó al Ministerio de Minas y Petróleos que se proponía efectuar exploraciones con taladro en busca de petróleo de propiedad particular dentro de una finca denominada "El Triunfo", ubicada en el Municipio de Honda, del Departamento del Tolima, y comprendida por los siguientes linderos:

"Partiendo de la desembocadura de Bernal en la Quebrada Seca; de esta última aguas arriba hasta encontrar a mano izquierda (o sea en la orilla derecha de la quebrada) la boca de la zanja de la Salada; esta zanja arriba, hacia el Este, hasta la cima de la serranía; y por el filo de la misma serranía en dirección general hacia el suroeste, colindando adelante con los

terrenos de Calzón de Oro y la antigua hacienda de Bremen, hasta llegar a los terrenos de Cardonal por la parte del sur, con las tierras denominadas El Llano de Hidalgo, Fragua, atrás del llano de Garrapata, y el mismo en retroceso para el norte, colindando con el potrero de Lumbí, que era de la pertenencia del finado José María de la Guardia; de aquí por el filo de la serranía que lleva dirección general del nordeste colindando con los terrenos de Caimital, Tambor, Coloma y El Jardín hasta llegar al cerrito que cae a la quebrada de El Jardín o potrero; por esta quebrada hacia arriba, hasta encontrar su unión con zanja Godoy; por esta última zanja hacia arriba, hasta su nacimiento en el filo del cerro Tambor, de aquí, por la serranía hasta el cerro de Chirirí del punto del cerro de Chirirí, en línea recta a la volada de la quebrada Bernal, lindero con los terrenos de Las Cruces, de aquí, en línea recta a la barranca por el filete de La Mesa de Carrasquilla en dirección general hacia el norte, hasta llegar a la cerca que divide la Mesa de Carrasquilla de la Mesa de Chirirí. De aquí hacia el este se sigue la cerca hasta el paso del ganado colindando con los terrenos de Bernardo Navarro. Del paso del ganado en línea recta a la quebrada Seca; quebrada Seca arriba hasta la desembocadura en ella de la quebrada Bernal, punto de partida".

Agregó la Shell que la finca "El Triunfo", por los linderos descritos, estaba formada por los globos de terreno "Luisa y Flor Colorada" o "El Triunfo", "Loma del Cural" o "El Cural", "La Moya y Potrero de Avilez", "Mesa de Carrasquilla" o "El Rodeo", "Potrero de Buenos Aires", y "El Espino" o "Juanambú".

Al memorial de aviso se acompañó copia de la escritura pública número 1364 bis de 4 de mayo de 1939 de la Notaría Cuarta de Bogotá, por la cual el señor Hywel Stanford Hughes, como propietario de la finca "El Triunfo", le concedió a la Shell

el derecho de explotar para sí el petróleo que allí pueda encontrarse; un plano topográfico del perímetro de la mencionada finca; sendos certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Honda, extensivos a un periodo de treinta años y relacionados con la libertad y propiedad de los distintos globos de terreno que vinieron a integrarla; y un abundante legajo de títulos, encaminados a demostrar el dominio particular tanto del suelo como del subsuelo petrolífero de tales globos.

Adelantada la tramitación administrativa del aviso de la Shell, y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y de la Junta Asesora de Petróleos, el Ministerio del ramo, mediante un estudio de los documentos presentados, consideró que no se habían llenado todos los requisitos previstos por los apartes a), b) y c) del artículo 7º de la ley 160 de 1936, y resolvió enviar el asunto a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, a fin de que se siguiera el juicio sumario correspondiente.

En esta Sala recibió el negocio el trámite adecuado, durante el cual se allegaron nuevos documentos y alegaron oportunamente los interesados, por lo cual sólo resta ya entrar a decidir lo que en derecho resulte pertinente, que es a lo que en seguida se procede.

Las alegaciones de la Shell

Respecto de la determinación de la finca "El Triunfo", manifiesta el señor apoderado de la Shell, doctor Benjamín Acosta Sánchez, que "no tienen asidero legal las observaciones formuladas por el Ministerio de Minas y Petróleos y por las Secciones Técnica y Jurídica de dicho Ministerio", para lo cual razona así:

"Consta en la diligencia de fecha 4 de abril de 1826 que el Alcalde 2º Municipal de Honda y los peritos nombrados reconocieron los linderos de la finca llamada "Luisa", linderos que son arcifinios pues están formados por cerros casi en su totalidad, y son los mismos de la actual finca "El Triunfo", pero aumentada por la agregación que se le hizo de los lotes denominados "Flor Colorada" y "Mesa de Carrasquilla", y los lotes que hicieron parte de la finca llamada "El Potrero", y que son "Buenos Aires", "Avildez", "La Mesa", "El Espino" y "El Rodeo". En efecto: en la referida diligencia parten del potrero de Las Escaleras, que conserva el mismo nombre, según aparece en el plano presentado con el aviso, y que colinda con la antigua hacienda de Cuculumá, lue-

go siguieron por el cerro que divide estas tierras de las nombradas "Llano de Idalgo" y más adelante mencionan el caserío de Hato Grande; estas fincas subsisten con los mismos nombres de "Buen Retiro, Hidalgo y Hato Grande, se menciona el llano de la Fragua o Garrapata, que hoy se conocen con el nombre de San Felipe, y luego el potrero de Lumbí, que conserva el mismo nombre y donde nace la quebrada de Lumbí. Se menciona el potrero de El Cural, que también aparece en el plano adjunto y lindan estas tierras con las de Coloma, como actualmente ocurre, y sigue por el cerro de El Pedregal, que también figura en el plano con dicho nombre, a dar a la quebrada de "El Potrero" y por ésta abajo a dar a la quebrada Seca. Solamente en esta parte se modifican los linderos de "El Triunfo", ya que actualmente incluye los lotes que formaban la finca "El Potrero", y continúa por el cerro de Chirirí, en línea recta a dar a la quebrada Seca, quedando en esta forma la quebrada de El Potrero dentro de la hacienda El Triunfo, y sigue por la quebrada Seca arriba, pero en vez de subir el lindero por la quebrada de La Paila, como aparece en el título de Luisa, y cuyo nombre aún se conserva, lo hace por la quebrada de La Salada, que queda hacia el norte, abarcando así el lote de Flor Colorada, y quedando por tanto la quebrada de la Paila dentro de El Triunfo y luego continúa por la altura de Calzón de Oro, y por último, por el cerro Sánchez o Cuculumá, colindando con las tierras que llevaron dicho nombre y que hoy se llaman Bremen y Cardonal, quedando así cerrado el perímetro de la finca avisada, conforme a los linderos de 1826 y a los que figuran en el memorial de aviso respectivo.

"Los referidos linderos de 1826 se han conservado hasta el presente; esos linderos son arcifinios formados por cerros inconfundibles; las fincas colindantes conservan casi en su totalidad los mismos nombres, como también el globo de Luisa, que hoy constituyen casi en su totalidad la hacienda de "El Triunfo"; lo cual establece claramente la determinación precisa del globo avisado, a lo cual debe agregarse que en los títulos correspondientes se incluyen los mismos linderos y que existe una cadena completa desde esa fecha hasta el presente".

Dice luego el apoderado de la Compañía avisante que "aun cuando en este juicio no se haya presentado la copia de la merced, otorgada por la Corona Española, o del título originario por el cual esas tierras salieron del patrimonio del Estado, sin embargo no puede afirmarse que por ese solo

hecho el subsuelo de la finca "El Triunfo" es nacional, porque existen situaciones jurídicas especiales que determinan la propiedad particular de ese subsuelo ya sea por ministerio de la misma ley, o por justa prescripción y explotación económica". Y expresa más adelante que la propiedad privada del petróleo tiene su origen en la legislación de los antiguos Estados Soberanos; que de acuerdo con las Constituciones de 1858 y 1863, la Nación sólo se reservó las minas de esmeralda y de sal gema, pudiendo los Estados disponer libremente de las otras minas; que el Estado Soberano del Tolima, al adoptar el Código de Fomento de Cundinamarca en 1861 y mantenerlo en vigencia por leyes posteriores, únicamente se reservó para sí, de esas otras minas, las de piedras preciosas y las de metales de todas clases, en tanto que cedió las restantes a los dueños de la superficie del terreno, entre ellas las de petróleo; y que por ende, quienes eran dueños del suelo en el Estado Soberano del Tolima en 1861, adquirieron la propiedad del petróleo subyacente, en virtud de la expresada cesión. Después de lo cual, el apoderado de la Compañía remata así esta parte de su argumentación:

"En estos autos está plenamente demostrado, con los títulos respectivos, que ya en el año de 1861, y aún con anterioridad a 1821, estas tierras (las de El Triunfo) estaban apropiadas, pues las tierras de 'Luisa' pertenecían en 1861 a Camilo Palomares y Manuel Torrijos y en 1821 a Diego de Rivera y Carrasquilla, cuyos herederos las vendieron en 1826 a Manuel Antonio Arrubla; las tierras de "Flor Colorada" eran en 1858 de los mencionados Camilo Palomares y Manuel Torrijos y en 1824 de Manuel Rubín de Celis, y el lote de "El Potrero de El Rincón", del cual hicieron parte los lotes de Avilez, La Moya, El Espino, Juanabú y Buenos Aires; pertenecieron en 1861 a los herederos de Manuela Bocanegra y en 1821 al presbítero José Antonio Guerra y antes habían sido de propiedad de Miguel y Fernando Zerrato, y las de "Mesa de Carrasquilla" eran en 1861 de Gabriel Herrera y en 1821 de José de Guerra y antes de Diego de Rivera y Carrasquilla.

"He citado además el año de 1821 como época de apropiación de estas tierras, porque si no bastara la demostración referente al año de 1861, entonces quedaría acreditada esa propiedad conforme al artículo 4º de la ley 200 de 1936, por cuanto se trata de establecer únicamente la propiedad territorial superfiiliaria, y demostrado como está este hecho, entonces tiene aplicación la cesión hecha a favor de los propietarios en 1861 por ministe-

rio de la ley, y por consiguiente se consolidó la propiedad del suelo y del subsuelo en cabeza de dichos propietarios. Al enajenar éstos y sus sucesores la propiedad de los inmuebles nombrados, traspasaron suelo y subsuelo hasta llegar al actual dueño señor Hywel Stanford Hughes, quien adquirió la propiedad tanto en el suelo como en el subsuelo. El Estado no ha readquirido el dominio sobre las minas de que se desprendió en 1858, y por tanto el propietario nombrado tiene la plena propiedad del suelo y del subsuelo, con exclusión de cualquier otro derecho, inclusive de la Nación".

Finalmente, el señor apoderado de la Shell hace referencia a sucesivos actos de explotación económica en las tierras del aviso con anterioridad al año de 1873, conforme a varias de las escrituras presentadas. Y concluye sobre este punto en los siguientes términos:

"Estos diversos actos de explotación económica que he mencionado constituyen una posesión real y efectiva de los respectivos predios cultivados, por lo menos desde 1779 hasta el año de 1873, o sea en un lapso de noventa y cuatro años, posesión que sirve de fundamento a una justa prescripción frente al Estado, en virtud de la cual las tierras materia de este aviso salieron del patrimonio de la Nación, tanto en el suelo como en el subsuelo, y pasaron a poder de los respectivos poseedores, al tenor de la Cédula de San Idelfonso de 1780, la ley de 13 de octubre de 1821, la ley de 1843 y la ley 70 de 1866; reconocimiento que hoy corresponde hacer a esa H. Corte Suprema, conforme a la doctrina sustentada por esta misma corporación. La referida explotación económica se hizo en los lotes que integran la finca materia del aviso, y por medio de cultivos, sementeras, pastos, casas de habitación, el sostenimiento de ganados en dichas tierras, de una manera continua, quieta y pacífica por un lapso de noventa y cuatro años".

La tesis del representante de la Nación

En su alegato ante la Corte, el señor Procurador Delegado en lo Civil se extiende en algunas consideraciones sobre la legislación colonial y anterior a 1873 en materia de tierras; y después de citar el ordinal 3º del artículo 50 del Código de Fomento de Cundinamarca, que estuvo vigente en el Estado Soberano del Tolima, agrega en relación con los argumentos que de esta legislación deduce el señor apoderado de la contraparte:

"Para interpretar el citado numeral del artícu-

lo 50 y para darle su verdadero alcance, hay que relacionarlo necesariamente con el artículo 7° de la ley 160 de 1936, pues interpretarlo aisladamente podría llevar a conclusiones contrarias a lo establecido por esta última disposición.

“El artículo de la ley 160 establece que para obtener éxito en el aviso dado sobre la base de que el petróleo es de propiedad privada, hay que presentar ‘el título emanado del Estado con anterioridad al 28 octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia’. Lo que ésto significa es que en materia de petróleos no basta la demostración de que se es propietario del suelo por cualquier título, sino que es necesario que se demuestre que hubo adjudicación por parte del Estado, ya se trate del Estado-Confederación, para referirse al punto de vista sostenido por el actor ya se trate del Estado-Confederado. En otras palabras: para que la tesis sostenida por el señor apoderado de la Compañía fuera aceptable, sería necesario que se hubiera demostrado que el particular tenía título de adjudicación originario o que el Estado Soberano del Tolima se le había hecho en la época en que pudo hacerlo. De aceptar la tesis del actor, se llegaría a la conclusión de que solamente sería petróleo de propiedad nacional el que se hallara en terrenos baldíos adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873 y sobraría toda la discusión que desde hace años viene presentándose sobre estas cuestiones, ya que precisamente antes de esa fecha no había reserva alguna del subsuelo”.

De otra parte, el señor Agente del Ministerio Público se expresa en estos términos, en cuanto a los actos de explotación económica alegados por el apoderado de la Compañía avisante, como fundamento de una justa prescripción frente al Estado antes de 1873:

“Como punto de partida absolutamente necesario en el estudio de esta cuestión, hay que comprobar si los terrenos sobre que versa el aviso están identificados en forma que no afrezca dudas, con las tierras sobre las cuales se efectuaron aquellos actos de dominio y posesión de que hablan los títulos presentados y a los cuales se refiere el actor, con tanta mayor razón cuanto que la finca actualmente llamada ‘El Triunfo’ fue formada con el transcurso del tiempo por la agregación de diversos globos de terreno de diferente procedencia, es decir, la finca sobre la cual se dá el aviso no es la misma a la cual se refieren los documentos que obran en el expediente sino que se fue formando poco a poco.

“Para la determinación del terreno y para sacar conclusiones ciertas sobre su identidad, hay que acudir necesariamente a lo que haya dicho la Sección Técnica del Ministerio y, en esta materia, los conceptos emitidos por ella hay que aceptarlos, a menos que en el término probatorio, por medio de pruebas de carácter técnico, se haya demostrado que las conclusiones del Servicio Técnico del Ministerio estaban erradas, bien por errónea apreciación de los hechos o por falta de otras pruebas que después fueron allegadas a los autos.

“En el cuaderno de pruebas de la Compañía no aparece prueba alguna de carácter técnico, encaminada a desvirtuar o rectificar las conclusiones del servicio Técnico del Ministerio, pues en él sólo obran copias de nuevos documentos que en nada varían el contenido del estudio hecho por aquél. Así, pues, se impone la necesidad de darle el valor de plena prueba técnica a esas conclusiones. Va a verse cuáles son:

“Como los documentos presentados se refieren a los diversos globos de tierra que, se dice, vinieron a formar la finca que hoy se llama ‘El Triunfo’, el Servicio Técnico del Ministerio se vió precisado a hacer el estudio separado de cada uno y a sacar conclusiones parciales; se sostiene que esa finca se encuentra formada por los siguientes predios: ‘Luisa’, ‘Flor Colorada’ o ‘El Triunfo’, ‘Loma del Cural’ o ‘Cural’, ‘La Moya’, ‘Potrero de Avilez’, ‘Mesa de Carrasquilla o El Rodeo’, ‘Potrero de Buenos Aires’ y ‘El Espino’ o ‘Juanambú’, pero no hay medio de afirmar categóricamente que ello sea así, como va a verse:

“Los documentos números 26, 25 y 24 se refieren precisamente a la finca llamada ‘Luisa’; en los demás documentos se habla de unos y otros potreros; pero respecto de todos, las conclusiones del Servicio Técnico son las mismas: que del estudio de los linderos parciales que en ellos figuran, no puede deducirse con certeza que el conjunto de las fincas a que se refieren forme exactamente la misma sobre que versa el aviso, lo cual cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que fue sólo a partir del año de 1846 cuando apareció para las fincas ‘Luisa’ y ‘Flor Colorada’ el nombre de ‘El Triunfo’.

“De ahí que el Ministerio en la Resolución por la cual se ordenó pasar el expediente a la Corte, se expresa así:

“Y si, por otra parte, se considera que muchos de los linderos que aparecen en las escrituras anteriores a 1821 son de vaguedad inmensa que no suministran base seria para saber nada de las tierras que fueron objeto de aquellas ventas antiguas.

simas, ni menos para deducir que sean las mismas a que se contrae el aviso, entonces surge más evidente todavía la necesidad de rechazar las pretensiones de dominio que se alegan.

“Las deficiencias anotadas por la Sección Técnica en su informe del nueve de los corrientes sobre la defectuosa determinación del terreno que es materia del aviso dan una base más de apoyo para una providencia de rechazo, porque no se ha cumplido en forma aceptable con el requisito señalado en el inciso 3º del artículo 7º de la ley 160 de 1936”.

Esta situación contemplada por la Procuraduría y por el Ministerio no ha cambiado hasta hoy, de manera que aún puede afirmarse que subsiste la indeterminación del terreno del aviso, en relación con los terrenos de que tratan los documentos antiguos presentados.

“Siendo ésto así, existe una completa imposibilidad de analizar lo referente a la explotación económica para deducir si se ha consumado la justa prescripción, ya que no hay elementos probatorios que respalden la afirmación que habría de hacerse, de que los actos de dominio y posesión que pueden aparecer respecto de esas diferentes tierras, cobijan los terrenos sobre los cuales se ha dado el aviso. Completamente distinta sería la situación si en el expediente se hubiera demostrado una de dos cosas: o que la finca hoy denominada “El Triunfo” es exactamente igual a alguna de aquéllas respecto de las cuales se produjeron actos de dominio y posesión; lo cual no es posible si se acepta que ella fue formada lentamente por agregación de predios distintos, o que al resumir, por así decirlo, los linderos de los diferentes predios de la finca “El Triunfo” coinciden exactamente con aquel resumen. Pero como precisamente en este punto hay una completa vaguedad, no puede entrarse a analizar esos actos de dominio y posesión”.

Consideraciones de la Corte

De acuerdo con el aviso de la Shell, la hacienda “El Triunfo” allí determinada está compuesta por varios globos de terrenos, todos los cuales llegaron a ser de propiedad del señor Hywel Stanford Hughes, en cuyos títulos de adquisición aparecen los siguientes linderos:

Globo “Luisa”: “Por la parte del sur, las tierras denominadas ‘El Llano de Hidalgo’ que pertenecían a los señores Escandonés en un tiempo, hoy a los señores Francisco Vargas Hermanos; por el

occidente, con el llano de ‘La Fragua’ (atrás de Garrapata) que pertenecía a don Francisco Portela y hoy al señor William D. Powles; el mismo en retroceso para el norte, linda con el potrero nombrado Lumbí que era de la pertenencia del finado José María de la Guardia, hoy del señor Herbert O. Wheeler. Concluido el señalamiento de los linderos por la parte del norte, siguen los de la parte de oriente, que son: Desde ‘Calzón de Oro’ hasta encontrar en el potrero de ‘Las Escaleras’ que hacia arriba lindan con parte del llano de ‘Hidalgo’; hacia abajo con las tierras que llaman de la quebrada ‘Pueblo Viejo’ que en un tiempo fueron de un tal Patricio Gutiérrez, hoy pertenecen a los señores Manuel A. Ferreira y Rafael Camacho; por el norte, y dejando a un lado ‘Buenos Aires’, lindando por aquella parte, es decir, la del norte, con el potrero de ‘Coloma’ que pertenecía al finado Presbítero José Antonio Guerra y hoy al señor Luis Felipe García, de cuyo sitio a regreso del cerro de ‘Pedregal’, hasta dar con la quebrada de ‘El Potrero’, siguiendo hasta donde desemboca en la quebrada ‘Seca’, que es lindero que divide las mencionadas tierras de ‘Luisa’ de las del expresado señor García por aquella parte, y tomando después ‘Quebrada Seca’ derecho hasta encontrar a mano izquierda la boca de la quebrada que llaman ‘La Paila’, que está cegada hasta su nacimiento que es en la altura de ‘Calzón de Oro’, en donde cierra y termina el cordón de linderos de dichas tierras de ‘Luisa’, colindando el terrado de la citada quebrada de ‘La Paila’ con las tierras nombradas ‘La Flor Colorada’, que anteriormente pertenecían al finado Pedro Arango, quien las vendió al finado José María Toro”.

Globo “Flor Colorada”: “Desde la quebrada zanja honda que llaman de ‘La Paila’ por la cima del cerro para abajo hasta dar con otra zanja que baja del cerro que se denomina ‘La Salada’; ésta abajo, hasta desembocar en la quebrada ‘Seca’; aguas arriba de la quebrada Seca hasta dar a la boca de la quebrada o zanja ‘La Paila’, frente a la boca de la de ‘Lumbí’, primer lindero”.

Globo “El Cural” o “Loma del Cural”: “Desde una zanja llamada también ‘El Cural’ en dirección al terreno de ‘Coloma’ que fue de propiedad de Andrés Lamprea, después del señor Cesáreo Valdés y hoy del señor Luis Felipe García, que queda hacia el norte; por el sur y occidente, con la quebrada ‘Castañal’; y por el oriente, con la quebrada de ‘Lumbí’. Estas son las quebradas que más se aproximan a dicho terreno de ‘El Cural’ y que lo dividen de ‘Luisa’”.

Globo 'La Moya': "Partiendo de la boca de la zanja 'El Purgatorio' en la quebrada de Bernal, esta quebrada abajo hasta su confluencia en Quebradaseca; ésta arriba hasta encontrar la boca de la quebrada de 'El Potrero'; ésta arriba, por el filo de la barranca, y por este mismo filo al norte, hasta el punto donde se forma la Vega de 'Abelardo', y siguiendo siempre el mismo filo, en dirección recta hacia el norte, hasta tocar con un cerco de talanquera que está al concluir la barranca que viene a formar la Vega mencionada; por aquel cerco, en línea recta, hasta la barranca que forma la parte baja que denominan 'Cañón de Juananbú'; y el borde de esta barranca, siempre en dirección al norte, hasta salir a la boca de la zanja 'El Purgatorio' en la quebrada de Bernal, primer lindero".

Globo 'Potrero de Avilez': "Desde la puerta de golpe que sirvió de punto de partida en el lote número primero de la indicada partición (de los bienes de la sociedad Vanegas e Hijos), la misma cerca arriba (de alambre) hasta encontrar el cerro de Tambor; éste abajo, hasta enfrentar con la cerca de alambre del potrero de La Laguna; esta cerca en dirección al sur, hasta encontrar el lindero de la Mesa de la Moya; siguiendo este lindero, hasta encontrar la cerca que divide el potrero de 'Buenos Aires'; ésta al occidente, hasta encontrar la zanja de Godoy; esta zanja arriba hasta el filo del cerro de Tambor; este filo en dirección próximamente al noreste, hasta encontrar el nacimiento de la zanja del Purgatorio; y esta zanja abajo hasta su desembocadura en la quebrada de Bernal".

Globo "Mesa de Carrasquilla": 'Desde la zanja del paso del ganado línea recta al paraje o boquerón para bajar a 'Las Cruces', de propiedad del señor Henry Hallan, colindando con las tierras denominadas 'Mesa de Chirirí o Mamonés'; desde el boquerón para bajar a las Cruces por el filete de 'La Mesa de Carrasquilla'; filete abajo hasta enfrentar y caer a los peñones del Charco de 'La Capilla' en la quebrada de Bernal; por esta quebrada abajo, hasta desembocar en Quebradaseca; y ésta abajo hasta el zanjón del paso del ganado".

Globo 'Potrero de Buenos Aires': "Desde la boca de la quebrada del Potrero hacia arriba, hasta encontrar la boca de la zanja 'Godoy'; ésta arriba hasta la cerca que separa este potrero del 'Jardín' o 'Avilez'; esta cerca en dirección al oriente hasta encontrar la barranca que la separa de 'La

Mesa de La Moya'; el filo de esta barranca arriba hasta encontrar la boca de la quebrada del potrero, primer lindero".

Globo "El Espino" o "Juananbú": 'Desde el punto donde tiene hoy la volada en la quebrada de Bernal el señor Henry Hallan en el terreno de 'Las Cruces', antes del finado Cristian Dans, línea recta a la cúspide del cerro nombrado Chirirí; siguiendo por el filo de este cerro hacia el sur, hasta encontrar el nacimiento de la zanja 'Purgatorio', ésta abajo hasta encontrar la quebrada de 'Bernal'; ésta aguas arriba hasta dar con la volada del señor Henry Hallan, primer lindero".

Se han transcrito los linderos de los varios terrenos adquiridos por el señor Hywel Stanford Hughes (escritura número 123 de 7 de abril de 1916 de la Notaría 2ª de Honda y escritura número 163 de 29 de marzo de 1919 de la misma Notaría), para que se vea cómo, a la sola comparación de tales linderos con los de la finca "El Triunfo" descritos en el aviso de la Shell, no es posible saber a ciencia cierta si aquellos distintos terrenos integran efectivamente dicha finca. Puede que ello sea así; mas el punto ni siquiera se aclara con el plano acompañado al aviso, como lo anotó oportunamente la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos, al expresar durante la tramitación administrativa del mismo:

"Dice el avisante en el aparte b) del memorial que la finca objeto del aviso está formada por seis globos de terreno cuyos nombres indica allí. En el plano han debido indicarse estos globos separadamente para facilitar el examen de sus linderos y en general de la documentación. Vimos ya atrás que el globo de terreno denominado 'El Potrero', a que se refiere el documento (se trata del número 59-A), está formado por varios predios, pero su localización se dificulta sin detallarlos en el plano".

Y más adelante agregó la Sección Técnica, en el resumen de su informe al Ministerio:

"c) El plano topográfico presentado está de acuerdo con los linderos indicados en el memorial de aviso, pero con los demás documentos que se acompañan no es posible conceptuar que la propiedad cuyo perímetro en él se indica emanó del Estado.

"d) Tampoco es posible con los mismos documentos determinar con precisión el terreno de que se trata, por el aspecto de la procedencia del Estado".

Pero además de las anteriores observaciones de

la Sección Técnica del Ministerio, contribuye también a la indeterminación de la finca la circunstancia de que en el plano del aviso figuran las tierras de Caimital y Tambor como lindero norte o noroeste del globo llamado "Luisa", no obstante que en los títulos de este globo, incluyendo la diligencia de reconocimiento de linderos de 4 de abril de 1826 (fs. 24 a 24 del cuaderno número 2) no se mencionan aquellas tierras. En realidad, según los títulos, todo parece indicar que el globo de "Luisa" debe tener como límite noroeste el potrero de "Lumbí", pues en ellos, después de relacionarse los linderos del sur y del oeste, los últimos de los cuales son el llano de "La Fragua" (atrás de Garrapata), se agrega: "el mismo en retroceso para el norte, linda con el potrero nombrado 'Lumbí', el cual se dice era en 1826 del señor Ignacio Camacho. Sin embargo, en el plano del aviso aparece 'Lumbí' como límite sur de las tierras de 'Luisa'".

Por lo demás, dentro del juicio ante la Corte no se practicó ninguna prueba encaminada a precisar objetivamente la determinación de la finca "El Triunfo", a pesar de que ya el Ministerio había considerado insuficiente el plano del aviso; lo cual hace que, subsistiendo como subsiste la indeterminación anotada, resulte innecesario entrar al estudio de los actos de explotación económica anteriores a 1873 y alegados como título de justa prescripción por el apoderado de la Shell.

Con todo, respecto de las restantes argumentaciones del expresado apoderado, relacionadas con la legislación del Estado Soberano del Tolima y con lo dispuesto por la ley 200 de 1936, es pertinente reafirmar aquí lo dicho ya por esta Sala en sentencia de fecha cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, en un caso en que se formularon idénticas alegaciones:

"Reconoce la Corte que la actual propiedad privada del petróleo tiene su primitiva fuente u origen en la legislación de los antiguos Estados Soberanos, en cuanto éstos cedieron a los dueños del terreno ciertas minas, inclusive las de petróleo, antes de la reserva del Código Fiscal de 1873. Lo que no puede aceptar es el sentido que a esa cesión le da el señor apoderado de la Shell, porque se opone a su natural alcance y al que le ha dado el mismo legislador en el año de 1936.

"No podían ser dueños de un terreno, para los efectos de la cesión hecha por los Estados Soberanos, quienes ostentaban en su favor simples

títulos traslativos entre particulares, si ese terreno no había salido del dominio de la Nación por cualquier medio legal. Así lo entendió la Corte en el propio fallo de 26 de agosto de 1921 que cita el apoderado de la Shell, en el siguiente aparte:

"Se dice también que bajo el régimen federal la Nación no podía legislar libremente sobre las minas que estuvieran en los terrenos baldíos de su propiedad. Aún en este supuesto, el estudio del artículo 1126 del Código Fiscal Nacional en relación con las leyes locales de los Estados, demuestra que no existió conflicto en lo que atañe a las minas distintas de las de piedras preciosas y las de metales, ya que aquéllos reconocieron al dueño del suelo la propiedad de esas minas, y **dueña del suelo era la Nación con respecto a los baldíos no cedidos a particulares por adjudicaciones o por leyes especiales**'.

"Además, acorde con la anterior interpretación y con la que prevaleció en las encuestas y debates que precedieron a la ley del petróleo —la 37 de 1931— hoy ese punto está definido claramente por el artículo 10 de la ley 160 de 1936, que dice:

"Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no hayan sido recuperadas por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, bastando en este último caso para los efectos de los incisos 1º y 2º del artículo 6º de la presente ley, presentar el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal'.

"No sobra agregar, en cuanto a las tradiciones de dominio anteriores al 11 de octubre de 1821, a que se refiere el señor apoderado de la Shell, que de acuerdo con la Ley 200 de 1936 esos títulos no podrían tener ninguna incidencia sobre la propiedad del petróleo, por haberlo dispuesto así el artículo 5º de la misma ley. Y es que al reconocerles valor, la Ley 200 de 1936, a los títulos traslativos de dominio entre particulares anteriores al 11 de octubre de 1821, respecto del Estado, hizo expresamente la salvedad de que esas disposiciones no se aplicarían en lo tocante al subsuelo". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXVI, números 2073-2074, págs. 306 a 312).

FALLO:

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, DECLARA que no es fundada la pretensión de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, concesionaria del señor Hywel Stanford Hughes, de efectuar exploraciones de perforación con taladro en la finca llamada "El Triunfo", situada en el Municipio de Honda, del Departamento del Tolima, por los linde-

ros que aparecen en el aviso dado por aquella Compañía al Ministerio de Minas y Petróleos y transcritos al comienzo de esta providencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada.—Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

RECUSACION DE UN MAGISTRADO POR DEMORAS EN LA DECISION DE UN NEGOCIO.—ALCANCE DE LA EXPRESION FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO CONTENIDA EN EL ARTICULO 1º DEL DECRETO 3346 DE 1950

Aunque en el artículo 1º del Decreto-ley 3346 de 1950 se ha previsto como medio exonerativo la demora por FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, estima la Corte que tales términos no se han empleado en su sentido propio y tradicional, que la Ley 95 de 1890 define como "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." Y ello porque el artículo 2º del Decreto en referencia, así como otros Decretos posteriores relacionados con la materia, indican cuál es el alcance que a aquella causal de recusación ha de darse.

Dice el artículo 2º del Decreto 3346, en efecto, que en la provisión de los cargos de Magistrados, Consejeros de Estado, Jueces, Agentes del Ministerio Público y subalternos respectivos deberá prescindirse... de las personas "que hayan incurrido en DEMORAS INJUSTIFICADAS en el trámite o decisión de los procesos a que se refiere el artículo 1º de este Decreto si en ellos se hallan actualmente vencidos los términos para actuar". Y a su turno, el numeral 2º del Decreto-ley 3665 de 1950, sobre sanciones disciplinarias a los Magistrados, Jueces o Agentes del Ministerio Público, establece como causal para imponerlas "LA OMISION O RETARDO INJUSTIFICADOS en el despacho de los asuntos a su cargo".

Así las cosas, es indudable para la Corte que, de acuerdo con el sentido del artículo 1º del Decreto 3346, los Magistrados o Jueces recusados por motivos de demora, bien pueden exonerarse de la imputación si esa demora se encuentra razonablemente justificada.

En escrito de 8 de noviembre del año pasado, y en relación con el juicio ordinario sobre petróleos seguido contra la Nación por el General Jorge Martínez L., el apoderado de éste recusó al Magistrado ponente doctor Rafael Leiva Charry, con fundamento en que había dejado vencer los términos legales sin presentar al estudio de la Sala el correspondiente proyecto de fallo. El peticionario alegó la causal prevista por el artículo 1º del Decreto-ley número 3346 de 1950.

Tal escrito o memorial de recusación se puso en conocimiento del doctor Leyva Charry, quien rindió el siguiente informe, dirigido al Magistrado sustanciador del incidente:

"1º Es verdad, y ello aparece establecido con la constancia de la Secretaría, que el expediente de tal juicio ordinario y no breve y sumario como lo da a entender el apoderado doctor Estrada, entró a mi Despacho para sentencia el 27 de mayo del presente año.

"2º... Tanto a usted como a los demás Magistrados que integran esta Sala les consta que la casi totalidad de los proyectos de fallo son llevados a ella para su discusión sin la constancia de haber sido registrados previamente, porque todavía no se ha dado el caso de que en tales discusiones de proyectos se hayan agotado los trámites legales señalados a la Sala para darles evasión. Ello explica que el proyecto en el negocio en referencia no hubiese sido registrado antes, como tampoco lo había sido otro referente al ordinario de reivindicación propuesto por Zoila Rosa vda. de Insignares, también contra la Nación, que registré al día siguiente hábil de haber inscrito el anterior.

"Por lo demás, estoy en capacidad de acreditar cuál ha sido el rendimiento de la plaza a mi cargo en este último trimestre y no obstante mis quebrantos de salud, si el señor Magistrado estima necesario abrir este incidente a pruebas".

Después prosiguióse la actuación con la práctica de algunas pruebas, entre otras un informe rendido por el señor Secretario de la Sala, según el cual el Magistrado doctor Leiva Charry, sin contar las providencias de mera sustanciación o trá-

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiuno (21) de enero de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

mite, despachó los siguientes asuntos entre el 27 de mayo y el 1º de diciembre del año pasado: 6 autos interlocutorios que llevan su sola firma; 5 sentencias y 8 autos interlocutorios de fondo, todos dictados por la Sala con ponencia suya; y 3 proyectos de sentencia registrados y pendientes de la decisión correspondiente. Además, el Secretario General de la Corte informó que el doctor Leiva Charry, en el mismo período antes mencionado, registró un proyecto de sentencia de Sala Plena con fecha 4 de noviembre, en negocio que fue fallado el 20 de dicho mes.

De esta suerte, llegado ya el momento de resolver, *Se considera:*

Según el artículo 1º del Decreto-ley 3349 de 1950, puede ser recusado el funcionario judicial, de lo contencioso-administrativo o del trabajo "que deje vencer, sin actuar, los términos que la ley le señala al efecto, a menos que la demora se deba a fuerza mayor o caso fortuito". Pero aunque se ha previsto como medio exonerativo la demora por *fuerza mayor o caso fortuito*, estima la Corte que tales términos no se han empleado en su sentido propio y tradicional, que la ley 95 de 1890 define como "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." Y ello porque el artículo 2º del Decreto en referencia, así como otros Decretos posteriores relacionados con la materia, indican cuál es el alcance que a aquella causal de recusación ha de darse.

Dice el artículo 2º del Decreto 3346, en efecto, que en la provisión de los cargos de Magistrados, Consejeros de Estado, Jueces, Agentes del Ministerio Público y subalternos respectivos deberá prescindirse... de las personas "que hayan incurrido en *demoras injustificadas* en el trámite o decisión de los procesos a que se refiere el artículo 1º de este Decreto si en ellos se hallan actualmente vencidos los términos para actuar". Y a su turno, el numeral 2º del artículo 2º del Decreto-ley 3665 de 1950, sobre sanciones disciplinarias a los Magistrados, Jueces o Agentes del Ministerio Público, establece como causal para imponerlas "*la omisión o retardo injustificado* en el despacho de los asuntos a su cargo".

Así las cosas, es indudable para la Corte que,

de acuerdo con el sentido del artículo 1º del Decreto 3346, los Magistrados o Jueces recusados por motivos de demora, bien pueden exonerarse de la imputación si esa demora se encuentra razonablemente justificada.

Ahora bien, a partir de la fecha en que entró para fallo el negocio del General Martínez L., el Magistrado doctor Leiva Charry despachó en el curso de seis meses 23 asuntos (autos interlocutorios de fondo, sentencias y proyectos de fallo), lo que da un promedio de más de tres por mes; número éste de asuntos que, dada la gran responsabilidad con que debe proceder la más alta corporación de justicia, es bastante para justificar, a juicio de la Sala, la demora que ha dado base a la recusación de que se trata.

No puede hablarse en este caso de falta de actividad del Magistrado doctor Leiva Charry, pues como se ha visto su rendimiento ha sido satisfactorio, a pesar de que ha sufrido algunos quebrantos de salud, como lo atestiguan en autos distinguidos médicos (fs. 1 a 4 del cuaderno número 2), y como les consta personalmente a los suscritos Magistrados.

Por lo demás, el General Martínez L. no se ha hecho acreedor a las costas y multa previstas en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto-ley 0243 de 1951, puesto que el motivo para que su recusación no prospere consiste en la justificación de que se ha hablado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

No hay lugar a declarar separado al Magistrado doctor Rafael Leiva Charry del conocimiento del negocio a que se refiere la recusación del apoderado del General Jorge Martínez L.

Cópiese y notifíquese.

Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis

Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE QUE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS SON DE PROPIEDAD PRIVADA. — NO PUEDEN CONFUNDIRSE LA OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LAS PRUEBAS Y EL VALOR O EFICACIA DE LAS MISMAS

1.—Una cosa es la oportunidad para presentar las pruebas y otra el valor o eficacia probatoria que ellas tienen. El artículo 597 del Código Judicial establece las oportunidades para presentar las pruebas con el fin de que formen parte del proceso: haberse presentado con la demanda o la contestación, o en diligencias en que intervienen el juez y las partes, o dentro de los términos probatorios que la ley señala, o por haberse ordenado de oficio cuando el juez tenga esa facultad. La eficacia o mérito de las mismas la señala el propio código, y ella depende de las condiciones de publicidad y contradicción que deben tener. Por eso ha dicho la Corte que el citado artículo 597 “no tiene la virtud de convertir en eficaces las pruebas a que se refiere, si conforme a otros preceptos legales no deben apreciarse. Ese artículo permite, sencillamente, estimar el mérito de las pruebas que enumera, según la fuerza que tengan en las disposiciones legales correspondientes”. (G. J., Tomo 50, número 1961, pág. 56).

2.—Las ritualidades que el Código de la materia señala para cada una de las pruebas, son de forzoso cumplimiento, como que son reglas imperativas y no supletorias de voluntad, mudables al arbitrio de las partes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, enero veintidós de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Cartagena, en sentencia de 23 de abril de 1951, resolvió lo siguiente, en el juicio ordinario propuesto por la *Compañía Explotadora de Petróleos, S. A.* contra la Nación:

“1º Deniérgase la declaración de dominio a que se refiere la primera súplica de la demanda; y

“2º Absuélvese a la Nación de los cargos formulados en las demás súplicas”.

Contra dicha sentencia interpuso la parte actora

el recurso de apelación y, como ya se llevó a término la segunda instancia, debe proferirse el fallo correspondiente.

Peticiones de la demanda—La Compañía mencionada había pedido del Tribunal que hiciera las siguientes declaraciones:

1ª Que es de propiedad particular, o sea, de la Compañía demandante, el petróleo que pueda encontrarse en el subsuelo de las minas denominadas “Diego Ignacio”, “Yuca” y “Las, Tres Cármenes de Playa Larga”, ubicadas en jurisdicción del Municipio de Loricá, del Departamento de Bolívar, y por los linderos que se indican.

2ª Que el Gobierno Nacional no puede contratar con terceras personas, ni explorar ni explotar por sí o por otros, el petróleo que pueda encontrarse en el subsuelo de las minas señaladas.

3ª Que en el contrato que el Gobierno Nacional pueda llegar a celebrar para la exploración y explotación de petróleos con base en la propuesta presentada al Ministerio de Minas y Petróleos por el señor Harvey M. Lytel y registrada con el número 270, o en el contrato o contratos que el Gobierno Nacional llegue a celebrar con otras personas con base en otra u otras propuestas para explorar y explotar petróleos, queda excluido el que pueda encontrarse en el subsuelo de dichas minas; y

4ª Que la Nación está obligada a pagarle a la Compañía Explotadora de Petróleos, S. A. el valor del petróleo que con base en contratos celebrados por el Gobierno llegue a extraerse o explotarse del subsuelo de las minas alinderadas en la petición primera.

Los hechos en que se apoya la demanda son los que siguen, relatados sucintamente:

El Ministerio de Minas y Petróleos, por Resolución número 270, de 22 de noviembre de 1945, aceptó la propuesta de exploración y explotación de petróleos formulada por el señor Harvey M. Lytel, sobre un lote de terreno de 49.987.39 hectáreas de extensión, ubicado en los municipios de Montería

y Lorica, por los linderos que se señalan (hecho 1º).

El aviso de aceptación fue publicado en los diarios oficiales cuyos números y fechas se indican (hecho 2º), y también se fijaron en las alcaldías de las nombradas poblaciones los avisos de aceptación, en las fechas que se anotan (hecho 3º). Así, pues, el término para formular oposiciones a la propuesta número 270 venció el 13 de abril de 1946, y, por tanto, el término de dos años para la iniciación del juicio ordinario por los propietarios que no formularon oposición vence el 13 de abril de 1948 (hecho 4º).

La Gobernación de Bolívar adjudicó a los señores Diego Martínez y Compañía, de Cartagena, Diego Martínez y compañía, de Lorica, Manuel Burgos y compañía, de Berástegui, y Presciliano Cabrales, de Montería, las minas de petróleo denominadas "Diego Ignacio", "Yuca" y "Las Tres Cármenes de Playa Larga", por los linderos que se dejan especificados (hechos 5º, 6º y 7º).

Las minas de "Diego Ignacio", "Las Tres Cármenes de Playa Larga" y "Yuca" fueron redimidas a perpetuidad mediante el pago de los derechos fiscales correspondientes, según consta en los recibos expedidos por la Administración de Hacienda Nacional de Cartagena, protocolizados en las escrituras números 279, de 20 de abril de 1930, y 268, de 16 de abril de 1920 (hechos 8º y 9º).

Los adjudicatarios de las minas las aportaron a la sociedad denominada "Compañía de Petróleos del Sinú", constituida por escritura número 174 de 29 de diciembre de 1913, de la Notaría 1ª de Cartagena, cuyos estatutos fueron reformados por la número 341, de 13 de abril de 1914, de la misma Notaría, y se le cambió su nombre por el de "Compañía Explotadora de Petróleo". Esta se liquidó por escritura número 300, de 21 de mayo de 1938, y se constituyó la "Compañía Explotadora de Petróleos, S. A.", que se hizo cargo del activo y del pasivo de aquélla y es actualmente propietaria y poseedora inscrita de las minas de que se viene hablando (hechos 10, 11, 12 y 13).

Dentro del área de la propuesta número 270, formulada al Ministerio de Minas y Petróleos por el señor Harvey M. Lytel, se hallan ubicadas las minas de "Diego Ignacio" y "Yuca" en su totalidad y la de "Las Tres Cármenes de Playa Larga" en parte (hecho 14).

La Compañía Explotadora de Petróleos, S. A. no formuló oposición a la propuesta número 270 y, por tanto, es procedente la iniciación del juicio, de

conformidad con el artículo 5º de la ley 160 de 1936 (hecho 15).

La Corte Suprema de Justicia resolvió que era fundada la pretensión de la Compañía demandante de explorar con taladro, entre otras minas, en la denominada "Las Tres Cármenes de Playa Larga", en sentencia de 31 de agosto de 1936 (hecho 16). Y como la Nación no inició, dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de esa sentencia, las acciones relacionadas con la propiedad privada del petróleo que pueda encontrarse en dicha mina, ha caducado el derecho a discutirle a la Compañía actor esa propiedad (hecho 17).

En fin, el subsuelo de la mina denominada "Las Tres Cármenes de Playa Larga" no puede ser contratado por la Nación, según el expreso mandato del artículo 5º, ordinal c), del decreto número 1694 de 1939 (hecho 18).

Determinación de los inmuebles.— Los linderos de la propuesta, tales como se hallan descritos en la Resolución de 22 de noviembre de 1945, son los siguientes:

"Como punto de referencia se ha localizado sobre el terreno, en el sitio denominado San Felipe, un mojón de concreto, marcado en el plano con las letras "E. A." (Estación astronómica), cuyas coordenadas geográficas son: Latitud, 8º 47' 12", 15 al oeste de Greenwich. Dicho punto "E. A." se ha referido a la confluencia de la Quebrada Guñea y el río Canalete. De la Estación astronómica anterior se sigue en línea recta por una distancia de dos mil ochocientos noventa y seis metros con sesenta centímetros (2.896.60 metros) con rumbo norte treinta grados treinta y ocho minutos Este (norte 30º 38' E) a dar al punto "A" de partida de la alinderación. 1) Del citado punto A se sigue en línea recta por una longitud de cinco mil ochenta y cinco metros (5.085.00 metros) y un rumbo norte sesenta y nueve grados veintidós minutos oeste (N. 69º 22' W) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra B, que se encuentra sobre el límite de la zona de reserva nacional. 2) Del punto B anterior se sigue al norte por una distancia de seis mil setecientos sesenta metros (6.760.00 metros) a dar en el punto marcado en el plano con la letra C. 3) Del punto C anterior se continúa en línea recta al oeste por una distancia de diez mil metros (10.000.00) a dar en el punto marcado en el plano con la letra D. Los linderos comprendidos entre los puntos B, C, D coinciden en toda su extensión con parte del límite de la zona de reserva nacional. 4) Del punto D anterior se sigue en línea recta al

norte por una distancia de tres mil metros (3.000.00 metros) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra E y que queda dentro del mar territorial. 5) Del punto E anterior se sigue otra línea recta dentro del mar territorial con rumbo norte veintitrés grados, cero minutos Este (N. 23° 00' E) y una longitud de diez y ocho mil doscientos cincuenta metros (18.250.00 metros) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra F, ubicado también dentro del mar territorial y situado al nor-este de la isla Tortuguilla. 6) Del punto F anterior se continúa en línea recta por una distancia de doce mil doscientos cuarenta y cinco metros (12.245.00) y un rumbo norte cincuenta y seis grados, catorce minutos este (N. 56° 14' E) a dar en punto marcado en el plano con la letra G, situado dentro del mar territorial y frente a "Punta Vega". 7) Del punto G anterior se sigue otra línea recta con dirección sur sesenta y nueve grados veintidós minutos este (S. 69° 22' E) y una distancia de diez mil metros (10.000.00 metros) hasta llegar al punto H. La línea G-H coincide desde la costa "Punta Vega" hasta el punto H con la propuesta número 197 aceptada al señor Manuel Toro. 8) Del punto H anterior se continúa en línea recta por una distancia de treinta y tres mil ochocientos metros (33.800.00 metros) y un rumbo sur veinte grados treinta y ocho minutos oeste (S. 20° 38' W) hasta dar en punto A de partida. Todos los rumbos anteriormente descritos se refieren al meridiano astronómico o verdadero y el punto de partida de la alidderación se ha referenciado (sic) a otro situado fuera del lote pedido en concesión y a una distancia de 2.896.60 metros, referido a la confluencia de la Quebrada Guinea con el río Canaleta, en donde se colocó un mojón fijado por coordenadas geográficas" (f. 87 del cuaderno 1-B, página 59 del D. O. número 26.025 de 5 de enero de 1946).

Los linderos de las minas son los siguientes, según los hechos de la demanda, linderos que están de acuerdo con las escrituras que se dejan citadas en ellos:

Diego Ignacio. "De un pozuelo o manifestación de petróleo que se encuentra en un potrero de los señores Francisco y Sebastián Díaz, que cruza el campo llamado Caño Viejo y que se encuentra al este del caserío de Puerto Escondido, de dicho pozuelo se midió 1.500 metros, hacia el este; de aquí se midieron 1.500 metros para el norte, donde se clavó el primer mojón; de aquí se midieron 2.000 metros para el oeste, donde se puso el segundo mojón; de aquí para el sur se midieron 3.000 metros,

donde se puso el tercer mojón; de aquí al este 3.000 metros donde se colocó el cuarto mojón y de este punto al norte 1.500 metros para cerrar la figura. De esta manera quedó demarcado un rectángulo de 3.000 por 3.000 metros".

Yuca. "Midió el perito 1.500 metros en dirección este, partiendo desde un pozuelo o manifestación de petróleo que se encuentra entre Río Yuca y Río Mangle; del extremo de esa línea midió mil quinientos metros hacia el norte, donde se puso el primer mojón de madera duradera; de aquí hacia el oeste, se midieron tres mil metros, al fin de los cuales se puso el segundo mojón; de aquí en dirección sur, se midieron tres mil metros, donde se colocó el mojón tercero; de aquí se midieron tres mil metros, hacia el este, donde se clavó el cuarto mojón; y de aquí hacia el norte se midieron mil quinientos metros hasta cerrar la figura. De esta manera quedó medido y determinado el perímetro del terreno concedido a esta mina, que resultó ser un rectángulo de tres mil metros por tres mil metros".

Las Tres Cármenes de Playa Larga. "En efecto, el perito se colocó en el punto llamado Playa Larga, desde donde midió dos mil quinientos metros hacia el norte y otros dos mil quinientos hacia el sur, lo que formó una línea total de cinco mil metros, en cuyos extremos se colocaron los mojones primero y segundo, y desde ellos se midieron en direcciones perpendiculares, o sea, hacia el oriente, dos mil metros por cada lado, clavándose en los extremos de esta línea los mojones tercero y cuarto; luego midió el perito la línea que encierra esta figura y dio por resultado cinco mil metros corriendo de sur a norte. De esta manera quedó determinado el perímetro del terreno que se le ha concedido a esta mina, que resultó ser un cuadrado de cinco mil por dos mil metros".

Con razón observa el Tribunal que la sola confrontación de los linderos de las minas con los linderos señalados en la propuesta no permite afirmar que esas minas están comprendidas en el perímetro del terreno de la dicha propuesta. Máxime cuando "no está determinado con precisión el punto que según los títulos fue utilizado para medirlos".

Mas con la demanda presentó la parte actora un mapa topográfico del área de la propuesta número 270, con indicación de la manera como dicha propuesta se superpone a las minas denominadas "Diego Ignacio", "Yuca" y "Las Tres Cármenes de Pla-

ya Larga" y con el señalamiento de los puntos de partida de la alinderación de cada una de dichas minas (C. 1-B, f. 84).

Además, obra en el expediente tres legajos que contienen la identificación de los puntos de partida de la alinderación de cada una de las mentadas minas y del ligamento de dichos puntos de partida con la red de triangulación del Sinú, trabajos que fueron realizados en el terreno por la Socony Vacuum Oil Company y la Sinú Oil Company y autoriza a la compañía demandante, en carta que también se agregó al expediente, para usar el mapa y los documentos de que acaba de hablarse (cuaderno 1-A y f. 37 del c. 1).

La Sala estima, de acuerdo con el Tribunal y con el señor Procurador, que no puede reconocérsele eficacia demostrativa a estas pruebas, no obstante haber sido allegadas con la demanda, porque tanto el plano como los estudios o anotaciones geodésicas son el resultado de reconocimientos del terreno practicados en forma unilateral y fuera del juicio. En ellos no intervino la contraparte ni se practicaron con las formalidades que la ley señala para la inspección ocular y para el dictamen pericial.

En efecto, una cosa es la oportunidad para presentar las pruebas y otra el valor o eficacia probatoria que ellas tienen. El artículo 597 del Código Judicial establece las oportunidades para presentar las pruebas con el fin de que formen parte del proceso: haberse presentado con la demanda o la contestación, o en diligencias en que intervienen el juez y las partes, o dentro de los términos probatorios que la ley señala, o por haberse ordenado de oficio cuando el juez tenga esa facultad. La eficacia o mérito de las mismas la señala el propio código, y ella depende de las condiciones de publicidad y contradicción que deben tener. Por eso ha dicho la Corte que el citado artículo 597 "no tiene la virtud de convertir en eficaces las pruebas a que se refiere, si conforme a otros preceptos legales no deben apreciarse. Ese artículo permite, sencillamente, estimar el mérito de las pruebas que enumera, según la fuerza que tengan en las disposiciones legales correspondientes" (Fallo de 12 de septiembre de 1940, G. J., tomo L, número 1961, página 56).

Debe, pues, repetir la Sala sobre la identificación de los predios que no encuentra como eficaces los documentos que obran en autos. Las ritualidades

que el código de la materia señala para cada una de las pruebas son de forzoso cumplimiento, como que son reglas imperativas y no supletorias de voluntad, mudables al arbitrio de las partes. En el caso que se estudia, no se contempla ninguna de las pruebas que dicho código determina y, por tanto, no puede reconocérseles mérito probatorio.

En conclusión y síntesis, no aparece acreditado uno de los extremos esenciales del debate, que consiste en la determinación objetiva de los predios mineros, requisito indispensable a su turno para saber si existe la superposición a la propuesta número 270, de que se habla en el hecho 14 de la demanda.

De manera que, aún siendo eficaces los títulos presentados, no se pueden hacer las declaraciones de propiedad impetradas en razón de lo antes dicho.

Es de advertir que la Compañía demandante afirma (hecho 16) que sobre la mina "Las Tres Cármenes de Playa Larga" se hizo por la Corte, en sentencia de 31 de agosto de 1936, la declaración de ser fundada la pretensión de efectuar exploraciones de perforación con taladro en busca de petróleo. Pero como no se trajo a los autos la copia de la mentada providencia, ni tampoco se demostró la determinación objetiva de dicha mina, la Corte no ha podido llegar a otra solución distinta de la expuesta con anterioridad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada de que se ha venido hablando.

Con costas a cargo de la parte apelante.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

Para decidir si el conocimiento del incidente de excepciones propuestas en un juicio por jurisdicción coactiva compete a la justicia ordinaria o a la de lo contencioso-administrativo, no basta tener en cuenta que el juicio se haya fundado en un fenecimiento, sino que es necesario examinar también si se ha originado, no en el alcance o fenecimiento propiamente, sino en el contrato que le sirve de causa, porque como lo dijo la Corte en el fallo que decretó la inexecutable parcial de la Ley 67 de 1943, lo que "fija la competencia administrativa u ordinaria es el hecho de que la contención se origine o no en un acto de poder de la Administración", y también: "... el recaudo en los juicios por jurisdicción coactiva puede consistir en un acto de poder de la Administración, verbi gracia, un alcance o un reconocimiento; o en un acto de gestión de la misma Administración, verbi gracia, un contrato.

"En ambos casos las excepciones que se propongan en el juicio se dirigen a discutir la existencia y eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea, de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluirse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria". (G. J., Tomo LVII, pág. 342).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, enero veintisiete de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Pide el señor Procurador Delegado en lo Civil que se provoque competencia negativa en este negocio al Consejo de Estado.

Se tiene en cuenta:

El Ministerio de la Economía Nacional celebró

un contrato con el señor José A. Hernández "sobre ejecución de un sector de la obra de irrigación Ambalema-Lérida", por administración delegada (cláusula 1ª).

El contratista se comprometió a manejar personalmente los fondos destinados por el Gobierno a la obra, o a designar un cajero para el mismo fin, pero bajo su inmediata responsabilidad y aceptando, en todo caso, "las responsabilidades fiscales consiguientes" (cláusula 3ª).

También se comprometió a "rendir mensualmente, en el curso de los quince días primeros de cada mes, las cuentas de caja y almacén, relativas al mes inmediatamente anterior, comprobadas de acuerdo con las normas establecidas por el Ministerio de la Economía y por la Contraloría General de la República" (cláusula 12ª).

En fin, para garantizar el cumplimiento del contrato, el contratista debía constituir una fianza a favor de la Nación, a satisfacción de la Contraloría General de la República y por la cuantía que esta entidad señalara (f. 13 del c. 2).

Así las cosas, la Revisoría Fiscal del Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico feneció las cuentas del contratista del Canal de Irrigación Ambalema-Lérida, con un alcance de \$ 1.527.81, en lo correspondiente al mes de julio de 1948, por providencia de 2 de diciembre del mismo año (fls. 1 a 8 del c. 1).

La Contraloría General de la República, en providencia de 31 de marzo de 1949 y al revisar por apelación la de la Revisoría Fiscal, resolvió confirmar y declarar ejecutoriado el auto de fenecimiento de que se viene hablando y, en consecuencia, remitir copia de lo conducente al Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales para la efectividad del cobro. (f. 19 del c. 1).

El Juzgado libró orden de pago, por la vía ejecutiva, contra el responsable, señor Hernández, con fecha 22 de agosto de 1949, de la cual fue notificado el 15 de julio de 1950 (f. 22 ibidem).

Entre tanto había pedido reposición contra el auto de fenecimiento número 51, de 2 de diciembre de 1948, la cual le fue negada por la Revisoría Fiscal del Instituto de Aprovechamiento de Aguas, en

providencia de 9 de febrero de 1950, y confirmada por la Contraloría en el de 21 de junio del mismo año (f. 26 *ibidem*).

El ejecutado propuso entonces ante el juez del conocimiento una excepción, que hizo consistir en la circunstancia de que no era la Contraloría la entidad que tenía el control fiscal y contable del Instituto de Aprovechamiento de Aguas, sino la Superintendencia Bancaria, de acuerdo con el decreto número 2034 de 1950 (f. 1 del c. 2).

El Juzgado de Ejecuciones Fiscales remitió la actuación al Consejo de Estado para que allí se decidiera el incidente propuesto, de conformidad con el artículo 3º de la ley 67 de 1943.

Por último, el Consejo de Estado se declaró incompetente para conocer del incidente de excepciones y dispuso remitir lo actuado a la Corte.

Para resolver lo pertinente conviene recordar primero las disposiciones legales del caso.

Dice el artículo 1059 del código judicial que prestan mérito ejecutivo, entre otras piezas, los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los responsables del erario por el Departamento de Contraloría y los demás tribunales de cuentas nacionales, departamentales o municipales.

Añade el artículo 1060 del mismo código que del incidente de excepciones, de las tercerías y de las apelaciones y consultas en los juicios por jurisdicción coactiva conoce la justicia ordinaria.

El ordinal 5º del artículo 36 de la misma obra establece que la Sala de Negocios Generales de la Corte conoce privativamente del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios que se sigan por los Recaudadores de Rentas Nacionales y los jueces de ejecuciones fiscales nacionales investidos de jurisdicción coactiva.

Y no es inoportuno recordar que en el artículo 40 del propio código se atribuye el conocimiento de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, a la Sala Civil de Única Instancia que es hoy ésta de Negocios Generales, según el artículo 2º de la ley 67 de 1943.

La dificultad proviene de que en el artículo 3º de la ley 67 de 1943 se dice que "el conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, corresponden al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos (\$ 500.00) o más. En los demás casos corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor".

El Consejo de Estado consideró que se trataba "de perseguir el cumplimiento de una obligación emanada de un contrato celebrado por la Nación para la construcción del canal de irrigación Ambalema-Lérida, según se deduce de las providencias de estudio y fenecimiento de las cuentas en donde se declararon los alcances que se cobran mediante la presente vía ejecutiva". En consecuencia y, con base en el fallo de inexecutable del citado art. 3º de la ley 67 de 1943, el Consejo de Estado se declaró incompetente por considerar que los contratos, por su estructura convencional y bilateral, son actos de gestión de la Administración.

El señor Procurador, por su parte, considera que en la administración delegada el contratista obra por cuenta y riesgo de la Administración, de tal suerte que la Nación comparece como persona de derecho público y en beneficio de la sociedad y el contratista adquiere el carácter de delegado de aquélla, esto es, viene a ser un verdadero funcionario público y el Estado realiza frente a éste actos de poder.

Tanto es así que el contratista manejaba los fondos destinados por el Gobierno a la obra y dio fianza para garantizar el manejo de los fondos públicos.

Además, las providencias de la Revisoría Fiscal del Instituto de Aprovechamiento de Aguas y de la Contraloría, mediante las cuales se fenecieron las cuentas, reúnen los requisitos del típico acto de poder, comoquiera que están fundadas en acreencias del erario público.

Luego de citar el fallo de inexecutable parcial del artículo 3º de la ley 67 de 1943, concluye que, como el juicio ejecutivo se inició con base en el alcance que se dedujo a cargo del señor Hernández como responsable de los fondos destinados por el Gobierno Nacional para la ejecución de las obras pactadas, el conocimiento del incidente de excepciones compete a la justicia de lo contencioso-administrativo y no a la ordinaria.

Como se ve, tanto el Consejo de Estado como el señor Procurador fundan su concepto en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que, al conocer de la demanda de inexecutable de varios artículos de la ley 67 de 1943, declaró exequibles el 3º y el 4º, "salvo en cuanto dichas disposiciones se refieran a incidentes de excepciones cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la administración". Lo que a *contrario sensu* significa que cuando se funde en acto de gestión de la Administración, debe conocer la justicia ordinaria.

La Corte funda su decisión, en esencia, en la doctrina de que "cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad o de poder, y en forma unilateral, las decisiones que dicte son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversias, la contención es de carácter contencioso-administrativo, y caen bajo la jurisdicción de los tribunales correspondientes. Por el contrario —prosigue— cuando el Estado obra como persona privada y en forma bilateral, entonces sus actos son de gestión, y si sobre ellos hubiere controversia, de la contención correspondería conocer a los tribunales ordinarios".

Ahora estima la Sala que del incidente de excepciones de que se viene hablando debe conocer la Corte, porque no basta que se haya fundado el juicio en un fenecimiento, ya que, según el fallo de esta misma entidad que sirve de fundamento a la competencia, lo que "fija la competencia administrativa u ordinaria es el hecho de que la contención se origine o no en un acto de poder de la Administración" y aquí se ha originado, no en el alcance o fenecimiento propiamente, sino en el contrato que le sirve de causa. Así entiende la Sala el siguiente aparte de la sentencia de la Corte que se viene citando:

"...el recaudo en los juicios por jurisdicción coactiva puede consistir en un acto de poder de la Administración, verbigracia, un alcance o un reconocimiento; o en un acto de gestión de la misma Administración, verbigracia, un contrato.

"En ambos casos las excepciones que se propongan en el juicio se dirigen a discutir la existencia y eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que *si aquella obligación emana de un contrato, o sea, de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluirse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria*". (G. J.,

tomo LVII, números 2010-14, pág. 342, y subraya la Corte).

De esta suerte, no porque el juicio tenga por base inmediata el fenecimiento de la Contraloría, ha de concluirse que se trata de una contención administrativa, porque el fundamento real y verdadero del juicio es el contrato, que no el alcance o fenecimiento, como que éste es el resultado de aquél.

Ahora, el argumento de que al actuar un contratista en ejercicio de una administración delegada de una obra está actuando en nombre del Estado, como un verdadero funcionario público, cabe contestar que hay en ello un *quid pro quo*, una confusión de términos, comoquiera que están en tela de juicio las actuaciones del contratista frente a la otra parte contratante, el Estado, y no frente a la ciudadanía en general. Se trata de un asunto de naturaleza contenciosa que se refiere simplemente al cumplimiento o incumplimiento de un contrato, al negocio celebrado por la Nación con un particular, en que hay una convención sinalagmática y de derecho privado.

Confirma esta opinión la circunstancia de que la Corte, en fallo a que se viene haciendo alusión, cita como confirmatorios de su doctrina, los artículos 40 del código judicial, transcrito antes, que atribuye a esta Sala todas las controversias provenientes de contratos, y el artículo 73 del código contencioso-administrativo, que establece que no son acusables ante esta jurisdicción (de lo contencioso-administrativo) "las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato".

Por lo expuesto, no se accede a provocar la competencia negativa en este negocio al Consejo de Estado.

Notifíquese.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

LA JUSTA PRESCRIPCIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR TIERRAS BALDÍAS DURANTE LA EPOCA COLONIAL

En fallo de 5 de agosto de 1942 la Corte estableció, siguiendo para esto el espíritu de la legislación Indiana sobre la materia, especialmente la Real Cédula de San Lorenzo, que debía entenderse por explotación económica, como medio de adquirir por prescripción el dominio privado de las tierras.

Allí se dijo que había que demostrar esa explotación económica con actos inequívocos, tales como plantaciones, cultivos, estancias de ganado, etc.

Y en fallo de 16 de julio de 1951, amplió el anterior concepto, en los siguientes términos:

“De conformidad con la aplicación que la doctrina ha dado a los principios legislativos que rigieron la adquisición del dominio territorial por el modo de la justa prescripción durante la Colonia, la posesión de las tierras debía precisamente consistir en actos de explotación económica, o sea, en plantaciones o cultivos, pastos, ganadería, etc., sobre las tierras en que aquélla se ejercitaba”, agregando, además, que la ley de 11 de octubre de 1821 no modificó ese principio, ya que al reconocerle determinados derechos a “los que poseyeran tierras baldías de tiempo inmemorial o a pretexto de una justa prescripción” (artículo 5º), sin especificar el modo como dicha posesión debía ejecutarse, de hecho, la subordinó a las condiciones establecidas en las leyes españolas, cuyos mandatos continuaban en todo su vigor, mientras no resultaran opuestos a las disposiciones de la Carta, o a otras leyes posteriores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, enero treinta y uno de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Darío Gutiérrez, por medio de memorial dirigido al Ministerio de Minas y Petróleos, formuló propuesta para explorar y explotar el petróleo de pro-

piedad nacional que pudiera encontrarse en un globo de terreno de 49.999 hectáreas, con 9.999 m.2 aproximadamente, situado en jurisdicción del municipio de Riohacha, Departamento del Magdalena y comprendido por los siguientes linderos:

“Como punto de referencia del lote solicitado se tomó un mojón de concreto de cemento, cuyas coordenadas geográficas son:

Latitud.....11º 23' 06"8 N.

Longitud73º 04' 32"85 W de Gr.

1º 00' 18"45 E de B

“Partiendo del punto anterior, marcado en el plano ‘PR’, con rumbo verdadero S. 27º 07' 25"11 W, y una distancia de 3.571,631 metros, se llega al punto ‘A’, que es el primer vértice del lote que se solicita. De ese punto ‘A’ se continúa con rumbo verdadero Sur cero grados Este (S. 0º 00' 00" E.) y una distancia de trece mil trescientos cincuenta metros (13.350,00 metros) para llegar al punto ‘B’. De este punto ‘B’ se sigue con rumbo verdadero Norte noventa grados Oeste (N. 90º 00' 00" W) y una distancia de treinta y cinco mil trescientos cincuenta y cinco metros con trescientos treinta y ocho milímetros (35.355,338 metros) para llegar al punto ‘C’. De este punto ‘C’ se continúa con rumbo verdadero Norte cero grados Este (N. 0º 00' 00" E.) y una distancia de catorce mil ciento cuarenta y dos metros con ciento treinta y seis milímetros (14.142,136 metros) para llegar al punto ‘D’. De este punto ‘D’ se sigue con rumbo verdadero Sur noventa grados Este (S. 90º 00' 00" E.) y una distancia de treinta y cinco mil trescientos cincuenta y cinco metros con trescientos treinta y ocho milímetros (35.355,338 metros) para llegar al punto ‘E’. De este punto ‘E’ se sigue con rumbo verdadero Sur cero grados Este (S. 0º 00' 00" E.) y una distancia de setecientos noventa y dos metros con ciento treinta y seis milímetros (792,136 metros) para llegar al punto ‘A’ o sea, al punto de partida de esta alinderación”.

El Ministerio por Resolución número 725, que lleva fecha 31 de octubre de 1947 resolvió aceptar la mencionada propuesta, marcada con el número

414 traspasada posteriormente a la Richmond Pacific Company.

Con fecha 19 de julio de 1948, el doctor Roberto Goenaga, obrando en su propio nombre, y como apoderado de la señora Eva Rosa Goenaga de Riveira Daza, se opuso a la celebración del contrato de la referencia, alegando ser, tanto él, como la señora de Riveira Daza, condueños del globo de terreno denominado "Barranco y Caricari", que se halla comprendido dentro del lote de la propuesta del señor Gutiérrez, por los linderos allí señalados.

El Ministerio de Minas y Petróleos dispuso el envío a esta Sala de la Corte del presente negocio, para los fines de los artículos 10º del Decreto Extraordinario número 10 de 1950, y 23 del Decreto Reglamentario 2169 del mismo año.

Aquí se le dio la tramitación correspondiente. El señor Procurador Delegado en lo Civil, en escrito de 11 de junio de 1951 describió el traslado de la demanda, ordenado por auto de fecha 23 de mayo del mismo año.

Vió luego la apertura del asunto a pruebas. Durante el respectivo término probatorio, los opositores, doctor Roberto Goenaga y Eva Rosa Goenaga de Riveira Daza, allegaron al informativo las que en seguida estudiará la Sala. Asimismo se llevó a la práctica una inspección ocular en asocio de peritos, sobre los terrenos cuestionados.

De otro lado, ambas partes alegaron de conclusión. De manera que se halla el negocio suficientemente preparado para recibir sentencia definitiva.

Debe definirse pues, si es o no fundada la pretensión de la parte opositora; es decir, si los títulos en que se apoya sirven para demostrar que el subsuelo petrolífero de las tierras conocidas con el nombre de "Barranco y Caricari", sitas en jurisdicción del municipio de Riohacha es de propiedad privada, o por el contrario éste pertenece a la Nación.

Los opositores, con el fin de probar el derecho por ellos alegado sobre el subsuelo, presentaron los siguientes documentos:

1º Titulación del globo de tierra "Barranco y Caricari" (91.836-1846) o títulos de origen a favor de Manuel Antonio Barliza.

2º Copia de la escritura número 54 de 12 de julio de 1882, de la Notaría de Riohacha, por la cual Isabel Lancero de Barliza vende a José Manuel Goenaga Villa y José Manuel Goenaga Gómez los terrenos de "Barranco y Caricari".

3º Copia de la escritura número 4 de 19 de enero de 1917, por la cual José Manuel Goenaga Gómez

vende a José Manuel Goenaga Zapata y Roberto Goenaga, la mitad del globo de tierra "Barranco y Caricari".

4º Copia de la escritura número 128 de 5 de noviembre de 1947 de la Notaría de Riohacha, de protocolización del sucesorio de José Manuel Goenaga V. y Manuela Gómez de Goenaga.

5º Certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Riohacha de fecha 5 de julio de 1948.

Se observa:

En ninguna parte del informativo aparece, como también lo afirma el Servicio Legal del Ministerio de Minas y Petróleos, la prueba de rigor de que las tierras, materia de este juicio, hubieran salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873.

En efecto, en su alegato de conclusión el opositor doctor Goenaga aduce como título emanado del Estado, requisito exigido por la ley del petróleo para declarar como de propiedad privada un terreno petrolífero, el hecho de la "justa prescripción" por medio de la explotación económica.

Pues bien; entre los documentos llevados a los autos por los opositores, como tendientes a demostrar ese título figuran los siguientes:

a) Tres declaraciones rendidas ante el Juez 2º Cantonal de Riohacha, en abril de 1836, relativas a la fundación y posesión del "Hato de Barranco".

b) Cuatro declaraciones rendidas ante el Juez de Camarones, a solicitud de Manuel A. Barliza, sobre el mismo fundo.

c) Comunicación dirigida por Marcelo Mendoza, representante de Barliza, fechada el 21 de septiembre del mismo año, en la que le dá cuenta de sus gestiones respecto al reclamo de "los terrenos baldíos que desde tiempo inmemorial ha poseído".

d) Solicitud de Rafael A. Barliza, hijo de Manuel Antonio, fechada en abril de 1845 para que se practicara la mensura y deslinde del terreno, diligencia que se llevó a cabo en el mes de abril del año siguiente.

e) Tres declaraciones, en abril de 1846 y ante el Juez de Camarones, sobre la veracidad de los linderos de la mensura.

Pasa pues a ocuparse la Sala del análisis de las declaraciones en cuestión, es decir a las que se alude en los ordinales a) y b), ya que son éstas verdaderamente, las que dicen relación al problema que se estudia.

Como lo anota el señor Procurador Delegado en

lo Civil, "Para demostrar esa lejana explotación económica, acuden los interesados a la prueba testimonial recogida en las informaciones de que dan cuenta aquellos documentos, particularmente, a las practicadas en el año de 1836".

Un detenido estudio de ellas pone de presente, que son muy vagas e imprecisas, cuestión ésta que la Sala no puede aceptar en orden a demostrar esa justa prescripción, ya que ha sido principio tan antiguo, como universalmente aceptado, que en materia de prueba testimonial, la precisión de los depo- nentes ha de ser de tal naturaleza, que deje en el ánimo del juzgador el pleno convencimiento de lo que se afirma.

En el caso *sub judice* el testimonio carece de la precisión necesaria en esta clase de pruebas, ya que de una parte, los declarantes Cotes, Gómez, Daza, Brito, Manuel Suárez y Benito Brito se limitaron a contestar en lo esencial "ser cierto el interrogatorio", ser "exacto el contenido de la pregunta" y de otra, la más importante, el interrogatorio a ellos sometido adolece del mismo vicio, por cuanto no se formularon en él, con la debida precisión, las preguntas tendientes a demostrar los hechos constitutivos de esa explotación económica que ahora se alega.

En efecto, el interrogatorio que en autos figura a folio 2 del cuaderno número 3, está redactado en los siguientes términos:

1º
 2º Si saben o *han oído decir* (subraya la Sala) si el hato de "Barranco" fue fundado de tiempo in- memorial.

3º

4º Que igualmente declaren si el dicho señor An- tonio Barros (difunto) mantuvo una perpetua po- sesión de los terrenos...

En fallo de 5 de agosto de 1942 se estableció, si- guiendo para esto el espíritu de la legislación in- diana sobre la materia, especialmente la Real Cé- dula de San Lorenzo, qué debía entenderse por explotación económica, como medio de adquirir por prescripción el dominio privado de las tierras.

Allí se dijo en efecto, que había que demostrar esa explotación económica con actos inequívocos, *tales como plantaciones, cultivos, estancias de ga- nado, etc.*

En fallo que aparece publicado en la GACETA JUDICIAL número 2103-2104, de 16 de julio de 1951, se amplía el anterior concepto en los siguien- tes términos:

"De conformidad con la aplicación que la doctri- na ha dado a los principios legislativos que rigie- ron la adquisición del dominio territorial por el modo de la justa prescripción durante la Colonia, la posesión de las tierras debía precisamente consis- tir en actos de explotación económica, o sea, *en plantaciones o cultivos, pastos, ganadería, etc.*, so- bre las tierras en que aquélla se ejercitaba".

En el presente caso no ocurre lo propio, pues los testimonios y el interrogatorio, únicamente se re- fieren a la "explotación económica de tiempo in- memorial", pero no se hace referencia a los hechos en que consiste esa explotación, ni al tiempo o lap- so en que se cumplieran. De otra parte se observa, que el concepto "explotación económica" por ser una conclusión de índole abstracta y jurídica, úni- camente compete al juzgador apreciarla.

En el fallo citado agrega la Sala:

"La Ley de 11 de octubre de 1821, bajo cuyo im- perio se recibía la anterior prueba testimonial, no modificó ese principio, ya que al reconocerle deter- minados derechos a "los que poseyeran tierras bal- días de tiempo inmemorial, o a pretexto de una jus- ta prescripción" (artículo 5º) sin especificar el modo como dicha posesión debía ejercitarse, *de ho- cho, la subordinó a las condiciones establecidas en las leyes españolas, cuyos mandatos continuaban en todo su vigor*, mientras no resultaran opuestos a las disposiciones de la Carta, o a otras leyes po- steriores".

Del estudio de las anteriores piezas procesales se infiere que la prueba legal de haber salido el globo de terreno, del patrimonio nacional, no ha sido de- mostrada conforme a las exigencias de la ley y la jurisprudencia.

La diligencia de inspección ocular, practicada so- bre los terrenos cuestionados, puso de manifiesto que efectivamente el globo de tierra conocido con el nombre de "Barranco y Caricari", por los lin- deros allí señalados, se encontraba comprendido en parte, dentro del lote materia del contrato.

Ahora bien, respecto de las declaraciones recibi- das durante la práctica de la misma es de observar, que ellas no se refieren a actos de explotación eco- nómica con anterioridad al año de 1873. En efecto, las declaraciones de Movil, Barros, Bermúdez y Mi- randa se concretaron al siguiente concepto: "Que esos terrenos han sido explotados económicamen- te", pero sin expresar qué clase de explotación, ni por cuánto tiempo, etc., condición *sine qua non* para poder aceptar tal afirmación.

Conclusión

De lo visto se infiere, que los opositores no demostraron que las tierras de "Barranco y Caricari", delimitadas como se indica en el escrito de oposición, hubieran salido del patrimonio nacional antes de la vigencia del Código Fiscal de 1873. En consecuencia, el subsuelo petrolífero de dicho globo es de propiedad nacional.

En vista de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Niégame la petición única de la demanda, y en consecuencia absuélvase a la Nación.

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

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada — Luis Rafael Robles — Jorge García Merlano, Secretario.

RECURSO DE APELACION CONTRA MANDAMIENTOS EJECUTIVOS EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 67 de 1943, el conocimiento del recurso de apelación contra un mandamiento ejecutivo dictado en un juicio por jurisdicción coactiva en asunto nacional y en cuantía superior a quinientos pesos, corresponde al Consejo de Estado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, cinco de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El señor Procurador solicita que se declare la incompetencia de esta Sala de la Corte para conocer del presente negocio.

Es el caso que en la liquidación del impuesto sobre la renta global hereditaria practicada en el juicio de sucesión de Francisco Tascón, con fecha de 26 de febrero de 1937, se reconoció a favor del Tesoro Nacional y a cargo del municipio de Condoto, interesado en dicha sucesión, la cantidad de \$ 1.295.62 (f. 1 del c. 1).

La Recaudación de Hacienda Nacional del municipio de Istmina inició juicio ejecutivo, en el mes de febrero del año pasado, para el cobro de la deuda. Pero al notificársele al personero municipal de Condoto el mandamiento de pago, este funcionario interpuso contra dicha providencia el recurso de apelación (f. 4 *ibidem*).

El recurso fue concedido "para ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, por tratarse de impuestos nacionales, de conformidad con el ordinal 2º del artículo 37 del código judicial" (f. 8 *ibidem*).

Se considera:

Es verdad que el ordinal 2º del artículo 37 del código judicial establecía que la Sala de Negocios Generales de la Corte debía conocer "de los recursos de apelación y de las consultas de los autos dictados por funcionarios nacionales investidos de jurisdicción coactiva".

Pero el artículo 3º de la ley 67 de 1943 estatuyó que "el conocimiento de las apelaciones y de los in-

cidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, corresponde al Consejo de Estado, cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos o más. En los demás casos corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor".

Y como varios de los preceptos de esta ley fueron acusados ante la Corte como inconstitucionales, dijo esta corporación, en su sentencia de 26 de julio de 1944, al explicar dicho artículo que "los autos dictados por los funcionarios de la jurisdicción coactiva son actos de poder de la Administración y que de la contención acerca de ellos corresponde conocer a los tribunales contencioso-administrativos, sin excepción alguna, ya se trate del mandamiento ejecutivo; de lo resuelto respecto a la solicitud de desembargo de un bien, formulada por un tercero; de lo dispuesto sobre rebaja de intereses pedida por el ejecutado, etc." (G. J., tomo LVII, números 2010-14, pág. 342).

Como aquí se trata de un recurso de apelación contra un mandamiento ejecutivo dictado en un juicio por jurisdicción coactiva en asunto nacional y en cuantía superior a quinientos pesos, síguese que el conocimiento de dicho recurso le corresponde al Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 3º de la ley 67 de 1943.

Además, como se alcanzó a tramitar el recurso en esta Sala, habrá de declararse nula la actuación, por tratarse de una nulidad insubsanable.

La Procuraduría anota, de paso, que al otorgar el recurso de apelación en el efecto devolutivo, remitió a quien consideró su superior las copias de la actuación, en vez de ordenar el envío de los originales, dejando en su despacho las copias (artículo 499 del C. J.).

Por lo expuesto, declárase nulo lo actuado en esta Sala de la Corte y ordénase devolver la actuación a la oficina de origen para que se le dé el curso legal correspondiente.

Notifíquese.

Rafael Leiva 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, siete de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Alvaro Danies, en calidad de apoderado de los señores José Ignacio Talero Losada, Marina Gutiérrez de Talero y Jesús Medardo Rivas Sacconi, presentó demanda contra la Nación ante el Tribunal Superior de Bogotá, a fin de que por los trámites de un juicio ordinario se hicieran varias declaraciones, las cuales pueden resumirse así:

Primero.—Que la Nación es civilmente responsable de las heridas o lesiones causadas a la señora Marina Gutiérrez de Talero por el Agente de la Policía Nacional Marco J. Molano en la noche del veintidós de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, en momentos en que dicho Agente perseguía a unos presuntos ladrones.

Segundo.—Que en consecuencia, la Nación debe indemnizar a la señora Marina Gutiérrez de Talero y a su esposo José Ignacio Talero Losada los perjuicios materiales y morales de todo orden que se les causaron con tal ilícito, más el interés anual del seis por ciento (6%) de la suma a que ascienda la indemnización, desde la fecha de la presentación de la demanda hasta el día en que se verifique el pago; y

Tercero.—Que de la suma a que sea condenada la Nación se ordene pagar el cincuenta por ciento (50%) al doctor Jesús Medardo Rivas Sacconi, en virtud de cesión que de este porcentaje le hicieron por documento privado los esposos José Ignacio Talero Losada y Marina Gutiérrez de Talero.

El apoderado de los actores expuso los fundamentos de su demanda en nueve hechos que pasan a sintetizarse:

a) En las horas de la noche del 22 de noviembre de 1947, a eso de las 11 y 20 minutos, el señor José Ignacio Talero Losada y su esposa Marina Gutiérrez de Talero bajaban por la calle 24 de esta ciudad de Bogotá, cuando al llegar a la intersección

de esta calle con la carrera 12 oyeron que un Agente de la Policía daba gritos que atajaran a unos hombres que iban en fuga, al propio tiempo que dicho Agente disparaba su revólver en dirección a tales hombres, pero con tan mala puntería que el proyectil “hizo blanco en la pierna izquierda de la señora Marina Gutiérrez de Talero” (hechos 1º, 2º y 3º).

b) Inmediatamente después el doctor Talero Losada, en unión de sus acompañantes, procedió a trasladar a su esposa al centro de practicantes que funcionaba en la calle 24 entre las carreras 9ª y 12, donde le hicieron algunas curaciones de urgencia (hecho 4º).

c) Cuando esto sucedía se presentó al centro de practicantes el Agente de la Policía Nacional Marco J. Molano, portador de la placa número 1697 y perteneciente a la VII División de Bogotá, con el fin de dar algunas explicaciones y de pedir excusas por lo ocurrido, pudiendo así conocerse la identidad del autor de las lesiones sufridas por la señora de Talero (hecho 5º).

ch) Al día siguiente del hecho la señora Gutiérrez de Talero fue trasladada a la Clínica de Marly, donde se le tomaron algunas radiografías y se le practicó una intervención quirúrgica por parte de los doctores Luis Gutiérrez Yepes y Guillermo Vargas, quienes le extrajeron el proyectil, que había causado dos líneas de fractura (hecho 6º).

d) La señora Gutiérrez de Talero estuvo sometida a tratamiento médico siete días, dos en la Clínica y cinco en su casa de habitación, donde permaneció reducida al lecho hasta el 9 de enero de 1948, fecha desde la cual empezó a realizar algunos limitados y cuidadosos movimientos (hechos 7º y 8º).

e) Los esposos José Ignacio Talero Losada y Marina Gutiérrez de Talero celebraron con la Dirección General de la Policía Nacional un contrato de transacción por medio del cual dicha entidad reconoció su responsabilidad en los perjuicios sufridos por los mencionados esposos con las lesiones personales de que fue víctima la señora Gutiérrez de Talero. En ese contrato se establecía que el Gobierno Nacional debía pagar determinada suma de dinero como indemnización de perjuicios, pero antes

de perfeccionarse se incendió el original, con motivo de los sucesos del 9 de abril de 1948, cuando había pasado al Ministerio de Gobierno para el cumplimiento de los demás trámites legales (hecho 9º).

Adelantado el juicio en debida forma ante el Tribunal de Bogotá, éste le puso fin a la instancia por sentencia de fecha diez y ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, en la cual se resolvió:

"1º La Nación (República de Colombia) es civilmente responsable de las lesiones sufridas por la señora Marina Gutiérrez de Talero, a consecuencia de un disparo de revólver efectuado por el Agente número 1697 de la Policía Nacional señor Marco Julio Molano el día 22 de noviembre de 1947 a las 11 y media p. m., cuando prestaba servicio de vigilancia en la calle 24, entre carreras 9ª y 12.

"2º Condénase a la Nación (República de Colombia) a pagar a los cónyuges José Ignacio Talero Losada y Marina Gutiérrez de Talero y al cesionario doctor Jesús Medardo Rivas Sacconi, en la proporción de una mitad para los esposos Talero-Gutiérrez y la otra mitad para el cesionario doctor Rivas Sacconi, los perjuicios materiales ocasionados por las lesiones de la señora Marina Gutiérrez de Talero, cuya cuantía se fijará por el procedimiento del artículo 553 del C. J., atendiendo a las bases consignadas en la parte motiva.

"3º Niégase la condena al pago de intereses y de perjuicios morales tanto subjetivos como adjetivos (sic), absolviendo a la Nación".

En dicha sentencia se hizo un análisis de las escasas pruebas aportadas a la primera instancia, consistentes en una declaración de la señorita Victoria Gutiérrez (que según ella misma afirma es hermana de la demandante Gutiérrez de Talero), en otra declaración del doctor Alvaro Bernal, y en el documento a que alude el hecho 9º de la demanda; expresándose al respecto:

"El testimonio de la señorita Victoria Gutiérrez no es posible acogerlo como prueba, al tenor del numeral 1º del artículo 669 del C. J.

"La manifestación del doctor Alvaro Bernal no constituye por sí sola plena prueba del desgraciado acontecimiento, pero es atendible por las condiciones del testigo y su forma de exposición (art. 698 del C. J.).

"El contrato de transacción, que no recibió las aprobaciones señaladas en el mismo, sí es medio probatorio favorable a los demandantes, porque allí se acepta que el Agente Marco J. Molano, placa número 1697 de la VII División, mientras presta-

ba servicio de vigilancia en la calle 24 entre carreras 9ª y 12, en la noche del 22 de noviembre de 1947, ocasionó lesiones a la señora Marina Gutiérrez de Talero al hacer un disparo de revólver.

"Conocido el hecho dañoso efectuado por el Agente de la Policía en ejercicio de sus funciones, dependiente de la Nación, ésta es civilmente responsable.

"Para precisar el monto de los perjuicios materiales no se allegaron suficientes probanzas, pero es lógico suponer que ellos se produjeron, tales como valor de operaciones de la señora de Talero, clínica, tratamiento médico, drogas, etc., porque en el contrato de transacción se habla de esos gastos, y, además, la herida sufrida aconsejaba acudir a donde médicos para su examen y tratamiento.

"Se ignora la cifra de las erogaciones y si fueron hechas por el cónyuge doctor Talero o por la señora de Talero con dineros de su propiedad o por ambos conjuntamente o en distintas proporciones, lo que induce a proferir condena contra la Nación, siguiendo el procedimiento del artículo 553 del C. J. para su fijación, advirtiendo que la mitad pertenece al cesionario doctor Rivas Sacconi.

"Los perjuicios morales subjetivos que pudo haber sufrido la señora Gutiérrez de Talero podrán consistir en una deformación de la pierna izquierda que le produjera un complejo de inferioridad como mujer para la vida en sociedad o en una lesión que le impidiera caminar correctamente. Las probanzas pertinentes son los conceptos médicos, que están ausentes del proceso. El testimonio de la señorita Victoria Gutiérrez no lleva a esa demostración porque es hermana de la víctima y no ha demostrado poseer conocimientos de medicina. La angustia de la señora de Talero por la posible pérdida del hijo que esperaba, afortunadamente para ella se desvaneció con el nacimiento de un niño el 23 de enero de 1948, a quien dieron el nombre de Mauricio José Ignacio Talero Gutiérrez.

"Para apreciar el dolor moral del doctor Talero por la herida ocasionada a su legítima esposa, no hay elementos, ya que ni siquiera se sabe el tratamiento a que fue sometida ni su duración ni las opiniones de los galenos que la atendieron.

"Los perjuicios morales objetivados relativos a la propia víctima no se conocen, y los que se dice recibió el doctor Talero por no poder atender asuntos profesionales están sin demostración.

"Se impone la absolución de la parte demandada por perjuicios morales subjetivos y objetivados debido a la carencia de probanzas. La circunstancia

de que en la transacción se hable de indemnización, nada permite establecer aquí, porque no se precisa suma alguna, sino una total por varios conceptos, y porque toda orden de resarcir perjuicios se ha de sustentar en la perfecta comprobación de ellos.

“Es improsperable el pedimento de intereses del 6% anual sobre la cantidad proveniente de perjuicios, desde la fecha de la presentación de la demanda hasta el día del pago, porque el resarcimiento de perjuicios se concreta a una suma de dinero que no ha de recargarse con intereses desde la iniciación del litigio. Situación diferente es que, ya en firme la providencia que determine el monto de los perjuicios, si no se cancelan, comienzan a devengarse a la rata legal hasta la época del pago”.

Apelada por ambas partes la expresada sentencia del Tribunal, vino luego el negocio a esta Sala de la Corte. Aquí no se produjeron nuevas pruebas, pero alegaron oportunamente los interesados. Y como ya están agotadas las ritualidades procesales de rigor, ha llegado el momento de decidir lo que en derecho corresponda.

Las alegaciones de la Procuraduría

En el curso de su alegato ante la Corte, el señor Procurador Delegado en lo Civil formula algunas glosas a la partida de matrimonio de los demandantes (f. 2 del cuaderno número 1), en razón de que aparece asentada en la Notaría 8ª de Bogotá un año y cinco meses y medio después de celebrado el acto católico, sin que se siguiera el juicio ordinario previsto por el artículo 52 del Decreto 1003 de 1939, reglamentario de la ley 92 de 1938.

Y luego, entrando al estudio de las muy pocas pruebas del proceso, considera el señor Procurador Delegado que ellas son insuficientes para acreditar los hechos sustanciales de la demanda, base de la responsabilidad que se deduce a cargo de la Nación.

A este respecto conceptúa que a la declaración de la señorita Victoria Gutiérrez B., por cuanto ella misma afirma ser hermana de la demandante Gutiérrez de Talero, no puede dársele valor probatorio ninguno, de acuerdo con el precepto del inciso 1º del artículo 672 del C. J., en relación con el numeral 1º del art. 669; que el testigo doctor Alvaro Bernal “no presenció la consumación del ilícito ni da detalles que identifiquen al Agente de la Policía de quien habla”, por lo cual su declaración, siendo única, apenas podría apreciarse a la luz de los artículos 696 y 699 del C. J., en relación con “las palabras oídas al indeterminado Agente”; y

en fin, que el documento presentado en copia por los demandantes, sobre un arreglo celebrado por ellos con la Dirección de la Policía Nacional, carece de todo valor como contrato, desde luego que no se alcanzó u obtuvo la aprobación del Gobierno.

Todavía agrega el señor Procurador Delegado, sobre el alcance probatorio de dicho documento:

“Dispone el artículo 607 del C. J. que ‘vale la confesión del representante legal, gerente, administrador y cualquier otro mandatario de una persona, mientras esté en el ejercicio de sus funciones, en lo referente a contratos u otros actos en que, al tenor de sus facultades, esté autorizado para obligar al representante o mandante’.

“Desde que el Director de la Policía Nacional sometió a la aprobación del Gobierno el convenio en referencia fue porque no halló entre sus facultades la de comprometer contractualmente la responsabilidad de la Nación por el hecho previsto en el pacto. Y desde que no se logró la aprobación *ad-referendum*, no hay confesión de ese hecho rendida por el Administrador a que se refiere el citado artículo 607.

“Ni se diga que este artículo no impide que la declaración del Director de la Policía vale como acto suyo, aunque no valga como contrato, en que se reconoce el hecho imputado al Agente Molano, y que por consiguiente este hecho está confesado por parte legítima. El Director de la Policía Nacional no es, en ningún caso, representante de la Nación para que pueda confesar judicial o extrajudicialmente por ella. Los hechos de sus subordinados que causen daño a terceros deben hallarse directa y plenamente probados frente al Estado para que la responsabilidad de éste quede comprometida. Y ya está visto que en el caso de autos no se demostró la imputación del delito culposo que pretendió hacerse contra el Agente Molano”.

Lo que alega la parte demandante

Aprovechando la audiencia celebrada en este negocio, el señor apoderado de los demandantes se refiere con alguna amplitud a las distintas observaciones de la Procuraduría, empezando por las relacionadas con la personería sustantiva del doctor Talero Losada, que a su juicio se encuentra debidamente acreditada en estos autos.

Después de extenderse sobre este punto, expresa concretamente el señor apoderado, en cuanto a la prueba de los hechos que sirven de fundamento a la responsabilidad de la Nación:

“2º En cuanto a la declaración de la señorita

Victoria Gutiérrez... , resta recalcar y agregar que el artículo 673 del C. J. sólo permite a los juzgadores rechazar y declarar de oficio las tachas de los declarantes cuando éstas no provengan de las consideradas como parcialidad que se supone; que como la tacha que puede existir consiste en ser la declarante hermana de la demandante —hecho no acreditado plenamente por no existir la partida correspondiente (artículo 347 del C. J.) en el proceso, que es una de las causales contempladas por el artículo 669 del C. J. que contempla las de parcialidad— no podía en consecuencia rechazarse como se hizo por el H. Tribunal; que no puede aceptarse la tesis sostenida por el Procurador, de que como el artículo 668 —incapacidades físicas— y a las del parentesco que comprenden el caso de autos, la ley quiso asimilar las causales del numeral 1º del artículo 669 a las del artículo 668, porque el artículo 673 insiste en la diferencia, y porque las causales del artículo 668 se inspiran en motivos y causas en que está interesado el orden público, al paso que las del artículo 669 —todas sin excepción— se inspiran únicamente en interés particular del favorecido, a cuyo derecho puede renunciar, y se entiende que renuncia si no las alega (inciso final del artículo 673). Por ello estimo que la declaración debe tenerse en cuenta y que el H. Tribunal erró en este punto. La ley permite alegar estas causales de tacha —las del artículo 669, todas— “sólo... al litigante contra el cual se presume que el testigo tiene interés en declarar”, y pedida y recibida la declaración con citación y audiencia de la Nación, si ésta no tachó oportunamente al declarante, debe atenderse su testimonio.

“3º Sostiene el Procurador que sólo se adujeron como pruebas del hecho base de la acción una declaración y una copia de un proyecto de contrato celebrado entre los demandantes y la Nación —Jefe de la Policía Nacional— y que dichas pruebas son insuficientes para acreditar tal hecho.

“No es cierto que sólo existan tales pruebas, porque además aparece la certificación del señor Jefe de la Policía, en la cual se certifica que, precisamente, era el Agente de la Policía a quien se refiere la copia del proyecto de contrato el que prestaba sus servicios en el sitio donde ocurrieron los infaustos sucesos, certificado que es plena prueba (artículos 632 concordantes del C. J., fol. 10 del cuaderno número 1). En cuanto a las observaciones sobre la copia del precitado contrato o proyecto de contrato, visible en el cuaderno de pruebas de la parte demandante, se observa que viene adicionado con una certificación que constituye plena

prueba sobre los hechos allí afirmados, como son destrucción del original del contrato y de todos los documentos acompañados a él, y que de acuerdo con la misma disposición prueba sobre todas las aseveraciones en él contenidas. Al respecto sostiene el H. Tribunal: ‘El contrato de transacción, que no recibió las aprobaciones señaladas en el mismo, si es medio probatorio favorable a los demandantes, porque allí se acepta que el Agente Marco J. Molano, placa número 1697 de la VII División, mientras prestaba servicio de vigilancia en la calle 24, entre carreras 9ª y 12, en la noche del 22 de noviembre de 1947, ocasionó lesiones a la señora Marina Gutiérrez de Talero al hacer un disparo de revólver’. A ello debe agregarse que el Director Encargado de la Policía Nacional estaba debidamente autorizado para celebrar la transacción, según se lee en el mismo documento, y que por lo tanto lo estaba para hacer las declaraciones contenidas en el mismo y la aceptación de los hechos, porque, en realidad de verdad y en mi opinión, se trata de un documento que en cuanto a su forma es un instrumento público, y de acuerdo con su contenido, es decir, en cuanto al contrato de transacción que se transcribe, no es desde luego un instrumento público, por faltarle la autorización del Presidente y el Ministro, pero sí puede considerarse, en cuanto al valor de las declaraciones y puntos enunciativos, conforme a lo dispuesto por los artículos 1775 y 1760 del C. C. Solamente no puede exigirse su cumplimiento de la Nación, por cuanto no fue aprobado, pero sí prueba en contra de la Nación, por tratarse de una negociación celebrada ante y con funcionario competente, debidamente autorizado, en ejercicio de sus funciones, al cual sólo hizo falta la solemnidad de la aprobación para su validez como estipulación contractual.

“Se hace significar que el contrato o copia no se trajo como base de la acción ni se está pidiendo su cumplimiento por parte de la Nación, sino que únicamente fue traído como prueba del hecho y de la aceptación de este hecho por un funcionario del Estado debidamente autorizado”.

Consideraciones de la Corte

Como a más del doctor Talero Losada, la indemnización de que aquí se trata fue promovida por la propia señora Marina Gutiérrez de Talero, bien puede prescindirse por el momento de la cuestión previa suscitada por la Procuraduría sobre la personería sustantiva de aquél, para entrar de una vez

al estudio de las pruebas relacionadas con los hechos causantes del perjuicio.

En primer término, es de advertir que la señorita Victoria Gutiérrez, quien depone sobre tales hechos, empieza por declarar que es "hermana de la señora demandante", manifestación ésta que a juicio de la Sala es suficiente para establecer tal parentesco, pues de otra suerte carecería de sentido o alcance el artículo 686 del C. J., cuando dispone que debe interrogarse al testigo sobre "*las circunstancias pertinentes a fijar sus relaciones con las partes*".

En estas condiciones, la señorita Victoria Gutiérrez no podía ser presentada como testigo por ninguna de las partes en el presente juicio, como lo dispone perentoriamente el artículo 672 del C. J., que se extiende al caso de los impedimentos previstos por el numeral 1º del artículo 669 *ibidem*; lo cual trae como consecuencia forzosa que, habiéndose recibido como se recibió su declaración, no pueda apreciarse ahora como prueba.

Ni vale argüir, como lo hace el apoderado de los demandantes, que las inhabilidades procedentes de parcialidad no pueden ser declaradas de oficio por el juez, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 673 del C. J.: en primer lugar, porque la propia ley asimila a las incapacidades absolutas del artículo 668, las provenientes de parcialidad del numeral 1º del artículo 669, que hace referencia al cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano de una de las partes (artículo 672); y de otro lado, porque aunque así no fuera, la Procuraduría ha invocado en su alegato la inhabilidad demostrada de la testigo Victoria Gutiérrez, quien declara ser hermana de la demandante Marina Gutiérrez de Talero.

Viniendo ahora al documento suscrito por el Director General de la Policía Nacional con los demandantes, de fecha 6 de marzo de 1948 (fs. 2 a 3 del cuaderno número 2), admítase que allí se declara, como razón o base para la indemnización de \$ 2.880.77 estipulada en la cláusula primera, que la señora Marina Gutiérrez de Talero sufrió lesiones a consecuencia de un disparo de revólver hecho por el Agente de la Policía Marco J. Molano, de la VII División, "mientras prestaba servicio de vigilancia en el sector de la calle 24 entre carreras 9ª y 12 de esta ciudad, en la noche del 22 de noviembre de 1947"; pero al propio tiempo ha de aceptarse, como no lo desconoce el apoderado de los actores, que al final de dicho documento se expresa: "Este contrato requiere para su validez la aprobación del señor Presidente de la República y del señor Ministro de

Gobierno y también, el certificado de reserva de la Contraloría General de la República".

Mas como el contrato en cuestión no fue aprobado por el Gobierno, la Corte no puede darle ningún valor a sus declaraciones o cláusulas, pues todo lo reconocido o acordado en él quedó expresamente sometido, *para su validez*, a que se lograra u obtuviera aquella aprobación. Si la indemnización de que se habla en el contrato estaba íntimamente vinculada al reconocimiento de los hechos, es claro que el Gobierno bien podía improbarlo o dejar de aprobarlo si encontraba que tales hechos no estaban debidamente acreditados por la vía administrativa; lo cual de por sí es bastante para que se vea cómo ninguna de las manifestaciones del Director de la Policía Nacional puede tener eficacia en este caso, puesto que, como se ha visto, el acuerdo o contrato en mención no llegó a perfeccionarse.

Por lo demás, los certificados de la Policía Nacional a que aludí el apoderado de los demandantes ni siquiera arrojan luz suficiente sobre el sitio en que prestaba sus servicios el Agente Marco J. Molano el 22 de noviembre de 1947 en las horas de la noche, pues mientras la Sección Jurídica afirma, con fecha 13 de mayo de 1948, que según constancias que estaban anexas al original del contrato, Molano "estaba prestando servicios donde ocurrió el accidente" (f. 2 v. del cuaderno número 2), el Jefe del Departamento de Personal de la misma Policía Nacional hace constar, en certificación de 29 de febrero de 1949: "En la fecha a que se refiere el memorialista —22 de noviembre de 1947— este Agente (Molano) se encontraba en ejercicio de sus funciones oficiales. En cuanto se refiere a la certificación de si estuvo ese día de servicio de vigilancia, número de la placa y sector que vigilaba, no es posible consignar estos datos, por ser estadística exclusiva de las Unidades, y los archivos correspondientes fueron destruidos con motivo de los sucesos del 9 de abril de 1948" (f. 1 v. del cuaderno número 1).

Así las cosas, y en vista de lo expuesto hasta ahora, sólo queda como prueba atendible en el proceso la declaración del doctor Alvaro Bernal Arévalo, quien depone en los siguientes términos:

"Es cierto que el día 22 de noviembre de 1947, a la hora aproximada de las once y media de la noche, hora de salida de cine, encontrándome en el Centro de Practicantes que era de mi propiedad, situado en la calle 24 número 9-80, oí unos gritos de "atájelos", hecho que motivó mi curiosidad que me obligó a salir a la puerta del Centro. Allí, oí asimismo un disparo de arma de fuego que poste-

riormente supé había sido hecho por un Agente de la Policía Nacional por la causa de haber llegado a mi establecimiento un Agente y pidió excusas por lo sucedido, explicando que era cosa de un ladrón que él perseguía. También oí a una señora gritando a una distancia aproximada de una cuadra. Me consta igualmente por haberlo visto que la herida se le causó en la pierna izquierda. En vista de que la misma señora se encontraba con el doctor José Ignacio Talero, supuse que se trataba de la esposa, que responde al nombre de Marina Gutiérrez de Talero... Es verdad que en compañía del doctor Florentino Rubiano atendí a la señora Gutiérrez de Talero, cuyo estado de gravedad era especial por tratarse de un estado de embarazo y a causa de la excitación nerviosa podía presentarse un caso de aborto... Es cierto, y tal como expresé anteriormente, que encontrándome en la Clínica haciendo las curaciones de urgencia, se presentó un Agente de la Policía Nacional que se identificó, nombre que no recuerdo, y presentó sus excusas por lo ocurrido, ya que él perseguía a dos sujetos sospechosos que cruzaron por la carrera 12" (f. 7 v. del cuad. N.º 2).

Respecto a esta declaración, la Corte no puede apreciarla en concordancia con el contrato suscrito por el señor Director de la Policía Nacional, como se hizo en el fallo de primera instancia, pues ya se ha visto que tal contrato carece de valor o eficacia en toda su integridad; por lo cual, en contra de la solución a que llegó el Tribunal Superior de

Bogotá, la que aquí se impone es la de absolver totalmente a la entidad demandada, puesto que la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba, según lo preceptúa el artículo 696 del C. J.

En tales circunstancias, sobran otras consideraciones, como las que pudieran hacerse en relación con la personería sustantiva del demandante José Ignacio Talero Losada, sobre la cual se han extendido ampliamente las partes en sus alegatos.

FALLO:

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, REVOCA la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha diez y ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, y en su lugar ABSUELVE a la Nación de todos los cargos de la demanda inicial del juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez.—Agustín

Gómez Prada. — Luis Rafael Robles.—Jorge García

Merlano, Secretario.



CUANDO LA REPRESENTACION DE UNA ENTIDAD PUBLICA SE LLEVA EN JUICIO POR MEDIO DE APODERADO, NO SON DE RIGOR LAS NOTIFICACIONES PERSONALES, AUNQUE ESE APODERADO SEA EMPLEADO PUBLICO

La regla segunda del artículo 512 del C. Judicial sólo es aplicable, en armonía con lo dispuesto por el artículo 250 ibidem. En otros términos, las notificaciones personales a que dicha regla segunda se refiere, sólo son de rigor respecto de aquellos empleados que en su calidad de tales tienen que comparecer en juicio por las personas jurídicas de cuya representación se hallan investidos de acuerdo con la Constitución o la Ley. Pero no cuando esa representación en juicio se lleva por medio de apoderado, así sea éste empleado público.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, trece de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

El doctor Roberto Mantilla Valenzuela, actuando como personero del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en el presente juicio ordinario promovido contra la expresada entidad por Benjamín E. Johnson y otros, propuso en escrito de 13 de octubre del año pasado incidente de nulidad de lo actuado a partir del auto de 21 de agosto retropróximo.

Los hechos y el derecho en que se apoya el petionario se hallan sintetizados en los siguientes párrafos de su escrito:

“Fundo esta solicitud en el hecho de que el auto anterior del 15 de julio de 1952 y el que ordenó la fijación en lista, no le fueron notificados personalmente al señor Administrador General de los Ferrocarriles, ni al apoderado del Consejo, como lo dispuso el Tribunal Superior de Santa Marta en auto ejecutoriado de 28 de septiembre de 1949, que corre al folio 6º del cuaderno número 1 y que en su parte final ordena:

“Todas las providencias que se dicten en este juicio deberán ser notificadas personalmente al apoderado de la entidad demandada”.

“Y en derecho me fundo en que al Administrador General de los Ferrocarriles, en su condición de

empleado público, se le deben hacer notificaciones personales, al tenor de lo dispuesto por el artículo 312, ordinal 2º del Código de Procedimiento Civil, lo mismo que a sus apoderados, los cuales intervienen en los juicios en su condición de empleados de la misma clase.

“La nulidad tiene por causa la falta de notificación en forma legal de que trata el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial”.

Agrega que la Corte ha puesto siempre en práctica la notificación personal al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales del primer auto que se dicte en los negocios que le han llegado y en que es parte el Consejo Administrativo, a fin de que tome noticia de la llegada del expediente.

Transcribe, por último, el señor abogado algunos apartes del auto de fecha 30 de septiembre de 1946, proferido por esta misma Sala en el juicio de Rafael Pardo Espinel contra el Consejo Administrativo, porque encuentra que la tesis allí sentada es aplicable al caso presente.

Tramitada la articulación, dentro de la cual alegó el apoderado de la parte demandante, se procede a decidir previas las consideraciones que siguen:

Consta de autos que desde la notificación de la demanda hasta la citación de las partes para sentencia, inclusive, la representación de la entidad demandada en la primera instancia estuvo a cargo del doctor Rafael Guerrero Magri, en virtud del poder que le otorgó el Administrador General de entonces, doctor Jorge de la Cruz.

En el memorial respectivo expresa éste que el poder lo confiere al doctor Guerrero, “quien obra en la ejecución de este mandato en su carácter de Abogado al servicio del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, según se comprueba con los documentos que se acompañan al presente memorial, para que en mi nombre y en el del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales me represente y lleve la personería del Consejo en el juicio iniciado por el doctor Moisés Méndez Barreneche como apoderado de Benjamín Johnson, Víctor M. Fontanilla y Joaquín Pinto...”.

Pero no había sido aún dictado el fallo de primera instancia cuando el doctor Guerrero substituyó tal poder en el doctor Rodrigo Almanza, quien aparece actuando en representación del Consejo Administrativo hasta la notificación del auto en que el Tribunal le concedió el recurso de alzada, para ante esta Sala de la Corte, contra la sentencia de 5 de febrero del año pasado.

Del memorial de substitución no aparece que ese poder se le otorgara al doctor Almanza únicamente para la primera instancia, y así nada le impedía seguir en el desempeño de su mandato en esta segunda etapa procesal, parte integrante del juicio para el cual se le había substituído el poder en referencia.

No fue, por tanto, equivocada la actuación de este Despacho cuando en sus providencias de 15 de julio, 21 de agosto y 16 de septiembre últimos, no ordenó la notificación personal de las mismas al Administrador General, porque hasta entonces existía un apoderado legalmente constituido, de quien no hay prueba sobre su calidad de empleado, y cuyo mandato, por otra parte, no había terminado ni le había sido revocado en la forma prevista por el artículo 266 del C. Judicial.

Además, a la Sala no le obliga lo dispuesto por el Tribunal en cuanto a las notificaciones personales que deberían hacerse al apoderado de la entidad demandada, porque es obvio que respecto de la actuación propia de esta segunda instancia, la Corte no puede quedar atada por lo que disponga el inferior sobre la manera como ha de adelantarse el primer grado del juicio.

Ahora bien. No se discute que el Administrador General como representante legal del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, es empleado público, si por tal se entiende —como debe entenderse según lo dispuesto por el artículo 5º del C. Político y Municipal— todo individuo que desempeñe un destino creado o reconocido en las leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos válidos. Porque fue la Ley 29 de 1931 la que creó dicho Consejo y dispuso, además, que éste se compone de cinco miembros, uno de los cuales es el Administrador General “que será nombrado por el Gobierno...”.

Tampoco es materia de controversia si de acuerdo con la regla 2ª del artículo 312 del C. Judicial, deben surtirse personalmente con el Administrador General las notificaciones de las providencias dictadas en los juicios en que es parte el Consejo Administrativo, cuando en ellos interviene el propio Administrador como representante legal de éste, porque sólo entonces es cuando puede afirmarse

que aquél actúa en su carácter de empleado público, con los privilegios que dicho precepto otorga a tales empleados en cuanto a las notificaciones se refiere.

La cuestión *sub judice* se contrae a resolver si esa misma regla es aplicable, tratándose de apoderados constituidos para asumir en juicio la personería del representante legal del Consejo Administrativo, quien de acuerdo con la citada Ley 29 de 1931 y los Decretos Ejecutivos reglamentarios de la misma, es el Administrador General.

Porque bien sabido es que por disposición del artículo 250 del C. Judicial, “las personas jurídicas —y el Consejo Administrativo lo es de acuerdo con la Ley 29 antes citada— comparecen en juicio por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales, según el caso”.

Esta Sala, en auto de 15 de septiembre de 1941, recaído en el incidente de nulidad propuesto dentro del juicio ordinario que ante el Tribunal del Distrito Judicial de Santa Marta adelantaba el Departamento del Magdalena contra el señor José Antonio Emiliani, incidente en el cual se alegó como causal de esa nulidad el hecho de que al apoderado del Departamento, Dr. Dangond Daza, no se le habían notificado personalmente los autos, no obstante desempeñar éste un cargo de carácter oficial, acogió las razones que el Tribunal expuso para no declarar la nulidad por el motivo expresado.

De tal providencia se transcribe ahora lo pertinente, a saber:

“Se dice también que, ‘el cargo del doctor Dangond es de carácter oficial, creado por una ordenanza y nombrado (sic) por el Gobernador’. Por lo mismo, se sostiene que los autos le han debido ser notificados personalmente, lo que no se ha hecho. Se concluye que ella genera también nulidad.

“Se observa: Es posible que alguna Ordenanza haya creado el cargo de abogado del Departamento; pero sea ello cierto o no, el doctor Dangond está actuando en este juicio como un apoderado especial, vale decir, como un abogado cualquiera a quien se le confiere un mandato judicial para que intervenga en un determinado juicio. Poco importa averiguar si en el caso concreto, el doctor Dangond estaba obligado para con el Departamento a prestarle sus servicios por haber aceptado o no el cargo de abogado de dicha entidad; y no hace falta averiguarlo, porque cualquiera que sea la causa en virtud de la cual ha aceptado el mandato, él no está actuando sino como un apoderado especial, y no con otro carácter (que ello no fuera aceptable), y los apoderados judiciales no son empleados o fun-

cionarios públicos". (G. J., Tomo L'I, pág. 294).

Es cirto que esta Sala en el auto de 30 de septiembre de 1946, transcrito en parte por el señor abogado del Consejo Administrativo, declaró nula por la misma causal de que aquí se trata, toda la actuación adelantada a partir del auto admisorio de la demanda, en otro juicio también contra el Consejo. Consideró entonces la Sala que quien llevaba la representación del Administrador no era simplemente un apoderado suyo, sino que por estar desempeñando un destino creado por una Resolución del propio Administrador —el de abogado de los Ferrocarriles— era empleado público y gozaba, por tanto, de la prerrogativa de las notificaciones personales".

En el caso de autos ocurre también que el doctor Mantilla Valenzuela desempeña el cargo de Jefe del Departamento Legal del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, por virtud de nombramiento que éste le hizo, según Resolución número 3470 de 1936, traída en copia, al pie de la cual aparece igualmente la certificación sobre el ejercicio actual de tal cargo. Y media además la circunstancia de que de acuerdo con la Ley 29 de 1931, el Consejo tiene facultad para crear los empleados necesarios, señalarles las funciones y fijarles la correspondiente asignación. El doctor Mantilla Valenzuela es, por tanto, empleado público, sin que obste para ello el hecho de que la ley orgánica del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles y los decretos ejecutivos que la reglamentan, hayan dado a éste la necesaria personería jurídica para actuar en el campo de la vida civil como entidad autónoma e independiente de la Nación.

¿Pero podría jurídicamente sostenerse que esa calidad de empleado público que tiene el señor abogado conlleva la facultad para comparecer en juicio como representante legal del mismo Consejo? Indudablemente que no, porque como ya se dijo, esa representación legal sólo la tiene el Administrador General.

De ahí que para actuar en este negocio necesitaba el señor abogado de un poder especial dado por aquél, y es en virtud de tal mandato, y no en su carácter oficial de empleado, como el doctor Mantilla Valenzuela ha podido comparecer en este juicio con la personería que le fue dada. El es, pues, un apoderado judicial en la amplia acepción

que a esa palabra dá el artículo 251 del C. de Procedimiento Civil, según el cual "la persona que por convenio se encarga de representar a otra en juicio se llama apoderado judicial". No importa que dentro de las funciones que le fueron asignadas en su calidad de Jefe del Departamento Legal, estuviese la de asumir la representación del Consejo en todas las actuaciones judiciales en que éste tenga que intervenir como demandante o demandado, y menos que sus gestiones o servicios profesionales se le retribuyan mediante el pago de un sueldo mensual, porque ello no desvirtúa el requisito que tal precepto exige en cuanto al carácter convencional de la representación en juicio.

En sentir de esta Sala, la regla segunda del artículo 312 del C. Judicial sólo es aplicable en armonía con lo dispuesto por el artículo 250 *ibidem*. En otros términos, las notificaciones personales a que dicha regla segunda se refiere, sólo son de rigor respecto de aquellos empleados que en su calidad de tales tienen que comparecer en juicio por las personas jurídicas de cuya representación se hallan investidas de acuerdo con la Constitución o la Ley. Pero no cuando esa representación en juicio se lleva por medio de apoderado, así sea éste empleado público.

En esta forma la Sala ratifica la primera de las doctrinas que se han citado en esta providencia, muy a pesar del respeto que le merece la autoridad científica de los señores Magistrados que autorizan con su firma la otra tesis en que se fundamenta el señor apoderado de los Ferrocarriles.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia declara INADMISIBLE la causal de nulidad alegada, y dispone, en consecuencia, que el juicio siga su curso legal.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada.—Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Ch.)

Por memorial de fecha 23 de febrero de 1951, dirigido al señor Ministro de Minas y Petróleos, el señor Jorge Martínez Landínez, en su propio nombre y asistido por su abogado doctor Diego Llinás Pimienta, manifiesta al Ministerio que “pienso iniciar exploraciones y explotaciones con taladro en busca de petróleo de mi copropiedad que se encuentra en el globo de tierras conocido con el nombre de ‘Santiago de las Atalayas y de Pueblo Viejo de Cusiana’ que reivindicué para la Nación judicialmente en virtud de contrato de bienes ocultos y que el Gobierno por resolución ejecutiva número 1181 de 1940 (23 de octubre) resolvió pagarme mis honorarios contractuales en especie, suelo y subsuelo en uso de la autorización contenida en el artículo 1º de la ley 128 de 1938, en obediencia de la sentencia de 30 de octubre de 1939, por los linderos determinados en la diligencia de entrega judicial a la Nación de dichos terrenos”.

Con este aviso acompañó el General Martínez L. los documentos que en seguida se expresan:

1º Copia auténtica de la sentencia proferida por esta Sala de la Corte con fecha 15 de noviembre de 1927, en el ordinario de reivindicación de los terrenos denominados “Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana”.

2º Diligencia de entrega a la Nación de los terrenos ordenados restituir a la misma por la sentencia a que se contrae el punto anterior, protocolizada por escritura número 3355 de 2 de septiembre de 1946, de la Notaría 5ª de este Circuito.

3º Resolución Ejecutiva número 1181 de 1940 (23 de octubre), por medio de la cual el Ministerio de Minas y Petróleos hace saber al General Martínez que el Gobierno resuelve pagarle en especie el 45%, pro indiviso, de la propiedad de los terrenos reivindicados, según contrato sobre denuncia de bienes ocultos, y en el cual se pactó dicho porcentaje.

4º Sentencia de fecha 30 de octubre de 1939, dic-

tada por la Sala Civil de Única Instancia, en el ordinario propuesto por el nombrado General Martínez contra la Nación, en el cual se hicieron varias declaraciones en torno al contrato sobre bienes ocultos celebrado por aquél con el Gobierno.

5º Comunicación del Instituto Geográfico de Colombia “Agustín Codazzi” de las coordenadas astronómicas de la zona de “Santiago de las Atalayas” y río “Cusiana”.

6º Certificado del Registrador del Circuito de Orocué sobre vigencia de los registros de las diferentes escrituras por medio de las cuales fueron protocolizados algunos de los documentos relacionados en los anteriores puntos. Y

7º El plano topográfico de la región.

Termina el memorialista su aviso al Ministerio haciendo presente que “como contratista copropietario con dueño del latifundio tengo opción preferencial, contractual para ser postor de los derechos del Estado sobre los que tiene vinculados en el latifundio reivindicado por mí, si éste lo cede o enajena, pero es obvio que ahora obro como comunero mientras subsista la comunidad; y que solamente ejerzo ahora los derechos que me garantiza la ley sustantiva de la República sometiéndome también a las disposiciones especiales del Código de hidrocarburos”.

Por auto de 27 de febrero del año de 1951, el Ministerio dispuso oír el concepto tanto del Servicio Técnico como del Servicio Legal, el primero de los cuales llegó a las siguientes conclusiones:

“Primera.—Con los linderos dados al terreno del remate hecho el 17 de diciembre de 1758 no es posible localizar en el mapa oficial de Boyacá ni en el plano topográfico presentado las tres y media estancias de ganado mayor a que ese remate se refiere o su equivalente de 782 hectáreas con 8.142 metros cuadrados.

“Segunda.—Las tierras de ‘Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana’, dentro de las cuales están comprendidas las de la conclusión anterior, se pueden localizar en forma aproximada

sobre el mapa oficial, y tienen extensión de quinientas mil (500.000) hectáreas aproximadamente; y

“Tercera.—El plano topográfico presentado tiene deficiencias técnicas que hacen imprecisa la determinación del terreno a que se refiere, y, por tanto, no cumple lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, numeral C)”.

Por su parte, el Servicio Legal, luego de estudiar a la luz del precepto contenido en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, cuáles son los requisitos de fondo para que el Ministerio declare cumplida la formalidad del aviso, entra en el examen de las pruebas acompañadas por el General Martínez L. en orden a acreditar la pretendida propiedad privada que alega aquél con base no ciertamente en un título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, ni tampoco en título alguno de adjudicación expedido de conformidad con el art. 112 de la Ley 110 de 1912, sino en la Resolución Ejecutiva número 1181 de 23 de octubre de 1940, en el contrato de bienes ocultos celebrado entre la Nación y el General Martínez el 22 de diciembre de 1920, y en la sentencia proferida por la Sala Civil de Única Instancia de esta Corte el 30 de octubre de 1939, de que arriba se habló.

Del estudio que de estos antecedentes hace el Servicio Legal, se transcriben los siguientes apartes que resumen las razones en que aquella Oficina se basó para concluir que el aviso dado por el General Martínez no llena los requisitos mínimos exigidos por la Ley 160 de 1936, para que el Ministerio pueda hacer la declaración de que trata el inciso 2º del artículo 7º de dicha Ley.

“Por sentencia de 30 de octubre de 1939, la Sala Civil de Única Instancia de la Corte Suprema, en su punto tercero, dispuso: ‘La participación del cuarenta y cinco por ciento (45%) que le corresponde al demandante señor Jorge Martínez L., de acuerdo con el contrato celebrado el 22 de diciembre de 1920 y que fue ratificado por la Resolución número 431 de 17 de enero de 1922 debe ser equivalente en esa proporción o porcentaje al valor comercial que los peritos fijen, de acuerdo con los puntos anteriores, al suelo y al subsuelo de los terrenos de ‘Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana’, comprendidos dentro de los linderos señalados en el ordinal segundo de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 11 de octubre de 1926, sin perjuicio de la facultad que tiene el Gobierno Nacional, de acuerdo con la Ley 128 de 1938, para reconocer al demandante en especie la

participación que le corresponde en el suelo y el subsuelo de los mencionados terrenos.

“La Ley 128 de 1938 en su artículo 1º dispone: ‘El Gobierno podrá pagar en especie la participación que corresponda a un denunciante de bien oculto de la Nación, cualquiera que sea la clase de los bienes denunciados y recuperados por virtud de las gestiones del denunciante, sin que para la enajenación que implique el pago sean necesarios otros requisitos distintos del otorgamiento de la escritura pública por el Ministro respectivo a nombre del Gobierno’.

“Ahora bien, mediante la Resolución Ejecutiva número 1181 de 26 de octubre de 1940, se dispuso ‘hacer saber al General Jorge Martínez Landínez que el Gobierno resuelve pagarle en especie, cediéndole el 45% proindiviso de la propiedad de los terrenos reivindicados por él como mandatario de la Nación...; tales terrenos son los conocidos con los nombres de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana, situados en Casanare, entre la cordillera y el río Meta, comprendidos dentro de los linderos y perímetro que se expresan en la diligencia de entrega efectuada el 18 de octubre de 1937 por el Juez del Circuito de Orocué comisionado al efecto. Este reconocimiento comprende el suelo y el subsuelo de los terrenos expresados, con exclusión del suelo en que se hallen mejoras, fundaciones, hatos, haciendas y caseríos, y de las seccionadas ochenta y dos, (782) hectáreas, ocho mil ciento cuarenta y dos (8.142) metros cuadrados que no pertenecen a la Nación.

“De haberse efectuado el pago al denunciante, por el otorgamiento de la escritura pública por el Ministerio respectivo a nombre del Gobierno, sería inobjetable la tesis del avisante sobre su carácter de copropietario con la Nación respecto del subsuelo de las tierras de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana. Pero es lo cierto que dicho pago no se ha realizado, sin que en este estudio sea el caso de analizar los motivos de ello. La circunstancia de que el General Martínez L. hubiera protocolizado una copia auténtica de la mencionada Resolución Ejecutiva en la Notaría Quinta de Bogotá el día 4 de noviembre de 1940 y de que el respectivo instrumento, marcado con el número 1833, hubiera sido registrado en la Oficina de Registro de Sogamoso, no suple en manera alguna la falta de la escritura pública de que trata el artículo 1º de la Ley 128 de 1938. Por la protocolización, un documento no adquiere mayor fuerza y firmeza de la que originariamente tenga, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2.606 del C. Civil; por tanto la escri-

tura de protocolización de la providencia ejecutiva número 1181 de 1940 no constituye el título traslativo de dominio de la Nación al denunciante del bien oculto, y la inscripción de esa escritura de protocolización en el Libro número 1º de la Oficina de Registro del Circuito de Sogamoso, no tiene la virtualidad de transmitir ninguna propiedad o copropiedad a favor del General Martínez L. respecto de las tierras de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana.

“Por tanto, no es el General Martínez Landínez comunero con la Nación en los mencionados terrenos, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ‘no puede haber comunidad donde no hay derecho de propiedad en común’, al tenor de lo dispuesto en los artículos 2322 y ss. del C. Civil”.

Del mismo parecer fue el señor Procurador General de la Nación, a quien el Ministerio dispuso oír al tenor de la previsión contenida en el artículo 6º de la Ley 160 de 1936. El nombrado funcionario estudia el valor jurídico de los títulos presentados por el avisante y luego de anotar que no existe prueba ninguna de que la Nación haya hecho al General Martínez la escritura de que trata el artículo 1º de la Ley 128 de 1938, afirma que es forzoso concluir que el dominio de la Nación es, en el momento actual, del ciento por ciento (100%) de los terrenos a que ha venido refiriéndose. Y como síntesis de su estudio, resume en estos apartes el concepto sobre los títulos acompañados:

“a) No se trata de petróleo existente en terrenos salidos del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

“b) No se trata de petróleo adjudicado bajo la vigencia del artículo 112 del C. Fiscal.

“c) No se ha exhibido escritura ninguna en la cual el Gobierno en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 128 de 1938, haya pagado en especie la participación que corresponde al denunciante de un bien oculto petrolífero.

“Por tanto, el General Martínez L. carece de derecho para iniciar la exploración y explotación a taladro de los petróleos que existan en los terrenos a que se refiere el aviso, siendo del caso dar aplicación al artículo 11 del Decreto Extraordinario número 10 de 1950”.

Fundado en los antecedentes que se dejan expuestos, el Ministerio de Fomento, por Resolución número 490 de 3 de septiembre de 1951, y no hallando demostrado que el General Martínez sea copropietario en un 45 % de los terrenos por aquél reivindicados para la Nación, por no habérsele otor-

gado aún la correspondiente escritura de cesión, y también por falta de determinación precisa de los terrenos avisados, dispuso enviar a esta Sala de la Corte, el aviso dado por el General Martínez L., a fin de que mediante el procedimiento señalado para los juicios ordinarios de mayor cuantía, se resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de tal aviso.

Fue así como el doctor Diego Llinás Pimienta, en ejercicio del poder que le confiriera el mismo General Martínez L., procedió a presentar la correspondiente demanda contra la Nación, representada por el Procurador Delegado en lo Civil, en la cual pide se hagan las siguientes declaraciones:

“1ª Que es de propiedad privada de Jorge Martínez L. el cuarenta y cinco por ciento (45%) del petróleo, gases y demás hidrocarburos, que se encuentren en el suelo y en el subsuelo del globo de terreno conocido con el nombre de ‘Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Orocué, Labranza grande, Nunchía, Tauramena, Zapatosa y otros correspondientes al círculo de registro de Sogamoso, y al de Miraflores que de Municipios han pasado a la categoría de corregimientos de las antiguas provincias de Olmedilla y Orocué del Departamento de Boyacá constituidas hoy en Comisaría especial, cuyos linderos generales son los siguientes: (Aquí los de la diligencia de entrega verificada por el Juzgado del Circuito de Orocué).

“2ª Que existe, en consecuencia, un estado civil de comunidad entre la Nación colombiana, Jorge Martínez L. y la Sociedad Barrera Neira & Cía., en liquidación, en virtud de la sentencia de 15 de noviembre de 1927 de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, que estableció que la entrega debería hacerse como allí se ordenó sin necesidad de separar previamente las tierras de esta sociedad, y en relación con el globo de terreno aliterado en la petición anterior.

“3ª Que en virtud de aquella propiedad y de este estado de comunidad, el comunero Jorge Martínez L. puede ejercitar la acción especial de aviso, que consagran las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, para hacer exploraciones con taladro y explotar el petróleo de su propiedad que se encuentre en el globo de terreno que se dejó descrito, sin perjuicio de los derechos de la Nación y los otros condueños, de conformidad con las reglas comunes que gobiernan el cuasi-contrato de comunidad; y

“4ª Que, en consecuencia, es legalmente fundado el aviso que Jorge Martínez L., debidamente asisti-

do por el apoderado, ha dado al Ministerio de Fomento para iniciar perforaciones con taladro y explotar el petróleo de su propiedad (el 45%) que se encuentre en el suelo o en el subsuelo de los terrenos descritos en la petición primera de esta demanda”.

Como hechos fundamentales de la misma alega el actor, en síntesis, los siguientes:

a) El demandante Jorge Martínez L. celebró con la Nación el 22 de diciembre de 1920 un contrato por el cual aquél se obligó a reivindicar para el Estado Colombiano, el globo de terreno identificado en la petición primera de esta demanda. La Nación, a su vez, se obligó a reconocer a favor del contratista el 45% del suelo y del subsuelo, con todas sus accesiones naturales y minerales u orgánicas, de dicho globo, “al mismo tiempo que se le otorgaba con fundamento en la Ley fiscal opción preferencial para adquirir la propiedad del remanente”.

b) El contratista cumplió las estipulaciones pactadas, habiendo entregado a la Nación colombiana y recibido ésta a su entera y total satisfacción, el globo materia del contrato citado.

c) Habiendo surgido diferencias entre los contratantes acerca de la interpretación de dicho contrato, el General Martínez obtuvo de la Corte, en sentencia de 30 de octubre de 1939, el reconocimiento de sus derechos, e indicando que la Nación podía hacer uso de la opción para pagar en especie “la participación correspondiente al demandante”.

d) El Gobierno, por medio de la Resolución Ejecutiva número 1181 de 23 de octubre de 1940, optó por pagar al contratista la participación que le correspondía, en especie, opción que fue consentida por el mismo contratista.

e) Desde ese mismo momento, de conformidad con la Ley, el contrato y las diferentes decisiones judiciales y administrativas recaídas sobre este negocio, Martínez L. se hizo dueño del 45% pactado, como honorarios.

f) Aunque la Nación colombiana se halla en mora de otorgar al General Martínez L. la escritura de traspaso del 45% pactado como participación sobre los terrenos reivindicados, ello no obsta para el reconocimiento del derecho de copropiedad en favor del demandante.

“g) El derecho que corresponde a Jorge Martínez L. emana no sólo del contrato mencionado antes, sino de los actos administrativos en los cuales la Nación ha expresado su voluntad de que tanto aquél como ésta permanezcan en comunidad, siendo esa declaración suficiente para reconocerle al pri-

mero el carácter de comunero sin necesidad de escritura pública.

“h) La Corte Suprema de Justicia ha reconocido en forma expresa y categórica el derecho que asiste a todo comunero para ejercer las acciones consagradas por las leyes del petróleo, en orden a obtener el reconocimiento de su derecho particular y de la comunidad en general, cuando actúa oficiosamente a nombre de ésta.

“i) En el expediente obran las constancias oficiales que acreditan el lleno del requisito exigido por el aparte b) del artículo 28 de la Ley 37 de 1931, en lo tocante a la cuota correspondiente al demandante; y

“j) La identificación del globo de terreno perteneciente a la comunidad de condueños que se ha mencionado, es perfectamente conocida de la Nación, la cual recibió dicho globo como cuerpo cierto, determinable en el suelo y en los mapas oficiales, de lo cual dá fe la diligencia de entrega y recibo de que se hizo mención.

El derecho lo derivó de las Leyes 37 de 1931, 160 de 1936, 128 de 1938, Código Fiscal Nacional, Código Judicial y disposiciones concordantes.

Admitida la demanda por auto de 6 de octubre del año antepasado, se corrió de ella el correspondiente traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien lo evacuó en escrito de 2 de noviembre siguiente, en el cual niega el derecho, causa y razón invocados en el libelo de demanda, y expresa que se opone a las pretensiones del actor con base en los siguientes motivos:

“1º Porque el demandante, que fue denunciante de bienes ocultos respecto del inmueble en referencia, carece en la actualidad de título competente de condominio en el fundo aludido, título que no sería otro que la escritura pública debidamente inscrita, acompañada del certificado de suficiencia del correspondiente Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, en que se acreditara como vigente el derecho real que quiere hacerse valer en juicio. (Artículo 1º de la Ley 128 de 1938).

“2º Porque las sentencias judiciales jamás deciden sobre la posibilidad de ejercitar las acciones que de hecho se están agitando, ya que el objeto de aquéllas es declarar un derecho (o, por excepción, el hecho de la falsedad), constituir un derecho o imponer una condena. Vale decir, las sentencias definitivas acogen o desechan —total o parcialmente— las acciones propuestas, declarándolas fundadas o infundadas, pero nada estatuyen sobre la posibilidad de ponerlas en movimiento, ya que con ello

nada concreto se obtendría procesalmente en orden a definir la controversia *inter-partes*; y

“3º Porque son infundados los avisos de exploración y explotación petrolíferos que el avisante no pueda respaldar con la prueba solemne de dominio o de condominio privado en el fundo a que los avisos se refieren, conforme a los términos restrictivos de la ley. (Artículo 7º, ordinal b) del inciso 2º de la Ley 160 de 1936)”.

Respecto de los hechos marcados con las letras A), B), C) y D), manifestó el Procurador Delegado atenerse a la eficacia y conducencia de las pruebas aportadas. En cuanto a los hechos restantes los negó.

Trabada en estos términos la presente controversia, la Sala dispuso abrir el juicio a pruebas, término del cual hicieron uso ambas partes litigantes.

De un lado, el actor solicitó se tuviesen en cuenta como pruebas los documentos acompañados a la demanda, y además, la recepción de los testimonios de los doctores Peregrino Ossa, Luis F. Valencia Lozano, Arturo Matiz R., Francisco Antonio Olmos y Enrique Garcés B., quienes actuaron en la diligencia de entrega efectuada por el Juez del Circuito de Orocué, testimonios con los cuales el actor persigue obtener la ratificación de los hechos consignados en el acta de tal diligencia, y establecer por ese medio la localización y determinación de los terrenos materia del aviso. Igualmente trajo el actor copia auténtica del contrato sobre denuncia de bienes ocultos de que tantas veces se ha hecho referencia.

En cuanto al representante de la Nación, se limitó a traer copia de la demanda intentada por el General Martínez contra la Nación, dirigida a obtener el otorgamiento de la escritura pública sobre traspaso del dominio del 45% del inmueble por él reivindicado a favor de la Nación, y de la respuesta dada por el mismo Procurador a dicha demanda.

Dentro del término concedido a las partes para alegar de conclusión, cada una de ellas hizo uso de tal derecho, reiterando el señor Procurador las razones que desde el principio hiciera valer en favor de la absolución de la entidad demandada, razones fundadas principalmente en la falta de título de dominio exigido por el ordinal b) del inciso 2º del art. 7º de la Ley 160 de 1936. Sobre el particular dijo el representante de la Nación.

“Como el actor no pudo probar que en su caso se hallan cumplidos los requisitos de las dos transcritas disposiciones (la acabada de citar y la del artículo 1º de la Ley 128 de 1938), pretende hacer valer como título suyo de dominio en el 45 % del

petróleo subyacente en Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana, la sentencia proferida por la Sala Civil de Única Instancia de la Corte Suprema el 30 de octubre de 1939 en uno de los múltiples pleitos que el General Martínez L. ha incoado contra la Nación.

“Mas el contenido de esta sentencia jamás puede equipararse al título de dominio exigido por la ley en las dos copiadas disposiciones, ni tenerse como tal al tenor del inciso 4º del artículo 765 del C. C., porque no es su objeto una adjudicación en juicio divisorio, ni es sentencia aprobatoria de un acto legal de partición. La materia del litigio en referencia, está compendiada así en los considerandos del fallo de 1939: <

‘Según los términos de la demanda, dos cuestiones primordiales se debaten en este asunto: la *interpretación* de la cláusula del contrato relativa a la participación del denunciante en los bienes ocultos recuperados para la Nación, en el sentido de establecer si esa participación se refiere solamente al suelo o comprende también el subsuelo de los terrenos; y la *manera como debe pagarse al denunciante señor Jorge Martínez L. la participación que le corresponde*’. (El subrayado es del Procurador). Por eso, de acuerdo con este planteamiento la Corte allí decidió que el General Martínez L. sí ‘tiene derecho a participación’ en el subsuelo (ordinal 1º del fallo), y precisó la equivalencia de la participación pactada por el ‘valor comercial que los peritos fijan, de acuerdo con los puntos anteriores, al suelo y al subsuelo de los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana...’. Pero no hizo adjudicación”.

Por su parte, el señor apoderado del actor, dá remate a su alegato con las siguientes afirmaciones, encaminadas a rebatir todos los argumentos que tanto en la actuación administrativa como en la contestación de la demanda se han venido exponiendo en torno al discutido derecho alegado por el actor:

“Es evidente que el General Martínez ha presentado la prueba de la propiedad del terreno en donde se va a hacer la exploración y explotación con taladro y que la constituyen las sentencias definitivas dictadas con relación a los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana, pues en la sentencia de la Corte que puso fin a la acción reivindicatoria contra la sociedad Barrera Neira & Cía. en liquidación se condenó a ésta a restituir el excedente de las tierras rematadas en 1759 y ordenó expresamente que la entrega a la Nación podía hacerse sin que se hiciera previamente la

partición, como en efecto se hizo, recibiendo la Nación todo el globo de tierras y reconociendo expresamente la propiedad y dominio de los sucesores del rematador de 1759 y como el Gobierno en cumplimiento de la sentencia de 30 de octubre de 1939 optó por pagar en especie, es decir en suelo y subsuelo, al contratista, el cuarenta y cinco por ciento, proindiviso, y en común del enorme latifundio reivindicado para la Nación, quedó establecida entre la Nación y el General Martínez una comunidad perfecta”.

Observa en seguida el apoderado cómo de acuerdo con el artículo 2322 del C. C., la comunidad es una especie de cuasicontrato. Cita igualmente el doctor Estrada el artículo 2323 ibidem, según el cual el derecho de cada uno de los comuneros, sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social, todo para concluir que es una verdad incontrovertible en derecho la de que el comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente para sí sino también para sus condueños, pues —agrega— hay una especie de solidaridad entre los comuneros respecto de la posesión y sus efectos. “Esta doctrina —continúa el señor abogado— se desprende rectamente, del artículo 2525 del C. C., corroborada por el artículo 943, en conexión con los artículos 2523 y 2524 del C. C.”

Finalmente, a guisa de conclusión de todas las anteriores citas de preceptos legales, que en sentir de la Sala resultan inoperantes para demostrar la calidad de copartícipe del General Martínez L. en los terrenos del aviso, vuelve el doctor Estrada a afirmar que su poderdante sí presentó títulos traslativos de dominio, “como son las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia ya citadas y que obran en los autos y constituyen verdaderos títulos de propiedad por estar registrados”, al tenor de lo que dispone el artículo 765, inciso 4º del mismo Código Civil.

Tramitado así el juicio y sin que se observe nulidad alguna procedimental, se procede a dictar el fallo respectivo.

Se considera:

Aun cuando la Sala debería en este caso detenerse primero en el estudio de las pruebas aportadas al juicio en orden a la determinación e individualización de las tierras de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana, sobre las cuales el General Martínez, hablando en su carácter de condónimo en ellas ha proyectado la exploración

con taladro y la explotación del petróleo que en tales tierras pueda existir, máxime cuando la Sección Técnica del Ministerio de Fomento hizo serios y fundados reparos acerca de tan importante requisito legal, reparos que se basan principalmente en la total y absoluta falta de localización de las tres y media estancias de ganado mayor, o su equivalente de setecientas ochenta y dos (782) hectáreas con ocho mil ciento cuarenta y dos (8.142) metros cuadrados que de acuerdo con el fallo de 15 de noviembre de 1927 deben excluirse, las peculiaridades especiales de la presente controversia imponen ante todo avocar de lleno el estudio y solución de la cuestión de fondo que dice relación con la propiedad o dominio titular del avisante sobre el suelo y subsuelo de los terrenos en litigio, dominio que se alega por el General Martínez no ya en virtud de título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, sino en su calidad de cesionario de la Nación en una cuota, proindiviso, sobre los mismos terrenos.

Poco es lo que la Corte habrá de agregar a las muy acertadas y jurídicas razones de los distintos funcionarios que han tenido ocasión de valorar el mérito y alcance de los documentos acompañados al aviso, con el fin de demostrar la propiedad particular del petróleo que se alega por el actor.

Está visto cómo el doctor Estrada alega con insistencia como título en favor de su representado, la sentencia tantas veces citada de 30 de octubre de 1939, que apenas reconoció al General Martínez L. el derecho a que se le pagase por el Gobierno Nacional la participación contractual del 45% sobre el valor comercial que los peritos fijan al suelo y subsuelo de los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana. Nada se dijo en esa sentencia acerca de la obligación en que el Gobierno se encontrara de pagar en forma distinta la participación expresada, y apenas sí se reconoció a aquél la facultad opcional para efectuar ese pago de acuerdo con los términos del artículo 1º de la Ley 128 de 1938, opción que, desde luego, dejaba al Gobierno en libertad para pagar al contratista General Martínez L. en dinero o en especie.

Basta leer todas las declaraciones contenidas en la parte resolutive del expresado fallo, para caer en la cuenta de que en ninguna de ellas se hizo reconocimiento expreso del carácter de condueño del General Martínez sobre los terrenos de que se trata y en la cuota parte que dice tener como equivalente a su participación pactada. Acerca de esta cuestión es oportuno anotar que en las peticiones 5ª, 6ª, 7ª y 8ª de la demanda a que dio origen el

fallo de que se trata, el actor pretendió obtener la declaración de su calidad de condueño con la Nación, sin que la Corte hubiera llegado a reconocer la comunidad en los terrenos reivindicados por la misma Nación.

En efecto, en el fallo expresado se lee:

"*Quinta, sexta, séptima y octava peticiones.* Dicen así:

"*Quinta.*—Que el contrato que celebré con el Gobierno Nacional, sobre denuncia de bienes ocultos, el 22 de diciembre de 1920, es por su esencia y naturaleza y específicamente, un contrato de cuota parte o cuota litis, y que, por lo tanto y cumplido ese contrato por mi parte —como lo he cumplido y así expresamente lo reconoce la Resolución 53 citada— existe entre las partes contratantes una comunidad en los terrenos dichos y deslindados en el punto precedente, comunidad esa en la cual tiene la Nación el cincuenta y cinco por ciento (55%) y yo tengo el cuarenta y cinco por ciento (45%).

Sexta.—Que la comunidad existente entre los dos comuneros citados en el punto precedente se refiere, comprende y abarca todo cuanto tenga algún valor en los terrenos dichos... *Séptima.*—Que existiendo, como existe, una comunidad entre la Nación y el suscrito demandante, cualquiera de los comuneros puede legalmente pedir que cese la indivisión y que a cada uno de los partícipes se adjudique la cuota proporcional que en los terrenos dichos le corresponde... *Octava.*—Que, consecuentemente, mientras no se resuelva licitar los terrenos de Santiago de las Atalayas y de Pueblo Viejo del Cusiana ni se haga el pago previo al contratista denunciante, que lo soy yo, tengo derecho a explotar los terrenos referidos en los términos establecidos por los preceptos que regulan el cuasi-contrato de comunidad".

Y la Corte dijo entonces:

"Sobre estas peticiones se observa lo siguiente:

"Conforme al contrato, el denunciante de los bienes ocultos tiene derecho al 45 % del valor de los bienes denunciados; pero no se estipuló que su derecho quedara vinculado a una cuota proporcional de los mismos bienes. Conforme a la Ley 128 de 1938, artículo 1º, el Gobierno puede pagar en especie la participación que le corresponde al denun-

ciante de un bien oculto, pero esa disposición es facultativa y no obligatoria...

"En el caso que se estudia el derecho del denunciante es hoy sobre el valor de la cosa recuperada y no sobre la cosa misma. Por consiguiente, no pueden prosperar las peticiones quinta y siguientes, que se refieren al reconocimiento de una comunidad que todavía no existe, porque la Nación no ha determinado el pago de la participación en especie, para lo cual tiene facultad el Gobierno Nacional, de conformidad con la Ley 128 de 1938 que se ha citado y que fue dictada para facilitar el pago de las participaciones en los denuncios de bienes ocultos".

En consonancia con estas consideraciones, la Corte, en el punto Quinto de la parte resolutive de dicho fallo, resolvió que no había lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda.

Verdad es que un año más tarde, el 25 de octubre de 1940, el Ministerio dictó su Resolución número 1181, por la cual dispuso hacer saber al General Martínez L. la determinación del Gobierno "de pagarle en especie, cediéndole el cuarenta y cinco por ciento (45%), proindiviso, de la propiedad de los terrenos reivindicados por él como mandatario de la Nación, según contrato sobre denuncia de bienes ocultos, ya citado, y en el cual se pactó dicho porcentaje como participación para el denunciante".

¶ Pero es obvio que este acto administrativo del Gobierno no conlleva la enajenación o traspaso a favor del General Martínez de la propiedad sobre una cuota determinada en el inmueble recuperado por la Nación. Tal providencia apenas tenía por objeto notificar al acreedor, el mismo General Martínez L., que su deudor —el Gobierno— había optado entre el pago en dinero o el pago en especie, por este último, sin que ello implicara otra cosa distinta de la obligación en que el mismo Gobierno quedaba de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 128 de 1938, esto es, de otorgar el correspondiente título.

Lo expuesto es suficiente para que la Sala llegué a la conclusión de que, no habiéndose aportado al presente juicio la escritura pública debidamente registrada por medio de la cual el Gobierno, a nombre de la Nación Colombiana haya transferido al General Jorge Martínez L. una cuota equivalente al 45% de su participación contractual en el dominio de los terrenos de Santiago de las Atalayas y

Pueblo Viejo del Cusiana, que hoy pertenece en su totalidad a la entidad demandada, en manera alguna puede reconocérsele al actor el interés jurídico necesario para promover esta acción sobre copropiedad del petróleo que pueda existir en los terrenos del aviso.

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:**

No es el caso de hacer las declaraciones sobre copropiedad privada del petróleo, invocadas en el

aviso dado al Ministerio de Fomento por el General Jorge Martínez Landínez, y a las cuales hace referencia la demanda presentada por su apoderado ante esta Corte.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase el expediente al Ministerio respectivo.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez.—Agustín

Gómez Prada. — Luis Rafael Robles.—Jorge García

Merlano, Secretario.



RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DIRECTA DE LAS PERSONAS MORALES Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL INDIRECTA DE LAS MISMAS.—EN LOS CASOS DE TRANSPORTE BENEVOLO, NO PROCEDE LA PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD

1.—La Corte, en sentencia de 15 de mayo de 1944 (G. J., Tomo 57, pág. 789), había aceptado la distinción entre actos de los órganos del Estado, esto es, los ejecutados por sujetos que obran en su nombre y representación, y con ellos lo hacen adquirir derechos y contraer obligaciones, y actos de otros servidores públicos con funciones de ejecución, para concluir que de los hechos dañosos de los órganos responde el Estado directamente, mientras que de los realizados por los otros, responde apenas indirectamente.

Pero, en sentencia de 18 de octubre de 1950 (G. J., Tomo 68, pág. 467), dijo la Sala de Negocios Generales: "Mucho más clara por su lógica, resulta la idea de la responsabilidad, tal como se deduce de los términos en que han sido concebidos la existencia y funcionamiento de la persona moral. Como simple abstracción jurídica que es, el ser moral debe precisamente actuar con el obligado concurso de personas físicas a quienes una norma superior (la ley, los decretos, los estatutos y reglamentos para las de derecho privado) les señala las particulares funciones que deben cumplir, y sin cuyo ejercicio no podría llenar aquél los fines para que se le creó. Esos agentes, cualquiera que sea su denominación y jerarquía, al accionar sus funciones, carecen de toda personalidad; sus actos no son, por tanto, personales suyos, sino de la persona moral, y directa y exclusiva de ésta la responsabilidad que en dichos actos se origina, lo mismo cuando el daño se produce en el ejercicio regular de la función, que cuando solamente lo ha sido con ocasión de ella. Pues que, como lo dice Appleton refiriéndose a la persona moral pública: 'el funcionario público (lo mismo que el agente de la persona moral privada) es responsable, no cuando sirve sus funciones, sino cuando se sirve de ellas; o en otros términos, la función compromete al agente, no cuando la cumple, siquiera sea

defectuosamente, sino cuando la traiciona'. De suerte que, o el hecho se realiza en ejercicio de la función o con ocasión de ella, y se tiene la responsabilidad directa y exclusiva de la persona moral; o se produce por fuera de la función o traicionándola, y entonces la responsabilidad, como originada en un hecho personal de quien lo ejecuta, es ya directa y exclusiva de éste.

"Esta norma de responsabilidad exclusiva, sólo tiene un límite dentro de nuestra legislación, en los casos de daños por actividades peligrosas a que alude el artículo 2356 del código civil, y en los que, como es sabido, la responsabilidad se funda en una culpa presunta que sólo puede destruirse con la prueba de la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño, como la propia culpa de la víctima. Si en ejercicio de una de tales actividades, el agente traiciona la función, su propia culpa no sería suficiente a destruir lo que se presume respecto de la persona moral en cuyo servicio ocasionó el daño; y no siendo esto posible, uno y otra deben responderle directa y solidariamente al perjudicado, conservando esta última el derecho clarísimo de repetir contra el primero."

"Pero fuera del servicio orgánico de las personas morales, se dan también múltiples actividades que, aun cuando vinculadas a su propio interés, no corresponden exactamente al funcionamiento estatutario de las mismas; en el ejercicio de tales actividades sus agentes no obran ya como órganos de la persona moral, sino como simples dependientes, y en ese concepto sus actos sólo son susceptibles de comprometer indirectamente la responsabilidad de aquélla, a la manera como lo hacen los terceros que están bajo la dependencia o cuidado de otro, en los términos consagrados por el artículo 2347 del código civil".

2.—Están de acuerdo los comentaristas y

la jurisprudencia en sostener que en los casos de transporte benévolo o gratuito "no procede la presunción de culpa por actividades peligrosas, pues no parece equitativo que quien recibe o solicita un favor, se aproveche de él para invocar una responsabilidad presunta de la persona que se lo otorga".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. Bogotá, veinticuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 16 de octubre de 1951, "Niega las declaraciones y condenas pedidas en este juicio por la señora Helena Prieto v. de Cubillos contra la Nación Colombiana, y *absuelve* a esta entidad de todos los cargos formulados en la demanda".

La parte demandante apeló de dicha sentencia y ya se han cumplido los trámites de la segunda instancia.

Peticiones de la demanda. La señora Prieto viuda de Cubillos, en su propio nombre y en representación de su hijo menor Hernando Cubillos Prieto, demandó a la Nación para que se hicieran dos declaraciones:

Primera, que la Nación "es directa e inmediatamente responsable" de los perjuicios causados por la muerte de José Alfredo Cubillos y de la niña Cecilia Cubillos Prieto, en el accidente ocurrido el 1º de febrero de 1946, en las circunstancias que se anotan; y

Segunda, que la Nación debe indemnizarles a los actores dichos perjuicios, según tasación que se haga dentro del juicio o en incidente separado.

En subsidio pide que se declare a la Nación como "civilmente responsable de los perjuicios" ocasionados "por el hecho culposo de su agente o empleado" que causó la muerte de las personas citadas y que tiene la consiguiente obligación de indemnizarles a los actores el valor de los referidos perjuicios, según justiprecio hecho por peritos.

Hechos de la demanda y respuesta. Los hechos que sirven de base a las peticiones pueden resumirse diciendo que en la tarde del 1º de febrero de 1946 el señor Antonio Ruiz Botero emprendió viaje de regreso de la población de Florencia, en el camión Ford número 722, "de propiedad del Gobierno Nacional", trayendo como pasajeros "gratuita-

mente" a los esposos José Alfredo Cubillos y María Helena Prieto de Cubillos, a sus hijos menores Cecilia y Hernando, "además de otras personas".

El vehículo se encontraba "en pésimas condiciones" para efectuar el recorrido y, además, el conductor incurrió en la imprudencia de transportar, no sólo los pasajeros, sino dos toneladas y media de carga, lo que hacía más difícil y peligroso su manejo y dirección.

En tales condiciones, al tomar la curva de entrada al puente sobre la quebrada de Garzón, el camión se precipitó en dicha quebrada y del accidente resultaron muertos el señor Cubillos y su hija Cecilia.

La Nación es responsable de los perjuicios, por haber obligado a su empleado a efectuar el viaje en un vehículo en malas condiciones de funcionamiento, y también por la mala elección del mentado conductor, pues éste no estaba autorizado el día del accidente para desempeñar ese oficio y su hoja de servicios como chofer lo inhabilitaba para el cargo.

Se anotan, además, como hechos básicos de la demanda, que el señor Ruiz Botero era empleado del Gobierno Nacional; que la muerte de las personas arriba aludidas ha ocasionado perjuicios materiales y morales a los actores, que se especifican; y que la señora María Helena era esposa del señor Cubillos y los niños Cecilia y Hernando fueron procreados dentro del matrimonio.

El Fiscal del Tribunal se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas y para ello expresó que la imprudencia estuvo de parte de los pasajeros que ocuparon un vehículo no destinado a transporte de personas, sino de carga; que no están probados los hechos de los cuales puede desprenderse la responsabilidad del conductor; y, en definitiva, que no acepta la responsabilidad directa o indirecta de la Nación.

La sentencia afirma que se trata de una culpa extracontractual o aquiliana en que la responsabilidad emana del hecho de persona que está bajo el cuidado o dependencia de otro, pero que, aunque en estos casos se presume la culpa, la parte demandante "no cumplió la carga procesal de acreditar los elementos integrantes de la referida acción, con pruebas suficientes, pues los documentos adjuntos a la demanda apenas acreditan sumariamente algunos de esos requisitos legales indispensables para que la acción pueda recibir despacho favorable en este fallo.

"Así, por ejemplo —prosigue— ni siquiera se probó plenamente que tanto el vehículo causa del

siniestro, como quien iba manejándolo (Antonio Ruíz Botero), dependieran de la Nación en la fecha del accidente". Y como es deber del actor probar los hechos en que funda sus peticiones, éstas "deben negarse", como lo hace el fallo.

Tal es el comentario de fondo de la providencia apelada.

Debe ahora resolverse lo que se estime legal, para lo cual ha de averiguarse primordialmente si está probado el interés para demandar la indemnización, pues sólo los perjudicados o sus herederos pueden solicitarla.

El interés de los demandantes. Está debidamente establecido, pues con partidas de origen civil se demostró que José Alfredo Cubillos había contraído matrimonio con María Helena Prieto, en esta ciudad de Bogotá, el 24 de enero de 1942 (f. 48 del c. 1) y que de ese matrimonio nacieron los dos niños mentados al principio de este fallo, a saber: Cecilia, el 26 de febrero de 1943 (f. 49 ibidem) y Hernando, el 31 de mayo de 1945 (f. 50).

Mas antes de entrar al estudio de los hechos, debe estudiarse la excepción perentoria de prescripción, alegada por el señor Procurador, pues ella impediría hacer un análisis de fondo de la acción propuesta (arts. 329, 341 y 343 del c. j.).

La excepción de prescripción. Comienza el señor Procurador por distinguir la responsabilidad directa de la indirecta, para decir que tanto la una como la otra pueden darse en los procesos por indemnización de perjuicios. La primera se produce cuando la Nación obra por medio de sus "órganos", esto es, los asociados que tienen a su cargo las funciones directivas o administrativas o la colectividad misma de los asociados, o los que están en posibilidad de hacerle adquirir derechos o contraer obligaciones; la segunda, cuando el hecho lo ha ejecutado alguno de los asalariados del Estado, distinto de aquéllos.

En el caso que se estudia la demanda se presenta para exigir la responsabilidad directa de la Nación y, subsidiariamente, la indirecta.

La directa se desprende del hecho de que Ruíz Botero fue obligado a realizar el viaje estando el vehículo en pésimas condiciones de funcionamiento. Pero de que recibió esa orden de funcionario superior, no hay más prueba que lo dicho por Ruíz Botero en su indagatoria, que no ha sido ratificado en este proceso, como lo requiere el artículo 693 del código judicial. Y aún habiéndose ratificado, el empleado no era un "órgano" que comprometiera

con sus órdenes la responsabilidad de la Nación, sino un simple "asalariado", que no puede obligarla, por no ser su personero, pues apenas se trataba de un Visitador del Ministerio de Obras Públicas.

La Nación, por tanto, no responde directamente por el hecho, sino indirectamente, por la culpa *in eligendo* del conductor del vehículo causante de los daños cuyo resarcimiento se pide, contemplada en el artículo 2349 del código civil.

Pero como el accidente ocurrió el 1º de febrero de 1946, según aparece comprobado plenamente, y como desde esa fecha hasta la notificación de la demanda transcurrieron más de tres años, síguese que debe aplicarse al artículo 2358 del código civil, que dice que las acciones para la reparación del daño que pueden ejercitarse contra terceros responsables prescriben en tres años, contados desde la perpetración del acto.

Al respecto debe admitirse que la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de sus representantes, agentes o subordinados, ha dado lugar a graves dificultades en orden a determinar si dicha responsabilidad es directa o solamente indirecta, por la sencilla razón de que el Estado no puede obrar o realizar actividades de ninguna clase sino por medio de personas físicas.

Una de las distinciones hechas es la traída por el señor Procurador, entre actos de los órganos del Estado, esto es, los ejecutados por sujetos que obran en su nombre y representación, y con ellos lo hacen adquirir derechos y contraer obligaciones, y actos de otros servidores públicos con funciones de ejecución, para concluir que de los hechos dañosos de los órganos responde el Estado directamente, mientras que de los realizados por los otros responden apenas indirectamente.

La Corte había aceptado esa doctrina, como puede verse en su sentencia de 15 de mayo de 1944, en que expresa:

"Las relaciones de la entidad pública con terceros, en virtud de las cuales surge el derecho a la indemnización de perjuicios, son idénticas a las relaciones de la empresa privada con terceros para igual propósito. La empresa privada incurre en responsabilidad directa cuando los actos que realiza o sus omisiones se deben a las personas de sus directores o gerentes, o a otros que ejecuten expresamente su voluntad; en los demás casos su responsabilidad es indirecta. La entidad pública compromete su responsabilidad directa análogamente, cuando son sus órganos los que obran o dejan de obrar; si los actos o las omisiones provienen de otros a-

gentes suyos, la responsabilidad es indirecta". (G. J. Tomo LVII, números 2010-14, pág. 789).

Pero esta misma Sala, en su sentencia de 18 de octubre de 1950, en que el señor Procurador alegó también la prescripción, fundándose en el mismo motivo de la responsabilidad indirecta de la Nación, con cita del fallo de 15 de mayo de 1944, expresó lo siguiente:

"Mucho más clara por su lógica, resulta la idea de la responsabilidad, tal como se deduce de los términos en que han sido concebidos la existencia y funcionamiento de la persona moral. Como simple abstracción jurídica que es, el ser moral debe precisamente actuar con el obligado concurso de personas físicas a quienes una norma superior (la ley, los decretos y los reglamentos para las personas de derecho público, los estatutos y reglamentos para las de derecho privado), les señala las particulares funciones que deben cumplir; y sin cuyo ejercicio no podría llenar aquél los fines para que se le creó. Esos agentes, cualquiera que sea su denominación y jerarquía, al accionar sus funciones, carecen de toda personalidad; sus actos no son, por tanto, personales suyos, sino de la persona moral, y directa y exclusiva de ésta la responsabilidad que en dichos actos se origina, lo mismo cuando el daño se produce en el ejercicio regular de la función, que cuando solamente lo ha sido con ocasión de ella. Pues que, como lo dice Appleton refiriéndose a la persona moral pública, "el funcionario público (lo mismo que el agente de la persona moral privada) es responsable, no cuando sirve sus funciones, sino cuando se sirve de ellas; o, en otros términos, la función compromete al agente, no cuando la cumpla, siquiera sea defectuosamente, sino cuando la traiciona". De suerte que, o el hecho se realiza en ejercicio de la función o con ocasión de ella, y se tiene la responsabilidad directa y exclusiva de la persona moral; o se produce por fuera de la función o traicionándola, y entonces la responsabilidad, como originada en un hecho personal de quien lo ejecuta, es ya directa y exclusiva de éste.

"Esta norma de responsabilidad exclusiva sólo tiene un límite dentro de nuestra legislación, en los casos de daños por actividades peligrosas a que alude el artículo 2356 del código civil y en los que, como es sabido, la responsabilidad se funda en una culpa presunta que sólo puede destruirse con la prueba de la fuerza mayor, el caso fortuito, o la intervención de un elemento extraño como la propia culpa de la víctima. Si en ejercicio de una de tales actividades el agente traiciona la función, su propia culpa no sería suficiente a destruir lo que

se presume respecto de la persona moral en cuyo servicio ocasionó el daño; y no siendo esto posible, uno y otra deben responderle directa y solidariamente al perjudicado, conservando esta última el derecho clarísimo de repetir contra el primero.

"Pero fuera del servicio orgánico de las personas morales, se dan también múltiples actividades que, aun cuando vinculadas a su propio interés, no corresponden exactamente al funcionamiento estatutario de las mismas; en el ejercicio de tales actividades sus agentes no obran ya como órganos de la persona moral, sino como simples dependientes, y en ese concepto sus actos sólo son susceptibles de comprometer indirectamente la responsabilidad de aquélla, a la manera como lo hacen los terceros que están bajo la dependencia o cuidado de otro, en los términos consagrados por el artículo 2347 del código civil". (G. J., tomo LXVIII, números 2087-88, pág. 467).

De esta suerte, y como se arguyó en el fallo que acaba de citarse, no es posible aceptar la norma extintiva del artículo 2358 del código civil, porque no se trata de una culpa indirecta de la Administración.

Las pruebas presentadas. — La mayor parte de las pruebas presentadas en primera instancia, son copias tomadas del sumario que se adelantó contra Antonio Ruiz Botero, inclusive el auto de enjuiciamiento que contra él dictó el Juzgado de Garzón y que confirmó el Tribunal Superior de Neiva. Fuera de ellas obran sólo en el expediente copias de las actas de las diligencias de autopsia de las víctimas, un certificado del Tranvía Municipal de Bogotá sobre el cargo que desempeñaba y los sueldos que percibía José Alfredo Cubillos, las partidas de matrimonio de éste con María Helena Prieto, las de nacimiento de sus hijos y las de defunción de las personas de que en el proceso se trata.

En la segunda instancia ninguna de las partes solicitó que el juicio se abriera a pruebas (f. 4 del cuaderno 2).

El juicio penal terminó con sentencia absolutoria, que calificó definitivamente las pruebas allegadas a él, pero de esta sentencia se hablará adelante, al tratar de la responsabilidad de la Nación. Por lo pronto admite la Sala que se hallan probados dos extremos de la acción intentada, a saber, que el señor Ruiz Botero era empleado oficial y la muerte de Cubillos y de su hija.

Que el señor Ruiz Botero era empleado oficial y como tal conducía el vehículo, se desprende, entre otras pruebas, del certificado expedido por el Mi-

nisterio de Obras Públicas, en que se dice que el camión Ford, con placa número 722, "se encontraba el día 1º de febrero de 1946 al servicio de la carretera Florencia-Mocoa y era manejado por el chofer Antonio Ruiz Botero" (f. 40 del c. 1).

Además, el Director de la carretera Florencia-Mocoa, al darle poder a un abogado para que lo representara en el sumario contra Antonio Ruiz Botero, dice que obra "como representante del Ministerio de Obras Públicas para el caso, por pertenecer dicho vehículo a tal Ministerio y estar destinado a los trabajos de la carretera" en qué es ingeniero jefe (f. 15 del c. 1), carácter este último que refrenda el habilitado almacenista de la mentada carretera (f. 15 v. *ibidem*).

La muerte de José Alfredo Cubillos y de la niña Cecilia Cubillos Prieto y como ocurrida en el accidente de que se viene hablando, también se halla plenamente demostrada.

Como ya se dijo, en el expediente se hallan las copias de las actas de las diligencias de autopsia practicadas en los cadáveres de José Alfredo Cubillos y de Cecilia Cubillos Prieto, y en ellas se expresa, después de describir las lesiones que sufrieron, que la muerte del primero se debió a una anemia aguda "producida por la compresión del tórax y la ruptura del tejido pulmonar" y que la de la segunda fue instantánea y se debió a "machacamiento y trituración de toda la masa encefálica", ocasionada "por un cuerpo de enorme peso" (fls. 13 v. y 14 *ibidem*).

Al proceso se agregaron las partidas de defunción de Cubillos y su hija, como ocurrida en accidente de tránsito en la fecha consabida (f. 51 *ibidem*).

En el acta de levantamiento de los cadáveres, practicado el mismo día del accidente, se verificó el nombre de José Alfredo Cubillos y de la niña Cecilia, como víctimas de la caída del camión a la quebrada de Garzón, al pie del puente que la atraviesa en la carretera que de la ciudad del mismo nombre conduce hacia el norte (fls. 2 y 3 *ibidem*).

Y, por último, estos datos fueron confirmados por la diligencia de inspección ocular, realizada en asocio de peritos y con asistencia, del subalmacenista, del jefe de talleres y del jefe de administración de la carretera, que hacen las observaciones pertinentes sobre el estado en que quedó la máquina y la carga que conducía (fls. 6 y v. *ibidem*).

No queda ya por averiguar, por tanto, sino el extremo de la responsabilidad de la Nación, en el cual se contemplan dos aspectos que es necesario definir para hacer la deducción que corresponda:

tales son el transporte benévolo y la influencia que las sentencias absolutorias en lo penal puedan tener en este proceso.

El transporte benévolo.—Dice el hecho primero de la demanda que en el día de los sucesos el conductor Ruiz Botero emprendió el viaje "llevando como pasajeros gratuitamente a los esposos José Alfredo Cubillos y María Helena Prieto de Cubillos y a sus dos hijos los menores Cecilia y Hernando Cubillos Prieto, además de otras personas que tomaron parte en dicho vehículo".

De otro lado, de las pruebas del expediente se deduce que el camión pertenecía al servicio oficial, lo que indica claramente que no estaba destinado al transporte de pasajeros, y así lo indica también la clase o condición especial de dicho carro.

Se trata, pues, en el caso que se estudia, de un transporte gratuito o benévolo realizado en un vehículo automotor.

Es indudable que el transporte en vehículos automotores ha sido considerado como actividad peligrosa y ya se reprodujo antes la doctrina de la Corte de que en tratándose de dichas actividades "la responsabilidad se funda en una culpa presunta que sólo puede destruirse con la prueba de la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño". O, como se expresó en fallo de 6 de diciembre de 1951, sucede entonces que se invierte la carga de la prueba que, "por obra de la presunción que ampara a la víctima, queda pesando sobre quien se ocupa de esas actividades para establecer que el evento se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, o en razón de un hecho extraño". (G. J., tomo LXX, números 2107-2108, página 736).

Pero también están de acuerdo los comentadores y la jurisprudencia en sostener que en los casos de transporte benévolo o gratuito "no procede la presunción de culpa por actividades peligrosas" (fallos de 18 de octubre y de 30 de noviembre de 1950, G. J., tomo LXVIII, números 2087-88, página 468 y 2089-91, página 724), pues no parece equitativo que quien recibe o solicita un favor se aproveche de él para invocar una responsabilidad presunta de la persona que se lo otorga.

De lo cual resulta que correspondería a la parte demandante presentar la prueba de la culpa alegada en la demanda.

Pero como al expediente se agregó el auto de proceder de primera y de segunda instancia contra Ruiz Botero, por homicidio y lesiones personales culposos, la Sala hubo de solicitar las copias de los

fallos definitivos pronunciados por los jueces en lo penal, en obediencia al artículo 11 del código de la materia, que ordena suspender el juicio civil cuando se haya iniciado uno penal cuya decisión pueda influir en aquél.

Al expediente se trajeron las copias de las sentencias absolutorias de primera y de segunda instancia proferidas por el juzgado superior de Garzón y por el Tribunal Superior de Neiva, que tienen como base el veredicto absolutorio del jurado reunido para calificar la responsabilidad del conductor Antonio Ruiz Botero.

De lo que se desprende que, para, calificar debidamente los elementos procesales, se hace indispensable definir la influencia que estos fallos pueden tener en este juicio civil.

La influencia de un fallo penal absolutorio en un proceso civil se halla contemplada en el artículo 28 del código de procedimiento penal, que establece que la acción civil no puede proponerse ante el juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

El principio que gobierna la influencia de los fallos penales sobre los procesos civiles es el de que "el juez civil no puede desconocer lo resuelto por el juez penal de manera cierta y necesaria", como dicen los hermanos Mazeaud. O, como lo expresa la jurisprudencia nacional, esa influencia "está condicionada y limitada en razón de su fundamento mismo a lo que ha sido necesaria y ciertamente decidido en la acción pública penal", de suerte que "el juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente". (Sentencia de 29 de noviembre de 1941, G. J., tomo LII, número 1981, página 978).

Hechas estas anotaciones, es necesario averiguar qué fue lo resuelto por los jueces en lo penal en el proceso adelantado contra Ruiz Botero por el accidente que ocasionó la muerte de Cubillos y su hija.

Al jurado, en cuyo veredicto tiene que basarse la sentencia (artículo 480 del C. de P. P.), se le preguntó, en cuanto a las personas de que aquí se trata, si Ruiz Botero era responsable del accidente "por habersele zafado la palanca de cambios y quedar en neutro, cuando bajaba el vehículo engranado

en segunda, siendo imposible dirigir el impulso"; o si era responsable del mismo accidente "por no haber previsto las consecuencias graves de su acto de manejar un vehículo que sabía se encontraba en malas condiciones, o porque habiendo previsto esas consecuencias, confió imprudentemente en poder evitarlas con base en la pericia de chofer consagrado". Preguntas a las cuales contestó el jurado: "no es responsable" (f. 23 del c. 2).

El Tribunal, al confirmar el fallo absolutorio que aceptó tal veredicto, admite que en el accidente "no tuvo influencia, directa o indirecta, el defecto que sufría el motor", lo cual fue "el principal fundamento para encausar al procesado" y que, descartado tal daño como causa determinante del siniestro, "por cuánto en nada influyó para que se provocara", como repite, "la responsabilidad del acusado se torna dudosa" (f. 26 ibidem).

Así las cosas, esto es, desechada por los jueces en lo penal toda culpa por imprudencia, es forzoso concluir que no puede reconocerse ahora la culpa, también de imprudencia, que la demanda alega, pues que con la absolución quedaron descartadas las circunstancias que en ella se discriminan para deducir la responsabilidad.

En efecto, el transporte de pasajeros no se alega por sí sólo, sino como constitutivo de exceso de peso que hacía difícil y peligroso el manejo del vehículo que tenía un defecto en el motor insuficientemente reparado: Así, después de decir en el hecho segundo "que el carro se encontraba en pésimas condiciones" de funcionamiento, pues "el motor se hallaba fundido" y que había sido reparado "en forma que no prestaba seguridad alguna", se añade en el hecho tercero que "no obstante que el mismo Ruiz Botero había manifestado al jefe de talleres que el remiendo efectuado en el motor del camión no ofrecía seguridad para hacer el viaje, el nombrado chofer incurrió en la imprudencia o falta de precaución, no sólo de transportar pasajeros, sino de llevar también dos y media toneladas de carga, la cual desde luego hacía más difícil y peligroso el manejo y dirección del carro".

Y que el chofer fue obligado por la Nación a efectuar el viaje, también queda englobado en la decisión absolutoria de los jueces en lo penal, porque tampoco se alega en la demanda de este juicio el hecho escueto, sino por haber sido obligado a realizar "un viaje en un camión que por sus malas condiciones constituía una seria amenaza para la vida del mismo señor Ruiz Botero". Cuestión que, se repite, quedó resuelta por la jurisdicción de lo penal.

Todavía le dá más vigor a la decisión que aquí ha-

brá de tomarse, que será la de confirmar la sentencia de primera instancia, el hecho de que de las circunstancias distintas a la del daño del camión no existe ninguna prueba en el expediente.

En efecto, no se demostró que el camión condujera un peso tal que hiciera difícil y peligroso su funcionamiento; tampoco se acreditó que el conductor hubiera sido obligado a manejar el vehículo en malas condiciones de funcionamiento, pues el dicho de su indagatoria no fue ratificado en este proceso (art. 693 del c. j.) y lo contradujo en el plenario de la causa; y en vez de haberse probado los malos antecedentes del chofer, se probó que tenía su pase o patente de tal desde 1934 (f. 13 del c. 1) y en las providencias del juicio penal se reconoce que tenía "ejercicio de muchos años" y que era un "hombre versado en cuestiones automotrices".

En consecuencia, y como no se ha demostrado la responsabilidad de la Nación por culpa de su em-

pleado en ninguna de las circunstancias que la demanda anota, ha de concluirse que la sentencia apelada debe confirmarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia apelada de que se ha venido hablando.

Con costas a cargo del apelante.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada.—Luis Rafael Robles.—Castor Jaramillo Arrubla, Conjuez.—
Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DECLARATIVA DE PERTENENCIA DE UN TERRENO Y DE UNOS YACI-MIENTOS PETROLIFEROS

No puede apreciarse en juicio, como título de propiedad, una sentencia proferida en otro sobre declaración de bienes vacantes, si tal sentencia no fue registrada en el lugar de ubicación de los bienes. Así se desprende de lo dispuesto por los artículos 2652 y 2673 del Código Civil y por el artículo 843 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Luis A. Flórez)

Ante el Tribunal Superior de Medellín, con fecha 29 de enero de 1942, el Dr. Jorge López Sanín, manifestando obrar en su calidad de apoderado especial del Municipio de Sonsón y de don Ernesto Medina Mallarino, presentó demanda ordinaria contra la Nación, afirmando proceder así en ejercicio de la facultad conferida por el art. 26 de la Ley 37 de 1931 (subrogado por el 5º de la ley 160 de 1936) y en razón de haberse declarado por esta Sala de la Corte, mediante sentencia proferida el 13 de febrero de 1941, infundada la oposición formulada por el mencionado Municipio de Sonsón a la propuesta de contrato presentada por el señor Jaime Gutiérrez para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional en un lote de terreno ubicado en los municipios de La Dorada, Samaná y Sonsón, dentro de cuyos linderos se comprendía el correspondiente a la oposición.

En dicha demanda se suplicaron las siguientes declaraciones:

“Primera.—Que pertenece a don Ernesto Medina Mallarino y al Municipio de Sonsón, el globo de terreno conocido con el nombre de Río de la Miel, situado en el Municipio de Sonsón y alindado así: “desde la desembocadura del río Claro en el río Magdalena, en la margen izquierda de este último y en el punto denominado Puerto Triunfo, río Claro arriba hasta sus cabeceras y desde ahí línea recta en dirección sur a encontrar el río Samaná; río Samaná abajo, hasta su des-

embocadura en el río La Miel, este último, aguas abajo, hasta su desembocadura en el río Magdalena; río Magdalena abajo, hasta la desembocadura del río Claro, primer lindero o punto de partida.

“Segunda.—Que el globo de terreno determinado en la declaración primera, salió del patrimonio del Estado desde el año de 1772 en que fue adjudicado a don Pedro Bravo y por consiguiente, el Municipio de Sonsón y don Ernesto Medina Mallarino tienen derecho al suelo y al subsuelo de dicho globo de terreno”.

“Tercera.—Que el derecho del Municipio de Sonsón y de don Ernesto Medina Mallarino sobre el inmueble determinado en el aparte que precede, comprende el suelo y el subsuelo, así como el petróleo y demás hidrocarburos que existan en el terreno de que se trata”.

“Cuarta.—Que la Nación carece de derecho para explorar y explotar por sí o por medio de concesionarios los petróleos y demás hidrocarburos que se encuentren dentro del globo de terreno alindado en la declaración primera”.

“Quinta.—Que la Nación debe restituir al Municipio de Sonsón y a don Ernesto Medina Mallarino el mismo globo de terreno con los respectivos productos naturales y civiles”.

Corrido el traslado de rigor al representante legal de la entidad demandada, o sea el Fiscal 1º adjunto a dicho Tribunal, lo recorrió oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas y proponiendo la excepción perentoria de petición antes de tiempo.

Agotada la tramitación, el Tribunal le puso fin a la primera instancia con la sentencia de 7 de mayo de 1947 haciendo las declaraciones a que se refieren las súplicas 1ª, 2, y 3ª con algunas limitaciones, para expresar en relación con la 4ª, carecer de competencia para pronunciarse sobre el particular, negando las restantes, y declarando no probada la excepción perentoria propuesta.

Apelada dicha sentencia por las partes, fue revocada por la de fecha 19 de octubre de 1948, proferida por esta Sala, la que dispuso que el negocio

volviera al Tribunal de origen, para que dictara nueva sentencia definitiva sobre todas las súplicas de la demanda.

En acatamiento a lo dispuesto por esta Sala de la Corte en el citado fallo de 19 de octubre de 1948, el Tribunal dictó nueva sentencia con fecha 28 de octubre de 1949, cuya parte resolutive es del tenor siguiente:

"1º Pertenece al Municipio de Sonsón y al señor Ernesto Medina Mallarino, en la proporción del setenta por ciento para el primero y el treinta por ciento para el segundo, señor Medina Mallarino el globo de terreno conocido con el nombre de 'Río de la Miel', ubicado en el Municipio de Sonsón y por los linderos determinados en la demanda".

"2º Que ese mismo inmueble salió del dominio o patrimonio de la Nación desde el año de 1772, por virtud de la adjudicación hecha al señor Pedro Bravo, y de allí que los demandantes sean dueños de él en la proporción especificada en el ordinal anterior, dominio que comprende no sólo el suelo, sino también el subsuelo".

"3º Respecto a la súplica o súplicas relacionadas con el petróleo y demás hidrocarburos existentes en el expresado globo de terreno, no es el caso de entrar a decidir en este litigio, por no haberse demostrado terminado el procedimiento indicado en el art. 26 de la Ley 37 de 1931, sin cuyo trámite no podría acudir a la vía ordinaria, como de modo terminante lo enseña la disposición citada, ya que el juicio ordinario en cierta forma viene a ser como el medio de revisar lo decidido en el juicio breve y sumario.

"En tal virtud en cuanto a la cuestión relacionada con la propiedad del petróleo y demás hidrocarburos, se declara probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo".

"4º No se hacen las otras peticiones (sic)".

En esta segunda instancia ninguna de las partes hizo uso del derecho de probar, por consiguiente a la Corte le toca fallar teniendo en cuenta únicamente el material probatorio presentado en la primera. Los demandantes tampoco alegaron de conclusión; en cambio, el señor Procurador Delegado en lo Civil, presentó un extenso alegato, proponiendo varias conclusiones, entre ellas, caso —dice— de que la Corte resuelva entrar a fondo en el negocio, que "se niegue a los demandantes el derecho a la presente acción".

Ante todo conviene advertir, de acuerdo con pertinente observación formulada por la Procuraduría, que la sentencia en examen no es susceptible de modificación alguna en cuanto al recono-

cimiento que allí se hace de la excepción perentoria de petición antes de tiempo con referencia a las súplicas sobre propiedad privada del petróleo y demás hidrocarburos, así como también en relación con la declaración negativa de las restantes peticiones demandadas, en razón de haberse conformado con la sentencia la parte actora y entenderse interpuesto el recurso de apelación por el representante legal de la entidad demandada, solamente en lo desfavorable, según lo prevenido por el artículo 494 del Código Judicial.

En consecuencia, el estudio de la Sala se limitará a las declaraciones hechas por el Tribunal bajo los ordinales 1º y 2º de la preinserta parte resolutive de la sentencia indicada, o sea al reconocimiento de dominio de los demandantes sobre el predio conocido con el nombre de "Río de la Miel", en relación con el suelo y también del subsuelo del mismo.

Las declaraciones pedidas, las apoya el demandante en lo dispuesto por los artículos 4º y 26 de la ley 37 de 1931, 669 y "demás" pertinentes del C. Civil, y 5º de la ley 160 de 1936.

Del contexto de las disposiciones invocadas, se vé que la acción demandada es la declarativa de dominio, ya en referencia con el terreno, como también con el petróleo que en él pueda encontrarse.

El título en que apoyan sus pretensiones los demandantes es el que les otorgó el Juez del Circuito de Sonsón en su sentencia de 25 de julio de 1941, reformada por la de 20 de noviembre de 1942 del Tribunal Superior de Medellín, así como también la de fecha 27 de abril de 1944 de la Sala de Casación de la Corte, pronunciadas en el juicio sobre declaratoria de bienes vacantes, con relación al mencionado globo de terreno de Río de la Miel, cuya alinderación tanto en aquel juicio de vacancia, como en el presente, fue señalada así:

"Desde la desembocadura del Río Claro en el Río Magdalena, en la margen izquierda de este último y en el punto denominado 'Puerto Triunfo', río Claro arriba hasta sus cabeceras; de ahí, en línea recta, en dirección sur, a encontrar el río Samaná; río Samaná abajo hasta su desembocadura en el río Magdalena; río Magdalena abajo hasta la desembocadura del río Claro, primer lindero o punto de partida".

Dispone el artículo 2652 del Código Civil, en su ordinal segundo, que están sujetos al registro o inscripción, las sentencias definitivas ejecutoriadas, que recayeron en negocios civiles... y especialmente las sentencias y decisiones que causen

traslación de la propiedad de bienes raíces, o que declaren algún derecho en tales bienes raíces.

El artículo 2673 de la misma obra, estatuye lo siguiente: "Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código".

Y el artículo 843 del Código Judicial, en su segundo inciso, al referirse a los juicios de vacancia de manera expresa dispone: "**Si se trata de vacantes, la sentencia se registra en el lugar de su ubicación (el de los bienes) para que sirva de título de propiedad**".

Las copias de las sentencias mencionadas aducidas por los demandantes, como título de propiedad del terreno, objeto de las declaraciones de dominio impetradas y reconocidas por el Tribunal, en el fallo objeto del recurso, no están registradas, y por tanto, no pueden apreciarse como **título de propiedad** según lo prevenido por las disposiciones citadas, deficiencia ésta que se traduce en el hecho de no haber demostrado los actores uno de los presupuestos esenciales para hacer viable la acción incoada, esto es, la de propiedad alegada, precisamente por carencia de títulos válidos que acrediten el dominio actual de los actores sobre el fundo singularizado en la demanda (inciso b) del artículo 7º de la ley 160 de 1936).

Lo expuesto significa que se impone la revocación del fallo apelado, en la parte del mismo obje-

to del recurso, y negar, en su lugar, las declaraciones impetradas en el libelo de demanda bajo los ordinales 1º y 2º.

Para terminar se hace la aclaración de que este fallo lo firman los Magistrados de la Sala con el conjuer doctor Palmera, a virtud de que en las nuevas discusiones del proyecto, con intervención de dicho conjuer, desapareció la discrepancia de los Magistrados, y logró llegarse a la unificación de conceptos sobre los términos en que debía proferirse dicho fallo, que son los que se han dejado expuestos.

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley REVOCA los numerales 1º y 2º de la sentencia de fecha 28 de octubre de 1949, materia del recurso de apelación, proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Medellín, para en su lugar negar las correspondientes súplicas del libelo de 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. — Conjuer: Ovidio Palmera—Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

PAGS.

PAGS.

SALA PLENA

Inexequibilidad del artículo 29 de la Ley 83 de 1936, en cuanto dispone que los Procuradores Delegados serán nombrados por el Presidente de la República.—Resuelve la Corte que es inexecutable el artículo 29 de la Ley 83 de 1936, orgánica de la Procuraduría General de la Nación, “en cuanto establece que ‘la designación de los Procuradores Delegados corresponde al Presidente de la República’”, y que “no hay lugar a decidir sobre la acusación de inconstitucionalidad del artículo 1º del Decretoley 569 de 1947, en relación con el sueldo de los Procuradores Delegados en lo Civil y en lo Penal, por tratarse de una disposición que actualmente ha dejado de regir”. Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles

1

Queja contra los Magistrados de un Tribunal Superior. — En relación con la queja formulada por el señor Luis E. Chiriví contra los Magistrados del Tribunal Superior de Manizales, se declara que no hay lugar a medidas disciplinarias por los hechos que se dejan relatados en la parte motiva de la providencia.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña

4

Queja contra un Magistrado de un Tribunal Superior.—Se declaran infundados los cargos que el señor Roberto de la Espriella formuló contra el Magistrado del Tribunal Superior de Montería, doctor Eduardo Díaz Alzamora.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía

6

SALA DE CASACION CIVIL

Recurso de hecho.—Cuantía para el recurso de casación.—Aunque la cuantía fijada en el libelo inicial y no objetada por el de-

mandado, no alcance el mínimo señalado por la ley para la casación, puede existir verdadero motivo de duda acerca del valor real del juicio.—La Corte concede el recurso de casación que, de hecho, interpuso el demandante en el juicio ordinario seguido por Julio Daniel Burbano contra César Burbano, contra la sentencia proferida en dicho juicio por el Tribunal Superior de Pasto—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas

9

Recurso de hecho.—Qué debe entenderse por la cuantía para el recurso de casación.—Se concede el recurso de casación que contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, interpuso, de hecho, el apoderado de los herederos Manuel Loreto Jiménez, María del Socorro de Jiménez, y otros, en los juicios de sucesión acumulados de Loreto Jiménez y Aura Rosa Cárdenas. Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña..

11

Acción de petición de herencia.—La adjudicación no es prueba del derecho a la herencia que otro pretende, ni puede invocarse válidamente contra éste dentro de la correspondiente acción.—Causal 6ª de casación.—Con base en esta causal no se puede discutir lo relacionado con la personería sustantiva de una de las partes, porque dicha causal sólo incide en casación cuando se ha incurrido en alguna nulidad simplemente procedimental.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de San Gil profirió en el juicio ordinario seguido por Benilda Galván de Camacho contra Benjamín Galván.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña

12

Inadmisibilidad de los medios nuevos en casación.—Violación directa de la ley, como causal de casación.—En el juicio ordinario de José Manuel Upegui Mora contra Elena

PAGS.

PAGS.

- Upegui y otra, sobre nulidad del testamento verbal de Sofía Mora v. de Upegui, la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña 22
- Salvamento de voto de los Magistrados doctores Luis Enrique Cuervo Araos y Pablo Emilio Manotas** 28
- Acción de resolución de un contrato de compraventa.—El Tribunal puede hacer por sí mismo la regulación, conforme a los mismos dictámenes y demás pruebas del expediente, cuando entre el justiprecio mayor y el menor media una diferencia que excede un cincuenta por ciento este último.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pasto profirió en el juicio ordinario que, sobre el objeto expresado, siguió la señora Josefa Chaves de Arturo contra D. Eladio Arturo Ch.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña.....** 36
- La inscripción en los registros de la oficina ante la cual se va a actuar, es necesaria para que un abogado pueda litigar ante ella.—Se declara desierto el recurso de casación que contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín interpuso la parte demandante en el juicio que Claudina Echavarría y otro siguieron contra Frank A. Anderson.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A:** 42
- Lo relacionado con costas, no puede ser objeto del recurso de casación.—Causal primera: casación por errónea apreciación de pruebas.—En los juicios ordinarios acumulados que, sobre reivindicación, siguió Juan Loaza contra Julio Loaza y Jorge Ospina Lozano, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía** 44
- Acción reivindicatoria.—Interpretación de la demanda.—La fundamentación de la causa de las acciones ejercitadas, debe hacerse en los hechos, y no importa que en las peticiones se omita expresar los motivos en que ellas descansan.—No casa la Corte la**
- sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el juicio ordinario seguido por Arturo Camacho Bohórquez contra Tomás Garzón y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 50
- El factor no pierde su calidad de tal por el hecho de que no se le confiera el poder especial de que trata el artículo 453 del Código de Comercio.—Este poder especial no es preciso que se otorgue por escritura pública.—Los factores de comercio no necesitan de poder escrito para desempeñar el cargo.—La Corte no casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga revocó la de primera instancia dictada por el Juez 2° Civil del Circuito de la misma ciudad, y declaró resuelto el contrato de cesión de arrendamiento celebrado entre el demandante en el juicio, señor Francisco Ordóñez Llanes y la "Fábrica de Galletas y Confites Noel", demandada en el mismo. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda** 59
- Acción resolutoria de un contrato de promesa de venta. — Casación por errónea apreciación de pruebas.—En el juicio ordinario que Rafael Gómez Calderón siguió contra Asdraldo Porras, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas.....** 65
- Para que el empresario de construcción pueda reclamar aumento del precio por agregaciones o modificaciones en el plano primitivo, debe demostrar que se ajustó uno particular por dichas agregaciones o modificaciones.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por Juan de Dios Cock y otros contra "Alejandro Angel e Hijo, S. A."—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas.....** 71
- La sola referencia o anotación que en la carta de porte se haga o incluya sobre otro contrato de diversa naturaleza del de transporte, no es plena prueba de ese contrato. No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio or-**

PAGS.

PAGS.

dinario seguido por la sociedad "The American Coffee Corporation" contra "Antonio R. Navarro & Co. Ltda."—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 81

Acción de filiación natural—Condiciones para que se estructure la posesión notoria del estado de hijo natural.—No infirma la Corte la sentencia que en el juicio ordinario de Dolores Rojas, como representante legal de Rubén Rojas, contra Ernestina Vásquez de Gastelbondo, profirió el Tribunal Superior de Bogotá—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 85

Mientras no se haya proferido fallo condenatorio en el proceso penal, el que tenga el carácter de parte civil en dicho proceso, carece de interés jurídico para demandar en juicio la declaración de que es simulado un contrato que el procesado celebró y mediante el cual determinado bien salió de su patrimonio.—En el juicio ordinario que sobre simulación siguió Ana Victoria Coronado v. de Waked contra Eduardo y Héctor Mendoza, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 93

Salvamento de voto del Magistrado doctor Gerardo Arias Mejía 100

No puede hablarse de nulidad por indebida representación en el juicio porque unos herederos no hayan sido demandados en el que se siguió sobre una filiación natural, pues la sentencia que se profiera no perjudica a los herederos que no fueron demandados.—Causal 2ª de casación.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario que Aníbal y Marina Arroyave Alvarez siguieron contra Pedro Arroyave y otros, como herederos de Ricardo Arroyave R.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 106

SALA DE CASACION PENAL

Imprudencia de la causal segunda de casación en los juicios en que intervino el Jurado.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Manizales condenó a Sigifredo Gómez Ramírez, como responsable del delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez..... 110

Cuándo pueden aceptarse en una misma acción las atenuantes de la riña-imprevista y de la ira o el intenso dolor.—Invalida la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el proceso contra Julio Alberto Beltrán, por el delito de homicidio—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 112

Delito de estafa.—Cuál es el error que se requiere para que pueda considerarse que existe delito de estafa y cuál el engaño que es elemento del mismo delito.—En el proceso seguido contra Alfonso Cabrera Collazos, como responsable del delito de estafa, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 118

Competencia de la justicia ordinaria para juzgar a miembros de los cuerpos de policía por delitos contra la vida y la integridad personal, cometidos en actos del servicio.—Dirime la Corte la colisión de competencias surgida entre el Juzgado 1º Superior de Buga y el Comando de la Tercera Brigada, para conocer de un proceso contra el agente de policía Evelio Vargas López, por el delito de homicidio—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez..... 132

Juzgamiento por Consejos de Guerra.—En los cuestionarios deben enunciarse, clara y totalmente, los elementos que integran el delito configurado por los hechos imputados en la resolución de convocatoria del Consejo. — Las respuestas de los vocales no pueden comprender hechos distintos de los expresados en esa resolución.—Invalida la Corte la sentencia proferida por el Coman-

PAGS.

PAGS.

<p>do General de las Fuerzas Militares en el proceso contra el Subteniente Ricardo Vaneegas Castilla y otros, por homicidio y otros delitos.—Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno 135</p> <p>Homicidio ultraintencional. — Interpretación del veredicto del jurado.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó a Heroína Jiménez Ferrara, como responsable del delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 142</p> <p>Competencia de los Tribunales Superiores para conocer en primera instancia de causas de responsabilidad contra los personeros municipales cuando actúan ante los jueces de circuito. — Reforma la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el proceso contra el doctor Humberto Jordán Mázuera por cargos de colusión, y declara cesado todo procedimiento, por estar acreditado el fallecimiento del procesado y no poder proseguirse la acción penal que se adelantaba.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez..... 145</p> <p>Nulidades en el proceso penal.—Nulidad por no haberse notificado en debida forma el auto que señala día y hora para la celebración del juicio. — No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira profirió en el juicio contra José Vicente López, por el delito de homicidio y el de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 147</p> <p>Circunstancias de mayor peligrosidad. — Los motivos innobles o fútiles. — La indefensión de la víctima.—La Corte casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Santa Marta profirió en el juicio seguido contra Juan Montenegro Charris, como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Doctor Angel Martín Vásquez 151</p> <p>Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Gutiérrez Jiménez 161</p> <p>No toda opinión que un Juez dá jurisdiccio-</p>	<p>nalmente dentro de un proceso, configura causal de impedimento.—Se declara infundado el impedimento que el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Medellín manifestó para emitir concepto sobre el mérito del sumario, en el proceso seguido contra Manuel Franco Rodríguez, por delito contra la administración pública.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 162</p> <p>Se dirime una colisión de competencias entre la justicia ordinaria y la militar.—La Corte dirime la colisión que surgió entre el Juzgado 1º Superior de Buga y el Juez Militar de la Tercera Brigada, para conocer de un proceso contra Antonio Monroy Roa, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 165</p> <p>Delito de lesiones personales.—La sevicia no se deduce del número de lesiones causadas. Se invalida la sentencia que el Tribunal Superior de Ibagué profirió en el proceso contra Domingo Cabezas.—Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno..... 167</p> <p>Nulidades en el proceso penal. — Reemplazo ilegal de miembros del jurado.—En el proceso contra Urbano Morales, por el delito de homicidio, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva. —Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno..... 171</p> <p>Asesinato.—La enumeración contenida en el artículo 363, numeral 5º, del Código Penal, no es taxativa.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, preferida en el proceso contra Carlos Julio Vega Martínez y otro, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 174</p> <p>Para que la Corte emita concepto favorable al cambio de radicación de un proceso, por motivos de conveniencia para la recta administración de justicia, no es necesario que los motivos en que se apoya la solicitud se acrediten por medios que legalmente tienen valor de plena prueba.—La Corte emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso seguido contra Her-</p>
---	---

PAGS.

PAGS.

- nando López Garavito, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 182
- Recurso de hecho.—Razones por las cuales la parte civil no puede interponer el recurso de casación contra sentencias absolutorias.** Se declara que no es admisible el recurso interpuesto por la parte civil contra la sentencia que el Tribunal Superior de Neiva profirió en el juicio contra Jorge Martínez, por el delito de extorsión.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 186
- Delito de robo.—Interpretación del numeral 3º del artículo 404 del Código Penal.**—Invalida la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso contra Pedro Nel Córdoba, por el delito de robo.—Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 191
- Delito de homicidio.**—En el juicio contra Pedro Pablo Valencia, no se casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Cali. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 196
- Delito de falsedad.**—Confirma la Corte la providencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Luis Lozano Torres, por cargos como Juez Penal del Circuito de Villavicencio.—Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 199
- Incompetencia de la Corte para conocer de lo relacionado con la libertad condicional.** — Se niega a Desiderio Castelblanco el beneficio de la libertad provisional.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 201
- Las partes no pueden insinuar al funcionario que se declare impedido.**—Se confirma el auto de sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Cartagena profirió en favor del doctor Carlos Enrique Méndez, por varios cargos como ex-Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 203
- Apreciación de pruebas en los procesos penales.**—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Julio Angarita Enciso y a Floresmiro Ramírez Enciso, como responsables del delito de lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 205
- Solicitud de rehabilitación.**—Revoca la Corte la providencia por la cual el Tribunal Superior de Tunja negó a Domingo Antonio Díaz la rehabilitación de derechos y funciones públicas.—Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 212
- Individualización de la sanción.—Interpretación del artículo 39 del Código Penal. — Causal tercera de casación.**—En el proceso contra Luis Felipe Pachón Rodríguez por el delito de homicidio, no se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá lo condenó a la pena de diez años de presidio y a las incorporales anexas.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez. 214
- Lo relativo a la prueba del cuerpo del delito, no puede ser materia del recurso de casación, cuando en el juicio intervino el jurado.** No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, proferida en el proceso que se siguió contra Jesús Vargas Plata y contra José Ignacio Becerra, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 220
- Causal tercera de casación.** — Se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó a Moisés Echeverri o Chaverra a la pena de cuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio; y en su lugar, la Corte lo condena a un año y cuatro meses de la misma sanción.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 223
- Los medios nuevos son inadmisibles en el recurso de casación.—Nulidades en el proceso penal.**—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el proceso contra Tránsito Roncancio de Vargas, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez..... 229

PAGS.

PAGS.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

- Propiedad privada del petróleo.—No podían ser dueños del terreno, para los efectos de la cesión de minas, hecha por los Estados Soberanos, quienes pretendían serlo respecto de terreno que no había salido legalmente del dominio de la Nación.**—La Corte declara que no es fundada la pretensión de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, de efectuar exploraciones con taldro en la finca "El Triunfo", ubicada en el municipio de Honda (Tolima)—Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 233
- Recusación de un Magistrado, por demoras en la decisión de un negocio.—Alcance de la expresión "fuerza mayor o caso fortuito", contenida en el artículo 1° del Decreto 3346 de 1950.**—Se resuelve que no hay lugar a declarar separado del conocimiento del negocio al Magistrado de la Sala, Dr. Rafael Leiva Charry, en el juicio que el General Jorge Martínez Landínez sigue contra la Nación, sobre propiedad de unos yacimientos petrolíferos.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 241
- Acción ordinaria de que unos yacimientos petrolíferos son de propiedad privada.—No pueden confundirse la oportunidad para presentar las pruebas y el valor o eficacia de las mismas.**—Se confirma la sentencia que el Tribunal Superior de Cartagena profirió en el juicio ordinario de la "Compañía Explotadora de Petróleos, S. A." contra la Nación, sobre propiedad de las minas "Diego Ignacio", "Yuca" y "Las Tres Cármenes de Playa Larga", ubicadas en jurisdicción del Municipio de Lórica, en el Departamento de Bolívar—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 243
- Competencia para conocer de las excepciones propuestas en juicios por jurisdicción coactiva**—No accede la Corte a provocar competencia negativa al Consejo de Estado, solicitud hecha por el señor Procurador Delegado en lo Civil en el incidente de excepciones que José A. Hernández propuso en el juicio que contra él se sigue por jurisdicción coactiva para hacer efectivo un alcance que le fue deducido en el manejo de los fondos destinados a la ejecución de un sector de la obra de irrigación Ambalema-Lérida.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 247
- La justa prescripción como modo de adquirir tierras baldías durante la época colonial.**—En el juicio ordinario que sobre propiedad de unos yacimientos petrolíferos denominados "Barranco y Caricari", ubicados en el municipio de Riohacha, se inició con la oposición formulada por Eva Rosa Goenaga de Riveira Daza a la propuesta hecha por Darío Gutiérrez.—Se niega la petición única de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez 250
- Recurso de apelación contra mandamientos ejecutivos en juicios por jurisdicción coactiva.**—Se declara nulo todo lo actuado en la Corte en el juicio ejecutivo que la Recaudación de Hacienda Nacional de Istmina inició para el cobro del impuesto sobre la renta global hereditaria en el juicio de sucesión de Francisco Tascón.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 254
- Acción de indemnización de perjuicios.**—En el juicio ordinario de Marina Gutiérrez de Talero y otros contra la Nación, se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 255
- Cuando la representación de una entidad pública se lleva en juicio por medio de apoderado, no son de rigor las notificaciones personales, aunque ese apoderado sea empleado público.**—Se declara inadmisibles la causal de nulidad propuesta por el doctor Roberto Mantilla Valenzuela, como apoderado de los Ferrocarriles Nacionales, en el juicio que contra dicha entidad siguen Benjamín E. Johnson y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry..... 261
- Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos.**—Se resuelve que no es el caso de hacer las declaraciones sobre

PAGS.

copropiedad privada del petróleo, invocadas en el aviso dado al Ministerio de Fomento por el General Jorge Martínez Landínez, y a las cuales hace referencia la demanda presentada ante la Corte por el apoderado de éste y contra la Nación.—Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry..... 264

Responsabilidad extracontractual directa de las personas morales y responsabilidad extracontractual indirecta de las minas.—En los casos de transporte benévolo, no procede la presunción de culpabilidad.—En el juicio que Helena Prieto v. de Cubillos siguió contra la Nación, se confirma la sen-

tencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá negó las declaraciones y condenas pedidas y absolvió a la entidad demandada, de todos los cargos de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 272

Acción declarativa de pertenencia de un terreno y de unos yacimientos petrolíferos.—Se revoca en parte la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario seguido por el Municipio de Sonsón y por Ernesto Medina Mallarino contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez 279



GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXIV - BOGOTA, COLOMBIA. MARZO DE 1953 - NUMERO 2126

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UNA DONACION. — PARA QUE LA DONACION EN FAVOR DE UN MENOR SEA VALIDA Y SE CONSIDERE LEGALMENTE ACEPTADA, ES SUFICIENTE EL CONSENTIMIENTO DE UN ASCENDIENTE LEGITIMO. — LA FALTA DE ACEPTACION POR EL DONATARIO NO ES CAUSA DE NULIDAD DE LA DONACION

1.—Los menores de edad no pueden aceptar por sí mismos, ni por personas distintas de sus representantes legales o con el consentimiento de éstos; pero, al mismo tiempo, sus representantes legales no pueden repudiar la asignación a título universal o de bienes raíces o de muebles que valgan más de mil pesos, que se hiciera a los menores, sino con autorización judicial y conocimiento de causa.

Al aplicar estas normas a la donación, resulta que la que se haga a favor de menores, debe ser aceptada o consentida por sus representantes legales, y que éstos no pueden repudiarla sino mediante autorización judicial y con conocimiento de causa. Es muy importante observar que no es necesario que el representante legal acepte la donación, herencia o legado, pues basta con que **CONSENTA** en ello.

Para el caso especial de las donaciones, el inciso segundo del artículo 1468 del C. C. consagra una clase sui generis de representantes del donatario, con facultad para aceptar para éstos: los ascendientes o descendientes legítimos. Armonizando esta disposición con el artículo 1282 del C. C., se advierte que es su-

ficiente el consentimiento de un ascendiente legítimo para que la donación en favor del menor sea válida y se considere legalmente aceptada.

2.—Los motivos de nulidad están señalados en forma taxativa por la ley, y en parte alguna se encuentra la disposición que le dé tal consecuencia a la simple falta de aceptación por el donatario.

3.—Aunque los peritos conceptúen en forma uniforme, no imponen al juzgador sus conclusiones en forma imperativa, pues éste puede apreciar libremente lo fundado del dictamen.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

En libelo presentado ante el Juez Civil del Circuito de Calarcá y por medio de apoderado, Ana-beiba, Berenice, José Omar y José Delio Toro expusieron los siguientes hechos:

"*Primero.*—Rafael Toro contrajo matrimonio católico con María del Carmen Ramírez, en Abejorral a fecha cuatro (4) de marzo de 1889, habiendo procreado dentro de este matrimonio entre otros hijos a Otilia y Francisco Ramírez, ya muertos.

"*Segundo.*—Otilia Toro casó con Joaquín Toro, y en este matrimonio fueron procreados mis mandantes Anabeiba, Berenice, José Omar y José Delio Toro Toro. Otilia y Joaquín Toro murieron hace ya algún tiempo.

"*Tercero.*—María del Carmen Ramírez murió en Calarcá, Corregimiento de Barcelona, el 17 de enero de 1945.

"*Cuarto.*—Por escritura número 775 de 12 de diciembre de 1940, pasada ante el señor Notario 19 de Calarcá, María del Carmen Ramírez, transfirió a título de donación a sus nietos, Alberto y Fanny Toro Buitrago, actualmente menores púberes, el dominio sobre un lote de terreno denominado 'La Mecenía', situado en el paraje de 'Calle-larga' o 'Agua Bonita', Corregimiento de Barcelona, jurisdicción del Municipio de Calarcá, mejorado con casa de habitación, plantaciones de café y plátano.

"*Quinto.*—Alberto y Fanny Toro Buitrago, nietos de la donante, son hijos de Francisco Toro Ramírez, hijo de la donante, y Herminia Buitrago, muertos ambos con anterioridad al otorgamiento de la escritura de donación número 775 citada.

"*Sexto.*—Para la fecha del otorgamiento de la escritura número 775 ya citada, los donatarios Alberto y Fanny Toro Buitrago, eran menores de edad, no tenían curador o representante legal, designado en la forma que la ley lo indica; de maneña que es nulo y carece de valor el acto jurídico de donación contenido en el título ya mencionado, ya que la señora Clementina Buitrago Jaramillo, tía de los menores, no era ascendiente ni descendiente de los donatarios, con capacidad o autorización legal para aceptar por ellos.

"*Séptimo.*—La donación del inmueble denominada 'La Mecenía' fue estimada en un valor de mil ochocientos diez pesos con noventa y seis centavos m. l. (\$ 1.810.96), siendo así que para la fecha de dicho acto jurídico, el inmueble objeto de la donación tenía un valor que superaba en mucho a la cantidad de dos mil pesos moneda legal colombiana

(\$ 2.000.00); debiendo, en consecuencia, haber precedido insinuación para su validez.

"*Octavo.*—Sobre el inmueble donado, pesaba para la fecha de constitución del acto jurídico de donación, un gravamen real a favor del Banco Agrícola Hipotecario de Armenia, por valor de trescientos ochenta y nueve con cuatro centavos (\$ 389.04) m. l., gravamen cuya cancelación quedó a cargo de los donatarios con obligación modal, pero no obstante dicha condición fue cubierta por la donante en vida de la misma.

"*Noveno.*—La donante, María del Carmen Ramírez, se reservó de por vida, en el acto jurídico constitutivo de la donación, el usufructo, uso y habitación del inmueble donado, dando en esta forma a la donación la calidad de condicional, estipulación ésta que como la anterior relacionada en la cláusula inmediatamente anterior, requería para la validez de la donación el requisito judicial de la insinuación.

"*Décimo.*—Los donatarios, Alberto y Fanny Toro, poseen en la actualidad con ánimo de señor y dueño, el inmueble donado, denominado 'La Mecenía'; el primero es mayor de edad y vecino de Armenia, y el segundo es menor púber, vecino de Calarcá....

"*Undécimo.*—El inmueble denominado 'La Mecenía' fue adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal Toro Ramírez, por la cónyuge, señora María del Carmen Ramírez.

"*Duodécimo.*—La sucesión de dicha señora permanece ilíquida respecto al inmueble objeto de esta acción...".

Con base en los citados hechos demandan a la señora Clementina Buitrago, mayor y vecina de Calarcá, y a Alberto y Fanny Toro, personalmente, en su condición de donatarios y como herederos de la donante María del Carmen Ramírez, el primero de los cuales es mayor y la segunda menor púber, para que se hagan en su contra las siguientes declaraciones:

"a) Que es nula, y carece de valor conforme a la ley, la donación del inmueble denominado 'La Mecenía', donación efectuada por medio de la escritura número 775 de 12 de diciembre de 1940, otorgada ante el señor Notario de Calarcá; — b) Que en consecuencia, los señores Alberto y Fanny Toro Buitrago, deben restituir con sus accesorios y frutos, libre de gravámenes, condiciones resolutorias,

etc., etc., a la sucesión intestada e ilíquida de María del Carmen Ramírez, respecto al inmueble que es objeto de esta acción, entidad representada por el señor Rafael Toro y por mis mandantes, como herederos de la causante, dentro del término que usted señale, el inmueble denominado 'La Mecenia'; c) Que los demandados sean condenados a las prestaciones civiles de ley, y a las costas de esta acción si temerariamente se opusieren a su secuela...".

El curador ad-litem de la menor púber y apoderado a la vez de los otros demandados, contestó el libelo a nombre de sus tres representados negando los hechos principales en que se funda la acción y aceptando otros sin trascendencia para los resultados del juicio.

El Juez del conocimiento hizo las declaraciones impetradas en el libelo, después de considerar no probada la excepción propuesta por los demandados.

Sentencia recurrida

Del anterior fallo apelaron los demandados ante el Tribunal Superior de Pereira. En la providencia con que éste puso fin a las instancias el 1º de septiembre de 1950, revocó lo dispuesto por el juzgador de primer grado y absolvió a los demandados de todos los cargos formulados en la demanda.

El recurso

La parte actora ha recurrido en casación.

Los tres cargos que formula contra la sentencia del Tribunal se estudiarán en su orden.

Primer cargo.—Dice el recurrente: "El Tribunal sentenciador sostiene en el fallo que, aunque no se presentó a aceptar la donación un ascendiente o descendiente de los donatarios ni persona revestida de la representación legal de éstos, el acto tuvo plena eficacia legal porque la aceptante señorita Clementina Buitrago obró con la calidad de estipulante para otros con el carácter y resultados previstos en los artículos 1506 y 1507 del Código Civil. Anota que la ratificación de los donatarios es un hecho que no influye para nada en la validez misma del contrato, ya 'que en estos casos puede llevarse a cabo con posterioridad al fallecimiento del donante'. Y agrega: 'Todo lo anterior conduce a la conclusión de que no es nula absoluta o relativamente la donación de que se viene hablando, por la primera de las causales señaladas por el actor. Por consiguiente, habrá de revocarse la sen-

tencia apelada, en cuanto por ella se hizo la declaratoria de nulidad absoluta de ese contrato mediante el reconocimiento de la expresada causal'. Por vía directa quebrantó con ello los preceptos sustantivos que gobiernan el perfeccionamiento de la donación entre vivos, así como los referentes a la estipulación para otro, todos los cuales entendió equivocadamente y aplicó en forma indebida; a tiempo que violó también las normas sobre nulidades, por no haberlas aplicado al caso del pleito, debiendo aplicarlas, vamos a demostrarlo: Artículo 1443 del C. C.: "La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta". De donde se desprende que son elementos necesarios para la validez de la donación la *aceptación* por parte del donatario y la *irrevocabilidad*. Mientras una donación esté expuesta a ser revocada, no puede sostenerse que se ha perfeccionado el contrato, porque no hay donación entre vivos, no se ha consumado ese acto jurídico. Y la irrevocabilidad sólo se asegura cuando el donatario acepta la donación y notifica tal aceptación al donante. Lo cual implica que el donante viva en ese momento, porque si ha muerto, no se le puede notificar la aceptación.

"Todo esto no se remite a dudas en presencia del artículo 1469 del C. C.: 'Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio'. Notificada la aceptación al donante, queda sellada la posibilidad de que sea revocada la donación. Ahora bien: La aceptación prestada por un estipulante para otro, tiene virtud suficiente para cerrar en ese momento la posibilidad de revocar la donación? No la tiene porque la estipulación para otro lleva en sí misma el germen de la revocabilidad de lo estipulado. Basta leer el artículo 1506 del C. C.: 'Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona tendrá derecho para demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él'".

Cita el recurrente luego párrafos de sentencias de la Corte sobre estipulación para otro, y luego agrega: "Otra razón para que la aceptación de una donación no pueda prestarse en estipulación para otro, es la de que en tal caso el tercero beneficiario dá aceptación expresa o tácita a lo estipulado. Mas, en lo referente a donación no cabría la aceptación tácita desde luego que el artículo 1469 del

C. C. exige que la aceptación se notifique al donante. Y la notificación implica acto expreso. Por donde se ve cuán equivocado anduvo el Tribunal de Pereira al sostener que la ratificación del donatario no influye en la validez del contrato y que puede llevarse a cabo con posterioridad al fallecimiento del donante. Si éste falleció, ¿cómo se le hace la notificación? ¿Cómo coexiste su voluntad con la de la aceptación que la notifica el donatario? "Dicha voluntad persistente debe manifestarse con el hecho de no ser revocada la donación durante el proceso generador de ella... Pero si el donante muere sin haberse terminado aquella serie de actos, no puede afirmarse que su voluntad persistió hasta el fin"... En el caso de autos, la donante murió en enero de 1945. Los donatarios no habían cumplido hasta entonces la mayor edad y, por tanto, no lograron hacer la manifestación de aceptar la donación en coexistencia con la voluntad de la donante ni notificarle a ésta su decisión. Por lo cual no se consumó la donación".

Y concluye: "La sentencia acusada, en busca de soporte para la validez de la donación de que se trata, ha echado mano del artículo 1506 del C. C. con fundamento en el segundo aparte del artículo 1473 de la misma obra, que dice: 'En lo demás que no se oponga a las disposiciones de este título, se seguirán las reglas generales de los contratos'. (Se trata del Título 13, Libro 3º). Pero las reglas generales de los contratos, entre las cuales se encuentra la de la estipulación para otro, *se oponen* a la disposición del citado título 13, contenida en el artículo 1468 que reza: "Nadie puede aceptar sino por sí mismo, o por medio de una persona que tuviere poder especial suyo al intento, o poder general para la administración de sus bienes, o por medio de su representante legal. Pero bien podrá aceptar por el donatario, sin poder especial ni general, cualquier ascendiente o descendiente legítimo suyo, con tal de que sea capaz de contratar y de obligarse". Esta disposición limita al propio donatario, a su apoderado, a su representante legal y a sus ascendientes y descendientes legítimos la facultad de aceptar la donación; y niega a las demás personas esa facultad. Se lo prohíbe. Así que es palmaria la oposición entre el precepto comentado del título que reglamenta de manera especial lo relativo a la donación entre vivos, y la norma general de los contratos que permite estipular para otro a cualquier persona carente de facultades representativas y de la calidad de ascendiente o descendiente de que aquí se trata. La aceptación por doña Clementina Buitrago se operó en contra de lo or-

denado por el claro precepto del artículo 1468 y esa transgresión implica la nulidad del acto. Además, por no haberse prestado legalmente la aceptación, faltó ese elemento que es de la naturaleza de la donación, y, por tanto, es absolutamente nula la contenida en la escritura 775 de 12 de diciembre de 1940 (artículos 1740, 1741, 1746 C. C.). Estimo especialmente violados los artículos 1443, 1468, 1469, 1473, 1740, 1741, 1746, 6º, 1506 y concordantes del C. C."

Se considera:

Según el cargo, no tuvo valor legal la aceptación hecha por Clementina Buitrago Jaramillo de la donación a favor de sus sobrinos menores de edad, debido a no tener ésta la representación de aquéllos ni ser ninguna de las personas que, conforme al artículo 1468, inciso 2º del C. Civil, pueden aceptar por el donatario sin poder especial ni general. Además —según el mismo— la donación no se perfeccionó, pues estaba sujeta a la libre revocación que de ella quisiera hacer la donante. Y como la aceptación debía hacerse en vida de la donante para que fuera posible su notificación a ésta, por razón de su muerte se hizo imposible el cumplimiento de tal condición y, en consecuencia, el contrato quedó sin perfeccionarse. De todo lo cual se concluye, a juicio del recurrente, que tal donación es absolutamente nula.

Evidentemente, la señorita Clementina Buitrago Jaramillo, quien aceptó la donación para los menores, no tenía la representación de éstos, ni era ascendiente o descendiente legítima de los mismos. Pero ninguno de los dos primeros incisos del artículo 1468 del C. Civil, tiene aplicación al presente caso.

El inciso tercero de este artículo dice: "Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de herencias o legados, se extienden a las donaciones". Por consiguiente, para saber si la aceptación de una donación es válida o no, es indispensable examinar las normas del mismo Código sobre aceptación de herencias o legados. Tales normas se hallan establecidas, principalmente, en los artículos 1282, 1293 y 1296, conforme a los cuales: "Todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente. Exceptuáanse las personas que no tienen la libre administración de sus bienes, las cuales no podrán aceptar o repudiar sino por medio o con el consentimiento de sus representantes legales. Se les prohíbe aceptar por sí solas, aún con el beneficio de inventario". "Los que no tienen la libre admi-

nistración de sus bienes no pueden repudiar una asignación a título universal, ni una asignación de bienes raíces o de bienes muebles que valgan más de mil pesos, sin autorización judicial, con conocimiento de causa". "Los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida. Otro tanto se aplica a los legados en especie".

Por lo tanto, los menores de edad no pueden aceptar por sí mismos, ni por persona distinta de sus representantes legales o con el consentimiento de éstos; pero al mismo tiempo sus representantes legales no pueden repudiar la asignación a título universal o de bienes raíces o de muebles que valgan más de mil pesos, que se hiciera a los menores, sino con autorización judicial y conocimiento de causa.

Al aplicar estas normas a la donación, resulta que la que se haga a favor de menores debe ser aceptada o consentida por sus representantes legales, y que éstos no pueden repudiarla sino mediante autorización judicial y con conocimiento de causa. Es muy importante observar que no es necesario que el representante legal acepte la donación, herencia o legado, pues basta con que *consienta* en ello.

Para el caso especial de las donaciones, el inciso segundo del artículo 1468 del C. C. consagra una clase *sui generis* de representantes del donatario con facultad para aceptar por éstos: los ascendientes o descendientes legítimos. Armonizando estas dos disposiciones (artículos 1468 y 1282 del C. C.) se advierte que es suficiente el consentimiento de un ascendiente legítimo para que la donación en favor del menor sea válida y se considere legalmente aceptada.

Y como en el caso presente ocurre que por muerte de sus padres el único ascendiente de los menores que vivía entonces era su abuela legítima señora María del Carmen Ramírez, el consentimiento que ésta le diera a la donación era suficiente para tenerla por aceptada en forma legal. Y ese consentimiento resulta muy claro, porque la misma señora fue la donante y en tal carácter firmó la escritura de donación y admitió la comparecencia de la tía de los menores para aceptar en nombre de éstos. En realidad la intervención de esta última se explica a virtud de la delegación no por tática menos clara, que la donante en su condición de ascendiente de los menores le hizo para que aceptara por ellos. Esto resulta en forma evidente del hecho de haber consentido la donante en que Clementina

Buitrago compareciera al acto para esos fines. (Inciso 2º del artículo 1468 del C. C.).

Si en el caso de autos, la donante no hubiera sido al mismo tiempo ascendiente legítima de los menores donatarios, se podría estar en presencia de una simple estipulación para otro, en razón de la aceptación dada a nombre de ellos por su tía señorita Buitrago Jaramillo. Pero la actuación de ésta carece de importancia para la validez del contrato, en vista de las razones expuestas.

Por consiguiente, el concepto del Tribunal relativo a la validez de la estipulación para otro en materia de donaciones y a la revocabilidad del acto, aunque fuere equivocado, no puede influir en la suerte del recurso.

Finalmente, los motivos de nulidad están señalados en forma taxativa por la ley, y en parte alguna se encuentra la disposición que le dé tal consecuencia a la simple falta de aceptación por el donatario. La nulidad alegada por este aspecto no tiene, pues, fundamento alguno. Y como atrás se dijo, el concepto referido de que existía una estipulación para otro no influye en la decisión del litigio.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo—Dice el recurrente: "El Tribunal sentenciador negó también la nulidad de la donación pedida por el aspecto de la falta de insinuación. Sostuvo que está demostrado en el expediente que la finca donada no valía en 1940 más de dos mil pesos y que, en consecuencia, no se necesitaba insinuación. Llegó a ello por errónea apreciación de la prueba pericial recogida en segunda instancia y, además, por no haber apreciado el certificado del Banco Agrícola Hipotecario en todo su alcance. Desechó el dictamen pericial rendido en segunda instancia por los expertos Clodomiro Fernández y Alejandro Montoya, que avaluaron el precio de la finca donada en \$ 3.000 en 1940, porque estimó que no estaba debidamente explicado y fundamentado.

"Pero ese dictamen, visible a folios 18 y 19 del cuaderno 6º del expediente, es *uniforme* y tan explicado que hasta trae con números exactos y por contada los árboles de café, plátano, naranjo, sombrero, con su edad y avalúo por unidad, así como la calidad, medida y avalúo de las demás mejoras puestas desde 1940. En cuanto a fundamentación del avalúo de \$ 3.000.00 dijeron: 'Al punto c): En nuestro concepto y teniendo también en cuenta las certificaciones de que se ha hecho referencia, el inmueble de 'La Mecenia' objeto de la diligencia, te-

nía un valor de *tres mil pesos* (\$ 3.00.00) más o menos en diciembre de 1940. Advertimos que del año de 1937 para acá, las propiedades rurales en el Quindío fueron adquiriendo progresivamente mayor valor, por el mejor precio del café y productos agrícolas, facilidad de transportes, mejoramiento de caminos y carreteras, etc.'. Esto último tiene relación con el avalúo que hizo practicar el Banco Agrícola Hipotecario.—Sucursal de Armenia. (C.)— visible a folio 10 del cuaderno 6º, que no fue apreciado por el sentenciador. Dicho certificado hace constar que en marzo de 1937 se hizo un préstamo de \$ 500.00 a la señora María del Carmen Ramírez de Toro, con hipoteca sobre la finca denominada 'La Mecenia', y agrega: 'Al punto b) Naturalmente que para efectuar el préstamo se oyó primero el concepto del perito avaluador de la Institución, quien informó el 20 de febrero del citado año (1937) que la finca tenía una extensión de nueve fanegadas distribuidas así: cuatro fanegadas de café en producción y dos sin producir, *en buen estado*: una fanegada en pastos naturales en regular estado y dos fanegadas en monte de guadua. El avalúo de la propiedad fue la suma de dos mil pesos moneda legal, distribuidos así: tierras y cultivos un mil seiscientos ochenta pesos; una casa de habitación, trescientos pesos; y una despulpadora de café veinte pesos”.

“Nótese que esto fue en 20 de febrero de 1937. De entonces al 12 de diciembre de 1940, fecha de la escritura de donación, corrieron cerca de cuatro años, durante los cuales necesariamente mejoró el precio de la finca por el crecimiento del café que no producía y por el aumento del precio del café y el perfeccionamiento de los medios de transportes de que dan cuenta los peritos Fernández y Montoya. No es posible aceptar que cuatro años después del avalúo del Banco, la finca tuviera el mismo precio de \$ 2.000 que se le dio al tiempo del préstamo. La sola consideración de ese tiempo transcurrido inclina la razón para aceptar el avalúo de \$ 3.000 en que avaluaron la finca estos peritos para el tiempo de la donación. Salta a la vista el error cometido por el Tribunal en la apreciación del dicho dictamen pericial, agravado por no haber tomado en cuenta el certificado del Banco que se refería a una fecha anterior en cuatro años. El dictamen llena los requisitos del artículo 721 del C. C. y es plena prueba de que la finca valía en diciembre de 1940 la suma de tres mil pesos. Teniendo ese valor, no podía ser materia de donación sin que ésta se hubiera insinuado. Y como no se insinuó, está viciada de la nulidad establecida en el artículo 1458 del C. C. Los

errores de hecho anotados llevaron al sentenciador a no decretar la nulidad pertinente, con lo cual violó de manera indirecta los artículos 1458, 1740, 1741, 1746 y concordantes del C. C.”.

Se considera:

En síntesis; el recurrente acusa la sentencia del Tribunal por error de hecho en la apreciación del dictamen pericial y del avalúo que hizo practicar el Banco Agrícola Hipotecario —Sucursal de Armenia— en el año de 1937, lo que habría conducido al Tribunal a violar de manera indirecta los artículos 1458, 1740, 1741, 1746 y concordantes del C. C.

Se observa, en primer término, que en casación no es pertinente alegar en general la violación de textos “concordantes” con otros que sí se indiquen. Toda norma legal que se considere infringida debe ser citada con precisión.

En segundo lugar, del cargo no aparece la evidencia del error que se alega; o mejor dicho, él no demuestra que el sentenciador haya incurrido en manifiesto y claro error al no admitir el dictamen como prueba plena de que lo donado valía más de \$ 2.000 al tiempo de la donación. El recurrente alega que ese dictamen pericial fue uniforme y explicado; pero aún en tal supuesto el Tribunal gozaba de soberanía para apreciar su valor de acuerdo con la fundamentación que tuviera. Es bien sabido que los peritos, aún conceptuando uniformemente, no le imponen al juzgador sus conclusiones en forma imperativa, pues éste puede apreciar libremente lo fundado del dictamen.

De otra parte, no aparece demostrado que el avalúo hecho por el Banco Agrícola Hipotecario en 1937 tenga valor de plena prueba en este juicio, ya que apenas podría constituir un indicio. Además, aún en el supuesto de que ese avalúo tuviera mérito de plena prueba en el juicio, no demostró el recurrente que por la circunstancia de haber sido éste de dos mil pesos en 1937, el valor de lo donado tuviera que ser mayor al tiempo del contrato, y que el Tribunal haya incurrido en un error manifiesto y evidente al no aceptar tal conclusión. La afirmación de que las tierras se valorizaron en ese intermedio, no es suficiente para configurar un error de esta clase; porque diversas causas, como agotamiento de las plantaciones, deterioro de la edificación u otras, pueden estacionar el valor de un inmueble e inclusive depreciarlo.

Se debe, además, tener en cuenta que la donación se hizo con reserva del usufructo y con el cargo de

pagarse un gravamen a favor del Banco Agrícola, por lo cual el valor real de la donación fue necesariamente inferior al precio comercial del inmueble en 1940.

La crítica que el Tribunal hace de la prueba pericial que rechaza está muy bien fundada. El error de hecho alegado, en modo alguno aparece ostensiblemente en los autos.

No prospera el cargo.

Tercer cargo.—“El Tribunal fallador desconoció que la donación hubiera sido condicional. Negó por ello que estuviera sujeta a la formalidad de la insinuación que impone el artículo 1460 del C. C. En la escritura 775 de 12 de diciembre dijo la donante: ‘*Quinto.*—Que desde hoy declara a los beneficiados en posesión de lo donado con sus títulos y acciones consiguientes, pero con las *condiciones* que siguen: a) Como ya está dicho, la donante se reserva el usufructo, uso y habitación de la propiedad antes delimitada, mientras ella viva; y b) Si su fallecimiento ocurriere antes de que los dos otorgatarios, hoy menores Alberto y Fanny Toro Buitrago hayan llegado a la mayor edad, la propiedad donada no podrá someterse a ninguna limitación de dominio, sino cuando el menor de ellos haya adquirido la mayor edad’. Sometió, pues, la donación, a la condición de no limitar el dominio de la finca, si su fallecimiento ocurría antes de que los donatarios llegaran a la mayor edad sólo podrían limitarla cuando el menor de ellos adquiriera la mayor edad. Con lo cual recortó a Alberto, primero en llegar a la mayor edad, la plenitud de los atributos del dominio, pues le quitó facultades de disposición sobre su parte en la finca donada. Es una clara condición que imponía a la donación el sometimiento al requisito de la insinuación, preceptuado en el artículo 1460 del C. C.

El sentenciador no apreció esta condición planteada en la escritura y tal omisión o desconocimiento lo llevó a negar la necesidad de la insinuación y a

abstenerse de decretar la nulidad que la falta de este requisito apareja en la donación comentada y a absolver a los demandados. Violó así los artículos 1128, 1143, 1145, 1473, 1460, 1530, 1544, 1740, 1741, 1746 y concordantes del C. C.”

Se considera:

No tiene razón el recurrente cuando dice que el punto b) de la cláusula quinta, que transcribe, constituye una verdadera condición suspensiva o resolutoria, porque en la escritura no se impuso sanción ni consecuencia alguna para el caso de que los donatarios, incumplieran cualquiera de las prohibiciones establecidas en aquélla.

Además, el artículo 1460 exige la insinuación “en los mismos términos que para las donaciones de presente”, es decir, cuando lo donado en tal forma, tenga valor superior a dos mil pesos.

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 del Tribunal Superior de Pereira de fecha primero (1º) de septiembre de mil novecientos cincuenta (1950), recaída en el juicio ordinario de José Omar Toro contra Clementina Buitrago y otros.

Costas a cargo del recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. — Pedro Castillo Pineda. — Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarralde, Secretario en pppdad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AMOS Y EMPLEADORES POR LOS DAÑOS OCASIONADOS CON SUS HECHOS POR LOS DEPENDIENTES Y EMPLEADOS DE AQUELLOS

La responsabilidad para el efecto de indemnizar el daño causado por las personas que ostuvieren al cuidado de otra, se regula por el artículo 2347 del Código Civil, disposición ésta que no mira, para los efectos de la responsabilidad, si el daño causado, por el hijo, por el pupilo, etc., se debe a la culpa, descuido o negligencia de la persona que ejecuta el hecho material productor del daño; tiénese en cuenta únicamente, para deducir esa clase de responsabilidad, el cuidado, la vigilancia, la prudencia en la escogencia de los operarios o servidores por parte de la persona natural o jurídica que encarga el cumplimiento de esos menesteres, y por eso dice la ley que cesará la responsabilidad de tales personas si con su autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho o que con ocasión del servicio prestado, los ejecutores, operarios, criados, sirvientes se han comportado de modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente. Estos hechos de falta de previsión, de vigilancia o de mala elección en los agentes u operarios, son lo que desplaza y radica la responsabilidad contractual, sobre la persona que está obligada a la vigilancia, a la buena elección y a la previsión en el manejo y conducta de sus empleados o servidores; y para descargarse de esa responsabilidad, tiene que demostrar, la persona sobre la cual recae la presunción de responsabilidad, que en la escogencia de esos empleados obró con prudencia, buen juicio y discernimiento y que vigiló, en cuanto estuvo a su alcance, la actuación de los empleados o servidores que ejecutaron el hecho que causó el daño, o que no tenían medios para prever o impedir la ejecución de ese hecho, y mientras esa prueba no sea dada, la presunción queda en pie.

Civil.—Bogotá, tres de marzo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Antecedentes de este negocio

Aquí está probado:

Que Buenaventura Aponte era empleado de la Compañía Colombiana de Electricidad;

Que esta Empresa era propietaria de la camioneta distinguida con el número 8087 de la ciudad de Buga;

Que Aponte manejaba esta camioneta en la noche del 3 de noviembre de 1947;

Que el conductor y otras personas, entre ellas algunos empleados de la Empresa, estuvieron en farra la noche citada;

Que la camioneta chocó esa noche dentro del poblado de Buga contra una máquina agrícola automotriz, perteneciente a Rafael Ospina O. y le ocasionó graves daños; y

Que Aponte era por ese entonces el permanente conductor de la camioneta, encargado especialmente de transportar a los trabajadores de la Empresa, desde las dependencias de ella a sus casas.

Con base en estos hechos el perjudicado Ospina demandó a la Empresa mencionada para que se declare que ella es responsable de los daños ocasionados a la máquina agrícola por imprudencia o descuido del conductor Aponte, y se le condene al pago de perjuicios.

El Juez Civil del Circuito de Buga puso término al juicio en la primera instancia absolviendo a la Compañía demandada.

Apeló el actor de esta resolución, y el Tribunal Superior de Buga, por sentencia de trece de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, revocó lo resuelto por el Juez y declaró que la Compañía es responsable de los daños y perjuicios que se le ocasionaron al actor, los cuales serán avaluados por el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

La Empresa se alzó en casación contra aquella

sentencia del Tribunal, y se procede a decidir sobre el recurso.

Sentencia recurrida

No obstante la poca precisión de la demanda en las consideraciones de derecho, el Tribunal enfoca el negocio hacia la responsabilidad indirecta por daño ajeno, y dice la sentencia desde sus comienzos: "Se trata de la clásica responsabilidad culposa que, excepcionalmente establece el Código Civil en su artículo 2347 por hecho perjudicial a otro, o mejor, precisando más la cuestión, de la culpa que presuntivamente les corresponde a los empresarios por el hecho perjudicial de sus empleados, responsabilidad culposa que, según la misma disposición legal, cesa o no puede declararse, si con la autoridad y cuidado de la empresa ésta no lo hubiera podido impedir o que no lo haya podido evitar ni prever, como ocurre en casos de fuerza mayor o caso fortuito".

Más adelante, afirmando que Aponte es el autor del daño y que por ser empleado de la Compañía la responsabilidad pesa sobre ésta, dice el fallo:

'Por todos los hechos que relatan testigos presenciales del accidente o como compañeros de Aponte y ocupantes de la camioneta manejada por él, o por viajar en la máquina agrícola del demandante y los más por su inmediata concurrencia al sitio del accidente para darse cuenta de lo sucedido, le atribuye la demanda a la Compañía demandada la responsabilidad del daño causado por Aponte con la dicha camioneta a la máquina agrícola del demandante Ospina, debido a la presunta culpa que le resulta a la Empresa por las circunstancias no sólo de ser Aponte, como empleado de aquélla, el autor del daño, sino haberlo causado por y con ocasión de ese mismo empleo de chofer. Y concretando más esa responsabilidad atribuida a la empresa demandada, se dice en la demanda que tal empresa es la culpable del daño causado al demandante por su falta de vigilancia del mismo empleado que lo causó. "De modo que conforme a doctrinas y conceptos jurídicos sobre la materia, la parte actora, dejando desde el punto de vista del *onus probandi* evidenciado el daño sufrido por ella con sus circunstancias antecedentes concomitantes y subsiguientes al hecho, ha puesto de manifiesto, en consecuencia, la presunta culpa que para casos como éste, establece el artículo 2347 del C. Civil, quedándole, en consecuencia, a la Compañía, desde el mismo punto de vista del *onus probandi*, la tarea de demostrar que, a pesar de la presunción resultante

del daño causado al demandante, no le cabe la responsabilidad civil que se le atribuye: O porque sea Aponte el que deba responder personalmente de su hecho; o porque la Compañía no ha incurrido en la culpa *in vigilando*, que es la culpa que puede presumirse contra ella; o porque el daño se produjo como caso fortuito o por fuerza mayor".

Y aún concretando más la cuestión, se lee en la sentencia: "Como el demandante le inculpa a la Compañía su falta de vigilancia, se le coloca en la obligación de probar una de dos cosas: o que no incurrió en falta o descuido en la vigilancia de su empleado, en forma que se destruya la presunta culpa *in vigilando*, o que el hecho del daño sobrevino por fuerza mayor o caso fortuito".

Por último, después de hacer el Tribunal algunas consideraciones sobre el alcance de los artículos 2347 y 2349 del C. C., en lo que pudiera favorecer a la Compañía por las circunstancias en que el daño fue causado, expresa: "Queda, sin embargo, aún pendiente la presunción de culpa *in vigilando* que sigue comprometiendo la responsabilidad de la misma Compañía demandada, presunción contra la cual no sólo no ha dado la dicha Compañía prueba en contrario, sino que antes bien es la parte actora la que ha dejado acreditado en el expediente el hecho de la descuidada vigilancia y falta de control con que Aponte, como motorista, desempeñaba sus funciones. Pues, a este propósito, es completa la prueba de que Aponte acostumbra, sobre todo los días de pago, dedicarse hasta con otros empleados de la misma Empresa, a parrandear en la camioneta confiada a él para su manejo. Así lo declaran los testigos Erazo, Zapata, González y Losada, declarantes éstos como se ve adelante, que dicen constarles que con frecuencia se entregaba Aponte a libar licor en compañía de amigos a quienes conducía en la referida camioneta. Conducta que no corregida o no prohibida oportunamente, o no constreñida siquiera con una mejor vigilancia por parte de la Empresa, dio el lamentable resultado que debiera dar: un accidente como el de que dan cuenta los autos, del cual provino el daño de que se queja contra la Compañía demandada el actor señor Rafael Ospina.

.....

"La Sala de Decisión al tomar las anteriores declaraciones tal como ellas han sido rendidas por los nombrados testigos como prueba de las borracheras y parrandas del motorista Aponte, especialmente en la época del ilícito con que perjudicó al demandante, y determinadamente en la zona del servicio encargado a él de llevar y traer empleados

de la planta a esta ciudad y señaladamente en los días de pago, debe aceptarse que así como los testigos pudieron darse cuenta de la frecuencia con que Aponte, faltando al cumplimiento de sus deberes en la tarea que le tocaba desempeñar, se emborrachaba en la camioneta destinada al servicio de la misma Empresa y hasta con los mismos empleados de ella, tal empresa debía naturalmente haberse impuesto de la misma conducta o de los mismos irreglamentarios procedimientos de su empleado, si hubiera ejercido una vigilancia sobre él, porque ni aparece acreditada en ninguna parte del expediente la imposibilidad en que hubiera estado durante tanto tiempo la precitada compañía para informarse, enterarse o conocer la conducta de su motorista, ni las frecuentes parrandas y borracheras de éste fueron en forma de no poder ser conocidas, por ningún medio, de la misma Compañía. De manera que no hay término medio: o que la compañía no vigilaba a su empleado Aponte, o que conociendo su conducta no la quiso corregir ni impedir que con ella llegara a causar un daño como el de que da cuenta la demanda”.

De lo expuesto se ve que el Tribunal consideró y juzgó el hecho frente a una presunción de culpabilidad por parte de la Empresa, dando aplicación a los principios del artículo 2347 del C. C. que contempla casos de responsabilidad indirecta, es decir, que no proviene inmediatamente de acto personal de su autor, sino de una presunción de culpa que la ley establece contra la persona o entidad de quien ese autor depende, la cual consiste en una falta de vigilancia o en una mala elección.

Etapa de casación

Con base en el numeral 1º del artículo 520 del C. Judicial, el recurrente acusa la sentencia por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 2347 y 2349 del C. C., por haber resuelto el Tribunal que la Empresa demandada es responsable por el hecho de uno de sus empleados cuando éste no se hallaba en el desempeño de sus funciones. Esta es la única acusación. Nada se objeta a la conclusión de esa sentencia en el sentido de condenar a la Compañía demandada por el camino de la presunción que la jurisprudencia ha hallado en el inciso final del artículo 2347 arriba citado, y en el 2349 del mismo C. Civil. Y antes de entrar en el estudio de la demanda de casación, conviene hacer algunas consideraciones alrededor de los textos legales citados.

El artículo 2347 sienta la regla general de que

toda persona es responsable de sus propias acciones frente a las indemnizaciones por daño, y allí mismo se sienta la excepción de que toda persona es civilmente responsable por hechos de quienes estuvieren bajo su cuidado. Y entre estos casos de excepción, habla el texto legal de la responsabilidad de los empresarios por hechos de sus dependientes “que estén bajo su cuidado”, principio éste que se encuentra también en el artículo 2349 en relación con la responsabilidad de los amos por hechos de sus sirvientes “con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos”.

La jurisprudencia ha encontrado en estos dos artículos de nuestro Código Civil un mismo principio de responsabilidad indirecta, dominado por una misma presunción de culpa contra los empresarios, tomando este término en un sentido genérico equivalente a empleador, presunción que encuentra base en lo que dice el último inciso del artículo 2347, a saber: cesa la responsabilidad indirecta si con la autoridad y el cuidado que su calidad de empleador le confiere no hubiere podido impedir el hecho; y que toma base también en lo que expresa el artículo 2349, así: no responderá el empleador si se probare o apareciere que el sirviente se comportó de modo indebido, sin manera de prever e impedir usando el amo el cuidado ordinario y la autoridad competente.

En Francia existen estos mismos principios sobre responsabilidad indirecta, y dice al respecto un comentador de ellos: “La doctrina clásica considera que el fundamento de las diversas responsabilidades establecidas por el artículo 1384 es una presunción de culpa de los padres, artesanos, patrones y comitentes. Hace, además, una distinción en cuanto a la naturaleza de la culpa que se presume. Los padres, profesores y artesanos se consideran como culpables, por no haber prestado la vigilancia necesaria a sus hijos o aprendices; los patrones y comitentes, lo serán, por no haber hecho una elección minuciosa al contratar a sus empleados. Pero la jurisprudencia actualmente tiende a unificar el fundamento de la responsabilidad por hechos ajenos, y a considerar que el origen de la de los patrones y comitentes es una falta de vigilancia, al mismo título que para las otras personas a que se refiere el artículo 1384”. (Bonnetcase. Derecho Civil. Tomo II, pág. 367).

Por su parte un autor chileno, comentando un texto de su Código Civil, igual al nuestro, dice: “La regla de la responsabilidad civil de ciertas personas, por los actos u omisiones de otras que están a su cuidado, es una prescripción de orden social,

y se funda en que las personas que tienen otras a su cuidado o bajo su dependencia deben ejercer la vigilancia necesaria para evitar que cometan daños; y si son negligentes en su cuidado y vigilancia, deben sufrir las consecuencias de su culpa... Al establecer la ley la responsabilidad civil del empresario, sanciona su falta de vigilancia y de cuidado en el ejercicio de las funciones propias de los dependientes, y además la mala elección que ha hecho de los subordinados para confiarles funciones que pueden perjudicar a terceros". (Barros Errázuriz, *Derecho Civil*, Volumen III, págs. 508 y 510).

Todas estas doctrinas, adoptadas por nuestra jurisprudencia, le muestran al demandado —empresario, patrón, empleador en general— que ha sido citado para responder de un daño de que es autor su empleado o dependiente, que para salvarse de la acción debe ante todo buscar la manera de dejar sin efecto la presunción de culpa que sobre él pesa.

Considera el recurrente que el conductor de la camioneta de la Empresa no obraba dentro de sus funciones de empleado de la Compañía, pero ningún esfuerzo hace por establecer esto.

Dice al respecto: "De conformidad con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en fallos que he citado, para que exista la responsabilidad de una persona por el hecho de ser empleado o dependiente es necesario que éste, en la ejecución de tal hecho, haya obrado en el ejercicio de las funciones que le corresponden. De tal manera que esa responsabilidad no existe cuando el empleado ha obrado fuera del ejercicio de tales funciones". ¿Pero se alegó hecho alguno que ponga de presente que el conductor Aponte no obró dentro de sus tareas de empleado de la Compañía? Nada se dijo al respecto. Sólo transcribe y subraya el recurrente algunas consideraciones de la sentencia, consideraciones que hace el Tribunal antes de entrar en la materia sobre presunción de culpabilidad, que plantea así: "Queda aún pendiente la presunción de culpa *in vigilando* que sigue comprometiendo la responsabilidad de la misma Compañía, presunción contra la cual ésta no ha dado prueba en contrario". Y después de hacer examen de los hechos y pruebas que comprometen a la Compañía dentro de esa presunción, decide que ésta es responsable. Se examinaron esos hechos en la demanda de casación, y se consideraron las pruebas que contra la Compañía tuvo en cuenta el Tribunal, a fin de patentizar algún error por parte del Juzgador? Ningún esfuerzo se hizo sobre el particular, y como se dijo, ni siquiera se enunció el caso.

¿Pero no obraba Aponte dentro de sus funciones

como empleado, según lo sostiene el recurrente? Para resolver este caso, no basta con afirmarlo, ni con transcribir conceptos del Tribunal. Es preciso presentar una acusación, provista de los motivos en que se la funda; acusación que no se presentó, tal vez porque en concepto del recurrente no aparece muy claro que Aponte no cumpliera una función de su empleo, en los momentos del daño.

Como lo dijo la Corte, en cuestiones de responsabilidad cada caso constituye un problema de hecho en que es preciso estudiar todas las modalidades y circunstancias que guardan relación con el suceso, a fin de poder apreciar dónde está radicada la culpa. (G. J. Tomo L, pág. 792). Aquí hay que tener presente todas estas circunstancias: la camioneta de la empresa estaba destinada especialmente al transporte de los empleados y servidores de la Compañía; Aponte era único conductor de ese vehículo, de suerte que su servicio como empleado de la Empresa estaba circunscrito por lo general al manejo de tal aparato; cuando ocurrió el daño viajaban en la camioneta otros empleados de la Empresa; hasta tarde de la noche Aponte estuvo esperando a Roberto Zorrilla, Jefe o Administrador de la planta de energía de la Empresa, espera in-sinuada u ordenada por aquél, que para el caso es lo mismo, a fin de que lo llevara a la planta; algún declarante dice que cuando Aponte trató de guardar el vehículo, Zorrilla le manifestó que no debía hacer esto porque tenía que llevarlo a la planta; este mismo declarante, quien por la época del siniestro era también empleado de la Compañía, expresa que "Aponte no andaba arbitrariamente en la camioneta, pues anduvo con Zorrilla, el Jefe de la planta, y los demás empleados de la Compañía"; Aponte dice a este respecto que Zorrilla no le dejó guardar la camioneta, y que él no abusó de ésta en la noche del accidente. Estos datos, sin necesidad de otras citas, dejan ver que no es claro, como lo cree el recurrente, el que Aponte estuviera por fuera del servicio cuando ocurrió el accidente, y entonces las consideraciones del recurrente aparecen muy desprovistas de razón y de base jurídica.

En un caso como el de autos, el perjudicado se encuentra frente a una empresa, y ante ella busca las reparaciones, sin que tenga que ver con el directo autor del daño. La responsabilidad ha de ser el resultado de una vinculación o contacto entre la víctima y el empresario; y si por fuera de esta responsabilidad indirecta quedare otra directa, ella podría dar lugar a una reclamación del empleador contra el empleado, en lo cual nada tiene que ver la víctima del daño. Sobre que Aponte fuera em-

pleado de la Compañía demandada, y fuera el causante del daño, no hay objeción; la objeción se sitúa en la consideración de que Aponte no obró dentro de sus funciones, y para sostener esto se citan, no hechos convicentes, como es lo procedente, sino jurisprudencias de la Corte, que conviene examinar.

Tres transcripciones hace el recurrente, tomadas de sentencias de casación, para tratar de establecer que la responsabilidad no afecta al empresario cuando el hecho fue realizado por un dependiente al margen del servicio a que estaba obligado. Pero de esas tres transcripciones, merece la pena de hacer pausa en una, la principal, porque de ella resulta precisamente que la doctrina que el recurrente invoca para su caso, no influye en los resultados del pleito, y resulta también que se trata de un negocio muy semejante al presente, como se va a ver:

En un violento choque de un camión y un automóvil en la carretera entre Barranquilla y Baranoa, perdió la vida una niña. Los parientes de ésta presentaron demanda de perjuicios contra el Consorcio de Cervezas Bavaria, pues de inmediato se sindicó como responsable del accidente al chofer que manejaba el camión de la compañía citada. Se opuso ésta al pedimento sobre responsabilidad, escudándose en el hecho de que el conductor del camión tenía patente oficial para su oficio. El Juzgado aceptó este argumento exculpativo y absolvió a la Empresa Bavaria. El Tribunal revocó la sentencia del Juez, y condenó a la Compañía. Dijo que el chofer "conduciendo el camión de propiedad del Consorcio con un cargamento de productos de esa empresa, obraba como empresa por razones de su empleo, de manera que los actos que ejecutara eran actos cuyos beneficios aprovechaban a la empresa, no a él personalmente. De ahí nace la responsabilidad de la Compañía demandada".

A la empresa se le concedió entonces el recurso de casación. Considera el recurrente que se violaron los artículos 2347 y 2349 del C. C. Dice que el hecho dañoso, tratándose de un acto humano, hay que atribuirlo a una persona natural, a un hombre, y no se le puede achacar a una sociedad anónima. Y se pregunta el recurrente: "¿Quién conducía el vehículo en el momento del accidente? No era desde luego una persona jurídica, es decir, una ficción legal". Y llega por este camino a la conclusión de que no cabiéndole a la empresa la imputabilidad del hecho dañoso, tampoco le cabe la responsabilidad de ese hecho.

Alegó también el apoderado de la Compañía que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas sobre

competencia del chofer —carnet de conductor— para descargar de responsabilidad a ésta, de acuerdo con el inciso final del artículo 2347 del C. C.

La Corte entró a analizar los cargos del recurrente y a hacer estudio de los artículos 2347 y 2349 del C. C. y dice lo siguiente:

"Pero fuera de esta responsabilidad directa, hay otra que no por indirecta es menos eficaz, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de personas que están bajo nuestra dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete. Esta ya es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado, sino de presunciones de culpa que la ley establece contra el responsable, culpa que consiste en una *falta de vigilancia* o en una *mala elección*. Ciertamente es que en estas faltas hay ya una culpa, pero ésta no es la causa próxima del daño. La causa próxima del daño reside en el hecho del hijo, del pupilo, el demente, el empleado, el animal o la cosa, mas como la actividad de dichas personas o el hecho del animal o de las cosas debe estar sometido al control y vigilancia de otra persona, la ley presume la culpa de ésta, sin la cual el daño no se hubiera ocasionado". (GACETA JUDICIAL, Tomo 48, pág. 27).

Concretando más la cuestión relacionada con aquellos textos legales, dice esta misma sentencia:

"El caso 4º del artículo 2347 en cuanto a *empresarios y dependientes* se refiere, y el contemplado por el artículo 2349, orientados ambos por la misma idea, se complementan entre sí. El primero hace responsables a los *empresarios* del hecho de sus *dependientes*, mientras estén bajo su cuidado; y el segundo a los *amos* del hecho de sus *servidores* con ocasión del servicio que presten; pero empresarios y empleados dejarán de ser responsables si probaren que no tuvieron medios de prever e impedir el hecho".

Y siguiendo este estudio simplemente explicativo de los alcances de aquellos artículos del Código Civil, se encuentra el párrafo que el recurrente invoca, párrafo que no transcribe en su integridad, y que no expresa la totalidad del pensamiento del Tribunal, pues faltó esto, que es esencial dentro de la doctrina expuesta por la Corte, aplicable al caso presente:

"No obstante, el empleador puede escapar a la responsabilidad demostrando que no tuvo medio de prever o impedir el hecho de su subalterno. En lo cual nuestro sistema se aparta de lo que al respecto dispone el derecho francés en donde según el

aparte 5º del artículo 1384 del Código de Napoleón, los amos y comitentes están expresamente excluidos del derecho de librarse de la presunción de culpa con la prueba de no haber podido impedir la ejecución del hecho dañoso por parte de sus dependientes o nuncios. ¿Pero cuál es la prueba contraria que debe suministrar el amo o empresario en orden a desvacer la presunción de culpabilidad por el hecho dañoso de sus dependientes? Cuando la ley consagra una presunción de responsabilidad persigue también alguno de estos dos fines: o bien permite al autor del daño exonerarse de la responsabilidad probando que no ha cometido ninguna culpa, o bien exige que se establezca que el daño es debido a causa extraña, o a fuerza mayor o caso fortuito. En el primer caso, para saber si hay culpa el juez debe preguntarse si el inculcado obró como hubiera obrado en circunstancias semejantes un hombre avisado y prudente; en el segundo, para saber si hay fuerza mayor o caso fortuito debe establecerse, siguiendo en esto la doctrina de los más modernos expositores, si el tipo del hombre avisado y diligente hubiera estado imposibilitado en circunstancias iguales para obrar de manera distinta a como actuó el autor del daño”.

Y en relación con la razón exculpativa de la Compañía, en la cual se alega competencia o habilidad del chofer, dice la sentencia:

“Pero la ausencia de culpa no consiste en un hecho aislado y único de previsión, como el del empresario o dueño del vehículo cuyo chofer comete con su coche un atropello en la vía pública, que se disculpa alegando haber elegido para ese cargo a persona provista por las autoridades de la debida patente. La patente apenas es uno de los múltiples y diversos factores que en una situación determinada constituyen en la realidad objetiva la noción de vigilancia. No obstante la expedición de la patente, que apenas acreditaría la habilidad técnica del chofer, quedan por saber, porque de eso no dá razón la patente, sus condiciones personales y morales, la prudencia y cuidado con que frecuenta conducir, el estado normal de la máquina cuando emprendió la marcha, etc. Es decir toda una gama de circunstancias especiales en relación con el accidente, de las cuales fluya en el juez la convicción de que el dueño se comportó como hombre avisado y diligente, pero no omitió preocupación ni cuidado en orden a garantizar el mejor servicio de su subalterno o empleado”. (G. J. Tomo 48, pág. 30).

La Sala de Casación no infirmó el fallo del Tribunal, basado en que la presunción de culpa contra la compañía no se destruyó.

Se ha hecho prolijo estudio de este caso, porque el recurrente lo invoca pensando sin duda que lo favorece, cuando no es así. Y tampoco lo favorecen los demás casos citados, que guardan relación con el que se acaba de examinar.

Según el estudio que se ha hecho, lo único que salvaba a la empresa aquí demandada, era el aniquilamiento de la presunción erigida contra ella en los textos citados, como se ha expuesto. El esfuerzo de defensa se ha debido dirigir contra este recurso exceptivo como manera de librarse de la responsabilidad. Lo demás son alegaciones sin incidencia en los resultados del juicio. Por eso dijo la Corte en caso semejante:

“La presunción de culpabilidad por el hecho ajeno que cause daño, no debe deducirse de las teorías expuestas por disertos comentadores nacionales o extranjeros, ni de las decisiones judiciales que prohíjen esas doctrinas. No. La presunción de culpabilidad por el hecho de personas que dependen de otra, natural o jurídica, está establecida de manera preteritoria por el mandamiento del inciso final del artículo 2347 que ordena que la responsabilidad que le pueda corresponder a tales personas, por hecho o culpa de los agentes que estén a su cuidado, cesará si comprobaren que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad es necesario que la persona se descargue probando la ausencia de culpa o que el daño producido por el agente sirviente, artesano, hijo de familia, discípulo, según los casos, se debió a un hecho extraño o a fuerza mayor o caso fortuito”. (G. J. Tomo LII, pág. 761).

Y es conveniente recoger aquí otro concepto de esta misma sentencia de casación, porque es demasiado ilustrativo para el caso que se examina:

“La responsabilidad para el efecto de indemnizar el daño causado por las personas que estuvieren al cuidado de otras, se regula por el artículo 2347 del Código Civil, disposición ésta que no mira, para los efectos de la responsabilidad, si el daño causado por el dependiente, por el criado, por el hijo, por el pupilo, etc., se deba a culpa, descuido o negligencia de la persona que ejecuta el hecho material productor del daño; tiénese en cuenta únicamente, para deducir esa clase de responsabilidad, el cuidado, la vigilancia, la prudencia en la escogencia de los operarios o servidores por parte de la persona natural o jurídica que encarga el cumplimiento de esos menesteres, y por eso dice la ley que cesará la responsabilidad de tales personas si

con su autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho o que con ocasión del servicio prestado los ejecutores, operarios, criados, sirvientes se han comportado de modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente. Estos hechos de falta de previsión, de vigilancia o de mala elección en los agentes u operarios es lo que desplaza y radica la responsabilidad contractual, sobre la persona que está obligada a la vigilancia, a la buena elección y a la previsión en el manejo y conducta de sus empleados o servidores, y para descargarse de esa responsabilidad tiene que demostrar, la persona sobre la cual recae la presunción de responsabilidad, que en la escogencia de esos empleados obró con prudencia, buen juicio y discernimiento y que vigiló, en cuanto estuvo a su alcance, la actuación de los empleados o servidores que ejecutaron el hecho que causó el daño, o que no tenían medios para prever o impedir la ejecución de ese hecho, y mientras esa prueba no sea dada, la presunción queda en pie”.

El recurrente no se preocupó por atacar la presunción. El Tribunal dedujo responsabilidad contra la Compañía demandada, por su conducta descuidada y negligente frente a su empleado Aponete. Dice de éste que según pruebas del proceso, se emborrachaba con frecuencia en la camioneta, hasta en compañía de otros empleados, sin que aparezca la imposibilidad en que estuvo la Compañía para darse cuenta de esa conducta de su dependiente, y agrega: “De manera que no hay término medio: o que la Compañía no vigilaba a su empleado Aponete, o que conociendo su conducta no la quiso corregir, ni impedir que con ella llegara a causar un daño como el de que da cuenta la demanda”. ¿Y qué dice el recurrente sobre todo esto, que es lo sustancial en la sentencia y que ha debido ser objeto de sus acusaciones? Nada dice sustancial. Expresa que la vigilancia del patrón sólo es obligatoria “cuando el empleado se encuentra ejecutando su tarea en obediencia de órdenes recibidas del empresario”. Inaceptable esto. El empresario en este caso estaba obligado a una constante vigilan-

cia sobre su empleado, porque debía saber que era hombre de parranda; y estaba obligado, pues debía ser persona prudente y cuidadosa de los bienes de la Empresa, a saber si el vehículo, un bien valioso de la Compañía, estaba guardado en horas que no eran de servicio. Un Gerente cumplidor de sus deberes estaría preguntando con gran frecuencia: ¿dónde está la camioneta? Como un hombre medianamente cuidadoso y organizado no pierde de vista su automóvil, más que todo porque es prenda que le vale mucho dinero.

Dice también el recurrente “que a la Compañía demandada no le correspondía destruir una presunción de culpa, como equivocadamente lo expresa el fallo acusado”. Es tan equivocado este reproche contra la sentencia, que no se debiera considerar. La presunción de culpa es un fardo que pesa sobre los hombros del empresario. Nadie lo ha de librar de él, y mucho menos el demandante, a quien aprovecha la incomodidad en que el actor se encuentra. ¿Qué hacer entonces? Un esfuerzo debe hacer el empresario para descargarse de la presunción. Pero es él quien debe proporcionarse los elementos de defensa, tarea ésta que no corresponde al actor perjudicado, como lo cree el recurrente.

No se necesitan más consideraciones para llegar a la conclusión de que no se han violado los textos legales que apunta el recurrente, y antes bien, se aplicaron correctamente en 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 CASA la sentencia de fecha trece de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, dictada por el Tribunal Superior de Buga.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. — Pedro Castillo Pineda. — Rafael Ruiz Manrique. — Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — LA ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA NO ES CAUSAL DE NULIDAD

1.—La ilegitimidad de la personería que la ley ha erigido en causal de nulidad, y que de acuerdo con el ordinal 6º del artículo 520 del C. J. constituye también motivo de casación, no es la sustantiva o de fondo, que dice relación al derecho mismo que las partes controvierten dentro del juicio o a la calidad o condición jurídica en que se presentan o son llamadas a él; sino la puramente procedimental o adjetiva, que se refiere a la habilidad de la persona, considerada desde el punto de vista de su capacidad, para evitar el pronunciamiento de sentencia respecto de quienes no han comparecido en debida forma a la controversia:

2.—Apelada la sentencia de primer grado por quien ha tenido y tiene la calidad de demandada, gozaba el Tribunal de plena competencia para decidir, como lo hizo, sobre dicho recurso. El hecho de que por razones extrañas y sobrevinientes al momento de trabarse la controversia, las demandadas perdieran la posibilidad de heredar preferentemente al pretense padre natural, si susceptible de incidir en lo patrimonial sobre las consecuencias de la decisión, no es para modificar la situación jurídica en que los litigantes se encontraban para la fecha de la notificación de la demanda, que es, exactamente, la que corresponde apreciar al sentenciador.

3.—No es óbice para que el superior conozca del recurso interpuesto contra una providencia el hecho de que en ella no aparezca la firma del secretario o que la persona que la haya firmado como tal no era la llamada a hacerlo. Sobre este asunto expuso la Corte: “La facultad de decisión en que se traduce la competencia, es función privativa del Juez a quien la ley se la atribuye, y no son las del secretario. Por lo tanto, la firma con que este funcionario está llamado a autorizar las providencias de aquél, según lo prevenido por el art. 121 del C. J., no puede constituir, como equivocadamente ha solido entenderse, una formalidad esencial a la existencia jurídica del acto,

susceptible como tal de afeitar los límites de la competencia absoluta; representa apenas un requisito de autenticación o de forma respecto del acto jurisdiccional ejercido por el Juez y cuya falta puede ser suplida mediante la aceptación expresa o tácita de las partes en cuyo interés se estableció, cuando a través de la notificación válidamente hecha lo consienten, o dejan vencer el término de la ejecutoria sin presentar reclamo alguno contra él; a la manera que pueden hacerlo en los contratos, para modificar consecuencias que sin ser de su esencia, sí están en la naturaleza de la estipulación”. (G. J., números 2110-2111, págs. 54 y siguientes).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Con fecha diez y seis de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, la señora Antonia Dulcey, en su condición de madre natural de los menores Cecilia, Luis Ernesto, Guillermo Alfonso y Blanca Beatriz Dulcey, demandó por medio de apoderado ante el señor Juez del Circuito de Pacho, a las señoritas Sofía, Paulina y María Josefa Ponce Angulo y a la señora Luis Ponce Angulo de Ponce, presuntas herederas de su hermano legítimo Carlos Enrique Ponce de León Angulo, para que con su citación y audiencia, y previos los trámites correspondientes al juicio ordinario de mayor cuantía, se declare:

a) Que los expresados menores Cecilia, Luis Ernesto, Guillermo Alfonso y Blanca Beatriz Dulcey, son hijos naturales de Carlos Enrique Ponce de León Angulo;

b) Que en consecuencia tienen derecho preferente para heredar a su padre natural;

c) Que, por lo tanto, es nulo el auto de diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete pronunciado por ese mismo Juzgado dentro del juicio de sucesión de Carlos Enrique Ponce de León Angulo, y con el cual se declaró como su he-

redera a la señorita Sofía Ponce de León, en su condición de hermana legítima del causante;

d) Que se condene a la expresada señorita Sofía Ponce Angulo a restituir los bienes hereditarios que administra, junto con sus frutos naturales y civiles; y

e) Que en caso de oposición se condene a las demandadas al pago de la costas del juicio.

Como causales de la declaración de paternidad solicitada, se invocaron estas dos: las relaciones sexuales permanentes y notorias habidas entre los presuntos padres en el tiempo en que tuvo lugar la concepción de los hijos; y de las que nacieron: Cecilia, el 27 de julio de 1931; Luis Ernesto, el 2 de enero de 1933; Guillermo Alfonso, el 23 de agosto de 1935 y Blanca Beatriz el 11 de febrero de 1939; y la posesión notoria del estado civil de hijos naturales, patentizada por el trato, sostenimiento y educación que don Carlos Enrique Ponce les dió por más de diez años continuos, y a virtud de los cuales fueron ellos reputados y tenidos como hijos suyos, por los familiares y amigos y por el vecindario en general.

Adelantado el juicio regularmente, fue decidido en su primera instancia mediante providencia de veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta, en la cual se resolvió:

“Primero.—Declarase que Cecilia, Luis Ernesto, Guillermo Alfonso y Blanca Beatriz Dulcey, hijos naturales de la señora María Antonia Dulcey... son hijos naturales por el lado paterno, del señor Carlos Enrique Ponce Angulo o Carlos Enrique Ponce de León Angulo...

“Segundo.—No se hacen las demás declaraciones por las razones que en la parte motiva de esta providencia se dejan expresadas.

“Tercero.—No se condena en costas”.

De este fallo apeló para ante el Tribunal Superior de Bogotá, el señor apoderado de la demandada Sofía Ponce de León, en donde, mediante sentencia de ocho de noviembre del mismo año (1950) se revocó la de primer grado “y en su lugar declara probada la excepción perentoria consistente en la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada”. Como fundamento de esta conclusión ofrece las siguientes declaraciones:

Por sentencia de 13 de marzo de 1950 proferida por el mismo Tribunal y que luego se ejecutorió, se declaró al señor Alvaro Bernal, como hijo natural de Carlos Enrique Ponce de León, y en consecuen-

cia fue declarado su heredero, dentro del respectivo juicio, con exclusión de sus hermanos legítimos o naturales y en particular, de la señorita Sofía Ponce de León, quien ya se había apersonado en dicho juicio.

“La nueva doctrina de la H. Corte Suprema decide que muerto el padre es posible que prospere la acción de filiación natural propuesta por el hijo contra los ‘causahabientes’ de aquél.

“Ya se vio cómo respecto de las demandadas Paulina, María Josefa y María Luisa Ponce de Angulo, no se afirma siquiera en la demanda que hayan aceptado la herencia de su presunto hermano Carlos Enrique Ponce Angulo. Y revisando las pruebas, tampoco se halla demostrado con las pruebas pertinentes de estado civil la calidad de hermanas legítimas del causante que les atribuye la demanda.

“Y aunque de la demandada Sofía Ponce de León Angulo se dice en el auto de fecha primero de junio del corriente año, precitado, que había sido reconocida como heredera de Carlos Enrique Angulo y había aceptado su herencia, es lo cierto que al tenor del mismo auto dicha heredera quedó excluida por el hijo natural del causante, señor Alvaro Bernal.

“Ahora bien; conforme al artículo 1012 del Código Civil la sucesión de una persona se abre en el momento de su muerte y en ese mismo instante ocurre la *delación* de la herencia, en las sucesiones intestadas (artículo 1013 *ibidem*), cuyo objeto es el de aceptar y repudiar la herencia con efecto retroactivo al momento en que ésta haya sido deferida (artículo 1296 *ibidem*).

“En las sucesiones intestadas son llamados los parientes en el orden que indica el artículo 85 de la ley 153 de 1887 y concurren y son excluidos y representados como se indica en los artículos 86 de la expresada ley y pertinentes de la ley 45 de 1936. Y como en autos no está demostrado que Paulina, María Josefa y Luis Ponce de León Angulo sean hermanos legítimos y herederos del causante Carlos Enrique Ponce de León Angulo, puesto que para serlo necesitarían además haber aceptado en los términos que indican los artículos 1252 y siguientes del Código Civil es lógico concluir que la legitimación en causa o personería sustantiva de la parte demandada es ilegítima o no está probada, circunstancia que inhibe al juzgador para dictar fallo de fondo sobre la acción controvertida en el pleito y lo obliga a reconocer esa falta como excepción perentoria o de fondo.

“Bien se sabe que en nuestro derecho no existen herederos *necesarios* en fuerza de ese principio de

la autonomía de la voluntad según el cual los asignatarios son libres de aceptar o repudiar las herencias que se les defieran, y que sólo en virtud de la aceptación el heredero asume los derechos y obligaciones transmisibles del causante, entre las cuales estaría en el presente caso la de intervenir como legítimo contradictor en el presente juicio de filiación natural, por lo que se ve claro que las demandadas Paulina, María Josefa y María Luisa no son legítimas contradictoras en esta causa y que la demandada Sofía dejó de serlo durante la litis".

De la anterior providencia recurrió en casación el señor apoderado de la parte demandante, formulando contra ella los cargos siguientes:

Primero.—Conforme al ordinal 6º del artículo 520 del Código Judicial, procede el recurso de casación por "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley". Y en el presente juicio se incurrió en las siguientes causales que no fueron saneadas:

a) En la de ilegitimidad de la personería de la demandada Sofía Ponce de León y de su apoderado doctor Julio Sarmiento Vargas, que se produjo, desde que en los juicios correspondientes se declaró a Alvaro Bernal como hijo natural de Carlos Enrique Ponce de León y heredero suyo, con exclusión de la citada doña Sofía, pues que al perder ésta su condición de legítima contradictora por obra de dichas declaraciones, según lo reconoce el Tribunal, perdió asimismo personería para actuar dentro de este juicio.

b) En la de incompetencia de jurisdicción, por dos conceptos: Porque el Tribunal sólo podía aprehender el conocimiento del juicio en segunda instancia, en cuanto la apelación se hubiera propuesto por parte legítima, y se hubiera luego concedido mediante resolución autorizada y notificada "por quien ejerciera la jurisdicción de documentación de acuerdo con las leyes"; y esos requisitos no se cumplieron, el primero por lo dicho anteriormente sobre la pérdida de la calidad de legítimo contradictor de la apelante, y el segundo, por haberse adelantado aquellas actuaciones por quien sólo exhibía el carácter imposible de secretario *ad-hoc*, suplantando ilegalmente la función que corresponde al titular o en subsidio, al oficial mayor. Y porque, si "la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante y, por tanto el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso", como lo establece el artículo 494

del C. J., el Tribunal de Bogotá, carecía de jurisdicción para revocar o reformar el fallo de primera instancia que de ninguna manera podía serle perjudicial a la apelante, excluida como quedó de toda expectativa herencial en los bienes de su hermano, por obra de la declaración judicial de filiación hecha en favor de Alvaro Bernal.

La Sala observa:

a) La ilegitimidad de la personería que la ley ha erigido en causal de nulidad, y que de acuerdo con el ordinal 6º del artículo 520 del C. J. constituye también motivo de casación, no es la sustantiva o de fondo, que dice relación al derecho mismo que las partes controvierten dentro del juicio o a la calidad o condición jurídica en que se presentan o son llamadas a él; sino la puramente procedimental o adjetiva, que se refiere a la habilidad de la persona, considerada desde el punto de vista de su capacidad, para evitar el pronunciamiento de sentencia respecto de quienes no han comparecido en debida forma a la controversia.

"El defecto de personería adjetiva —ha dicho la Corte— que también es susceptible de alegarse como excepción dilatoria, según el artículo 330 del C. Judicial, por su misma naturaleza de vicio procedimental no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado (también de representante legal) por alguna deficiencia o informalidad del poder, o en que el demandante o el demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio, por ser incapaces o personas jurídicas.

"Cuando la representación envuelve la calidad misma con que se reclama el derecho o pretende deducirse al demandado, como en el caso del heredero, tratase entonces de uno de los elementos de la acción, y esa es ya cuestión de fondo que corresponde decidir en la sentencia definitiva. De manera que si ésta, la referida cuestión repútese por una de las partes mal apreciada por el sentenciador, la causal de casación pertinente solamente puede apoyarse en la primera del artículo 520 del C. J." (Casación de septiembre 8 de 1938. G. J. número 1940, pág. 119).

En consecuencia, y por cuanto el hecho en que se apoya este cargo no va dirigido contra la habilidad o aptitud personal de doña Sofía Ponce de León para comparecer al debate, como demandada, sino contra la calidad o condición jurídica a virtud de la cual se le demandó, la supuesta nulidad por defecto de personería adjetivada debe ser desechada.

b) Es absolutamente inobjetable el concepto que

respecto de la competencia para conocer en segunda instancia expone el recurrente, cuando subordina dicha facultad a la condición de parte legítima en quien interpuso el recurso y limita su ejercicio a lo desfavorable al apelante, conforme lo previene el artículo 494 del C. J. Y es precisamente por esta consideración, que apelada la sentencia de primer grado por quien, como la señorita Sofía, ha tenido y tiene la calidad de demandada, gozaba el Tribunal de plena competencia para decidir, como lo hizo, sobre dicho recurso. El hecho de que por razones extrañas y sobrevinientes al momento de trabarse la controversia, las demandadas perdieran la posibilidad de heredar preferentemente al pretense padre natural, si susceptible de incidir en lo patrimonial sobre las consecuencias de la decisión, no lo es para modificar la situación jurídica en que los litigantes se encontraban para la fecha de la notificación de la demanda, que es, exactamente, la que corresponde apreciar al sentenciador.

Por lo tanto, el reparo que en esta consideración se funda, debe asimismo rechazarse.

Finalmente y por lo que hace al cargo de incompetencia del Tribunal para conocer el negocio, por haber autorizado el auto que concedió el recurso un secretario *ad-hoc*, en vez del titular del cargo, o, en su defecto, del correspondiente oficial mayor, se observa:

“La facultad de decisión en que se traduce la competencia, como lo dijo la Corte en sentencia de treinta de enero del año próximo pasado, es función privativa del Juez a quien la ley se la atribuye, y no conjunta con las del secretario. Por lo tanto, la firma con que este funcionario está llamado a autorizar las providencias de aquél, según lo prevenido por el artículo 121 del C. J., no puede constituir, como equivocadamente ha solido entenderse, una formalidad esencial a la existencia jurídica del acto, susceptible como tal de afectar los límites de la competencia absoluta; representa apenas un requisito de autenticación o de forma respecto del acto jurisdiccional ejercido por el Juez y cuya falta puede ser suplida mediante la aceptación expresa o tácita de las partes en cuyo interés se estableció, cuando a través de la notificación válidamente hecha lo consienten, o dejan vencer el término de la ejecutoria sin presentar reclamo alguno contra él; a la manera que pueden hacerlo en los contratos, para modificar consecuencias que sin ser de su esencia, sí están en la naturaleza de la estipulación”. (G. J., números 2110 y 2111, págs. 54 y siguientes).

De otro lado, el artículo 123 del mismo Código

Judicial tiene establecido, que “Las faltas accidentales de los secretarios se llenan por secretarios nombrados por el Juez o Tribunal respectivo, cuando no haya oficial mayor”; lo que para el caso de autos significa, en ausencia de toda prueba en contrario, que ni siquiera el vicio puramente formal que se origina en la defectuosa autorización secretarial de una providencia, pudo producirse en el presente caso, por haberse ésta surtido con un secretario *ad-hoc*, que es precisamente el llamado a reemplazar en su función al titular o al oficial mayor, en su caso.

El cargo resulta pues infundado.

Segundo.—Con fundamento en la causal segunda de casación que hace procedente el recurso en el caso de “no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes”, se ataca el fallo del Tribunal en este negocio, porque —dice el recurrente— al declarar el Juzgado de primera instancia la filiación natural solicitada por los actores, nada desfavorable se decidió para los demandados, excluidos como estaban de la herencia de su hermano, por obra del fallo proferido en el juicio que había adelantado Alvaro Bernal, ni la apelación que interpuso la señorita Sofía, podía dirigirse por consiguiente a modificar dicha situación. Luego al revocar el Tribunal esa declaración, de por sí inmodificable, decidió en el fondo sobre una pretensión no deducida por el apelante.

Se observa:

La pretensión de los actores en este pleito ha sido y es, la de obtener el reconocimiento de su filiación natural paterna, y el consiguiente derecho preferencial a suceder a su pretense padre, frente a los hermanos legítimos de éste; y la correlativa de los demandados no es ni puede ser otra, que la de que se nieguen tales declaraciones, opuestas por su naturaleza, no sólo al interés económico hereditario que hubieran podido pretender, sino al mismo interés moral y familiar, que de muy distinta manera es susceptible de afectarse, a través de aquel reconocimiento. De donde se sigue, que al resolver el sentenciador sobre tales extremos, no otra cosa hizo que pronunciarse exactamente sobre el objeto preciso del recurso, cual era el de calificar en el sentido que, a su juicio correspondía, las pretensiones deducidas por los actores en la demanda.

El cargo, por lo tanto, debe rechazarse.

Tercero.—Por último, se ha hecho valer contra

la sentencia, la causal primera de casación, por estimarla el recurrente como "violatoria, por infracción directa, de los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936", así:

De las cuatro demandadas contra quienes se dirigió la acción, la señorita Sofía Ponce de León había aceptado la herencia de su hermano Carlos Enrique Ponce de León Angulo, para el momento en que la litis se trabó; en consecuencia considera el recurrente, dicha demandada tenía la calidad de legítima contradictora, de que las restantes carecían, y la conservó hasta el momento en que Alvaro Bernal fue reconocido como heredero de mejor derecho en su condición de hijo natural de Carlos Enrique. Luego al calificar el Tribunal esta situación "tenía que confirmar la sentencia de primer grado, pero como en vez de hacerlo se inhibió de decidir en el fondo la controversia y canceló oficiosamente la declaratoria de paternidad natural hecha por el Juez de la causa, es evidente que violó, por infracción directa, los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, que otra solución distinta imponían en presencia de las pruebas con las que se demostraron las relaciones sexuales estables de Carlos Enrique Ponce de León y María Antonia Dulcey y la posesión notoria del estado civil de hijos naturales que respecto de ellos tuvieron y tienen los menores Cecilia, Luis Ernesto, Guillermo, Alfonso y Blanca Beatriz Ponce Dulcey".

Se considera:

El artículo 4º de la ley 45 de 1936, cuyos ordinales 4º y 5º señala el recurrente como quebrantados, por infracción directa, en el fallo del Tribunal, establece los casos en que "hay lugar a declararse judicialmente la paternidad natural", entre los que figuran "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" (4º); y "cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo" (5º).

Ni expresa, ni implícitamente alude el texto de este artículo al punto concreto de la legitimación en causa de quienes activa o pasivamente son llamados a intervenir en esta clase de controversias, de que tratan otras disposiciones, y del cual dedujo el sentenciador la conclusión impugnada por el recurrente en el cargo que se examina. Luego siéndole extraño el contenido de la norma al problema de la personería que el fallo calificó, mal puede sostenerse su quebrantamiento, por falta de aplicación al caso que se ventila en el litigio, en que había de traducirse la infracción directa de que se le acusa.

El cargo, por lo tanto, debe 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 ocho (8) de noviembre de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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.



ACCION REIVINDICATORIA

La calificación del derecho de propiedad como primer elemento de la acción reivindicatoria, comporta un previo examen comparativo de los títulos en que las partes fundan sus respectivas pretensiones, para deducir de aquel estudio cuál de éstas ha de prevalecer sobre los otros.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b). — Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Por escritura número 537 de 12 de febrero de 1940 otorgada en la Notaría Primera de Medellín, María Graciela Ruiz vendió a Gilberto López O. un inmueble ubicado en el barrio Manrique-Continuación de aquella misma ciudad, e identificado según aparece en dicho instrumento.

Este contrato fue luego demandado por la vendedora, y en el juicio que con ese motivo se siguió, el Tribunal Superior de Medellín en sentencia de 13 de junio de 1947 lo declaró rescindido por lesión enorme sufrida por la vendedora, reconociéndole al comprador López el derecho de elegir entre la rescisión y el pago del saldo necesario para completar el justo precio con deducción de una décima parte; se dispuso además, que para el caso de que López optara por el primer extremo, la señorita Ruiz debía cancelarle a aquél la suma que había recibido como precio, junto con sus respectivos intereses.

Al volver el expediente al Juzgado de origen, pidió la demandante que se requiriera a López para que, dentro del término que prudencialmente se le señalara dijera si consentía en la rescisión o complementaba el precio; el Juez, mediante auto de diez y ocho de agosto ordenó que dentro del término de quince días hiciera el demandado la declaración pedida, haciéndole saber que, en el caso de optar por el pago debía verificarlo dentro de un término adicional de cuatro días.

Notificado este auto por anotación en estado, transcurrió el plazo de los quince días, sin que López hiciera manifestación alguna; por lo cual a solicitud de la interesada y previo informe de secretaría sobre vencimiento del término, se dispuso por

el Juez el correspondiente registro de la sentencia, que se llevó a cabo el día 11 de octubre siguiente.

El día 29 del propio mes de octubre, López dio poder al abogado Julio Saldarriaga para que continuara su representación dentro del juicio, manifestando al propio tiempo "que estoy pronto a cumplir la sentencia, pagando el excedente del precio con la deducción legal, pero como tengo algunos derechos que alegar, no haré el pago sino que consignaré el dinero, para que se retenga en poder del Juzgado hasta ser oído".

El día 10 de noviembre siguiente, por medio de escritura número 7472 de la Notaría Cuarta de Medellín, la Ruiz vendió el inmueble que había sido objeto de la controversia a don Miguel Valencia, declarando en dicho instrumento "que la exponente hará entrega de la finca que vende, por medio del señor Inspector de Policía del Barrio Manrique que al efecto será comisionado por el señor Juez Cuarto Civil del Circuito". Para cumplir lo cual, dos días después consignó en el Juzgado la suma que de acuerdo con el fallo, debía reintegrarle a López en el caso de consumarse la rescisión declarada, y solicitó se comisionara al Inspector para que le hiciera entrega del inmueble, como así se dispuso en auto de la misma fecha.

Recibida la comisión por el Inspector, dicho funcionario señaló el día 28 de noviembre para llevar a cabo la entrega; sin embargo, antes de que ésta pudiera verificarse, solicitó López del Juez comitente que, por cuanto nada se había resuelto sobre la oferta de consignación manifestada por él, se reclamara el expediente del comisionado, como al efecto se hizo.

El Juzgado en auto de fecha cuatro de diciembre, negó las pretensiones de López, por considerarlas extemporáneas; pero apelada esta providencia para ante el Tribunal, fue revocada por éste; en su lugar, declaró nulo todo lo actuado a partir de la notificación del auto de 18 de agosto que había dispuesto el requerimiento de López, y dispuso que tal diligencia se surtiera personalmente. Al repetirse la notificación en los términos ordenados por el Tribunal, López declaró no aceptar la rescisión, y en el mismo acto consignó la parte de precio a que estaba obligado por el fallo. En consecuencia, la entrega ofrecida por la Ruiz a Valencia no pudo

verificarse, y la venta acordada entre éstos, quedó prácticamente sin efecto.

Fue así, como en escrito de nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, repartido al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, decidieron los señores Miguel Valencia y Graciela Ruiz demandar, por medio de apoderado a Gilberto López O., para que en juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones:

“Primera.—La señorita María Graciela Ruiz fue propietaria o dueña de la casa a que se refiere la sentencia del H. Tribunal Superior de Medellín de trece de junio de mil novecientos cuarenta y siete (13—1947) hasta el día diez (10) de noviembre del propio año, fecha en que la enajenó a don Miguel Valencia D.

“Segunda.—Don Miguel Valencia D. es dueño o propietario de la casa que el diez (10) de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947) le vendió la señorita María Graciela Ruiz por medio de la escritura número 7472 extendida en la Notaría 4ª de este Circuito en dicha fecha.

“Tercera.—El señor Gilberto López O. como actual poseedor de la casa situada en esta ciudad, con el terreno donde está edificada distinguida con el número 44-27, demás mejoras y anexidades consistentes en instalaciones de agua y luz eléctrica con sus contadores propios, dos inodoros, pasamanos, etc., etc., en la manzana 8ª del Barrio Manrique-Continuación, lote marcado con el número 59, que linda: Por el frente, que da al norte, en una extensión de diez varas con la calle 2ª, hoy 72 o Restrepo Isaza; por el Este, en una extensión de cuarenta y una varas, con diez y seis centésimas con propiedad de Roberto González Montoya; por el occidente, con propiedad de Seguros y Urbanización, S. A., hoy de otro dueño, en una extensión de cuarenta y tres varas ochenta y ocho centésimas; y por el centro, que da al sur, con el borde de una barranca que separa el lote de la quebrada “La Honda”, está en la obligación de restituir o entregar al señor don Miguel Valencia D. dicha propiedad, dentro del término de tres días a partir de la **ejecutoria de la sentencia**, con todos sus frutos naturales y civiles, y no sólo los percibidos, sino los que el actor hubiera podido percibir con **mediana inteligencia y actividad**, habiendo tenido la casa en su poder considerado el demandado como poseedor de buena fe, todo previas las prestaciones mutuas a que haya lugar.

“Cuarta.—El señor López O. está en la obligación de pagar a la señorita Ruiz, los frutos naturales y civiles de la casa según la sentencia del H. Tribunal de que se ha hecho mérito, desde el veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), fecha en que se le notificó la demanda aludida, hasta el nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947); y al señor Valencia D. los mismos frutos desde el día diez (10) de noviembre de este año de 1947 hasta la fecha en que haga la restitución, según la anterior declaratoria.

“Quinta.—La declaración de nulidad de lo actuado en el Juzgado 4º Civil de este Circuito, pronunciada por el H. Tribunal Superior de Medellín el nueve (9) de abril del año que cursa *no afecta* ni a la señorita Ruiz, pues había ya enajenado la casa, ni al señor Valencia D. como tercero comprador de dicho inmueble.

“Sexta.—La providencia dictada por el H. Tribunal el mencionado nueve (9) de abril del corriente año de 1948, es nula por incompetencia de jurisdicción en el H. Magistrado que la pronunció por corresponder el asunto al H. Magistrado doctor González V., quien conoció del negocio y lo falló en segunda instancia.

“Séptima.—Las costas son de cargo del demandado”.

Esta demanda fue decidida por el Juez del conocimiento en fallo de dos de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en el sentido de negar las declaraciones propuestas y de absolver consecuentemente al demandado de los cargos correspondientes. Más tarde, al decidirse el recurso de apelación que contra dicha sentencia se propuso, el Tribunal Superior de Medellín, la confirmó en providencia de veintiseis de junio de mil novecientos cincuenta, fundándose para ello en las siguientes consideraciones:

“Importa destacar el hecho de que la Ruiz enajenó el inmueble a Valencia, antes de que el demandado López hiciera la elección a que le daba derecho el fallo proferido por el Tribunal. Asimismo importa dejar establecido que cuando la Ruiz verificó la segunda venta de ese inmueble, éste se encontraba en litigio, puesto que se discutía ante el Juez 4º Civil de este Circuito, primero, y luego ante el Tribunal si López, a virtud de la sentencia de 13 de junio de 1947 dictada por el Tribunal y que declaró la rescisión, por lesión enorme, se allanaba a completar el precio, y si convenía en la res-

cisión. Ocurrió lo primero, esto es, que López completó este precio, como lo dispuso la sentencia, y por lo mismo se purificó el vicio de que adolecía la venta hecha primitivamente.

“Atinadamente razona el Juez en la sentencia de primer grado al decir del artículo 1875 del C. C. es el que viene a definir el problema que se discute en este juicio. Dice esa disposición: ‘Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión, será preferido al otro; si ha hecho la entrega a los dos, aquél a quien se haya hecho primero será preferido; si no se ha hecho la entrega a ninguno, el título más antiguo prevalecerá’.

“A López se le hizo la entrega desde el año de 1940, y a Valencia hasta la fecha no se le ha hecho, porque esa entrega quedó condicionada a que la haría un tercero, cual fue el señor Inspector del Barrio Manrique, como claramente se hizo constar en la escritura de venta otorgada por la Ruiz a Valencia, y el Inspector, según ya se vio, recibió contraorden del Juez para la entrega cuando el Tribunal anuló la actuación, por no habersele notificado personalmente a López el requerimiento; de donde el Inspector quedó legalmente imposibilitado para cumplir la voluntad de las partes contratantes, es decir, de la vendedora Ruiz y del comprador Valencia.

“Por demás está decir que el título de López es con mucho anterior al de Valencia, ya que el primero tiene fecha 12 de febrero de 1940, en tanto que el de Valencia tiene fecha 10 de noviembre de 1947; de donde resulta la pertinencia de la disposición antes transcrita.

“Otra forma de argumentar la parte demandante consiste en afirmar que hubo incompetencia de jurisdicción al fallar sobre la nulidad de la actuación, toda vez que esa nulidad no la declaró el señor Magistrado doctor González V., a quien correspondía por haber conocido antes del juicio, en que se declaró la lesión enorme, sino otro Magistrado. Sobre esto se dice que, aparte de que el Tribunal goza de autonomía para dictar sus propios reglamentos, es un hecho cierto que de acuerdo con el artículo 449 del C. de P. C., no puede alegarse la nulidad en los casos de incompetencia de jurisdicción cuando ésta se entiende prorrogada; y es evidente que si la nulidad que ahora se alega, hubiera existido, debería haberse alegado ante el Juez del conocimiento en aquel juicio y si así no lo hizo el que entonces creyó lesionados sus derechos, no le es dable al Tribunal venir ahora a hacer tal declaratoria de nulidad en este juicio separado de otro

en que se dice existió; y el hecho de no haberse alegado, implica necesariamente una prórroga de jurisdicción de conformidad con el artículo 153 en armonía con el 449 del C. de P. C.

“Por otra parte, no puede aceptarse la afirmación que hace el señor apoderado de la parte actora, de que tanto la señorita Ruiz como el señor Valencia, estaban al margen de la nulidad declarada por el Tribunal, ya que la señorita Ruiz era la actora en este juicio y por lo tanto no podía ignorar las providencias que en él se dictaban.

“Son las que preceden, las razones que tiene el Tribunal para no entrar a revisar el auto acusado de nulidad.

“La acción reivindicatoria propuesta no está llamada a prosperar porque aun cuando están probados los cuatro elementos que en estos casos exige la ley, a saber: cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; derecho de dominio en el demandante; posesión material en el demandado; e identificación de la cosa, sin embargo el título presentado por el actor no es oponible al que presenta el demandado, cosa ésta que se deduce del análisis que se dejó hecho en otro pasaje de esta sentencia.

“Para corroborar lo anterior, se transcribe el siguiente párrafo tomado de una sentencia de la H. Corte: ‘Al confrontar dos series opuestas de títulos, no es menester remontarse al originario, buscar la *probatio diabólica*, sino comparar la calidad de los títulos tomando como punto de partida el más antiguo que pueda estimarse como firme’. (Casación. Tomo LXI, números 2040 y 2041, octubre 28 de 1948).

“Por lo que hace a la petición sobre pago de frutos al demandado, habría lugar a ellos si conforme a la sentencia de rescisión, López hubiera convenido en ello. Así lo dice claramente la sentencia en su numeral tercero: ‘Si el demandado conviene en la rescisión, debe pagar a la actora el valor de los frutos del inmueble...’. Pero ya se vio que el demandado no convino en la rescisión, sino que se allanó a completar el precio; luego esta petición tampoco puede ser declarada’.

De este fallo recurrió en casación la parte demandante, y con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., la acusa como violatoria de la ley sustantiva, así:

“Por aplicación indebida y errónea: ... de las disposiciones contenidas en los artículos 2610, 2611, inciso 3º, 2652, incisos 1º y 2º, y 2575 del Código Civil, en relación con los artículos 473, 742, 743 y ss. del Código Judicial; por cuanto el H. Tribunal

de Medellín, en la sentencia demandada desconoció la existencia de fallos ejecutoriados y la normación legal relativa al notariado y registro, con evidente perjuicio para los intereses de mis representados, y especialmente del señor Miguel Valencia D."

Y "por falta de apreciación de las pruebas traídas al proceso, o indebida apreciación de las mismas, con evidente violación de los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. C., en relación con los artículos 473 y 474 del C. J., por cuanto que si los fallos proferidos por autoridad competente debía producir los efectos a que estén llamados, de acuerdo con la ley, al desconocer el H. Tribunal la sentencia que lleva fecha 13 de junio de 1947 y por medio de la cual se rescindió el contrato de venta celebrado entre la señorita María Graciela Ruiz y el señor Gilberto López O., que consta en la escritura pública número 337 de fecha 12 de febrero de 1940, pasada ante el Notario Primero de Medellín y registrada con fecha 24 de los mismos mes y año en la oficina de registro respectivo, anuló el contrato de venta perfeccionado entre la citada Ruiz y mi poderdante señor Valencia..., sin que tal nulidad o declaratoria siquiera de estar afectado tal contrato de vicio alguno hubiera sido materia del debate; y en consecuencia, violando también la disposición constitucional contenida en el artículo 26 de la Carta, por cuanto el señor Valencia no fue parte en ese juicio.

"Con igual sin razón —agrega el recurrente— el Honorable Tribunal, en la sentencia acusada, hace referencia y dá certero fundamento al fallo en la aplicación del artículo 1873 del C. C. que al efecto transcribe, como cuestión indubitable del fallo. Pero es de advertirse que el artículo en referencia determina situaciones opuestas entre la entrega y el título que quieren hacer prevalecer dos o más personas. Pero en el caso de autos, como queda demostrado atrás, el título de López no puede tener alguna prevalencia después de dictado el fallo rescisorio por lesión enorme, ya que como se expresa en la sentencia respectiva, el contrato rescindido mediante ella no tiene ningún efecto posterior por estar afectado de tal vicio; y sólo media entre vendedora y comprador, la relación de devolución de una suma de dinero. Más claro aún: el H. Tribunal declaró insubsistente el título de López en la sentencia rescisoria por lesión enorme; y el mismo Tribunal, en la sentencia acusada, nuevamente le dá nacimiento al título, olvidándose de que, por decisión de él mismo, ya se había declarado carente de viabilidad y de existencia. Siendo esto evidente, es manifiesto también que el fallo

del H. Tribunal debe infirmarse, porque al parecer el título de mi mandante señor Valencia con el de López, que, se repite, fue anulado por la propia decisión del H. Tribunal, se incurrió en grave error que esa H. Corte debe enmendar".

La Sala considera:

"La reivindicación o acción de dominio, dice 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"; por ello agrega el artículo 950 siguiente, "La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa". De esta suerte, y como lo ha estado entendiendo la Jurisprudencia, la calificación del derecho de propiedad como primer elemento de la acción, comporta un previo examen comparativo de los títulos en que las partes fundan sus respectivas pretensiones para deducir de aquel estudio, cuál de éstos ha de prevalecer sobre los otros.

En el caso que es materia de este juicio, el dominio que cada una de las partes pretende, arranca de un mismo origen, cual es el derecho que la señorita Graciela Ruiz tuviera sobre el mencionado inmueble, y que sucesivamente transmitió al demandado señor López en 1940 y al actor señor Valencia después, conforme a escritura pública número 7472 de 10 de noviembre de 1947; por lo cual y si de calificar el derecho prevalente originado en tales títulos se tratará, sin lugar a otras incidencias, sería inobjetable la conclusión a que con fundamento en el artículo 1873 del C. C. llegó el Tribunal sentenciador cuando teniendo en cuenta el orden cronológico de los acuerdos y su competente inscripción en el registro, le reconoce superioridad al que exhibe el demandado. Pero como según los antecedentes que se dejan relacionados, para la fecha de la segunda de tales ventas, se había declarado la rescisión de la primera, por causa de lesión enorme sufrida por la vendedora, reservando al comprador la facultad de aceptar la rescisión o pagar el complemento del justo precio con deducción de una décima parte, la prevalencia que de tales títulos resulta no puede ya establecerse frente al simple orden cronológico de las dos enajenaciones, sino teniendo en cuenta la situación jurídica resultante de aquella decisión.

Ahora bien. En la expresada providencia, el sentenciador no fijó término dentro del cual debiera el demandado señor López hacer la elección que la ley le reconoce entre la aceptación de la rescisión y el complemento del justo precio; por lo tanto, el término de ejecución o cumplimiento quedó virtual-

mente subordinado al principio de que trata el artículo 549 del C. J., según el cual "Puede exigirse la ejecución de las resoluciones judiciales desde que éstas queden ejecutoriadas si en ellas mismas no se fija el plazo para el cumplimiento de las obligaciones que declaren". Pero como ese término de ejecutoria quedó vencido en el propio Tribunal, sin que dentro de él se ejercitara por López aquella facultad, que era al propio tiempo una obligación, es obvio entonces, que con el vencimiento de dicho plazo y posterior inscripción de la sentencia en el competente registro, el título de éste quedó definitivamente invalidado y la señorita Ruiz en aptitud jurídica de enajenar, como lo hizo, el inmueble que había sido objeto de aquella primera negociación.

Ni cabe argüir contra esta consecuencia el hecho de que al volver el expediente al Juzgado, la demandante solicitará el señalamiento de término dentro del cual debía su contraparte ejercer la facultad de elección declarada por el fallo, y de que, como consecuencia de tal señalamiento, el señor López hubiera manifestado, válidamente según lo resuelto incidentalmente por el Tribunal, su voluntad de completar el justo precio, cuyo monto consignara al efecto, quedando así insubsistente la rescisión decretada.

El señalamiento de término que a solicitud de la misma demandante hizo el Juzgado, bien podía hasta mirarse como el otorgamiento de un nuevo plazo hecho por la parte interesada en la ejecución de la sentencia, y de haberse realizado la acción facultativa para la cual se concedía dentro de ese tiempo y antes de que el fallo se registrara, hubiera producido aún respecto de terceros, como para el caso lo es el demandante en este juicio, la consecuencia natural de dejar sin efectos la declaración rescisoria.

Sin embargo no sucedieron así las cosas. El auto mediante el cual acordó el Juez ese nuevo plazo se notificó por anotación en estado, como corresponde a todas las providencias que se dictan dentro del procedimiento de ejecución de las sentencias cuando ésta no comporta la necesidad de un nuevo juicio (artículo 550 del C. J.), o el negocio no ha estado paralizado por más de seis meses (artículo 322 *ibid.*). Pero como la facultad sólo se ejercitó cuando ya ese plazo había expirado a través de aquella notificación, y cuando además había sido registrada por disposición del propio funcionario que debía hacerla ejecutar, mal podía entonces la errónea apreciación del Tribunal sobre la forma como debía notificarse el requerimiento, invalidar los efectos ya consumados de la sentencia, ni me

nos contra el interés de un tercero, a quien la inscripción en el registro le había dado la garantía de su estabilidad y firmeza.

Incurrió, pues, en error de derecho el Tribunal sentenciador al apreciar los efectos de la sentencia que había invalidado por causa de lesión enorme sufrida por la vendedora el contrato acordado entre la Ruiz y el señor López, para darle prevalencia, y como consecuencia de ese error, violó, por aplicación indebida, el artículo 1873 del C. C. ya que declarada como estaba la rescisión de aquel contrato, no podía —jurídicamente hablando— dar en venta separada una misma cosa a dos personas, a efecto de hacer prevalecer derecho de quien primero hubiera entrado en posesión de ella.

El cargo es, por consiguiente fundado.

Para proferir en instancia el fallo que debe reemplazar al recurrido se considera:

Según se ha dicho, el demandante don Miguel Valencia adquirió de la señorita Graciela Ruiz por escritura pública número 7472 de 10 de noviembre de 1947 de la Notaría Cuarta de Medellín, "Un lote de terreno con casa de tapias y tejas, señalado con el número 44-57, demás mejoras y anexidades consistentes en instalaciones de agua y luz eléctrica con sus contadores propios, dos inodoros, pasamanos, etc., situada en esta ciudad de Medellín, en la manzana 8ª del Barrio Manrique-Continuación, lote marcado con el número 59, que linda: Por el frente, que dá al norte, en una extensión de diez varas, con la calle 2ª, hoy 72 o Restrepo Isaza; por el Este, en una extensión de cuarenta y una varas con diez y seis centímetros (41.16), con propiedad de Roberto González Montoya; por el occidente, con propiedad de Seguros y Urbanización, S. A., en una extensión de 43-38; y por el centro queda al sur, con el borde de una barranca que separa el lote de la quebrada "La Honda". Esta escritura conforme al correspondiente certificado, no ha sido cancelada, y debe prevalecer sobre la que al mismo título le fue otorgada al demandado señor López, tal como se dijo al examinar los cargos en casa-ción.

Y como el demandado señor López, resulta además ser el actual poseedor de dicho inmueble según lo reconoce en la contestación de la demanda, se encuentran comprobados todos los extremos necesarios a la viabilidad de la acción reivindicatoria que por lo tanto debe prosperar, junto con la consiguiente declaración sobre el pago de frutos naturales y civiles, a partir del veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, en que fue no-

tificada la demanda, hasta la fecha en que se haga la restitución (artículo 964 del C. C.).

Tanto al demandado señor López; como a la demandante Graciela Ruiz les debe quedar a salvo su derecho para el cobro de las recíprocas prestaciones emanadas del fallo sobre rescisión de que se ha hecho mérito, y que son extraños a esta controversia.

Por lo que hace a las peticiones sobre nulidad de que tratan los apartes quinto y sexto del libelo, no es el caso de hacer declaración alguna específica dentro de este juicio, por tratarse de simples informalidades procedimentales dentro de un juicio distinto y cuya significación jurídica dentro del presente, ha quedado ya determinada.

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 de fecha dos de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, revoca la de primer grado pronunciada por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, y en su lugar, FALLO:

Primero.— Declárase al señor Miguel Valencia dueño de un lote de terreno con casa de tapias y tejas, señalado con el número 44-57, demás mejoras y anexidades consistentes en instalaciones de agua y luz eléctrica, con sus contadores propios, inodoros, pasamanos, etc., situado en la ciudad de Medellín en la manzana 8ª del Barrio Manrique-Continuación, lote marcado con el número 59, que linda: Por el frente que dá al norte, en una extensión de diez varas, con la calle 2ª, hoy 72 o Restrepo Isaza; por el Este, en una extensión de cua-

renta y una varas con diez y seis centímetros (41-16), con propiedad de Roberto González Montoya; por el occidente, con propiedad de Seguros y Urbanización, S. A., en una extensión de 43-38; y por el centro que da al sur, con el borde de una barranca que separa el lote de la quebrada "La Honda".

Segundo.— Condénase al señor Gilberto López O. como actual poseedor del expresado inmueble, a restituirselo al señor Miguel Valencia, junto con los frutos naturales y civiles que haya producido o podido producir desde el veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948) hasta la fecha de la restitución. El valor de tales frutos se determinará de acuerdo con el procedimiento sobre ejecución de la sentencia.

Quedan a salvo los derechos del demandado señor López y de la demandante Graciela Ruiz, por concepto de las prestaciones a que haya lugar con ocasión del fallo sobre rescisión de que trata la parte motiva de esta providencia.

Tercero.— No hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones restantes de la demanda.

Cuarta.— Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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.

DENTRO DEL REGIMEN DE LA LEY 28 DE 1932, CADA UNO DE LOS CONYUGES DEBE CONSIDERARSE COMO DUEÑO EXCLUSIVO DE LAS ACCIONES Y DEFENSAS JUDICIALES VINCULANTES Y VINCULADAS A LOS BIENES QUE POSEIA AL CÁRSARSE Y DE LOS QUE ADQUIERA LUEGO A CUALQUIER TITULO

1.—La interpretación judicial de un contrato no viene a ser en definitiva sino una cuestión de hecho, establecida a través de factores, que a su vez, probatoriamente, deben estar demostrados en el juicio en que se debate, entre los contratantes, el sentido de aquél. De ahí que la interpretación hecha por un Tribunal, de un determinado contrato, no pueda desestimarse en casación, sino cuando se alega un manifiesto error de hecho, que ponga de presente la evidencia de una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los pactantes. De allí se originan las reglas que gobiernan la soberanía de los Tribunales en la interpretación de los contratos, sujeta, para los efectos de la casación, a que ella sea manifiestamente errónea en relación con los términos del convenio interpretado y con las pruebas allegadas al proceso; y la doctrina de que cuando una cláusula se presta o dá lugar a más de una interpretación, y el sentenciador acoge una de ellas, no hay lugar a que se produzca el error evidente de que habla la ley, porque, por lo menos, existe la duda, circunstancia que aleja la condición de manifiesto del error en la interpretación.

2.—Cuando existe duda acerca de una cuestión de hecho, originada en las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurre en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, al aceptar una de ellas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente, es indispensable que esa cuestión de hecho no sea dudosa.

3.—La simple disparidad de criterios entre el recurrente y el sentenciador, no es motivo suficiente para casar la sentencia por error de hecho manifiesto.

4.—El error de hecho en la apreciación de la prueba, no sólo requiere una afirmación

o negación del Tribunal, sino que ésta se halle contradicha por otras pruebas de mayor fuerza, o que de la misma prueba determinada surja de modo incontestable el error de aquél.

5.—El instrumento privado no tiene mérito de prueba por sí solo, con excepción de los instrumentos negociables, según el artículo 49 de la Ley 46 de 1923, y solamente lo adquiere con la fuerza de la confesión judicial cuando ha sido legalmente registrado o reconocido, expresa o tácitamente, por la persona obligada y en las condiciones señaladas por la ley. Importan estas nociones por el fenómeno que se opera en los casos de impugnación judicial de un instrumento privado, que al ser impugnado por la parte contra quien se exhibe, queda desnudo de toda fuerza demostrativa, y obligado quien lo aduce o presenta, que es quien afirma su autenticidad, a demostrarla. No acontece esto mismo cuando la impugnación se refiere a un instrumento público, porque hay entonces en favor de él una presunción legal de autenticidad, que debe destruir quien la ataca, y que no ampara a los instrumentos privados, de modo que quien los impugna no echa sobre sí obligación ninguna.

6.—Cada uno de los cónyuges, por virtud de la separación real que establece el nuevo régimen de la Ley 28 de 1932, se considera y debe considerársele como dueño exclusivo de los bienes que poseía al casarse y de los que adquiriera luego a cualquier título; por obra consecencial, debe también considerársele como dueño exclusivo de las acciones y defensas judiciales vinculantes y vinculadas a esos mismos bienes, y como terceros entre sí en los actos administrativos y dispositivos del otro.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Epifanio Peláez R. y Tomás Botero P., el primero de enero de 1938, suscribieron un documento, el cual fue protocolizado bajo la escritura 356 de 23 de julio de 1939, de la Notaría del Circuito de Salamina (Caldas), y en él consta un contrato de administración de la finca "La Florida" con los ganados que en ella pastaban, quinientas veinte reses (520), avaluadas de común acuerdo en la suma de \$ 27.000.00, para los fines de computar las utilidades y los de la liquidación, en la debida oportunidad.

A título de remuneración, se acordó que Tomás Botero P., tendría derecho al veinte por ciento (20%) de las utilidades líquidas que resultaran durante su administración, es decir, "que le corresponderá el veinte por ciento de las utilidades previa deducción de los gastos generales que ocurran y que por no estar obligado a hacerlos por su cuenta en virtud de este documento, hayan de hacerse en común".

Muerto don Epifanio Peláez R., algunos de sus herederos en nombre de la sucesión, pidieron en juicio de cuentas, la respectiva rendición al administrador Tomás Botero P., con base en aquel contrato. En sentencia de 30 de julio de 1945, el Juez del Circuito de Salamina, condenó al demandado Botero P.: "a rendirle cuentas comprobadas a los sucesores o representantes del señor Epifanio Peláez, diez días después de estar en firme esta providencia, de la administración de la finca territorial denominada "La Florida", del municipio de Marulanda, y de los ganados existentes en ella en la fecha en que la recibió, desde el primero de enero de mil novecientos treinta y ocho hasta el diez y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y tres".

En escrito de 27 de agosto de 1945, el señor Botero P., en cumplimiento del decreto judicial que le ordenó rendir las cuentas presentó relación de las operaciones, consignándolas en ese memorial, la que dada en traslado a la parte demandante, la vetó, presentando el correspondiente pliego de objeciones en número de diez. A su vez, él demandado rechazó éstas al contestar el traslado que de ellas se le dio.

Trabado el juicio ordinario de allí en adelante, el Juzgado del conocimiento en sentencia de 17 de agosto de 1948, le puso fin a la primera instancia, así:

"Primero.—Condénase al señor Tomás Botero Peláez a pagar un saldo de cuatro mil seiscientos treinta y tres pesos con cincuenta centavos, procedentes de sus cuentas como administrador de la finca territorial denominada "La Florida", según contrato protocolizado en la Notaría de esta ciudad en escritura número 356 de 23 de julio de 1939, contrato que fue celebrado con el señor Epifanio Peláez R.

"Segundo.—Condénase al señor Tomás Botero P., a pagar el valor de dos toretes, valor que será liquidado conforme a los trámites del artículo 553 del C. J. De tal valor tiene derecho a deducir el obligado Botero el 20% que en ellos le corresponde.

"Tercero.—El monto total a que se refieren los numerales anteriores los pagará el señor Botero P., a los sucesores o representantes del señor Epifanio Peláez R.

"Cuarto.—Sin costas".

La apelación que las partes interpusieron contra ese fallo dio motivo a la segunda instancia, que tramitada ante el Tribunal Superior de Manizales, terminó con la sentencia de 26 de julio de 1950, en la cual se declara:

"Primero.—El saldo que se deduce en contra del responsable señor Tomás Botero Peláez, en este juicio de rendición de cuentas que los herederos del señor Epifanio Peláez le iniciaron en el Juzgado Civil del Circuito de Salamina, se fija en la cantidad de *seis mil ochocientos ochenta y nueve pesos* (\$ 6.889.00), valor éste a que ascienden las cuentas hechas por dicho Botero y cuyos valores no aparecen entregados por él al señor Peláez, ni a herederos de éste.

"Segundo.—Del anterior valor dedúcese a favor del responsable Botero, la cantidad de *seis mil setecientos cincuenta pesos con cincuenta centavos* (\$ 6.750.50) que le corresponden como equivalentes al veinte por ciento a que tiene derecho, de acuerdo con el contrato firmado por Botero Peláez y el causante Peláez, porcentaje que se deduce de la cantidad de \$ 33.752.50, valor éste a que ascienden las utilidades del negocio de los ganados, a que se refiere dicho contrato.

"Tercero.—En consecuencia, el saldo que queda en contra de Botero Peláez de acuerdo con lo dicho

en los numerales anteriores, es la cantidad de *ciento treinta y ocho pesos con cincuenta centavos* (\$ 138.50), que el responsable pagará a los representantes de dicha sucesión, una vez fijado el valor a que se refiere el numeral siguiente de este fallo, y sumado a lo que de acuerdo con él se fije.

“Cuarto.—Condénase al mismo Botero Peláez a pagar a la mentada sucesión, el valor de los dos toreros vendidos a los señores Bernardo Botero y Pacho Velásquez, valor éste que se fijará de acuerdo con el procedimiento indicado por el artículo 553 del C. J. De este valor tiene derecho Botero Peláez a deducir el veinte por ciento que de acuerdo con el contrato de que se ha hablado, le corresponde también.

“Quinto.—En los términos anteriores queda reformada la sentencia de primera instancia”.

“Sexto.—Sin costas”.

Previo estudio de la obligación legal de rendir cuentas, en que está toda persona que administra bienes ajenos, y de fijar su alcance en relación con el contrato de administración que origina las presentadas por Botero Peláez, el Tribunal, en principio, estima a éstas como insuficientes, por tratarse de una simple relación de las ventas de los ganados de la finca “La Florida”, por no contener el movimiento de entradas, el aumento de semovientes, etc. Pero que, como Botero Peláez, al contestar las objeciones, en parte corrigió esas anomalías, dice el sentenciador, proceder al estudio de esas cuentas, con base en las objeciones y descargos producidos en la actuación.

La primera y segunda objeciones, se declaran como no justificadas, por el sentenciador, y para ello aduce: que la primera, tuvo su razón de ser al principio, pero que perdió su importancia más tarde con las declaraciones suministradas por el responsable en su contestación, por lo que había de partir de lo estipulado en el contrato celebrado entre Peláez R. y Botero Peláez, según el cual se entregó a éste 520 cabezas de ganado, por valor de \$ 27.000; que “según el libro de cuentas que llevaba Botero Peláez, el valor de toda venta de ganados que hacía lo iba restando del capital inicial de \$ 27.000”; “quedando producido el balance parcial después de cada partida abonada”, para poder computar después de la liberación de la obligación inicial, “las utilidades del negocio y el porcentaje que a dicho Botero correspondía después como utilidad. En

cuanto a la segunda objeción, afirma que dada la característica especial del negocio, había que aceptar las operaciones relacionadas por Botero Peláez, por lo menos, en cuanto al número de semovientes a que cada operación se refiere”, pues ellas vienen a constituir “confesiones aprovechables al demandante y que perjudican al demandado”.

La tercera objeción, o sea la consistente en haber dejado de anotar en las cuentas, la relación de los ganados nacidos o criados en “La Florida”, tampoco se justifica, según el Tribunal, porque si en las rendidas no aparece tal relación, no debe perderse de vista que Botero no recibió un número de cabezas de ganado para administrárlas en determinada forma, sino que recibió un ganado avaluado en \$ 27.000.00 sin que se sepa, por qué en el documento no se dice, si era ganado de cría o de ceba, la clase de administración, la forma de explotación, etc. Que el aumento que se echa de menos en la objeción, por razón de nacimientos y crías, resulta, implícitamente comprendidos en la relación hecha por el responsable, porque verificadas las operaciones sobre compras, ventas y entrega de reses, se pone de manifiesto el aumento por nacimientos ocurridos en la finca administrada.

Las objeciones quinta y sexta, las considera el sentenciador como que tienen el mismo fundamento y el mismo descargo y las declara no probadas, con base en que, “la señora Carmen Tulía Peláez excluyó la quinta parte de los ganados de ‘La Florida’, al solicitar el secuestro preventivo de los bienes de la sucesión de don Epifanio Peláez R., afirmando que esa “quinta parte correspondía a Botero”, y que el apoderado de aquélla, de Ana Félix Ospina, “hizo relación juramentada de las cuatro quintas partes, excluyendo la participación que en la totalidad de los ganados correspondía a Botero” en esos ganados, y también en aquel juicio.

Las objeciones séptima y octava fueron rechazadas y no han sido motivo de ataque especial en casación.

En cuanto a la novena objeción, dice la sentencia que el responsable niega el retiro de esos ganados a que esta objeción se concreta, menos el de la partida de 75 novillos, de los cuales afirma no ser de propiedad del causante Peláez R., y se agrega que: “se ve en el caso de aceptar lo expresado por el apoderado del responsable, declarando no probado el cargo hecho por el objetante por lo siguiente: primero, y en cuanto hace a las siete primeras partidas que se dicen fueron sacadas por Botero, porque, a más de que éste niega el cargo, el demandante u objetante nada hizo por probarlo; y segundo,

porque aunque el responsable no niega el retiro de los setenta y cinco novillos, verificado el 28 de agosto de 1943, lo cual aparece también establecido con la declaración de Carlos Hernández, mayordomo de la finca en tal época y con las declaraciones de los arrieros de ese ganado, señores Víctor Arredondo y Santiago Ruiz, quienes dicen además que tal ganado pertenecía a "La Florida", y estaban marcados con tres boquetes en la oreja, hechos con sacabocados, marca ésta con la cual se señalaban los ganados comprados por la finca dicha, estas afirmaciones aparecen desvirtuadas por lo dicho por Hernández al final de la declaración de que se habla"; con lo dicho por el mismo testigo Arredondo según declaración rendida por él en el juicio de sucesión de don Epifanio Peláez, y ratificada en este juicio; con la declaración del mismo Santiago Ruiz, con la de Antonio Serna y con la de Juan Bautista Valencia, declaraciones que reproduce parcialmente el sentenciador, en los puntos pertinentes relacionados con sus conclusiones.

En cuanto a la décima objeción, concluye la sentencia declarando que, "la suma de los valores por los cuales debe responder Botero, según el examen que de tal objeción se deja hecho, son los siguientes: por venta de los terneros a Camilo Echeverri, \$ 220.00; por tres toretes vendidos a Faustino Mejía, \$ 340.00; por un torete vendido al señor Santiago Pérez López \$ 100.00; total, \$ 600.00 que se cargarán en su contra, más el valor de los toretes vendidos a Bernardo Botero y Pedro Velásquez, cuyo precio se fijará, según se dijo antes, de acuerdo con el procedimiento indicado por el artículo 553 del C. J."

Finalmente, examina el Tribunal, la objeción cuarta, relativa "a los valores de los ganados de 'La Florida' que el señor Botero Peláez vendió, y que según el objetante, aquél adeuda a la sucesión de don Epifanio, mientras no exhiba los correspondientes recibos del causante señor Peláez".

"Respondiendo a esta objeción, dice el apoderado del señor Botero Peláez, que esos valores ascendieron a \$ 60.856.00, suma que fue entregada a don Epifanio en diversos contados, fué del valor de las cinco reses de que se habló al examinar la objeción tercera, el cual fue invertido en la construcción de dos casas en 'La Florida', como ya lo tenía dicho. Para probar la entrega de los valores de que se habla, el apoderado de Botero Peláez presentó siete recibos firmados por don Epifanio, de las siguientes fechas: del 25 de diciembre de 1940; del 18 de febrero de 1940, del 10 de febrero de 1939; del 14 de marzo de 1938, del 12 de junio de 1941,

del 21 de junio de 1941; y del 14 de julio de 1942, recibos en los cuales expresa su firmante Peláez haber recibido del señor Tomás Botero Peláez, todos los dineros recaudados por éste de la administración de "La Florida", quedándole a dicho Botero el porcentaje que le correspondía según el documento firmado entre ellos.

"De modo que según tales recibos, Botero Peláez hizo entrega a don Epifanio del valor de todas las ventas que había verificado hasta el cuatro de julio de 1942, fecha ésta del último de tales recibos, quedando a su favor el porcentaje que le correspondía, según el documento o contrato firmado entre ellos.

"Aunque los recibos de que se ha hablado no fueron propiamente rechazados como falsos, el apoderado de los demandantes sí pidió, en la primera instancia, el examen de ellos por peritos grafólogos, con el fin de que se examinara si las firmas puestas al pie de ellos eran autógrafas del señor Epifanio Peláez, si el contenido de ellos había sido escrito por el propio signatario, y si sus fechas eran auténticas, pero tal prueba, aunque decretada, no se practicó por no haberse suministrado, por quien la pidió, los documentos necesarios para la confrontación de tales firmas, lo cual obliga a dar a tales recibos valor, ya que, quien tenía interés en demostrar su falta de autenticidad, nada hizo por establecerla. También presentó el apoderado del señor Botero Peláez dos constancias firmadas por la señora Ana Feliz de Ospina, una de fecha 10 de septiembre de 1942, en la cual expresa la firmante: que como ya hace algún tiempo asumió al administración completa de los bienes de la sociedad conyugal con su esposo Epifanio Peláez, hecha en tal fecha una liquidación de los negocios pertenecientes a dicha sociedad, y que maneja el señor Tomás Botero Peláez, declara que ha recibido todos los valores recaudados por éste, y que, en consecuencia, dicho Botero está a paz y salvo por todo concepto, con la citada sociedad conyugal, quedando pendiente a favor de Botero P., y con cargo a dicha sociedad, el porcentaje sobre los negocios que administra. En la otra constancia que es de fecha 28 de noviembre de 1942, expresa la citada señora Ospina: haber hecho en la fecha liquidación de los negocios pertenecientes a la sociedad conyugal y que maneja el señor Tomás Botero Peláez, y haber recibido todos los valores recaudados por éste, en consecuencia de lo cual, dicho Botero está a paz y salvo por todo concepto, con la citada sociedad conyugal, quedando pendiente a favor de Bo-

tero y con cargo a dicha sociedad, el porcentaje sobre los negocios que administra.

“A las anteriores constancias se les quiso desconocer su valor por la parte demandante, y al efecto, adujo con tal fin, la declaración de la señora Ospina, recibida ante el Juez 1º Municipal de Manizales el día tres de abril de 1942, declaración en la cual dice dicha señora que Tomás Botero le pidió que le firmara dichas constancias o manifestaciones, para demostrar después que se le quedaba debiendo el valor de su administración de la finca, pero que realmente ella no recibió dinero de sus manos por concepto de la misma administración; pero, lo cierto es que, la misma señora, en diligencia de la misma fecha, y ante el mismo Juez, expresó: “Es cierto que las firmas que aparecen al pie de las constancias o manifestaciones de fechas 10 de septiembre y 28 de noviembre de 1942, respectivamente, y que se me ponen a la vista (se le mostraron dos constancias que se acompañaron a la diligencia) y donde dice ‘Ana de Peláez’, tales firmas las puse allí de mi puño y letra y son las mismas que acostumbro en todos mis actos públicos y privados y es cierto su contenido”.

“Visto lo anterior, estima el Tribunal, que a los anteriores finiquitos debe reconocérseles valor, y aceptar de acuerdo con ellos, que el señor Botero Peláez sí hizo entrega de los dineros provenientes de los ganados que vendió, hasta el 28 de noviembre de 1942, fecha ésta de la última constancia o manifestación de la señora Ospina de Peláez.

“El señor Juez de la primera instancia rechaza los finiquitos de que se ha hablado, firmados por la señora Ospina de Peláez, por razón de que, cuando se dieron por ésta, aún no había muerto don Epifanio Peláez; porque no aparece en los autos copia de contrato alguno celebrado entre don Epifanio y dicha señora, y por el cual encargara a ésta de la administración de sus bienes, ni aparece tampoco nombramiento hecho por autoridad a dicha señora Ospina, como encargada de tal administración.

“Pero el Tribunal considera que ello para el caso no es preciso, si se tiene en cuenta lo siguiente: primero, que la señora Ospina aparece actuando en este juicio sobre rendición de cuentas, no sólo como cónyuge sobreviviente de don Epifanio Peláez, sino como cesionaria de los derechos litigiosos que en él se discuten; y segundo, porque como tal, deben perjudicarles tales finiquitos, los cuales ella no ha desconocido, y al contrario ha aceptado o reconocido en forma expresa, por lo cual perjudican no sólo a ella sino también a su codemandante, con lo cual dicha señora Ospina forma una sola parte den-

tro del juicio; es decir, que tal prueba si es valedera a favor del demandado Botero P., por emanar ella de su misma demandante.

“Por lo anterior, el Tribunal considera aceptable el descargo del señor Botero Peláez, en cuanto hace al monto de las entregas que debía hacer hasta el día 28 de noviembre de 1942, fecha ésta del último finiquito otorgado a su favor por la cesionaria demandante señora Ana Ospina de Peláez.

Más, como la última venta de ganados hecha por Botero Peláez en el año de 1942, aparece verificada el doce de noviembre según la relación presentada, y el veintiseis del mismo mes, según el libro, es decir, con anterioridad al veintiocho del citado noviembre fecha del último finiquito otorgado por la señora Ospina de Peláez, y como en el año de 1943, según tales libros y relación, aparecen ventas hechas por el citado Botero, de cuyos valores no ha comprobado su entrega, de ellos tendrá que responder y por lo cual deben cargársele como saldo en su contra. Tales ventas ascienden a 49 animales, por valor de \$ 6.229.00, de la cual debe descontarse el veinte por ciento que corresponde al responsable.

Examinase nueva y sintéticamente, por el sentenciador, el conjunto de las objeciones para concluir:

En resumen:

Debe Botero Peláez a la sucesión de don Epifanio Peláez por valor de ventas que hizo y que no incluyó en sus cuentas \$	660.00
Más debe el mismo Botero a la sucesión por valor de ganados que vendió en 1943, cuya entrega no ha probado.....	6.229.00
Total.....	\$ 6.889.00
Debe la sucesión de don Epifanio Peláez al señor Tomás Botero Peláez, por razón del 20 % que le corresponde sobre los \$ 33.752.50, que fueron las utilidades del negocio, según las ventas, la cantidad de	\$ 6.750.50
Diferencia a favor de la sucesión y a cargo del responsable señor Tomás Botero Peláez	138.50
Sumas iguales.....	\$ 6.889.00

El recurso

Este fallo de segundo grado, fue recurrido en casación por el apoderado de los herederos de don Epifanio Peláez, recurso que la Sala decide por estar agotado su correspondiente trámite. La causal invocada es la primera del artículo 520 del Código Judicial, y los motivos de la impugnación, son los de ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

Errores de hecho

1º Manifiesto error de hecho en la interpretación del contrato de administración celebrado entre don Epifanio Peláez y Tomás Botero Peláez, el primero de enero de 1938, con violación consecucional de los artículos 2342, y 2181 del Código Civil.

Segundo aparte. Relativo al contrato de mandato, por falta de plena aplicación de los artículos 1849 y 2079, de la misma obra, el primero de los cuales configura el contrato de compraventa, y el segundo el contrato de sociedad, por indebida aplicación al caso; y por último el artículo 1125 del C. J., por falta de aplicación”.

Explica este cargo el recurrente, diciendo en síntesis: 1º Que la índole, naturaleza, alcance y características del contrato en estudio son las de un mandato de administración, respecto la finca “La Florida” y sus ganados; que sus estipulaciones hablan una u otra vez de administración, llaman, a Botero administrador, delimitan sus facultades dispositivas, y en la cláusula *Novena* se previó que las ventas de ganados se harían de común acuerdo con el dueño, y señala los honorarios del administrador, fijándolos en veinte por ciento de las utilidades líquidas, y sin que sus términos revelen indicios recónditos de constituir una sociedad entre Peláez y Botero, dentro de la cual el aporte del primero fuese el ganado y el del segundo la administración. Que, “todas estas modalidades que configuran el contrato de mandato, y no otro, se imponen en la interpretación de cada una de las cláusulas del documento según lo ordenan los artículos 1618 y 1622 del C. C. De esta manera, cuando las partes avalúan en la cantidad de \$ 27.000.00, las 520 reses que recibió el administrador en la finca, hicieronlo con el ánimo de fijar una base que sirviera para liquidar el porcentaje de utilidad o rendimiento de ese ganado; en manera alguna con el propósito de que el administrador ‘tomase’ ese ganado según la idea del Tribunal, ni tampoco el que

naciera en la finca, o el que comprara para ésta, pues todo continuaba siendo de propiedad de don Epifanio Peláez”.

“2º En que, ‘el porcentaje de remuneración del administrador, no es dable fijarlo sino sobre la base de las cuentas *documentadas* que él tenía que rendir como lo prescribe el artículo 2181 del C. C. y se lo ordenó el Juez. El contrato no le confiere al administrador el derecho a la quinta parte de las existencias de ganado que aparezcan en un momento dado, ni a su producido, pues primero hay que examinar cuáles son en realidad las utilidades líquidas, para deducir de ellas, y solamente de ellas la remuneración. Por tal razón precisan las cuentas, que den razón circunstanciada del movimiento de los ganados, de las pérdidas, de los nacimientos, de las compras, de las ventas y de los gastos de la administración. El mismo contrato estipula que estos gastos deben deducirse para determinar las utilidades, sobre las cuales se cubre el porcentaje de remuneración, representado en una suma de dinero, y no en ganado’.

“3º El Tribunal al señalar el alcance del contrato se escuda en la declaración que la señora Carmen Tulia Peláez formuló cuando solicitó el secuestro preventivo de los bienes de la sucesión de don Epifanio, de que la quinta parte de los ganados de ‘La Florida’, pertenecían a Botero Peláez; y en relación juramentada del abogado Bernardo Mejía, de los bienes de la misma sucesión, de la cual excluyó la misma quinta parte de dichos ganados. Pero estas declaraciones carecen de importancia pues apenas demuestran que sus autores incurrieron en un error al interpretar el contrato cuya naturaleza no puede ser cambiada por ellos. Los contratos se configuran por el carácter que sus cláusulas le inspiran. Ni las mismas partes los modifican por las denominaciones que les asignen.

“En consecuencia, el Tribunal incide en un evidente error al interpretar el contrato contenido en el documento, asignándole alcances que no armonizan con la figura del mandato allí contenido, pues ni el mandatario adquirió la quinta parte del ganado, cual si se tratara de una enajenación, por venta, ni entre las partes se constituyó ninguna clase de sociedad.

“Es verdad que el Tribunal no habla de enajenación, como tampoco alude a ninguna clase de asociación; mas su concepto sólo se explica o entiende jurídicamente dentro de la reglamentación civil de la compraventa, o de la sociedad; sacándolo de allí se hace imposible encuadrarlo o clasificarlo dentro de las normas legales. Por ello nadie extraña

que invoque como violados, además, de los artículos 2142 y 2181 relativos al mandato, los artículos 1849 y 2079 relativos a la compraventa y la sociedad.

“Error evidente de hecho en la apreciación probatoria que el Tribunal hizo de las declaraciones de Carlos Hernández, Víctor Arredondo, Santiago Ruiz, Ramón Rincón, José Antonio Serna y Juan Bautista Valencia, con los cuales estimó que las 75 reses que fueron sacadas de ‘La Florida’, el día 28 de agosto de 1943, para trasladarlas a la finca de Palmira, de propiedad de Botero Peláez, pertenecían a éste. A virtud de este error manifiesto el Tribunal quebrantó las siguientes disposiciones: del C. Judicial los artículos 696 y 701, el primero por falta de aplicación, y el segundo por indebida aplicación; y el artículo 2181 del C. Civil, por haber descargado al mandatario de una partida que, no fue justificada”.

Transcribe el recurrente, el análisis que el sentenciador hace de las declaraciones atacadas, para criticarlo y expresar cómo en su sentir debe apreciarse, para concluir afirmando que con tales testimonios se comprueban estos hechos:

“1º Que desde antes de la administración de la hacienda de ‘La Florida’ por Tomás Botero, y durante ella, el ganado de ‘La Florida’ se marcaba con dos boquetes en la oreja, en los ganados que nacían en la finca, y tres boquetes, para los que se compraban con destino a ella; 2º que los 75 novillos fueron comprados por el mayordomo de ‘La Florida’, Carlos Hernández, recomendado para ello, y fueron llevados hasta la finca donde pastaban cuando de allí fueron trasladados a la hacienda de Palmira; y 3º que ese ganado estaba marcado con tres perforaciones en la oreja, con que se distinguía el ganado de ‘La Florida’, que se compraba con destino a ella”.

Que, “nada más se requiere para acreditar que las 75 reses pertenecían a los ganados de ‘La Florida’, porque desde que se compraron se les dio esa destinación y no otra. Y como el ganado que había en ‘La Florida’, durante la administración de Tomás Botero, no pertenecía a éste, sino a don Epifanio Peláez, que era su dueño, de ahí se sigue que aquél no ha justificado el descargo como lo resolvió el Tribunal. Y para los efectos de la propiedad de don Epifanio sobre los 75 novillos ninguna importancia tiene el que este ganado no estuviera distinguido con el herrete E. P., marca de don Epifanio, porque este signo lo usaría en otras partes y para otros ganados, pues está implícitamente acreditado que sus ganados de ‘La Florida’, los distinguía desde antes de encargarse Botero de la ad-

ministración, y durante ésta, con dos o tres perforaciones en la oreja, según que se tratara de reses marcadas en la finca, o compradas con destino a ésta”.

Se considera:

1º La interpretación judicial de un contrato no viene a ser en definitiva, sino una cuestión de hecho, establecida a través de factores, que a su vez, probatoriamente deben estar demostrados en el juicio en que se debate, entre los contratantes, el sentido de aquél. De ahí, que la interpretación hecha por el Tribunal, de un determinado contrato, no puede desestimarse en casación, sino cuando se alega un manifiesto error de hecho, que ponga de presente la evidencia de una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los pactantes. De allí, se originan las reglas que gobiernan la soberanía de los Tribunales en la interpretación de los contratos, sujeta para los efectos de la casación, a que ella sea manifiestamente errónea en relación con los términos del convenio interpretado y con las pruebas allegadas al proceso; y, la doctrina de que, cuando una cláusula se presta, o dá lugar a más de una interpretación, y el sentenciador acoge una de ellas, no hay lugar a que se produzca el error evidente de que habla la ley, porque, por lo menos, existe la duda, circunstancia que aleja la condición de manifiesto del error en la interpretación.

En el caso en estudio, el sentenciador no se atuvo solamente a los elementos probatorios a que alude el recurrente para fijar el alcance del contrato de mandato de administración que examinaba, sino que partió de sus propias estipulaciones, estimándolas como faltas de claridad, por deficiencia en la determinación del procedimiento que debía emplear el administrador en el ejercicio de su cargo; pero, en su integración, las complementó con el examen del libro de contabilidad llevado por el administrador Botero Peláez, sobre el movimiento de la finca, cargos y descargos por compras y ventas, abonos a la partida de \$ 27.000.00 en que fue avaluado el ganado objeto del negocio, al iniciarse éste; y, con las declaraciones y explicaciones hechas por el cuentadante al contestar las objeciones hechas a la cuenta que había rendido. La declaración de la señora Ospina de Peláez y la relación de bienes presentada por el apoderado de ésta, las estima el sentenciador como que refrendan aquellas situaciones creadas con la ejecución del contrato por parte del administrador.

Así las cosas, “cuando existe duda acerca de una

cuestión de hecho originada en las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurre en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas al aceptar una de ellas, para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente es indispensable que esa cuestión de hecho no sea dudosa"; ahora bien, el mismo recurrente plantea la duda al afirmar que, "es verdad que el Tribunal no habla de enajenación, como tampoco alude a ninguna clase de asociación; mas su concepto sólo se explica o entiende jurídicamente dentro de la reglamentación civil de la compraventa, o de la sociedad", lo que por otra parte, evidencia una disparidad de criterios entre el del sentenciador y el del recurrente, que no es motivo suficiente para casar la sentencia, por error de hecho manifiesto en la interpretación del contrato. En consecuencia se rechaza el cargo.

2º El error de hecho en la apreciación de la prueba, no sólo requiere una afirmación o negación del Tribunal, sino que ésta se halle contradicha por otras pruebas de mayor fuerza, o que de la misma prueba determinada surja de modo incontestable el error de aquél.

La cuestión de hecho planteada por el recurrente, se presta a través de las declaraciones atacadas, a conclusiones opuestas, como a las que llegan éste, y el sentenciador; y la negación del Tribunal, no está contradicha en el proceso, con ninguna otra prueba de igual o mayor fuerza que la apreciada, como sería el caso en que se hubiera presentado el registro oficial de los signos marcadores especiales para los ganados pertenecientes al negocio de administración de 'La Florida'. Así las cosas, la negación del Tribunal, al considerar los setenta y cinco novillos, como no incorporados a los ganados de la hacienda 'La Florida', deducida de las declaraciones atacadas, no revela la presencia de un error evidente en su apreciación. En consecuencia, se rechaza el cargo.

Errores de derecho

a) "Error de derecho en la apreciación de los supuestos siete recibos cuyas firmas se atribuyen a don Epifanio Peláez, de las siguientes fechas: 25 de diciembre de 1940; 18 de febrero de 1940; 10 de febrero de 1939; 14 de marzo de 1938; 12 de junio de 1941; 21 de junio de 1941; y 14 de julio de 1942. Con este error el Tribunal quebrantó el artículo 645 del C. J., que es disposición sustantiva, por indebida aplicación, lo cual fue motivo para que se violara también el artículo 2181 del C. Civil, al encon-

trar comprobada la partida de dinero que suman los recibos".

Como fundamentos del cargo se presentan: que, "según los mencionados recibos Botero Peláez hizo entrega a don Epifanio Peláez del valor de todas las ventas que había realizado hasta el 4 de julio de 1942, fecha del último recibo, quedando a su favor el porcentaje que le correspondía según el documento o contrato firmado entre ellos"; que el Tribunal formuló una apreciación de carácter probatorio, contraria a la ley, al arrojar la carga de la prueba de la autenticidad de los recibos a la parte contra la cual se presentan, desde el momento que expresa que, esos documentos no fueron reconocidos pero tampoco tachados de falsos propiamente, y como el objetante de la autenticidad, no suministró los elementos necesarios para la práctica de la prueba de confrontación de las firmas, aquél se consideró obligado "a dar a tales recibos valor, ya que, quien tenía interés en demostrar su falta de autenticidad, nada hizo por establecerlo".

Que, "el hecho de que el apoderado de los demandantes hubiese solicitado que los recibos se sometieran al examen de grafólogos, inmediatamente fueran presentados, en manera alguna significa el reconocimiento de ellos por dicha parte, pues la solicitud claramente tuvo el sentido contrario, de una objeción a la autenticidad. El apoderado demandó la prueba de grafólogos para acreditar la falsedad. Después abandonó la práctica de ella porque no era a los demandantes a quienes incumbía hacer esa demostración, ya que la autenticidad del documento privado no se presume, y corresponde a quien se apoya en él acreditarla, suministrando la prueba de que no adolece de falsedad".

Que, el artículo 645 del C. J. autoriza a la parte contra la cual se presenta un documento privado para adoptar una de estas dos actitudes: "o tachar el documento de falsedad si lo cree falso; o limitarse a objetarlo. Cualquiera de esas actitudes arroja sobre la otra parte la obligación probatoria de establecer que el documento es legítimo"; y que, "para objetar el documento bastará cualquier indicación que dé a entender que la contraparte no estima auténtico el documento privado"; tal aconteció en autos con la manifestación del demandante solicitando la presencia de expertos para que examinaran los recibos exhibidos, indicación clara de que se duda de su legitimidad y constitutiva de una clara objeción contra el documento.

b) "Error de derecho en la apreciación de los finiquitos suscritos por la señora Ana de Peláez con fechas 10 de septiembre y 28 de noviembre de 1942

(fls. 10 y 11 del cuaderno número 3), y consiguiendo violación del artículo 647 del C. J., por indebida aplicación y del artículo 2181 del C. Civil y 1º de la ley 28 de 1932.

“El señor Juez de primera instancia les negó fuerza probatoria a los expresados recibos, firmados por la señora Ospina, por razón de que cuando se expidieron por ésta aún no había muerto don Epifanio Peláez; y porque en los autos no aparece demostrado contrato alguno celebrado entre don Epifanio y su esposa, por el cual aquél, encargara a ésta de la administración de sus bienes, ni aparece tampoco el nombramiento hecho por autoridad, a la mencionada señora, encargándola de tal administración.

“El Tribunal replica erróneamente al sólido argumento del Juzgado diciendo: ‘Primero, que la señora Ospina aparece actuando en el juicio no sólo como cónyuge sobreviviente de don Epifanio, sino como cesionaria, con Carmen Tulia Peláez, de la totalidad de los derechos litigiosos que en él se discuten; y segundo, porque como tal, deben perjudicarles tales finiquitos, y no sólo a ella sino también a su codemandante, con la cual la señora Ospina forma una sola parte dentro del juicio’.

“Este concepto del Tribunal es ilegal. Bien sabido es que el artículo 1º de la ley 28 de 1932, mientras subsista el matrimonio, mira a los cónyuges como separados de bienes, al punto que ellos entre sí son terceros en los actos administrativos y dispositivos del otro. Por tal razón ni la mujer tiene derecho ni facultad para intervenir en la administración del patrimonio del marido, como viceversa el marido tampoco, a menos que medie, en uno u otro caso, mandato general o especial.

“Por tal razón, como bien lo dice el Juez, los finiquitos autorizados por doña Ana Feliz son inoponibles a don Epifanio Peláez, y por lo mismo a sus herederos, que están actuando en el presente juicio.

“La inoperancia de los recibos, inclusive contra doña Ana Feliz se hace ostensible con sólo observar la declaración contenida en ellos de que dicha señora tenía la administración completa de los bienes de la sociedad conyugal; afirmación que entraña un hecho jurídicamente imposible, pues en ese momento la sociedad conyugal no tenía vida real, por vivir ambos cónyuges, cada uno administrando su propio patrimonio.

“También es un grave error estimar que tales recibos comprometen el interés que en el juicio está representando la señora Carmen Tulia Peláez, por el solo hecho de ser codemandante de las cuentas con la señora Ana Feliz. Esta condición en manera

alguna hace solidaria a la primera con los actos de la segunda antes de que hubiera juicio. La mancomunidad entre las diferentes personas que componen una misma parte se refiere a los actos propiamente procesales, pero no reza con las obligaciones contraídas por ellas fuera del proceso, aun cuando tales obligaciones vengan luego a debatirse en él. Aún la misma mancomunidad en el proceso, que no es solidaria, es relativa, pues ella no se predica sino en las acciones que tienen por objeto cosas indivisibles.

“Además, si los mencionados finiquitos de doña Ana Feliz son inoponibles a don Epifanio Peláez, sus herederos son igualmente extraños a ellos, en juicio como fuera de juicio, de manera que la cuota que cada uno de ellos representa no puede ser comprometida bajo ningún concepto.

“En esta situación, el Tribunal no ha debido darles valor a los finiquitos, por lo menos en cuanto hace a la señora Carmen Tulia Peláez, y las cuotas hereditarias que ella representa en el juicio. Por haberles dado mérito el sentenciador quebrantó el artículo 637 del C. Judicial, por indebida aplicación; e igualmente quebrantó el artículo 1º de la ley 28 de 1932, por no haber tenido en cuenta el régimen de bienes entre cónyuges establecido por esta disposición; y el artículo 2181 del C. C.; en razón de que los mencionados finiquitos no justifican el descargo que la sentencia reconoce a favor del demandado”.

Se considera:

1º Según los artículos 1761 del C. C., 637, 643 y 645 del C. J., los documentos privados no tienen el valor de prueba, sino cuando han sido previamente registrados, o reconocidos o mandados a tener como tales con las exigencias legales, o cuando están tácitamente reconocidos, o sea, cuando han obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, sin que se les haya objetado o redarguido de falsos, con la obvia excepción, de aquellos cuya autenticidad presume la ley.

De la aplicación e interpretación de estas reglas generales de derecho probatorio positivo, han surgido las doctrinas aceptadas por la jurisprudencia, que en seguida se transcriben:

“El instrumento privado no tiene mérito de prueba por sí solo, con excepción de los instrumentos negociables, según el artículo 4º de la ley 46 de 1923, y solamente lo adquiere con la fuerza de la confesión judicial cuando ha sido legalmente registrado o reconocido expresa o tácitamente por la persona

obligada y en las condiciones señaladas por la ley. Importan estas nociones por el fenómeno probatorio que se opera en los casos de impugnación judicial de un instrumento privado, que al ser impugnado por la parte contra quien se exhibe, queda desnudo de toda fuerza demostrativa, y obligado quien lo aduce o presenta, que es quien afirma su autenticidad, a demostrarla. No aconteció esto mismo cuando la impugnación se refiere a un instrumento público, porque hay entonces en favor de él una presunción legal de autenticidad que debe destruir quien la ataca, y que no ampara a los instrumentos privados, de modo que quien los impugna no echa sobre sí obligación ninguna". (G. J. Tomo XLIX, pág. 97). Y en desarrollo y ampliación de ésta, la siguiente:

"La parte contra la cual se produce un documento privado no revestido de autenticidad, no está siempre obligado a tacharlo de falso, para evitar su reconocimiento tácito, pues a este fin le basta que —como la ley lo permite— lo objete, desconozca o rechace en cualquier forma que signifique su propósito de no reconocerlo, y entonces corre a cargo de la parte que lo aduce la obligación de probar su legitimidad, si aspira a que se le asigne pleno valor probatorio. Por consiguiente, cuando se formula una objeción con aquella finalidad o intención, no puede darse el reconocimiento tácito de que habla el artículo 645 del C. J., porque es de la pasividad, silencio o aquiescencia implícita de la parte obligada de donde la ley infiere su voluntad de reconocer, la cual sería antimónica o absurda pretender encontrar cuando media una manifestación expresa de no reconocimiento". (G. J., Tomo LXVIII, pág. 1071, números 2087, 2088).

En el presente juicio, la parte demandante formuló objeciones a las partidas provenientes de las operaciones de ventas de ganados ejecutadas por el administrador de la finca "La Florida", en el período a que se contraen los recibos o finiquitos cuyo mérito se estudia, y al ser presentados éstos como pruebas de descargos, o documentos justificativos de aquéllas, fueran desconocidos. Para ello, solicitó en el término probatorio respectivo, y dentro del cual se exhibían, su examen por grafólogos, para que se estableciera por este medio, si las firmas puestas al pie de ellos eran autógrafas del señor Epifanio Peláez, si su contenido había sido escrito por el propio signatario, y si sus fechas eran auténticas. Por su parte, el demandado cuentadante, en la misma instancia, pidió la práctica de una prueba más o menos semejante, como se desprende del

memorial que figura a los folios 12 y 13 del cuaderno número 3.

Ambas pruebas naufragaron: la primera por abandono del peticionario, y la segunda, no fue admitida por el juzgado del conocimiento; quedando así, en esta forma, sin establecerse la autenticidad o legitimidad de los comprobantes, por parte de quien los exhibía, y por quienes los habían hecho objeto de su no reconocimiento.

En esta situación procesal, en que a quienes se les oponían los documentos, adoptaron por el medio defensivo, no propiamente de la querrela de falsedad, sino por el de la impugnación, por no reconocimiento de los comprobantes o finiquitos, ante todo, debió procederse por la parte que los adujo, a la comprobación de su legitimidad, por los medios ordinarios de prueba. La posición de los impugnadores, de no reconocimiento, ubicó a la contraparte en la necesaria y obligante de demostrar la legitimidad de esos documentos, sencillamente, por ser quien la afirmaba y tener interés en que así se reconociera.

Como el Tribunal le asignó valor probatorio a unos documentos que, no tienen mérito de prueba por sí solos, por no estar reconocidos expresa, ni tácita, ni presuntivamente en el juicio, ni antes de él, por quien se afirma ser su otorgante o autor, y rechazados por sus causahabientes, so pretexto de que éstos se abstuvieron de comprobar su impugnación, según noticias procesales, resulta equivocada esa apreciación del sentenciador, por cuanto le dio un valor probatorio, que no tienen a los finiquitos, violando así el artículo 645 del C. J., y consecuentemente, el 2181 del C. C., por considerar esos comprobantes, como los documentos requeridos para justificar la partida materia de la objeción, la cual dado el éxito del cargo, se declara probada, y tendrá en cuenta para los efectos de fijar el débito del cuentadante.

2º Son cuestiones definitivas, y en tal forma, aceptadas por la jurisprudencia:

"Que la ley 28 de 1932 consagró una separación patrimonial práctica tanto en los matrimonios anteriores como en los posteriores, a la ley, sin destruir la institución de la sociedad conyugal; y estableció en unos y otros matrimonios una administración dual autónoma y no una conjunta y de consuno. Que confirió a cada cónyuge potestad dispositiva y administrativa absoluta, sin limitación alguna, en relación con los bienes adquiridos por cada cual a partir del 1º de enero de 1933, no quedando el marido, como la mujer, únicamente con capacidad para comprar y vender, sino también para eje-

cutar todos los actos idóneos a la administración de sus haberes.

Que, cada uno de los cónyuges, por virtud de la separación real que establece el nuevo régimen, se considera y debe considerársele como dueño exclusivo de los bienes que poseía al casarse y de los que adquiriera luego a cualquier título; por obra consecuen- cial, debe también considerársele como dueño exclusivo de las acciones y defensas judiciales vincu- lantes y vinculadas a esos mismos bienes, y como terceros entre sí en los actos administrativos y dis- positivos del otro.

Así las cosas, interpretó erróneamente el Tribu- nal la ley 28 de 1932, al darle valor de prueba a los finiquitos no suscritos por don Epifanio Peláez, ni aceptados o reconocidos por él, antes de su fa- llecimiento, ni posteriormente por sus herederos, y violó así el artículo 637 del C. J., y consecuencial- mente, el 1º de aquella ley, por indebida aplicación, al considerar que la sola calidad de cónyuge de la señora Ospina de Peláez la facultaba para interve- nir en la administración de los bienes de su marido don Epifanio Peláez, y en razón de que al produ- cirse la disolución de la sociedad conyugal, por fa- llecimiento del último, los haberes del uno y del otro cónyuge, habían de formar parte de la masa que ha de liquidarse o repartirse, lo que sería tanto como aceptar que, "los bienes de un presunto cau- sante son de los que han de sucederle, en razón sim- ple de que a la época de su sucesión han de ser re- partidos entre ellos".

Las mismas razones militan en relación con la codemandante Carmen Tulia Peláez, para que no le sean oponibles los finiquitos firmados por Ana Os- pina de Peláez, pues ella actúa en el presente ju- cio como heredera de don Epifanio Peláez y como cesionaria de algunas cuotas hereditarias. En con- secuencia el cargo prospera por este motivo tam- bién, y la objeción propuesta en este sentido se de- clara probada.

Sentencia de instancia

Sirven también de fundamentos a la sentencia que dicta la Sala, como consecuencia de la infirma- ción parcial del fallo recurrido, las que se han de- jado expuestas en el estudio del recurso de casación.

Además, la Sala acoge las razones de las senten- cias de instancia, en cuanto comprenden las obje- ciones que no fueron motivo especial del recurso de casación, y las que habiéndolo sido, fueron decla- radas infundadas. Esto es, que el fallo recurrido sólo será infirmado en lo que hace con la objeción

cuarta, que trata de los valores de las ventas de ganados de la hacienda "La Florida", realizadas por el administrador Botero Peláez, y a que aluden los finiquitos que se dicen firmados por don Epifa- nio Peláez, y los de las operaciones comprendidas en el período de los finiquitos suscritos por la se- ñora Ana de Peláez.

De las operaciones respectivas, resulta que del 1º de enero de 1938 al 19 de octubre de 1943, las ventas de ganados realizadas por Botero ascienden a un valor de \$ 60.092.50. A esta suma debe agre- garse: la de \$ 660.00, valor de los animales ven- didos por el mismo Botero P. y que no hizo figurar en el libro; la de \$ 6.229.00, por ventas realizadas en el año de 1943, cuyo valor aparece como no en- tregado. Valor total de las ventas a partir del 1º de enero de 1938 al 19 de octubre de 1943: \$ 66.981.50, más el valor de los toretes vendidos a Bernardo Botero H. y Pedro Velásquez.

Del valor total de las ventas: \$ 66.981.50 se de- duce el capital inicial de \$ 27.000.00 y quedan \$ 39.981.50, que representan las utilidades del ne- gocio; 20% que corresponde a Botero sobre esta cantidad: \$ 7.996.30. Saldo a cargo del adminis- trador Botero: \$ 31.985.20, más el valor que se fije, por el procedimiento del artículo 553 del C. J., a los dos toretes de que antes se ha hecho mención.

Resumen:

Debe Tomás Botero Peláez a la sucesión de don Epifanio Peláez:

La suma de treinta y nueve mil nove- cientos ochenta y un pesos con cincuen- ta centavos\$ 39.981.50

Debe la sucesión de don Epi- fanio Peláez, por razón del veinte por ciento en las uti- lidades, \$ 39.981.50.....\$ 7.996.30

Diferencia a cargo del res- ponsable y a favor de la su- cesión de Peláez R.....\$ 31.985.20

SUMAS IGUALES....\$ 39.981.50 39.981.50

Se deja expresa constancia, que quedan a salvo los derechos del señor Tomás Botero Peláez en re- lación con las sumas que se afirma percibidas por la señora Ana Ospina de Peláez, a que aluden los finiquitos que aparecen firmados por ésta en su

calidad de supuesta administradora de los bienes de su esposo don Epifanio Peláez y que fueron declarados inoponibles a los herederos de éste.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales con fecha de 26 de julio de 1950 y reformando la del Juzgado del Circuito de Salamina (Caldas) decide este litigio así:

Primero.—Dedúcese a cargo del responsable señor Tomás Botero Peláez, en el presente juicio ordinario de rendición de cuentas, que los herederos de don Epifanio Peláez R. le iniciaron en el Juzgado del Circuito de Salamina (Caldas), un saldo de treinta y un mil novecientos ochenta y cinco pesos, con veinte centavos (\$ 31.985.20), de acuerdo con las operaciones que en resumen aparecen de la parte motiva de este fallo.

Segundo.—En consecuencia, se condena al Sr. Tomás Botero Peláez a pagar dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, a la sucesión

de don Epifanio Peláez R., o a quien sus derechos represente, la suma de treinta y un mil novecientos ochenta y cinco pesos con veinte centavos (\$ 31.985.20); más el valor de los dos toretes vendidos a Bernardo Botero H. y Pedro Velásquez, una vez fijado por el procedimiento del artículo 553 del C. J., con deducción del veinte por ciento (20%) por concepto de utilidades.

Tercero.—Quedan a salvo los derechos de Tomás Botero Peláez, con relación a los valores que afirma entregados a la señora Ana Ospina de Peláez, en la supuesta condición de administradora de los bienes de su esposo Epifanio Peláez R., a que aluden los finiquitos firmados por ella, con fechas 10 de septiembre y 28 de noviembre de 1942 (fls. 10 y 11 del cuaderno número 3).

Cuarto.—Sin costas en el recurso.

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

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



ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS CON UN DENUNCIO CRIMINAL. — EXCEPCIONALMENTE, LA VERDAD DE LOS HECHOS DENUNCIADOS PUEDE NO SER BASTANTE PARA ESTABLECER LA FALTA DE MALICIA DEL DENUNCIANTE Y LA CONSIGUIENTE IRRESPONSABILIDAD EN LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE SU ACTO

El denuncia como actividad privada del individuo, antes que una simple facultad, constituye una verdadera obligación, que en el campo de las relaciones jurídico-sociales donde se desarrolla, ha de cumplirse con subordinación exacta, no sólo a la verdad de los hechos que se denuncian, sino también y primordialmente a la rectitud intencional que conlleva el ejercicio del derecho en que correlativamente se traduce el cumplimiento de las obligaciones. Porque si bien es cierto que la verdad de los hechos, como reveladores del estado psicológico del agente, es bastante —en principio— para establecer la falta de malicia y consiguiente irresponsabilidad en las consecuencias perjudiciales de su acto, excepcionalmente puede no serlo cuando, a sabiendas de que los hechos no son constitutivos de infracción penal, el denunciante se vale sin embargo de consideraciones circunstanciales, como podría serlo la parcialidad o ignorancia del funcionario, para ocasionar por este medio el perjuicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b)—Bogotá, marzo seis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Con fecha 10 de noviembre de 1944, los señores Roberto Cubides, José E. Duque, Evaristo Borrero, Angelino Valdés y Cecilio Durán, del comercio de Girardot, juraron ante el alcalde municipal de aquella ciudad, denuncia criminal contra Luis Angel Salazar, "quien se ocupa desde hace algún tiempo en negocios de comercio en la población del Valle, en el Departamento del Tolima", por razón de los siguientes hechos:

Dicho señor, dicen los denunciantes "vino a nuestros almacenes en esta ciudad y nos exigió que le

entregáramos en consignación algunas mercancías para expenderlas por nuestra cuenta y a título de comisión para la venta en la población ya nombrada en donde tiene el asiento principal de sus negocios. Con tal motivo no tuvimos inconveniente en entregarle dichas mercancías que consisten en telas del país y cacharrería, cuya relación, nos permitimos presentarle en pliegos separados. Sucede que el señor Salazar ha engañado nuestra buena fe, porque en vez de mantener la mercancía, como decimos antes le fue entregada a consignación en los primeros días del presente mes, se alzó con ella y actualmente según datos fidedignos que hemos obtenido, la ha aforado para trasladarla a la ciudad de Bogotá, lo que nos hace presumir que tiene el propósito de apropiársela, toda vez que la ha sacado del lugar en donde convinimos debía ponerla a la venta, sin oportuno aviso. Creemos nosotros que el señor Salazar ha tomado un procedimiento que desde luego entraña un acto de mala fe, pues no ha tenido otro propósito que el de disponer con perjuicio de nosotros de los bienes que recibió, y por esta razón formulamos el denuncia para que usted se sirva ordenar que se averigüen los hechos y que al mismo tiempo se ordene la retención de dicha mercancía en el lugar en donde hoy se encuentre...".

En posteriores ampliaciones, los denunciantes manifestaron, que la operación realizada lo había sido con expresa reserva del dominio; y que el concepto que ellos se formaron sobre el ánimo de apropiación de Salazar obedeció, al informe que inmediatamente pudieron confirmar, de que las mercancías habían sido retiradas de Gualanday a Bogotá por el comisionado, sin aviso ni autorización de los comitentes. Asimismo declararon que el valor de las mercancías había sido además asegurado por Salazar, mediante una letra con vencimiento a treinta días.

Como consecuencia de este denuncia se adelantó la correspondiente investigación, en la que el Juzgado Penal del Circuito de Girardot profirió el

veinticinco de los citados mes y año auto de detención contra el sindicato, y decretó el embargo y secuestro de sus bienes. El Tribunal sin embargo, mediante providencia de 14 de diciembre de 1945, revocó aquella decisión y ordenó la libertad inmediata e incondicional del detenido. Más tarde por auto de 28 de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, confirmado posteriormente por el Superior, ordenó el Juzgado levantar el embargo y cancelar el secuestro de las mercancías que se encuentran en poder del secuestre señor Alberto Barrera O., disponiendo la entrega inmediata de éstas al señor Luis Angel Salazar y declara que en el presente caso no se ha cometido delito alguno, por el nombrado Luis Angel Salazar, y ordena cesar todo procedimiento criminal contra éste”.

Con estos antecedentes, promovió el señor Salazar demanda civil ordinaria ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Girardot contra los expresados señores Angelino Valdés, Evaristo Borrero, Roberto Cubides, Cecilio Durán y José Duque, para que “se les condene, por medio de sentencia ejecutoriada, a pagar... los perjuicios de orden material y moral provenientes de los hechos en que se funda, junto con las demás prestaciones a que hubiere lugar, o sea para que se hagan las siguientes declaraciones contra la parte demandada, a saber:

“Primera.—Que los demandados, en forma mancomunada y solidaria, son *civilmente responsables por culpa civil*, de los perjuicios ocasionados al señor Luis Angel Salazar, con motivo del denuncia penal que contra él presentaron en el mes de noviembre del año de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) ante el Alcalde Municipal de Girardot, ampliado y sostenido después ante el señor Juez Penal del Circuito de Girardot por atentado contra la propiedad, hurto, abuso de confianza, etc., de unas mercancías, lo que ocasionó la detención de mi poderdante, habiendo sido luego absuelto de todo cargo por medio de providencia ejecutoriada que declaró que no se había cometido delito alguno, o sea que el denuncia no tenía fundamento alguno.

“Segunda.—Que la parte demandada en forma individual abusó de su derecho y de su calidad de comerciante al presentar un denuncia contra mi poderdante, por hurto o abuso de confianza de mercancías, afirmando bajo juramento no proceder de malicia, que las mercancías entregadas a plazo a mi poderdante habían sido recibidas por éste a comisión, para el efecto de proceder como dueños a reclamar su devolución por medio del comisionado

denuncio sobre un atentado contra la propiedad, desvirtuando la realidad del contrato, lo cual tuvo como consecuencia el decomiso de las mercancías y la prisión de mi poderdante por espacio de varios meses.

“Tercero.—Que, en consecuencia, la parte demandada en forma mancomunada y solidaria, y como lo ordena la ley, debe pagar a mi representado todos los perjuicios de orden material y moral ocasionados con el citado denuncia, como autores del hecho perjudicial el cual les es imputable civilmente, y deben indemnizar a mi poderdante de todos los perjuicios sufridos por consecuencia de la actividad abusiva de la parte demandante, en forma abstracta o por la suma que de acuerdo con las pruebas se fije en la respectiva sentencia, y que aparezca como materia de esta fijación.

“Cuarto.—Que existió en el procedimiento de la parte demandada al proceder contra mi poderdante, por medio de un denuncia criminal mentiroso o equivocado en sus detalles, un error de conducta que les impone la obligación de pagar las consecuencias respectivas al obtener de la justicia penal providencias también equivocadas, a sabiendas de la verdad de los hechos, por lo cual deben pagar en la forma prevista por la ley el daño patrimonial causado a mi poderdante y el daño moral sufrido por el mismo por esta misma causa, junto con el pago de las costas y costos procesales, tanto del asunto penal que originó su denuncia, como del presente juicio en el caso de que hagan oposición a esta demanda apoyada en los hechos ejecutados y conocidos por los demandados, siendo, por ello, temeraria dicha oposición.

“Quinta.—Que cualquier reclamo que traten de formular los demandados por incumplimiento de contrato aparece ampliamente compensado por lo que a su turno le deben por razón de estos perjuicios, de la culpa civil cometida por los demandados contra los intereses de mi poderdante, debiendo pagar el saldo o sea la diferencia respectiva, ya que esos perjuicios superan en gran parte ese reclamo y pagar también los perjuicios morales ocasionados que no admiten compensación alguna y que le son exigibles a los demandados independientemente de todo otro factor y sin condición alguna”.

Esta demanda fue despachada en sentencia de primer grado de fecha ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve en el sentido de:

“Primero.—Declarar, como en efecto declara que los señores Angelino Valdés, Evaristo Barrero, Roberto Cubides y Cecilio Durán, todos mayores de edad, vecinos del Municipio de Girardot, son solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados al señor Luis Angel Salazar, por motivo del denuncia criminal que contra él presentaron ante la Alcaldía Municipal de Girardot, bajo la gravedad del juramento, responsabilidad en que incurrieron al abusar del derecho que las leyes les confieren, toda vez que el sindicato obtuvo ante la justicia penal correspondiente, absolución completa por haber ésta considerado la inexistencia del delito.

“Segundo.—Condenar como en efecto condena en forma solidaria y mancomunada a las personas antes nombradas, a pagar al demandante Luis Angel Salazar, diez días después de la ejecutoria del presente fallo, el monto de los perjuicios materiales y morales que le fueron ocasionados con los hechos culposos, previa regulación que se hará de ellos al tenor de lo prescrito en el artículo 553 del C. J.

“Tercero.—Condenar a los demandados al pago de las costas del presente juicio”.

Apelada esta providencia por el señor apoderado de los demandados, el Tribunal en sentencia de treinta y uno de agosto de mil novecientos cincuenta la revocó para negar todas las peticiones del libelo y absolver en su lugar a los demandados. Para fundar esta decisión, dice el Tribunal:

“La acción promovida es la de resarcimiento de perjuicios por abuso del derecho al formular una denuncia criminal. La jurisprudencia de la Corte con base en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil ha elaborado esta teoría como una aplicación singular del sistema general del resarcimiento de perjuicios por culpa civil extracontractual, esto es como un simple caso de culpa, siguiendo la teoría de los hermanos Mazeaud. Se aparta, pues de la concepción de Ripert, según la cual consiste en la intención de perjudicar a otro con el ejercicio de un derecho; y de la de Josserand, quien la halla cuando se ejercita el derecho en forma contraria a su destinación económica y social.

“La Corte ha dicho: Al estudiar la cuestión de si el autor de un denuncia inexacto o de una queja injustificada compromete su responsabilidad civil la resuelve afirmativamente para los casos en que el denuncia ha sido dado por maldad o con previo conocimiento de su falta de fundamento, porque entonces ven una culpa delictual; pero consideran

que fué de esos casos de innegable malicia, no se puede establecer como principio la responsabilidad civil del denunciante en todos los casos en que su denuncia no prospere, en el sentido de que no alcance una realidad punitiva. Si se admite la responsabilidad del que formula denuncia, se expone a graves peligros a todos los que su conciencia incita a poner ciertos hechos en conocimiento de la justicia o de un particular. Esto ya sería suficiente para rechazar una solución tan absoluta. Pero existe otro argumento en la definición misma de la culpa, porque el denunciante no incurre en ella sino cuando un hombre normal hubiese obrado de modo distinto de como él lo hizo. Para condenar al autor de la queja, los Tribunales exigen que ésta haya sido puesta temerariamente, a la ligera, sin verificaciones suficientes. (G. J. 1940, pág. 57).

“El Juzgado en lo penal detuvo a Salazar porque halló establecidos algunos de los hechos relatados por los denunciantes, el cambio injustificado de domicilio del deudor; la insuficiencia y las contradicciones de éste al explicarlo; el pacto de reserva de dominio estampado en las facturas; el cambio de destinación de las mercancías recién adquiridas; y el haber sido decomisadas éstas en Bogotá; todo lo cual respalda la versión de los denunciantes, y pone de presente que no obraron a la ligera ni temerariamente.

“Las consideraciones de la Sala Penal del Tribunal fundamentan la ausencia de dolo, y la consiguiente falta de violación de la ley penal, esto es la inexistencia de un delito.

“Mas ello no implica ni conduce a dar por establecido una culpa extracontractual, o sea el error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas condiciones externas en que estuvo el autor del daño, conforme quedó expuesto. La denuncia no fue temeraria, ni ligera, ni falta de comprobación.

“Los hechos relatados en la parte motiva de una resolución jurisdiccional de carácter penal, pueden acreditarse en controversia civil con copia de aquel fallo, siempre que los hechos sean determinantes de la decisión penal. En este sentido se pronuncian los doctrinantes. Tal el caso de autos, puesto que la detención de Salazar se funda necesariamente en los hechos tenidos por verdaderos en la parte motiva de este proveído”.

Contra la anterior sentencia del Tribunal recurrió en casación la parte demandante, proponiendo contra ella los siguientes cargos:

“Primero.—Por violación directa de los artículos 2341, 2356 y 2359 del C. C. que conceden acción in-

demnizatoria por razón de hechos simplemente culposos, esto es, "negligentes (por lo menos), maliciosos o imprudentes que ocasionen daño ajeno"; del artículo 1494, que señala los actos humanos como fuente de obligaciones; y del artículo 63 del mismo C. C., que determina las diferentes clases de culpa, y que la sentencia desconoció al negar la acción.

"El Tribunal en forma simplista y en los breves conceptos atrás expuestos, resolvió todo el problema que este juicio envuelve. Sin entrar a decir por qué el denuncia no fue temerario, o sustentando ese concepto con el argumento de que los hechos de la parte motiva del auto de detención deben considerarse verídicos, con lo cual también acepta que su antitesis, los hechos de la parte motiva del auto de revocación y de los autos de sobreseimiento que niegan lo afirmado en el auto de detención son verídicos, sin expresar razón alguna, sobre lo que, en estos casos, constituye culpa extracontractual, y sin siquiera mencionar el problema relativo al abuso del derecho; de la manera más vaga, el Tribunal soluciona el asunto contradiciendo los mencionados textos legales; y aún incumpliendo, para consumir esa violación, los requisitos contenidos en los artículos 470, 471 y 472 del C. J., guardando silencio sobre los problemas que le fueron propuestos, como aquel de que el denuncia se hizo "a sabiendas", de que lo denunciado era mentiroso y por consiguiente temerario".

"Segundo. — Al declarar la sentencia que 'en el hecho constitutivo del denuncia penal, causante del daño ajeno, no hay responsabilidad civil, negando a ese hecho sus calidades de falta de veracidad, de negligencia y de 'a sabiendas de su mentira', ha dejado de aplicar los artículos 2341, 2344, 2347, 2356, 2359, 1494, 63, 28 y 27 del Código Civil, o los ha interpretado erróneamente para negar su aplicación".

El hecho originario de la responsabilidad en que incurrieron los demandados, dice el recurrente, reúne las características del dolo y de la culpa que los obliga a la reparación del daño, pues que "un denuncia en el cual se expone bajo la gravedad del juramento una entrega de mercancías en consignación o a comisión cuando en realidad lo que se ha efectuado es una venta, recibiendo letras para asegurar el pago del crédito pendiente y hablando bajo la fórmula de pacto de reserva de dominio de esa venta, ofrece las características necesarias para la aplicación del artículo 2341 del C. C., puesto que son los mismos denunciados quienes en sus exposiciones y bajo juramento reconocen esa venta, y esa

situación contradictoria a "su propio denuncia penal".

El Tribunal dejó sin embargo de apreciar este aspecto del problema, omitiendo considerar el abuso del derecho como punto de la responsabilidad, con lo cual, y a través de una errónea interpretación de los artículos 12 y 275 del C. de P. P., 1º de la ley 45 de 1930 y 234 y ss. del C. de Co., violó además los artículos 8º de la ley 153 de 1887, y 2356 del C. C.

"Tercero. — El Tribunal no apreció las pruebas en concreto incurriendo en el error de hecho de declarar no probado lo que en estas pruebas aparece demostrado; y también incurrió en error de derecho al no hacer su estudio y apreciación de acuerdo con las normas procedimentales sobre la materia. Por estos caminos violó los artículos 1758, 1768 y 1769 del C. C., y los artículos 601, 603, 604, 2341, 2344, 2347, 2356, 2359, 1494, 63, 27 y 28 del C. C....".

De acuerdo con las copias del denuncia y sus ampliaciones tomadas del proceso penal, aparece afirmado por los demandados, "haber entregado mercancías en consignación o a comisión, que esta entrega se hizo por exigencia del demandante, quien les pidió "en consignación algunas mercancías para expenderlas" por cuenta de los demandados y a título de comisión en la población del Valle, en el Departamento del Tolima, que por algunos datos sobre el transporte creyeron que pretendía apropiárselas por lo cual solicitaban orden telefónica de retención, todo lo cual fue ratificado bajo juramento", haber hecho venta "bajo reserva de dominio", según la ley 45 de 1930, haber recibido letras por el valor de esas mercancías; y haber tenido negocios anteriores sobre venta a plazos en las mismas condiciones del celebrado con el demandante". Todo lo cual demuestra "que no hubo consignación de mercancías, que el negocio celebrado fue el usual y acostumbrado en el comercio (artículos 2 y 4 del Código de Comercio), sobre venta de mercancías a plazo, y que, por consiguiente la reserva de dominio que alegan citando la ley 45 de 1930, confirma la venta, pues es claro que en otra clase de entrega no es necesario hacer reserva del dominio".

Lo cual, en vez de comprobar un denuncia verídico, según lo consideró el Tribunal, "viene a evidenciar un dicho falso, es decir, una nueva venta en que hay reserva de dominio, firma de letras y facturas, tomadas como pretexto para denunciar entregas en consignación y a comisión". Así lo reconoce el auto que revocó el de detención, cuando

expresa que "examinados los hechos en su exacta realidad, no puede admitirse que el caso de autos, estructure un delito de abuso de confianza". Los denunciadores sostienen que las mercancías fueron entregadas en consignación para la venta y con el pacto de reserva del dominio de los mismos, es decir, que el comprador no podía disponer de ellas libremente; sino hasta tanto no les fuera cancelado su valor. La afirmación de los denunciadores no encuentra apoyo en las pruebas producidas en el curso de la investigación, contenidas en las copias enviadas al Tribunal".

"Tampoco, agrega el recurrente, fueron tenidas en cuenta, las facturas con membrete de los demandados y las declaraciones rendidas a solicitud del actor, de las cuales se deduce que no hubo consignación, ni la comisión afirmada en el denuncia criminal, que en este denuncia se procedió 'a sabiendas' de la verdad del negocio, y que ese elemento estructura la culpa negada por el Tribunal. La falta de apreciación de esta prueba llevó al Tribunal a negar la culpa y con esa negativa a violar los artículos 2341, 2356 y demás que se han citado".

Por último, la sentencia no sólo se detuvo en el examen del auto de detención, para justificar a través de sus fundamentos, la conducta de los denunciadores, sin tener para nada en cuenta las otras piezas del proceso penal, y que con las facturas y declaraciones aducidas al juicio, desvirtúan aquella conclusión". Por este doble concepto, el Tribunal incurrió en error de derecho a consecuencia del cual infringió las normas sustantivas arriba señaladas.

La Sala considera:

El contenido de los cargos con que el recurrente ataca la sentencia del Tribunal, y que en síntesis se dejan relacionados, descansa sobre un fundamento común, o sea, sobre el error en que, se afirma, incurrió el sentenciador, al apreciar las pruebas de la culpabilidad de los demandados en los perjuicios que se le siguieron al actor, por obra del denuncia criminal que maliciosamente formularon contra éste. En consecuencia, la cuestión fundamental por dilucidar se reduce a establecer, si dados los términos del denuncia y de las correspondientes ampliaciones en razón de los cuales sufrió el demandante Salazar una larga detención y el embargo de sus bienes, medió de parte de los demandados un abuso del derecho y hubo al menos la negligencia o descuido que conforman la culpa extracontractual como fuente de la obligación de indemnizar.

"Todo habitante del territorio colombiano mayor de veintiún años, dice el artículo 12 del C. de P.

P., con las excepciones establecidas en el artículo siguiente, está obligado a denunciar a la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento al menos dentro de los treinta días siguientes al en que las haya conocido, siempre que sean de aquellas cuya investigación deba iniciarse de oficio...". Y el artículo 14 agrega, que "el denuncia se hará bajo juramento, verbalmente y por escrito, y contendrá una relación sucinta del suceso, con todos los pormenores que conozca el denunciante...".

De suerte pues, que el denuncia como actividad privada del individuo, antes que una simple facultad, constituye una verdadera obligación, que en el campo de las relaciones jurídico-sociales donde se desarrolla, ha de cumplirse con subordinación exacta, no sólo a la verdad de los hechos que se denuncian, sino también y primordialmente a la rectitud intencional que conlleva el ejercicio del derecho en que correlativamente se traduce el cumplimiento de las obligaciones. Porque si bien es cierto que la verdad de los hechos, como reveladores del estado psicológico del agente, es bastante —en principio— para establecer la falta de malicia y consiguiente irresponsabilidad en las consecuencias perjudiciales de su acto, excepcionalmente puede no serlo cuando, a sabiendas de que los hechos no son constitutivos de infracción penal, el denunciante se vale sin embargo de consideraciones circunstanciales como podría serlo la parcialidad o ignorancia del funcionario, para ocasionar por este medio el perjuicio.

Ahora bien. Los hechos de que en el presente caso se querellaron los demandados contra el actor, fueron sencillamente éstos: El señor Salazar, quien desde tiempo atrás se ocupaba en negocios de comercio en la población del Valle, del Departamento del Tolima, se "vino a nuestros almacenes en esta ciudad y nos exigió que le entregáramos en consignación para la venta en la población ya nombrada, algunas mercancías... Sucede que el expresado señor Salazar ha engañado nuestra buena fe, porque en vez de mantener la mercancía, como decimoslo antes, le fue entregada en consignación en los primeros días del presente mes, se alzó con ella... y actualmente la ha aforado para trasladarla a la ciudad de Bogotá, lo que nos hace presumir que tiene el propósito de apropiársela...".

Luego, en ampliaciones posteriores del mismo denuncia, explicaron los demandados Valdés, Cubides, Durán y Borrero, que al afirmar la entrega de mercancías a Salazar para que éste las realizara por cuenta de los primeros, daban a entender que la venta se hacía con pacto sobre reserva de domi-

nio, con garantía de letras suscritas por éste a treinta días. El señor Duque en cambio aclaró, que las mercancías le fueron solicitadas a crédito por Salazar, para venderlas en el Municipio de El Valle, en donde tenía su establecimiento, garantizándole su precio con una letra; pero como verificara luego que tales mercancías no eran enviadas al lugar de su destino, sino que iban a ser redespachadas de Gualanday a Bogotá, entró en malicia sobre las intenciones del comprador por cuyo motivo tomó parte en el denuncia.

Sobre la verdad de estos hechos, cuya calificación por el funcionario penal determinó las medidas de detención y embargo por las cuales se ha demandado en este juicio la correspondiente indemnización, no logró aducirse prueba alguna encaminada a rectificarlos; ni las providencias por medio de las cuales se las revocó y decretó luego sobreseimiento a favor del inculpado, tuvieron como base, ninguna disconformidad objetiva entre los hechos denunciados y los que en el curso de la investigación llegaron a acreditarse. Obedecieron estas últimas, a motivaciones opuestas de índole puramente conceptual, sobre el significado jurídico de aquellos hechos frente a las previsiones delictivas de la ley. Y como, de otro lado tampoco se acreditó respecto de los autores del denuncia ninguna otra actividad de la cual pudiera deducirse la intención maliciosa de ocasionarle al denunciado un daño extra-jurídico en su persona o en su patrimonio, queda sólo por averiguar, en orden a establecer la responsabilidad civil que se pretende, si en la estimación de la primera por el sentenciador, incurrió éste en manifiesto error de hecho o de derecho susceptible de conducirle a la violación de la ley sustantiva, tal como lo pretende el recurrente.

Pues bien. El señor Salazar según se ha dicho, venía ejerciendo su comercio en el Municipio de El Valle; con destino a este lugar le fue acreditada, como en ocasiones anteriores, la mercancía que los

denunciantes le entregaron, y en esa inteligencia el propio interesado la remesó por ferrocarril a Gualanday, para allí conducirla al Valle. En tales circunstancias, al informarse aquéllos de que la mercancía era reaforada a Bogotá, por el mismo lugar de donde acababa de salir, y sin que de tan extraño procedimiento se les hubiera dado la menor noticia, era apenas natural que entraran en sospecha sobre las intenciones que Salazar, hubiera podido tener al adquirir la mercancía, ya fuera para apropiársela de modo indefinido, si se trataba de una simple comisión, o para deliberadamente no pagar su precio, si de una venta a plazo; y que, en consecuencia demandaran la consiguiente investigación, como lo hubiera hecho cualquiera otro en su caso. Y si esto es así, no puede entonces aceptarse descuido o negligencia, menos aún la malicia, en que se sostiene incurrieron los denunciados para deducirles la responsabilidad civil que se pretende.

Los cargos resultan así, infundados, y por lo tanto deben rechazarse.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, en este negocio.

Costas a 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.

CUANDO PUEDE VARIARSE EN CASACION LA INTERPRETACION QUE EL TRIBUNAL HIZO DE UN CONTRATO.—REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION

1.—Al tenor de los artículos 520 y 531 del C. J., en la demanda de casación se debe determinar la causal que se aduce para pedir la infirmación del fallo y expresar el concepto de la violación de las disposiciones legales que se citen como infringidas.

Además, si la violación de la ley proviene de apreciación errónea de un contrato, o de falta de apreciación de la prueba del mismo, ha de acusarse por el recurrente sobre ese punto, demostrando haberse incurrido por parte del Tribunal en error de derecho, o en error de hecho, y que éste aparece de modo manifiesto en los autos.

2.—En repetidos fallos, la Corte ha sostenido la doctrina de que el Tribunal es soberano en la interpretación de los contratos; que esta interpretación puede variarse en casación sólo cuando es manifiestamente errónea, de acuerdo con los términos del contrato y las pruebas del proceso, es decir, cuando hay error evidente de hecho en su interpretación.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez Primero Civil del Circuito de Facativá presentó la señora María Reyes Castillo de Montero demanda ordinaria contra el señor José Manuel Enciso, para que con su audiencia, se hagan las siguientes declaraciones:

Que la finca denominada "Oriente", situada en el Municipio de San Juan de Río Seco, fue adquirida durante la sociedad conyugal que la exponente tiene contraída con su esposo el señor Manuel Montero; que al transferir éste el inmueble al señor Salvador Basto, por la escritura número 85 de 1º de agosto de 1932, de la Notaría del mismo Mu-

nicipio, vendió cosa ajena; que por lo tanto, se reconozca que la finca no ha salido del dominio de la sociedad conyugal que tiene con su esposo; que en el contrato celebrado entre su marido y el señor Basto, se estipuló una simple comisión de venta, a la vez que se impedía al comprador, por cláusula expresa, transferir el dominio del predio sin la aquiescencia de su esposo; que existiendo manifiesta contradicción en los términos del mentado convenio, carece de eficacia jurídica, tanto por lo contradictorio, como por la ausencia de buena fe; que el acto celebrado por Montero no afecta el haber social; que por todo ello se condene a José Manuel Enciso, poseedor del inmueble, a restituirlo a la sociedad conyugal, con sus frutos.

En subsidio, se pide se declare que con el trabajo personal de ambos cónyuges fue adquirido el bien que se reclama; que, por consiguiente, la mitad de él pertenece a la demandante, a quien debe entregárselo con sus frutos.

Los hechos de la demanda pueden sintetizarse así:

Que en mil novecientos cuatro (1904) contrajeron matrimonio Manuel Montero y la exponente; que ninguno de los consortes aportó bienes a la sociedad; que durante su vigencia fue adquirido el predio de el "Oriente", delimitado como consta del referido instrumento; que sin que hubiera mediado separación de bienes, su marido el señor Montero vendió el referido bien al señor Salvador Basto S., por escritura 85 de 1º de agosto de 1932, en Río Seco, por el precio de dos mil pesos (\$ 2.000.00) que en ningún momento ha recibido su marido; que en dicho contrato se consignó la cláusula quinta, que dice: "Que es condición esencial de este contrato la de que el comprador Basto S. no podrá vender lo que por esta escritura compra sino de común acuerdo con el vendedor Montero, en el transcurso de nueve años contados desde hoy"; que en el contrato de venta en referencia hubo error que vicia el consentimiento; que dados los términos del acuerdo y lo dispuesto en la cláusula quinta, lo convenido entre Basto y su marido, fue un simple "contrato de mandato en comisión", por cuanto por

la referida escritura, Montero autoriza a Basto para que en el término de nueve años venda la finca; que dados tales términos, claramente se observa que no hubo en los otorgantes, ni facultad de adquirir, ni menos de transferir el dominio del inmueble; que el demandado José Manuel Enciso, inicialmente entró en el predio como administrador; que luego adquirió por compra al señor Basto, por escritura número 92 de 29 de agosto de 1938, de Río Seco; que Basto, para hacer la transferencia, no se sujetó a los términos de la cláusula quinta de la escritura de 1932; que al comprar Enciso, la obligó a salir de la finca de la cual se encontraba en posesión; por último, dice que la acción se propone contra Enciso, como poseedor actual del inmueble.

Notificada la demanda, Enciso la contestó aceptando algunos de los hechos, negando otros y declarando que muchos no le constan. Manifiesta que el esposo de la demandante, señor Montero, vendió bajo la vigencia de las disposiciones del Código Civil, cuando el marido era jefe único de la sociedad conyugal, pues el contrato se efectuó en agosto de 1932 y la ley 28 de 1932, sólo vino a estar en vigencia el primero de enero de 1933. Es decir, la tradición del inmueble se realizó por el marido antes de la vigencia del nuevo régimen patrimonial en el matrimonio.

Sentencia de primera instancia

Tramitada la primera instancia en la forma legal, el Juez del conocimiento desató la querrela por providencia del diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, por la cual se absolvió al señor Enciso de todos los cargos que le fueron propuestos y se condena a la demandante en las costas del juicio.

La sentencia recurrida

No conforme la señora de Montero con el fallo adverso, apeló de él para ante el Tribunal Superior de Bogotá, donde al final de la actuación correspondiente, se decidió la nueva etapa del litigio, con fecha cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en que se confirma en todas sus partes la decisión del inferior y se condena en costas al apelante.

Considera el sentenciador de segundo grado, que de los antecedentes del pleito, se desprende que la finca "Oriente" fue adquirida y vendida durante la existencia de la sociedad conyugal y antes de

entrar a regir la ley 28 de 1932, la cual no entró en vigor sino a partir del primero de enero de 1933; por consiguiente, el régimen de la sociedad conyugal establecido en nuestro Código Civil, era el vigente cuando la sociedad conyugal adquirió la finca y también cuando el marido la vendió al señor Basto. Que el artículo 1805 del C. C. le atribuía al marido el carácter de jefe único de la sociedad conyugal y según el artículo 1806 del mismo Código, "el marido es respecto de terceros dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio". Con base en estos principios, el Tribunal concluyó declarando que, habiendo transferido Montero el primero de agosto de 1932, como jefe único de la sociedad conyugal y con facultad legal suficiente, no era posible considerar la venta realizada como de cosa ajena.

Como argumento accesorio; es decir, a mayor abundamiento de razones, agrega que la ley 68 de 1946, que vino a aclarar la 28 de 1932, estableció que las sociedades preexistentes en la fecha de esta ley y no liquidadas, han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior, en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del primero de enero de 1933, y que por lo tanto, en el caso de autos, el marido debe considerarse como jefe de la sociedad conyugal y único propietario de los bienes sociales que existan, pero como el bien de que se trata fue adquirido y vendido durante la vigencia de las disposiciones del C. C., no podría en ningún caso, darse retroactividad a la ley 28 para declarar que la venta atacada es de cosa ajena. Lo cual llevó al sentenciador a negar las peticiones primera y segunda de la demanda. Agrega que, si no puede prosperar la petición segunda, es decir, que se decida que la venta de Montero a Basto fue de cosa ajena, tampoco puede prosperar la consecuencial, o sea que se declare el dominio "que sobre el referido bien tiene en la actualidad la sociedad conyugal ilíquida Montero-Reyes Castillo de Montero", que corresponde al tercer pedimento.

Entra luego a estudiar e interpretar "lo que quiso decir o pedir el actor en la súplica cuarta de la demanda", en relación con la estipulación quinta del contrato consignado en la escritura número 85 de 1932, y encuentra que no se establece ninguna dualidad, ni plazo, ni condición para transferir la propiedad; solamente se le da un derecho al vendedor para obtener una utilidad si el comprador Montero logra vender la cosa en determinado lapso por una suma mayor de los tres mil quinientos pesos (\$ 3.500.00) indicados. Siendo ello así, continúa la sentencia, la súplica cuarta no puede prosperar,

pero debe decidirse si el demandado Enciso tiene personería suficiente para comparecer en juicio. Encuentra que las súplicas primera, segunda y tercera, que están basadas en que compró cosa ajena, de donde deduce que tiene personería, puesto que si prosperan tales pedimentos, dejaría de ser dueño del bien y de ahí su interés jurídico. A igual conclusión llega con respecto a la súplica cuarta por encontrar que es Enciso el poseedor y como tal, demandado.

En la súplica quinta, se pide que se declare que el señor Manuel Montero no obró en representación y nombre del haber social, sino en el suyo propio y agrega que al respecto se han citado ya las disposiciones por las cuales tal petición tampoco puede prosperar.

Concluye la sentencia declarando que, siendo la petición sexta consecuencial de las primeras, tampoco es viable.

Observa por último, que con respecto a la acción subsidiaria, se presenta de nuevo el problema de que, siendo un bien social adquirido y vendido durante la vigencia de las disposiciones del Código Civil, el marido, como jefe único entonces de la sociedad conyugal, bien lo pudo enajenar.

En desacuerdo con la sentencia, la demandante ocurrió en casación. Ante la Corte, las partes han hecho uso de su derecho y siendo la oportunidad procesal, se pasa a fallar.

Los cargos en casación

Sin indicar la causal de casación en que se funda de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, se aducen contra la sentencia dos reparos, a saber:

a) "Acuso —dice— la sentencia por quebratamiento de los artículos 26, 27, 28, 71 y 72, 946 a 949 del C. C."

Sostiene que según la tesis sentada por el H. Tribunal en su fallo acusado, da a entender que la mencionada ley 68 de 1946 derogó la ley 28 de 1932 y restableció el antiguo régimen de la sociedad conyugal, en cuanto a la administración de los bienes del patrimonio social conyugal.

Textualmente dice: "De suerte que si la ley 68 de 1946 no fuese aclaratoria o interpretativa de la ley 28 de 1932 sino derogatoria de ésta —y si bien es verdad que en la redacción de este estatuto se omitió darle cumplimiento a lo preceptuado en el inciso 4º del artículo 42 de la ley 4ª de 1913 para determinar los textos que quedaban derogados, adicionados, aclarados o insubsistentes del C. C. al

entrar en vigencia la ley 28, esto en manera alguna querría decir que los preceptos del C. C. derogados en virtud de haber entrado en vigencia la mencionada ley 28 revivieron por el solo hecho de haber comenzado a regir la 68 de 1946".

Se considera:

El fallo del Tribunal tiene un fundamento suficiente para sustentarlo y otro accesorio, a mayor abundamiento de razones. El demandante en casación no ataca sino este último, dejando en pie las razones primordiales en que la sentencia se apoya, suficientes para mantenerla. La Corte, cuyo oficio en casación es rigurosamente crítico, no puede moverse sino dentro de los límites fijados por el recurso, y por lo tanto, en el estudio del cargo, ha de atenerse a los preceptos señalados como infringidos y por los motivos por los cuales se acusa. (Véase GACETA JUDICIAL números 2100-101, pág. 683 y Tomo 26, pág. 250).

Pero hay algo más: el concepto atribuido al Tribunal, de que éste en la solución del problema consideraba que "la ley 68 de 1946 derogó la 28 de 1932 y restableció el antiguo régimen de la sociedad conyugal en cuanto a la administración de los bienes del patrimonio social", es errado. El sentenciador, ni directa, ni indirectamente hizo tal aseveración, ni propugnó tal dislate, ni dedujo la conclusión que se le atribuye; clara y terminantemente, el juzgador expresa lo siguiente: "Pero hay más: la ley 68 de 1946 que vino a aclarar la ley 28 de 1932, estableció que las sociedades preexistentes en la fecha de esta ley y no liquidadas, han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del primero de enero de mil novecientos treinta y tres, por tanto en el caso de autos el marido debe considerarse como jefe de la sociedad conyugal y único propietario de los bienes sociales".

En realidad de verdad, sobra la alusión o apoyo a mayor abundamiento, en lo establecido en la ley 68 de 1946, que vino a interpretar la 28 de 1932, porque se trataba de un bien adquirido durante el régimen de la sociedad conyugal reglamentado por las disposiciones de nuestro Código Civil, vigente en la materia antes de expedirse la ley 28 de 1932 y la 45, interpretativa de la misma.

Por lo expuesto, se declara sin fundamento el cargo.

Cargo segundo

Acusa el fallo recurrido, también, por infracción

directa de los artículos 471, 472, 593, 734 y 737 del C. J., por no haberlos aplicado al caso del pleito y por ende —dice— quebrantó directamente los arts. 1º, 2º, 3º, 747, 1494, 1501, 1502, 1510, 1602, 1603, 1530, 1535, 1536, 1540, 1541, 1618, 1619, 1740, 1741, 1742 del C. C.; 1º, 2º, 3º y 5º de las leyes 57 y 153 de 1887, respectivamente, y 2º de la ley 50 de 1936, violación que se caracteriza aún más por haberle dado el Tribunal fallador, validez al contrato que aparece consignado en la escritura número 85 de 1º de agosto de 1932, de la Notaría de San Juan de Río Seco, no obstante la nulidad de que adolece, tanto por la carencia de intención, voluntad y buena fe, como por haber dejado insubsistentes las cláusulas 1ª y 3ª en virtud de la fuerza que se le dio a la cláusula 5ª, que indica, sin la menor duda, que no hubo pago del precio que mal pudo recibir el vendedor Montero; y por infracción, directa también, de los artículos 142, 194, 205 del C. J., y el artículo 946 del C. C.

Sostiene que el Tribunal no estudió, una a una, las peticiones de la demanda, en presencia de cada uno de los hechos que la sustentan; que todo juzgador está en el deber de estudiar la demanda y determinar si es o no el caso de interpretarla. Que el sentenciador se abstuvo de dilucidar cada súplica, en presencia de los respectivos hechos que la sustentan; que al determinar la ley, que toda petición debe ir respaldada con hechos enumerados y clasificados, está pregonando que ella no atiende a la denominación que se le dé a la demanda; que las disposiciones procesales son de orden público, y por consiguiente, tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio.

Que de acuerdo con el artículo 1501, debe estudiarse el alcance de la cláusula quinta del contrato escriturario número 85 de 1932, de la Notaría de Río Seco, de donde se puede llegar a la conclusión “de que no hubo pago del valor de la venta por parte de Salvador Basto S.”; por lo que Montero dijo enajenarle; que no lo hubo, porque no hubo venta y porque la intención de los contratantes, que se desprende de la cláusula quinta, “fue la de configurar un contrato de comisión o de mandato bajo la apariencia de venta”.

Que los contratantes no especificaron “por concepto de qué, ni por razón, de qué Basto tenga derecho al retiro del precio de la venta, explicación indispensable ya que Basto es quien figura como comprador”; y no se explica cómo es posible que en vez de dar dinero como precio de la venta, antes bien, tenga derecho a percibir dicha suma de lo mismo que dice haber comprado, cuestión ésta que

lo colocaría en la situación jurídica que contempla el artículo 1872 del C. C. “Siendo suya la finca por haberla pagado, mal puede configurar el derecho para percibir condicionalmente la suma de tres mil quinientos pesos, sin facultad para disponer del dominio de la misma; siendo ya la finca de Basto por haberla pagado, mal pudo configurarse el derecho a percibir condicionalmente la suma de tres mil quinientos pesos, sin facultad para disponer del dominio de la misma, puesto que, para enajenarla, requería el acuerdo con Montero”.

Que la situación planteada en el contrato revela la falta de causa real y lícita y hace presente la manifiesta nulidad absoluta de que adolece por “carencia de intención y voluntad respecto de la venta”.

Que la cláusula quinta del contrato está demostrando que lo estipulado en la escritura número 85, fue un simple mandato para vender, obteniendo el mandatario cierta comisión. Que tal estipulación, por ser posterior, deja sin efecto la primera y la tercera del contrato. Que no hubo intención, ni voluntad en realizar un contrato de compraventa.

Se considera:

La demanda de casación en este nuevo cargo carece de toda técnica al respecto, pues no se determina, al tenor de los artículos 520 y 531, la causal que se aduce para pedir la infirmación del fallo, ni se expresa el concepto de la violación de las innumerables disposiciones que se citan.

Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea del contrato consignado en la escritura número 85, o de falta de apreciación de esa misma prueba, ha debido acusarse por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por parte del Tribunal, en error de derecho, o en error de hecho, y que éste aparece de modo manifiesto en los autos.

Por vía de amplitud, e interpretando, pues, la demanda en este cargo, la Corte entra a estudiar el alcance dado por el Tribunal a las cláusulas primera, segunda y tercera del contrato consignado en la citada escritura número 85 de 1932 y lo establecido en la cláusula quinta del mismo instrumento. Allí se lee: “Que el exponente (Manuel Montero) da en venta real y enajenación perpetua a favor del señor Salvador Basto S. el derecho de dominio y posesión que tienen en un globo de tierra conocido con el nombre de “Oriente”. El precio de esta venta fue el de dos mil pesos (\$ 2.000.00), y por la cláusula 5ª acuerdan las partes: “Que es con-

dición especial de este contrato la de que el comprador Basto S. no podrá vender lo que por medio de esta escritura compra sino de común acuerdo con el vendedor Montero, en el transcurso de nueve años, contados desde el 10 de agosto de 1932, y en el caso de efectuarse tal venta, Salvador Basto S. retirará del valor de ella la cantidad de tres mil quinientos pesos (\$ 3.500.00) moneda corriente, y el excedente será dividido en dos partes iguales: una para el citado Basto S. y la otra para el compareciente Montero. Además, se hace constar que la finca se entregó al comprador con todas sus mejoras, usos, costumbres y servidumbres”.

El Tribunal anota que en estas cláusulas se con-signa un claro contrato de venta en que Montero dice transferir a Basto el dominio del predio “El Oriente” por la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00), que declara recibidos, y por la cláusula quinta, se establece un derecho o ventaja en favor del vendedor, consistente en que, si en el lapso de nueve años se lograba vender la finca por un precio superior a tres mil quinientos pesos (\$ 3.500.00), la mayor suma obtenida de ese valor, se dividiría por iguales partes entre el comprador y el vendedor.

El Tribunal interpretó el contrato contenido en la escritura 85, en el sentido de haberse realizado por medio de él una venta de un bien inmueble perteneciente a la sociedad conyugal Montero-Reyes Castillo, enajenación llevada a cabo durante la vigencia del Código Civil, que daba al marido la facultad de disponer de los bienes sociales como si fueran propios, y estableciéndose en el contrato, por la cláusula quinta, una ventaja para el vendedor Montero, consistente en que, si su comprador lograba en el lapso de nueve años, enajenar la finca materia de la operación, el mayor valor que éste pudiera percibir, superior a tres mil quinientos pesos (\$ 3.500.00), sería dividido entre los contratantes por partes iguales. Esta interpretación la encuentra correcta la Corte porque armoniza las diversas cláusulas del contrato, lo que no sucede con la que insinúa la demandante, en donde por las primeras cláusulas se estipula una venta, y en la quinta, un mandato para transferir lo mismo que atrás aparece enajenándose, determinándose así dos contratos: el de venta con recibo del precio y entrega de la cosa, y el de mandato para que se enajene por una comisión el mismo bien.

La interpretación del Tribunal cuadra con la regla de interpretación consagrada en el artículo 1620 del C. C.: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

Si se hubiera de considerar que la cláusula quinta entrañaba un mandato para enajenar, quedarían sin efecto las cláusulas anteriores, en que claramente se estipula un contrato de venta, en donde las partes aparecen conviviendo en la cosa y en el precio.

Es preciso interpretar los contratos de manera que produzcan efectos, y hay que suponer buena fe en los contratantes, mientras no aparezca demostrado lo contrario.

Las normas de hermenéutica indican que la interpretación de todo acto jurídico debe ser coordinada y armónica, relacionando todas las cláusulas, y esto por la sencilla razón, de que todo en un acto jurídico va, por lo general, encaminado a un solo objetivo.

Por lo demás, la Corte en repetidos fallos, ha sostenido la doctrina de que el Tribunal es soberano en la interpretación de los contratos; que esta interpretación sólo puede variarse en casación, cuando es manifiestamente errónea, de acuerdo con los términos del contrato y las pruebas del proceso, es decir, cuando hay error evidente de hecho en su interpretación. (Casación, Tomo LX, pág. 661).

Observa la Corte, aun cuando el punto no ha sido materia de casación, que al Tribunal no le era dable decidir lo relativo a la nulidad del contrato celebrado entre Montero y Basto por medio de la escritura pública número 85 citada, por cuanto la acción se propuso contra el señor Enciso, comprador de Basto, y éste no ha sido citado en el juicio. (Sobre el particular pueden verse los siguientes fallos: GACETA JUDICIAL, Tomo 52, pág. 602 y Tomo 54-bis, pág. 83).

Se declara sin fundamento el cargo.

Sentencia

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta.

Costas a cargo del recurrente.

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 — Mamuel José Vargas.
El Secretario, Hernando Lizarralde.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — TESTIMONIO. — EL ERROR DE HECHO EN CASACION. — ERROR DE HECHO EVIDENTE EN LA APRECIACION DE INDICIOS

1.—El artículo 668 del C. J. fija como mínima la edad de 14 años del testigo, tan sólo para que sea admisible su declaración. Lo dicho en este texto nada tiene que ver con la apreciación que haga el Juez del valor del testimonio, en atención a la edad del deponente cuando tuvieron ocurrencia los hechos sobre los cuales declara.

2.—Para que dos declaraciones contestes hagan plena prueba, es necesario que en ellas se cumplan los requisitos sustanciales del testimonio, vale decir, que la fe de su dicho sea perfecta. Pero cuando el juzgador de instancia ha considerado que los testimonios no ofrecen credibilidad suficiente, por la forma en que fueron rendidos o por la deficiencia de las razones en que se fundan, no puede presentarse la violación del artículo 697 del C. J., así sean numerosos los declarantes y coincidan en sus afirmaciones. De lo contrario se eliminaría la potestad de apreciación del juzgador.

3.—Para que exista un error manifiesto de hecho, eficaz en casación, no es suficiente que el sentenciador se haya abstenido de considerar alguna prueba. Lo fundamental, y que el recurrente debe demostrar en su demanda, es que de esas pruebas aparezca en forma evidente y clara la existencia del hecho que se necesitaba establecer y que, así demostrado, conduzca necesariamente a obtener conclusiones distintas de las contenidas en la parte resolutive de la sentencia.

4.—Para que exista error evidente de hecho en la apreciación de indicios, se necesita que todos ellos, aisladamente considerados, se encuentren plenamente establecidos; y que del conjunto de ellos, por reunir las condiciones de ser claros, precisos y concordantes, se deduzca en forma manifiesta y evidente, el hecho indicado. El juzgador tiene libertad suficiente para apreciar esta prueba, y, como ha dicho la Corte: "Siendo la apreciación una operación mental enco-

mendada al criterio personal del fallador, en la cual juega papel preponderante el criterio subjetivo de éste, la Corte no puede desestimar la valoración de esa prueba, ni sustituir el criterio subjetivo del fallador de instancia, sino cuando el demandante demuestra que se ha incurrido en error evidente en la apreciación de los hechos". (Casación de 10 de marzo de 1948 y de 16 de junio de 1950; G. J. número 2083-2084, pág. 521).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Ante el Juez Civil del Circuito de Ipiales, por medio de apoderado y en su calidad de madre natural de los menores Luis Roberto Alejandro y Berta Elisa Castrillón, Cornelia Olivo demandó a Tulia Maya v. de Castrillón, Clementina Castrillón de Mejía y Guillermo, Horacio y Beatriz Castrillón Terán, o simplemente Terán (instituidos herederos y legatarios en el testamento de Luis Castrillón para que, previa citación al Agente del Ministerio Público y mediante los trámites de un juicio ordinario, se haga, junto con otras, la siguiente declaración:

A) "Que los menores Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa Castrillón o simplemente Olivo, son hijos naturales del que fue don Luis Castrillón Valencia por haberlos engendrado él en mi poderdante; lo cual se deduce por los motivos a que aluden los casos tercero, cuarto y quinto del artículo 4º de la Ley 45 de 1936; y que por lo mismo ellos son herederos *ab-intestato* en la sucesión del causante....".

Son hechos pertinentes de la demanda:

El señor Luis Castrillón Valencia, durante más de cincuenta años vivió en la ciudad de Ipiales, donde falleció el día 22 de diciembre de 1945. En

ella contrajo matrimonio católico con doña Tulia Maya, de quien no tuvo hijos. Luis Castrillón Valencia y Cornelia Olivo tuvieron relaciones sexuales estables desde 1926 hasta 1934 aproximadamente. Durante este tiempo hubo entre ellos comunidad de habitación y sus relaciones fueron tan notorias, y "tan públicas pasaron para la generalidad de los habitantes de esta ciudad, que el señor Luis Castrillón nunca privóse de llevar a sus amigos, en fiestas tales como los bautizos de los hijos que ambos tuvieron, a las diversas partes u alojamientos indicados y en donde él vivía con mi poderdante". Fruto de tales relaciones fueron estos hijos de ambos: Jorge Enrique, Luis Alberto Alejandro, Berta Elisa y Aura Graciela. Jorge Enrique, el mayor, nació en Ipiales, fue bautizado a los nueve días de nacido, el 26 de enero de 1926, y falleció a los pocos días de nacido. Su padrino fue el señor Nicanor Santacruz, distinguido caballero de la sociedad de Ipiales y notario público de la misma ciudad en varias ocasiones. Luis Alberto Alejandro, el segundo de los hijos, nació el 19 de marzo de 1927, "pero por un error, su partida bautismal, que se halla en el libro correspondiente al año de 1927, e intercalada entre otras de este mismo año, lo hace figurar como nacido en el año de 1928. El fue bautizado el 17 de abril de 1927, habiendo sido su padrino el señor Francisco Viveros.

Berta Elisa, la tercera, nació el día 29 de junio (día de San Pedro y San Pablo) de 1928; y aunque fue bautizada a igual que los demás en la iglesia Matriz de esta ciudad (Ipiales), no tiene su partida correspondiente, pues, por un descuido del Párroco no fue inscrita en el libro respectivo; pero fue apadrinada por el señor don Cornelio Córdoba, distinguido caballero de esta ciudad y exnotario público de Ipiales por haber desempeñado este cargo durante más de diez años.

Aura Graciela, la cuarta, nació el día 22 de agosto de 1929; pero falleció de pocos meses de nacida, después de haber sido bautizada, y siendo su madrina la señora Clemencia Viveros de Montenegro; persona ésta muy conocida como honorable en esta ciudad".

El señor Luis Castrillón, por sí y personalmente, buscó para padrinos de sus hijos, a las personas ya indicadas. Y cuando Cornelia Olivo quiso hacer bautizar a su última niña, "don Luis Castrillón, de su puño y letra le escribió un papel a mi poderdante, en que la autorizaba para que le suplique a Clemencia Viveros sirviera de madrina de bautizo de aquélla; en cuyo papel don Luis Castrillón reconoce como compadre de ambos a Francis-

co Viveros". Según lo relatado, Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa, que sobreviven, fueron concebidos por la Olivo durante las relaciones sexuales estables que tuvo con Luis Castrillón. Todos ellos nacieron "ciento ochenta días después de la fecha de su concepción, sin pasar de los trescientos, esto es dentro del lapsó que establece nuestro código civil en su artículo 92". Castrillón durante el tiempo de sus relaciones estables con la Olivo, y aún después, hasta el día de su muerte, siempre trató públicamente a Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa como hijos naturales suyos, presentándolos así ante sus deudos y amigos. Por haber tenido ocurriendo estos hechos en un período mayor de diez años consecutivos, ellos son conocidos y reputados en Ipiales como hijos de aquél.

"Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa Castrillón Olivo, o simplemente Olivo, así, siempre han ostentado, por posesión notoria, el estado de hijos naturales del señor Luis Castrillón en esta ciudad; pues su padre siempre los ha presentado como tales, y tratándolos así, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y el vecindario del causante, sus deudos y amigos así lo han reputado y reputan, en virtud del tratamiento que como tales les dio durante su vida".

A algunos de los puntos incluídos en los "hechos" no se hace referencia en este extracto porque constituyen más bien una relación de pruebas destinadas a confirmar los hechos propiamente dichos.

Surtidos los traslados de la demanda, Clemencia Castrillón de Mejía aceptó algunos de los hechos y rechazó otros; Tulia Maya de Castrillón formuló oposición completa a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de carencia de acción y derecho para demandar, petición de modo indebido, improcedencia de la demanda e ineptitud sustantiva de la misma. Los otros demandados no contestaron el libelo.

El Juez del conocimiento consideró que no podía prosperar la acción principal de filiación natural por no estar plenamente probado ninguno de los hechos de la demanda. A consecuencia, pues, de falta de personería sustantiva de los menores, el fallador de primer grado rechazó las demás acciones instauradas y absolvió a los demandados.

De esta providencia apeló la parte actora.

Sentencia recurrida

El Tribunal Superior de Pasto falló el pleito así: "No estando demostradas ninguna de las causales invocadas en la demanda, no puede prosperar la

acción principal de filiación natural y como las demás acciones ejercitadas son sucesivas y consecuentes, no prosperando la principal tampoco pueden prosperar éstas. Por lo expuesto, el Tribunal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo protestado. Sin costas”.

Son consideraciones de la parte motiva:

“Ante todo, es de anotar el hecho que ninguna de las exposiciones testimoniales contiene una declaración concreta ni menos precisa sobre el hecho sustancial de cuándo principiaron y cuándo terminaron las relaciones sexuales, circunstancia esencial para fijar el valor de la presunción establecida por este artículo, para saber si el hijo nació dentro del tiempo debido. Existen, sin embargo, y con relación a la iniciación y terminación de tales relaciones, las declaraciones de Encarnación Portilla de Obando, Carmen Amelia Bernal Pinchao, Luz Angélica Rodríguez y la de Clara Herminia Benavides de Flórez, cuyos testimonios tienen importancia por ser las dos primeras sirvientas de la Olivo, la tercera su mandadera y la última su partera. Como observación al testimonio de las dos primeras testigos se anota, además de su estado de dependencia de la Olivo, el hecho de que en su declaración rendida en 1948, afirman tener 32 y 31 años, respectivamente; de forma que cuando hablan de hechos acaecidos en 1926 a 1927, apenas alcanzarían a la edad de diez años, edad que según la crítica del testimonio, no induce a darle a sus testimonios serios motivos de credibilidad, máxime cuando han transcurrido más de veinte años para rendirlos. Lo mismo puede observarse respecto de Luz Angélica Rodríguez, quien manifiesta tener en la época de su declaración (1948) 30 años. Y descontado que sus declaraciones no sirven para fijar su edad, es lo cierto que a través del cuerpo de esas deposiciones se trasluce su menor edad que no las capacita para un discernimiento completo de los hechos que narran con tanta precisión como desenvoltura, cuando las interroga la parte actora, y vacilantes y contradictorias, en presencia del contra-interrogatorio de la parte demandada.

“En primera instancia el señor Juez hizo la crítica de las declaraciones de las dos sirvientas; en la segunda que también deponen, vale destacar estos hechos: Encarnación Portilla dice que permaneció al servicio de la Olivo once meses, sin precisar ni el mes ni el año y que se retiró de la casa de ella antes de que naciera el niño Luis Alberto Alejandro. De manera que partiendo del hecho procesalmente establecido de que ese nacimiento se ve-

rificó el día 1º de marzo de 1927, no puede tenerse en cuenta su testimonio para efectos de la presunción del numeral 4º que se está comentando, tanto más cuanto que no dice cuándo comenzaron las relaciones de don Luis Castrillón y la Olivo. Carmen Amelia Pinchao afirma que el nacimiento de Luis Alberto Alejandro se efectuó a los diez meses de haber llegado como sirvienta a casa de la Olivo, lo que quiere decir que entró de sirvienta por el mes de mayo de 1926, teniendo en cuenta el hecho del nacimiento del menor efectuado el 1º de marzo de 1927. De suerte que esta doméstica estuvo, por algún tiempo, junto con la otra, o sea Encarnación Portilla, quien dice que se retiró cuando la Olivo ya estaba enferma del segundo hijo, o sea de Luis Alberto. Y en el proceso no aparece constancia de que la Olivo hubiera tenido, al mismo tiempo dos personas a su servicio. Sin embargo en el contra-interrogatorio formulado por el doctor Coral, la Pinchao se contradice y sostiene que el nacimiento del niño Luis Alberto se verificó a los seis meses de haber llegado a la casa de la Olivo, lo cual ciertamente es más verosímil, aunque no abona la credibilidad de su testimonio. Pero si suponemos que esto fuera verdad, entonces tampoco resulta valedero su testimonio para demostrar que el nacimiento del menor se efectuó después de 180 días de comenzadas las relaciones de la Olivo con el señor Castrillón, porque es prácticamente imposible que ya desde los primeros días de entrada al servicio, se dé cuenta de hechos tales como para presumir las relaciones sexuales, sobre todo siendo como era en ese entonces una niña. Luego hay que descartar ese testimonio para efecto de comprobar este elemento. Hay que agregar además que esta declaración por la forma en que aparece rendida, no puede dársele mayor fuerza probatoria, pues, que parece ser trasunto fiel del pliego de preguntas presentado por la parte actora; dá la impresión de una perfecta sincronización con él, para luego en el contrainterrogatorio caer en contradicciones.

“De las declaraciones de Luz Angélica Rodríguez y Clara Herminia Benavides, cabe anotar que la primera, igual que la Pinchao, se muestra en su declaración minuciosa, precisa y contundente, con detalles tan precisos como la fecha del nacimiento y el bautizo de los cuatro hijos que se dice tuvo don Luis en la Olivo, nombre de los respectivos padrinos y otras circunstancias que no son verosímiles, dado el tiempo transcurrido de esos hechos y la edad de la declarante que en 1948 apenas tenía treinta años. En el contrainterrogatorio dice que ella cree que esas relaciones pudieron empezar

por el año de 1925, pero que no está segura si el nacimiento de los hijos se verificaría en el tiempo que se le interroga. La segunda, o sea la señora Benavides de Flórez, dá cuenta del nacimiento de los niños Jorge Enrique, Luis Alejandro, Berta Elisa y Graciela por haber sido la partera, pero no puede recordar la fecha en que principiaron las relaciones de la Olivo y Castrillón ni cuándo terminaron, aunque don Luis le confesó pue eran sus hijos aún después de terminadas esas relaciones. Estas dos declaraciones no pueden estimarse como pruebas en relación con este elemento. Analizados de esta forma los únicos testimonios que se refieren a la iniciación y terminación de las relaciones sexuales, es del caso agregar que sólo está demostrado procesalmente el nacimiento del menor Luis Alberto Alejandro, no así de Berta Elisa, de quien si se dijo al analizar la personería de la madre, que resultaba menor de edad, era porque aún en la hipótesis de que hubiera sido gemela con el primero o el segundo de los hijos de la Olivo, al tiempo de la presentación era menor de edad y por lo tanto bajo la patria potestad de la madre. Si respecto, pues, de Berta Elisa no está acreditada la fecha de su nacimiento, mal se puede decir si nació antes o después del tiempo debido según la presunción que se estudia, y respecto de Luis Alberto Alejandro ya se vio cómo ninguna de las declarantes que deponen a este respecto, su testimonio tenga valor alguno, pues, que la primera sirvienta por haberse separado antes de que naciera Luis Alberto Alejandro, no puede ser tenido en cuenta; el de la segunda, tampoco, porque si se acepta que el niño nació a los seis meses de llegada a la casa de la Olivo, no puede dar cuenta de cuándo principiaron esas relaciones para colegir que nació dentro del mismo tiempo debido. De las otras declaraciones ya se demostró que tampoco constituyen prueba a este respecto. Por último y con relación a la conducta de la Olivo, que de acuerdo con la doctrina de la Corte que ya se dejó transcrita, se requiere que sea relativamente moral. Existen numerosos testimonios que no abonan por ella. En la segunda instancia casi todo el esfuerzo probatorio de la parte demandada se enderzó a este objetivo y de esas pruebas se viene en conocimiento que la Olivo ejercía el oficio de cantinera, que vivió siendo joven al amparo de su madre por un tiempo relativamente corto; que antes de las relaciones con Luis Castrillón tuvo un hijo de otra persona; que posteriormente a esas relaciones también tuvo otros hijos y que se marchó para Bogotá con otro sujeto, y en fin que cuando conservaba relaciones

con don Luis, sostenía tratos sexuales con el señor Efraín Burbano, hecho que según algunos declarantes dio origen a la separación definitiva de la Olivo por parte del señor Castrillón. Todo lo cual ciertamente constituye motivos para no poder calificar la conducta de la Olivo ni siquiera como relativamente moral.

*“Tercera causal.—Posesión notoria del estado civil.—*Este medio probatorio indicado por el numeral 5º del referido artículo 4º, relacionado con los artículos 6º y 7º de la ley 45 para su eficacia probatoria debe ceñirse a las rigurosas exigencias de los artículos 397, 398 y 399 del C. C. y que por consiguiente los actos constitutivos de aquella posesión, consistentes en la provisión de subsistencia, educación y establecimiento deben ser permanentes, constantes y regulares, ostensibles y públicos; en resumen los requisitos para la declaración de posesión notoria se reducen a éstos: tratamiento de hijo, fama y transcurso de un determinado tiempo. En la segunda instancia las pruebas aportadas por el actor no han logrado hacer cambiar la situación de los hijos con relación a este medio probatorio, pues que de las declaraciones de Luis Rodríguez, Carmen Pinchao, Luz Angélica Rodríguez, Clara Herminia Benavides, Tomás Arturo, Encarnación Portilla y otras, no se deducen los elementos a que antes se ha hecho mérito y especialmente con relación a la prescripción de diez años de que habla el artículo 398 del C. C., ya que ninguno de estos declarantes concreta el hecho que esa posesión notoria hubiera durado diez años por lo menos. No existe prueba de que don Luis Castrillón hubiera atendido a la educación y establecimiento de sus hijos y aunque la ley es benigna respecto de los hijos naturales, es obvio que dada la situación de holgura económica de don Luis, por lo menos hubiera provisto de educación a sus hijos naturales, que en diez años de posesión “la edad de los niños ya da base para que los padres se ocupen por renglón tan importante”.

Contra la decisión del Tribunal ha instaurado recurso de casación la parte actora.

El recurso

Son seis los cargos que el recurrente formula contra la sentencia de segundo grado, de la cual dice que es “violatoria de la ley 45 de 1936, por infracción directa, interpretación errónea, errónea apreciación de unas pruebas, y falta de apreciación de otras”.

Antes de concretar los cargos, y a manera de preámbulo, bajo el título de "Relaciones sexuales estables" expresa el recurrente que el sentenciador de instancia cometió error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial y literal, "tanto bajo su aspecto primordial como indiciario"; y que tal error —a su juicio de bulto— en los autos consiste "en haber negado el valor probatorio que tiene la prueba testimonial absurdamente criticada, la que ignoró u olvidó al hacer el recuento de los testimonios, la documental que pasó por alto referente al nacimiento de los cuatro hijos que tuvieron los concubinos, como la indiciaria que las declaraciones y las partidas constituyen para acreditar plenamente que Luis Alberto Alejandro y Berta Eljisa fueron fruto de sus relaciones, y error, además, consistente en la superestimación, de hecho y de derecho, que se dio a las declaraciones sobre la supuesta mala conducta de Cornelia Olivo; e inclusive, por haber el sentenciador interpretado erróneamente la ley, aparte de toda consideración probatoria, quebrantó, ya mediata o inmediatamente, estas disposiciones sustantivas:

"a) El artículo 1º y el numeral 4º del cuarto artículo de la expresada ley, que el sentenciador no los aplicó, debiendo hacerlo, por sí aparecen del expediente demostradas las relaciones y acreditada la presunción de que los dos nombrados hijos, nacieron, cada uno, ciento ochenta días, por lo menos, después de iniciadas, y mucho antes de que pasasen los trescientos días después de las relaciones haber terminado. b) El inciso 2º del numeral 5º del artículo cuarto de la misma ley. Que el Tribunal lo aplicó indebidamente, ora porque lo interpretó mal, ya porque apreció como prueba de la excepción en él contenida, la circunstancia de la concubina, sin hipocresía y celestinaje, haber gustado vivir por lo común amancebada, y no con uno, sino escogiendo para cada temporada, otro con quién ejercitar sus funciones sexuales, pero evitando siempre la *confusio sanguinis*".

Primer cargo

Dice el demandante en casación que el Tribunal les negó a las declaraciones de Encarnación Portilla de Obando, Carmen Amelia Bernal Pinchao; Luz Angélica Rodríguez y Clara Herminia Benavides de Flórez "el valor probatorio que de hecho tienen" para acreditar la época en que comenzaron y terminaron las relaciones sexuales de Luis Castrillón y Cornelia Olivo. Y agrega que "tal negativa, basada en una crítica a todas luces anticientífica es

ilegal, pues, constituye un error de derecho en la apreciación de esta prueba, que indujo a violar el citado numeral del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y el artículo 1º de la misma, que al no reconocerse la acción de filiación natural demandada, se violaron directamente por no aplicárselos. Y el no haber tenido en cuenta lo que en su sentido natural y obvio acreditan estas declaraciones, implica además un error de hecho en la apreciación misma de la prueba testimonial, por parte del Tribunal, y cuyo error a igual que el anterior lo indujo a la misma violación sustantiva de las expresadas disposiciones".

Los errores de hecho y de derecho los configura diciendo que "las mujeres siempre confiesan muchos años menos de los que tienen" y que "no figurando en el expediente las partidas de nacimiento de las declarantes, no es lícita la conclusión del Tribunal, de que tuvieron tal o cual edad cuando presenciaron los hechos sobre que declaran. Y no se diga que el dicho de ellas, como confesión, es plena prueba; pues no es susceptible de confesión por parte de una persona el hecho de su nacimiento".

Después de divagar sobre temas relativos a la psicología experimental, dice que es anticientífica la apreciación del Tribunal. Y concluye: "Al negarles valor probatorio, pues, a estas tres declaraciones, porque las testigos dizque tenían diez años o menos cuando presenciaron los hechos que declaran como ocurridos en 1926, por lo expuesto el sentenciador quebrantó, cometiendo con ello un error de derecho, el artículo 668 del C. J., que fija la edad de catorce años, como mínima en el testigo, pero al momento de declarar, y no con respecto a la época en que el testigo presenció los hechos que relata; porque la ley no fija una edad como límite hasta la cual pueda llegar la evocación del recuerdo".

Más adelante escribe el recurrente: "b) Dice también el Tribunal que son vacilantes los testimonios de estas tres testigos al responder los contrainterrogatorios. La contradicción la ve en esto: que comparando las declaraciones de Encarnación Portilla y Carmen Amelia Pinchao, se llega a la conclusión de que ambas siquiera por algunos meses debieron estar juntas y al mismo tiempo como niñeras de Cornelia Olivó, y que de este hecho no hay constancia en el expediente. Serían contradictorias las declaraciones, por el contrario, si del expediente hubiera la demostración de que Cornelia Olivo nunca las tuvo a las dos como niñeras conjuntamente; y como tal prueba no existe, el Tribunal, comete

un error de hecho al dar por acreditada esta circunstancia. Cuyo error lo indujo a ver una contradicción donde no existe, y por ende al negarles el mérito probatorio que las declaraciones tienen como prueba plena de que Luis Alberto y Berta son fruto de las relaciones sexuales de los concubinos, fue inducido el Tribunal a violar la ley sustantiva como se ha dicho, por no haberla aplicado”.

En seguida se lee: “c) Sobre las declaraciones de Luz Angélica Rodríguez y Carmen Amelia Pinchao, dice el Tribunal que no se les puede dar crédito porque parecen ser trasunto fiel del pliego de preguntas que se les formula, y que en el contrainterrogatorio ya son vacilantes, y que la primera afirma allí que las relaciones sexuales pudieron principiar en 1925, y que no está segura de las fechas de nacimiento de todos los cuatro hijos que tuvo Cornelia Olivo del señor Luis Castrillón. La primera observación que hace el Tribunal por ir contra la norma del artículo 697 del C. J. es errónea. Distinto sería el caso de que toda la prueba testimonial relatara los hechos en que se funda la demanda, porque entonces sí se podría pensar que la uniformidad y exactitud de los testimonios entre sí implica la preparación de una prueba ad-hoc sin base en la realidad. De donde la circunstancia que uno de los testigos, más o menos, o dos de ellos, declaren ciñéndose al interrogatorio, no es motivo para negarles valor. Por lo tanto el Tribunal al hacer esta crítica cometió un error de derecho —el quebranto del artículo dicho— que fue causa o medio para violar la ley sustantiva que no aplicó. La segunda observación, de que la testigo diga en el contra-interrogatorio que las relaciones pudieron principiar en el año de 1925, en lugar de implicar una contradicción, es una ratificación de su dicho de que Luis Alberto nació como fruto de esas relaciones, lo mismo que su hermana Berta Elisa; y constituye así un error de hecho del Tribunal el haber visto que la testigo se contradecía al responder el contrainterrogatorio, cuando allí no hace otra cosa que ratificar su declaración principal; cuyo error indujo al Tribunal a violar el tantas veces citado artículo 4º del estatuto sobre filiación natural. Inclusive para no ser cierto que la testigo en el contrainterrogatorio niegue saber la fecha en que nacieron Luis Alberto y Berta Elisa; y menos que estos nacimientos no hubieran ocurrido ciento ochenta días después de haberse iniciado las relaciones”.

Termina así el recurrente la presentación de su primer cargo: “d) Respecto a la declaración de la señora Benavides de Flórez, quien declara que los concubinos vivieron como marido y mujer respec-

tivamente, y que el primer hijo de ellos nació en 1926, diez meses después de vivir amancebados, el Tribunal comete un error de hecho cuando dice que ella no demuestra cuándo se iniciaron las relaciones sexuales; pues dado que el primer hijo nació el 26 de enero de 1926, su dicho implica que las relaciones se iniciaron desde el año de 1925. A virtud de este error el sentenciador violó como queda dicho tantas veces el citado artículo de la ley 45 de 1936. e) Les niega valor probatorio, finalmente, el Tribunal a los testimonios de Encarnación Portilla y Carmen Amelia Pinchao, por haber sido sirvientas de la Olivo, siendo su estado de dependencia con respecto a ella. Tal negativa implica un error de derecho; pues el Tribunal al ver en las declarantes un estado de dependencia, no por ser el momento de declarar sus sirvientas, sino por haberlo sido hace varios años, quebrantó el artículo 669, numeral 2º del C. J. Ya que la ley habla de los sirvientes actuales, no de los que fueron tales en otras épocas. Y como las declarantes, al momento de rendir su declaración, no eran sirvientas, de Cornelia Olivo, es errado el criterio del Tribunal de negarles valor. Error que indujo al sentenciador a violar el mismo artículo de la ley 45 que no aplicó.

Este primer cargo, en síntesis, es más que fundado. El Tribunal ha debido apreciar las declaraciones de las cuatro nombradas testigos. Y al no apreciarlas como no las apreció cometió, un doble error de hecho y de derecho, como se acaba de analizar. Por cuyo error, al no considerar de estas declaraciones probadas las relaciones sexuales establecidas, y probado que Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa son fruto de ellas, por ellos estar amparados con la presunción del artículo 92 del C. C., el Tribunal, violó, al no aplicarlo el artículo 4º de la Ley 45”.

Se considera:

En síntesis, este cargo consiste en acusar la sentencia recurrida, por error de hecho y de derecho en la apreciación de las declaraciones de Encarnación Portilla de Obando, Carmen Amelia Bernal Pinchao, Luz Angélica Rodríguez y Clara Herminia Benavides de Flórez, que condujo a la violación del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

En cuanto al error de hecho que se alega, la Sala no comparte el criterio del recurrente. Es bien sabido que para la prosperidad de una acusación en tal sentido, no basta señalar en la demanda de casación las pruebas que se estiman mal apreciadas,

sino que es indispensable demostrar allí mismo cómo evidentemente el Tribunal incurrió, al apreciarlas, en un error manifiesto, el cual debe aparecer en forma clara y evidente de la sustentación del cargo. Estos requisitos no se cumplen en el presente caso. En forma alguna ha demostrado el demandante que las críticas hechas por el Tribunal a estos testimonios, contraríen la realidad. De las razones expuestas por el recurrente para impugnarlas, surgen simples divergencias de apreciación pero no errores manifiestos del sentenciador.

La pretensión de que no le es posible al juzgador apreciar la edad del testigo con base en su propio dicho, porque el nacimiento se prueba con las partidas civiles o eclesiásticas respectivas o en la forma supletoria que regula la ley, es totalmente infundada. Precisamente ocurre todo lo contrario. Mientras la parte interesada en sostener que la verdadera edad del testigo es distinta de la que en su declaración confiesa, no aduzca la prueba correspondiente, el juzgador puede atenerse a aquella edad, pues forma parte de la exposición del testigo, que debe analizar en su conjunto. Y la afirmación de que las mujeres siempre declaran menos edad de la que tienen, puede ser valedera en el campo de las consideraciones extrajudiciales, pero jamás para orientar la crítica de un testimonio en juicio.

Al Tribunal le parecen sospechosas las declaraciones de Encarnación Portilla y Carmen Bernal Pinchao, porque conforme a su dicho resultan siendo niñas, al mismo tiempo, de Cornelia Olivo. El recurrente considera, en cambio, que bien pudieron durante alguna época estar al servicio de aquélla simultáneamente. Pero esta hipótesis no tiene respaldo en el dicho de las declarantes, pues ninguna dice que hubiera trabajado allí junto con la otra y ni siquiera que hubieran vivido en la misma casa o se hubieran conocido entonces. A base de suposiciones no es posible fundamentar un cargo por errores de hecho.

Igual cosa sucede respecto a la crítica que el Tribunal hace de las declaraciones de Luz Angélica Rodríguez y de la misma Pinchao. El sentenciador estima que la vacilación de aquéllas al responder los contrainterrogatorios, en contraste con la exactitud al repetir casi textualmente las preguntas formuladas por la parte que invoca su dicho, afectan gravemente la credibilidad de sus testimonios. El recurrente no demuestra en absoluto que tal apreciación sea manifiestamente errónea y que esas declaraciones merezcan perfecto crédito. Además de que la Rodríguez depone sobre hechos

que habrían sucedido cuando apenas contaba ocho años de edad, y la Pinchao, según su propio dicho, hubiera tenido apenas diez años cuando desempeñó el oficio de niñera al servicio de Cornelia Olivo. De la lectura del cargo, pues, no aparece en forma alguna que la apreciación del Tribunal sobre el mérito de estas declaraciones, constituya un error de hecho manifiesto.

En lo atinente al testimonio de la señora Benavides de Flórez, el recurrente estima que hubo error de hecho en la conclusión del Tribunal, pues éste ha debido presumir o deducir la iniciación de las relaciones sexuales entre los concubinos, tomando como punto de partida, hacia atrás, la fecha del nacimiento del primer hijo. Como ese hijo nació el 26 de enero de 1926, para el recurrente no hay duda de que tales relaciones debieron iniciarse por lo menos nueve meses antes. Pero esto no pasa de ser una petición de principio, como lo observa el opositor. Es inaceptable la pretensión de que se aplique por analogía a las relaciones extramatrimoniales la presunción de concepción. Un hecho que la ley exige sea demostrado plenamente no puede establecerse por medio de presunciones.

Es algo elemental que un hijo puede nacer como fruto de relaciones esporádicas. De tal suerte, el nacimiento apenas hace presumir la concepción, pero no el hecho de que ésta se hubiera cumplido dentro de las relaciones estables y notorias de que trata, para el caso, la ley 45 de 1936.

En general, puede decirse que el recurrente critica las apreciaciones del Tribunal sin demostrar los errores que alega, incurriendo en falta de técnica en la formulación del recurso.

El error de derecho lo circunscribe el recurrente a la violación de los artículos 668, 669, numeral 2º, y 697 del C. Judicial, y 92 del C. Civil. La violación del primero consiste en que el Tribunal hubiera considerado poco digno de crédito el testimonio de una declarante que aparece con edad de diez años o menos al tiempo de sucederse los hechos que dice recordar.

La Sala estima que el artículo 668 no ha sido violado. Sin necesidad de entrar al estudio de las posibilidades de una memoria feliz, capaz de retener lo percibido en la infancia —fuera de lugar para los efectos del cargo— es suficiente observar que el citado artículo del C. J. fija como mínima la edad de 14 años del testigo, tan sólo para que sea admisible su declaración. Lo dicho en este texto nada tiene que ver con la apreciación que haga el juez del valor del testimonio, en atención a la edad

del deponente cuando tuvieron ocurrencia los hechos sobre los cuales declara.

Tiene razón el recurrente cuando da a entender que el ordinal 2º del artículo 669 del C. J. establece el impedimento para declarar, por supuesta parcialidad, únicamente en quienes al tiempo de rendir el testimonio tengan el carácter de dependientes o subalternos que estén viviendo del sueldo o remuneración que una de las partes les pague. Pero el Tribunal no descartó los testimonios de la Portilla y la Pinchao por haber sido sirvientas de Cornelia Olivo, sino por no merecer entero crédito en razón de la inconsistencia que halló en ellos a causa de las otras circunstancias que se han anotado. En la sentencia no se encuentra ningún concepto contrario a la sana interpretación del texto que se deja expuesta.

Ahora bien. Para que dos declaraciones contes-tes hagan plena prueba es necesario que en ellas se cumplan a cabalidad los requisitos sustanciales del testimonio; vale decir, que la fe de su dicho sea perfecta. Pero cuando el juzgador de instancia ha considerado que los testimonios no ofrecen credibilidad suficiente por la forma en que fueron rendidos o por la deficiencia de las razones en que se fundan, no puede presentarse la violación del artículo 697 del C. J., así sean numerosos los declarantes y coincidan en sus afirmaciones. De lo contrario se eliminaría la potestad de apreciación del juzgador.

En la hipótesis de que las críticas del Tribunal a las declaraciones de Luz Angélica Rodríguez y Carmen A. Pinchao fueran equivocadas, sólo habría sido procedente atacar por error manifiesto de hecho la apreciación de esas pruebas.

Por último, tampoco aparece la violación del artículo 92 del C. C., porque, como se dijo antes, el Tribunal no desconoció que la concepción debiera presumirse efectuada dentro de un término no menor de 180 días antes del nacimiento o no mayor de trescientos después de éste. Cosa totalmente distinta es que, con toda razón, no hubiera presumido la iniciación de relaciones sexuales estables y notorias entre los presuntos padres, por el simple hecho del nacimiento del hijo.

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

Segundo cargo

“El Tribunal para llegar a la misma conclusión, a que llegó, indicada en la enunciación del cargo anterior, no sólo les negó el valor probatorio a los testimonios que en tal cargo se indican, sino que

ignoró u olvidó las declaraciones de Julio César Álvarez Pérez, Marcial Burbano Dorado, Benjamín Mora Arellano, Mercedes Benítez de Villota, Romelia S. de Viveros, Clemencia Viveros de Montenegro. Declaraciones de las cuales aparece no sólo que “los concubinos vivieron públicamente como tales, sino que sus relaciones se iniciaron por lo menos desde 1926 y que perduraron hasta el año de 1934, cuando menos. Y aunque unos testigos sólo dicen cuándo se iniciaron, otros cuándo terminaron, éstos el año en que los vieron vivir amancebados, aquéllos en qué fecha nacieron aproximadamente los niños Luis Alberto y Berta Elisa, y sus hermanos Jorge Enrique y Aura Graciela, y el testigo Álvarez Pérez con una diafinidad meridiana cuándo principiaron y cuándo terminaron, es lo cierto que en su conjunto acreditan, se repite, el hecho capital de que se iniciaron desde antes de nacer Jorge Enrique, en el año de 1926, esto es, antes del 26 de enero de 1926, y terminaron después, mucho después, del nacimiento de la última hija de los concubinos, Aura Graciela, esto es, con posterioridad al 18 de octubre de 1929 (sic). Ahora bien, el sentenciador al no haber tenido en cuenta estas declaraciones, cometiendo un error de hecho, que está manifiesto, por lo mismo de los autos, no dio por demostrado tal hecho capital de haberse iniciado las relaciones antes de nacer el primer hijo y terminado después de haber nacido la última, de los cuatro que el mismo señor Castrillón reconoció y presentó como suyos a todos los que de sus relaciones sexuales con la Olivo tuvieron conocimiento y han declarado en este juicio. Error que lo condujo a violar, por no haberlo aplicado, el artículo 4º, inciso 4º de la Ley 45 de 1936. O, mejor dicho, el numeral 4º de este artículo.

Segundo cargo

Se considera:

Se estructura sobre la afirmación de que el Tribunal ignoró u olvidó las declaraciones de Julio César Álvarez, Marcial Burbano, Benjamín Mora, Mercedes Benítez de Villota, Romelia S. de Viveros y Clemencia Viveros de Montenegro, con las cuales se acredita “que los concubinos vivieron públicamente como tales” y que “sus relaciones se iniciaron por lo menos desde 1926 y perduraron hasta 1934, por lo menos”. De la falta de apreciación de tales pruebas deduce el recurrente la violación, por falta de aplicación, del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

El demandante en casación no demuestra que de las declaraciones citadas aparezca como algo evidente y manifiesto, la existencia de tales relaciones sexuales estables y notorias, durante todos esos años, y que por consiguiente los presuntos hijos hubieran sido el fruto de ellas. Se limita a afirmarlo, con lo cual el cargo queda mal fundamentado.

Para que exista un error manifiesto de hecho, eficaz en casación, no es suficiente que el sentenciador se haya abstenido de considerar algunas pruebas. Lo fundamental, y que el recurrente debe demostrar en su demanda, es que de esas pruebas aparezca en forma evidente y clara la existencia del hecho que se necesitaba establecer y que, así demostrado, conduzca necesariamente a obtener conclusiones distintas de las contenidas en la parte resolutive de la sentencia. El cargo de que se trata no cumple ninguna de estas condiciones, como ya se dijo.

Además, si bien es cierto que en la sentencia no se menciona expresamente a estos declarantes, de tal omisión no se deduce que el Tribunal no los hubiera tenido en cuenta, pues hace referencia en general a "la abundante prueba testimonial allegada al expediente por la parte actora, tanto en la primera como en la segunda instancia", para concluir que con ella se estableció la existencia de relaciones sexuales estables, pero no la notoriedad y la coincidencia de aquéllas con la época de la concepción de los supuestos hijos. Y el recurrente no demostró que exista error manifiesto de hecho en tales apreciaciones.

No prospera el cargo.

Tercer cargo

"Dice el Tribunal que no está acreditado procesalmente el día en que nació Berta Elisa, y que por lo mismo ni siquiera hay base para ver si con respecto de ella está acreditada la presunción del artículo 92 del C. C., de que es hijo de los concubinos por haber nacido ciento ochenta días por lo menos después de haber sido iniciadas y trescientos, o dentro de los trescientos días, antes de ellas haber cesado. Pero como la certificación eclesástica de no existir su partida de nacimiento y las múltiples declaraciones contextes y uniformes de que ella nació el día de San Pedro y San Pablo del año de 1928, esto es, el 29 de junio de 1928, el Tribunal, al no dar por demostrada esta circunstancia, cometió un error de hecho por no haber apreciado al respecto lo que dicen los testigos, que luego se

enumeran; error que lo condujo, al no reconocer por este motivo, que Berta Elisa es hija natural de don Luis Castrillón y Cornelia Olivo, por haber sido fruto de sus relaciones sexuales, a violar, directamente, como lo violó, por no haberlo aplicado el artículo 4º, numeral 4º de la ley 45 de 1936, y el artículo 1º de dicha ley. Sobre este punto los testigos declaran:

"Cornelia Córdoba: 'Es cierto que a la niña Berta Elisa Olivo yo la apadriné en el bautismo, bautizo que es evidente se realizó en la iglesia matriz de esta ciudad. Como dije en mi respuesta principal no recuerdo con precisión si fue don Luis Castrillón o la Olivo quienes me hayan solicitado el servicio de apadrinar en el bautizo a la niña Berta Elisa; pero sí creo que el señor Castrillón me hubiera hecho tal insinuación. Es verdad que el señor Castrillón después del bautizo de la citada niña me siguió tratando de compadre, trato éste que siempre lo frecuentamos delante de las personas con quienes nos reuniéramos en diferentes ocasiones'.

"Amelia Pinchao: 'Me consta que el niño Luis, quien actualmente ya es joven, Berta Elisa y Aurita Graciela nacieron durante el tiempo que yo estuve como sirvienta de Cornelia Olivo, los cuales nacieron en mis manos'. 'También me consta —dice al declarar en segunda instancia— que en el tiempo que estuve de sirvienta de la Olivo, tiempo en que tuvieron relaciones sexuales (don Luis y la Olivo) hubo como fruto de esas relaciones sexuales tres hijos... después tuvieron una niña que llama Berta Elisa que nació el 29 de junio de 1928 y la apadrinó don Cornelio Córdoba'.

"Clara Benavides de Flórez: 'Berta Elisa nació como al año también de nacido Luis Alberto y que fue bautizada en la misma iglesia, y recuerdo mucho que nació el día de San Pedro y San Pablo el 29 de junio; la cuarta que se llama Aura Graciela nació en 1929'. Y aunque no precisa el año, dado que dice que nació al año más o menos de haber nacido Luis Alberto, corrobora que lo fue en el de 1928. Del contexto de las anteriores declaraciones, el cargo es más que fundado; pues está comprobado plenamente que la niña Berta Elisa nació el día de San Pedro y San Pablo de 1929'.

Se considera:

Ataca el recurrente la sentencia por no haber

aceptado el Tribunal que estuviera procesalmente comprobado el día en que nació Berta Elisa y se hallara establecida, en consecuencia, la base cierta para aplicar el artículo 92 del C. C., según el cual se presume hijo de los concubinos al nacido por lo menos 180 días después de iniciado el concubinato o dentro de los 300 siguientes a su terminación. A juicio del demandante en casación, las declaraciones recibidas y la certificación eclesiástica de no aparecer la partida de bautismo, acreditan plenamente que tal nacimiento tuvo lugar el día 29 de junio de 1928. Estima así que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto, que lo condujo a violar el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y el artículo 1º de la misma ley.

El recurrente cita las declaraciones de Cornelio Córdoba, Amelia Pinchao y Clara Benavides de Flórez.

El primero declara haber sido el padrino en el bautismo, se abstiene de citar la fecha en que tuvo lugar, y nada dice acerca del nacimiento.

La segunda, evidentemente afirma que la niña nació el 28 de junio de 1928.

La última dice: "La tercera hija que tuvo que llama Berta Elisa que nació como al año también y que fue bautizada en la misma iglesia y que recuerdo mucho que fue el día de la fiesta de San Pedro y San Pablo que se festeja el 29 de junio, habiendo sido el padrino don Cornelio Córdoba y que aún vive". Se observa que la cita de esta declaración hecha por el recurrente entre comillas, no corresponde al texto verdadero. Ello constituye una falta de lealtad procesal, por lo menos, bajo todo punto de vista censurable.

Únicamente la Pinchao, pues, dá la fecha del nacimiento. Pero las críticas que el Tribunal hace de esta declaración (no desvirtuadas por el recurrente), son suficientes para que no se la acepte como prueba de tal hecho. Se trata, además, de testigo único que no presenció tampoco, al parecer, el hecho del nacimiento.

El error manifiesto que se alega, no aparece por parte alguna. El cargo, en consecuencia, se rechaza.

Cuarto cargo

"Del expediente en virtud de la prueba testimonial que criticó absurdamente el Tribunal —como queda demostrado en los cargos anteriores— y en virtud, también, de la prueba testimonial que el sentenciador ignoró y no analizó en la parte motiva de su sentencia, como de las partidas de naci-

miento de Jorge Enrique, Luis Alberto Alejandro y Aura Graciela, y de la certificación de no existir la partida de nacimiento de Berta Elisa, cuyo nacimiento sí está acreditado supletoriamente con los testimonios contextes de que ella nació el día de San Pedro y San Pablo, del año de 1928, están acreditados plenamente los siguientes hechos, que son indicios necesarios, para concluir cuando menos que los concubinos Luis Castrillón y Cornelia Olivo comenzaron sus relaciones sexuales estables y notorias desde antes del nacimiento del niño Jorge Enrique y que en ellas perduraron, por lo mínimo, hasta después del nacimiento de la niña Aura Graciela; de donde, por haber nacido Berta Elisa y Luis Alejandro durante el lapso que marcan las fechas de estos dos hechos (nacimientos de Jorge Enrique y Aura Graciela), están amparados por la presunción del artículo 92 del C. C., esto es, que cada uno de ellos nació ciento ochenta días después de haber iniciado sus relaciones sexuales los concubinos, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron. Conclusión de que cada uno de los dos, respectivamente, es decir Luis Alberto y Berta Elisa, nacieron después de ciento ochenta días de iniciadas las relaciones sexuales de los mancébos, que no fue corolario del razonamiento que ha debido hacer el Tribunal si hubiera seguido el proceso de inducciones y deducciones a que estaba obligado en vista de la prueba testimonial y documental allegada al expediente. Tales hechos son:

a) Los concubinos vivieron amancebados de manera estable y notoria, ocho años por lo menos. Lo acreditan así los testimonios de Julio César Alvarez Pérez, Clemencia Viveros de Montenegro, Clara Benavides de Flórez, Luz Angélica Rodríguez, Luis Rodríguez, José María Arteaga García, Cornelio Flórez y Amelia Pinchao. — b) Jorge Enrique, Luis Alberto Alejandro, Berta Elisa y Aura Graciela, nacieron respectivamente, como aparece de las partidas de nacimiento de ellos y de la prueba supletoria con respecto al nacimiento de Berta Elisa el 26 de enero de 1926, el 1º de marzo de 1927, el 29 de junio de 1928 y el 18 de octubre de 1929. Es otro hecho plenamente acreditado que el Tribunal ha pasado por alto. — c) Las relaciones sexuales se iniciaron antes del nacimiento de Jorge Enrique, y terminaron después del nacimiento de Aura Graciela, esto es, antes del 26 de enero de 1926 y después del 18 de octubre de 1929. Lo acreditan así los testimonios de Clara Benavides de Flórez, Encarnación Portilla, Amelia Pinchao, Rosario Ruales, Mercedes Benítez de Villota, Clemencia Viveros de Montenegro, Romelia v. de Viveros.

Marcial Burbano D., Benjamín Mora y Julio César Alvarez”.

En seguida extracta el recurrente apartes de las citadas declaraciones para concluir: “Las declaraciones transcritas, en parte, no sólo demuestran por lo visto, que las relaciones sexuales se iniciaron antes del nacimiento de Jorge Enrique y terminaron después del de Aura Graciela, sino que acreditan una confesión extrajudicial de paternidad por parte de don Luis Castrillón de ser hijos suyos Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa; lo cual es un indicio de que tales relaciones se iniciaron antes de nacer el primero y terminaron después de nacer la segunda; o lo que es lo mismo que ellos son fruto de estas relaciones. Luego de los hechos anteriores, o *indicios necesarios* ha de concluirse que Luis Alberto y Berta Elisa nacieron ciento ochenta días después de iniciadas las relaciones sexuales de sus padres, existiendo un intervalo de un año más o menos entre el nacimiento de cada uno de ellos; pues la prueba testimonial dice que los concubinos iniciaron sus relaciones antes de nacer Jorge Enrique, hermano mayor de Luis Alberto y Berta Elisa, y terminaron, por lo menos, después de haber nacido Aura Graciela, hermana de ambos. Y para llegar a esta conclusión que es corolario lógico del análisis de indicios que debió hacer el Tribunal, no era necesario, como lo ha querido el sentenciador, que cada testigo dijese indicando el día, la hora y el mes, y si es posible hasta el minuto mismo, en que las relaciones sexuales se iniciaron, y también en que ellas terminaron, y menos el día, y hora, y minuto, en que Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa nacieron; pues lo uno y lo otro se deduce de los hechos indiciarios de que se hablado en este cargo, que, sintetizando lo dicho, se configura así:

El Tribunal, por no haber apreciado las declaraciones transcritas; la confesión de paternidad extrajudicial que de ellas aparece, de ser Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa hijos naturales de don Luis Castrillón; y las partidas de nacimiento de Jorge Enrique, Luis Alberto Alejandro y Aura Graciela; pruebas cada una de éstas que indiciariamente llevan a, demostrar de manera plena, por deducción necesaria y lógica, que Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa son hijos de don Luis Castrillón y Cornelia Olivo, por ser fruto de las relaciones sexuales que ellos de manera pública y notoria tuvieron entre sí para la época en que se presume la concepción de cada uno de los expresados hijos, y cometiendo un doble error, de hecho y de derecho, violó el Tribunal, de manera directa, por no haberlo aplicado, el numeral 4º del cuarto artículo de la Ley

45 de 1936; como también el artículo 1º de esta ley; por no haber declarado la acción de filiación demandada. Error de hecho consistente en la no apreciación de la prueba indiciaria a que se refiere el cargo; y error de derecho por no haberle dado a esta prueba el valor de plena que tiene de conformidad a los artículos 661, 662, 663, 664, 665 y 666 del C. J., que el juzgador quebrantó, al no aplicarlos, y cuyo quebrantamiento constituye la violación medio, al decir de la Corte, que le sirvió para llegar a violar las expresadas disposiciones sustantivas de la ley 45 de 1936. Pues, se repite, no consideró el Tribunal la prueba indiciaria que de hecho aparece del proceso, sobre que Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa son fruto de las relaciones sexuales de los concubinos; con lo cual se cometió un error de hecho en la apreciación de esta prueba indiciaria; y un error de derecho por cuanto a los indicios no se les dio el valor que ha debido dárseles de conformidad a las disposiciones de derecho probatorio que se quebrantaron constituyendo la violación medio, su quebrantamiento.

Se considera:

En este cargo insiste el recurrente en acusar la sentencia por error de hecho y de derecho en la prueba, al apreciar mal o dejar de apreciar los testimonios, partidas de nacimiento y prueba supletoria. El mismo sintetiza así la acusación: “error de hecho que consiste en la no apreciación de la prueba indiciaria a que se refiere el cargo; y error de derecho por no haberle dado a esta prueba el valor de plena que tiene de conformidad a los artículos 661, 662, 663, 664, 665 y 666 del C. J. que el juzgador quebrantó, al no aplicarlos”. De lo que deduce la violación del numeral 4º del artículo 4 de la Ley 45 de 1936.

En cuanto al pretendido error de hecho, se observa que ninguno de los indicios alegados tiene el carácter de necesario, como lo sostiene el recurrente; de estar debidamente demostrados, serían indicios simples, más o menos importantes, pero de ninguna manera necesarios porque el hecho indicado, no resulta indispensablemente de la presencia de ninguno de ellos.

Por otra parte, para que pueda existir este error se necesita que todos los indicios, aisladamente considerados, se encuentren plenamente establecidos; y que del conjunto de ellos, por reunir las condiciones de ser claros, precisos y concordantes, se deduzca en forma manifiesta y evidente, el hecho indicado. El juzgador tiene libertad suficiente para

apreciar esta prueba. Y, como ha dicho la Corte, "siendo la apreciación una operación mental encomendada al criterio personal del fallador, en la cual juega papel preponderante el criterio subjetivo de éste, la Corte no puede desestimar la valorización de esa prueba, ni sustituir el criterio subjetivo del fallador de instancia, sino cuando el demandante demuestra que se ha incurrido en error evidente en la apreciación de los hechos". (Casación, 10 de marzo de 1948 y junio 16 de 1950. G. J. número 2083-4, pág. 521).

En otra ocasión dijo:

"El error de hecho procede cuando el recurrente puede presentar ante la Sala de Casación Civil la contraevidencia de los hechos tenidos como ciertos en la sentencia acusada", y esto no se realiza en caso como el sometido a su estudio en que el Tribunal no le otorgó o dejó de otorgarle la categoría de indicios a un elemento probatorio allegado al proceso, dentro de la autonomía de apreciación que la ley, la doctrina y la jurisprudencia le tienen otorgada. En los casos de indicios necesarios, cuando sucesos cuyo acaecimiento implica obligadamente el de otro determinado, entonces puede prosperar una acusación fundada en la falta de apreciación de aquéllos, pero esto no es posible cuando, como en el caso de autos, el recurrente apenas establece como punto de reparo, la conexidad que de acuerdo con su criterio tienen ciertas manifestaciones con el hecho que él mismo afirma, a la ninguna o inferior que el Tribunal halló en su libre y autónoma apreciación. Los artículos 663 y 665 del C. J., que tutelan el mérito probatorio de los hechos indiciarios, le confieren al Juez la facultad para de acuerdo con su criterio determinar, en cada caso concreto, el alcance de los elementos probatorios incompletos, según la certidumbre o duda que produzcan en su ánimo. Cuando aquél no los aprecia o los desecha no vulnera las disposiciones citadas, porque los efectos jurídicos que puedan producir esas normas están condicionados a su criterio y sólo puede "lesionarlas cuando incurre en error de hecho evidente, o cuando dado por cierto el indicio necesario, no extrae de él su obligada consecuencia, o cuando teniendo por demostrados los hechos indicativos y por establecida su gravedad, precisión, conexidad e indubitable incidencia sobre los hechos controvertidos, se abstiene de otorgarles la relevancia jurídica que el artículo 665 del C. J. para ellos prevé". (G. J. número 2083-4, sentencia de junio 13 de 1950; pág. 387).

Es decir, no hay error de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria, sino cuando "su inter-

pretación repugna a la evidencia clara y manifiesta que arrojen los hechos", lo cual debe demostrarlo, como es obvio, el recurrente". (Casación Civil, noviembre 22 de 1951. G. J. número 2107-8, página 834).

El cargo no puede prosperar porque no aparece en parte alguna que el Tribunal haya incurrido en el error manifiesto que se alega. Por las mismas razones no es válido alegar la violación de los textos reguladores del mérito de esta prueba, pues para que existiera sería indispensable que los indicios en sí aparecieran plenamente demostrados y que el Tribunal se hubiera abstenido de sacar de ellos las consecuencias que esas normas determinan.

Quinto cargo

"El Tribunal de Pasto interpretó erróneamente al fallar el caso *sub-lite*, el inciso último del artículo 4º de la ley 45 de 1936. Disposición ésta que la violó a consecuencia del error de derecho que cometió al interpretarla indebidamente, de manera directa. Pues como salta de bulto al estudiar la parte motiva de la sentencia, se ve que el Tribunal creyó que a virtud de la mala conducta de la concubina, anterior, o posterior, a la iniciación, y término de las relaciones sexuales, no es dable fallar una acción de filiación natural por la causal que entraña el numeral 4º del artículo 4º de esta ley. Pero la recta interpretación de esta disposición es otra: que no es dable declarar judicialmente la paternidad a virtud de la prueba de las relaciones sexuales estables, de un hijo, fruto de ellas, si la madre y concubina ha observado una mala conducta, que haga presumir, como posible, una *confusio sanguinis*. Es decir cuando la mala conducta de la concubina coincida con la época en que legalmente se presume la concepción. Porque la concubina puede haber tenido mala conducta, o acceso sexual con otros hombres, antes de esa época, o después de ella. Y más claramente: la concubina ha podido tener mala conducta o acceso sexual con otros hombres distintos de su concubino, antes o después de los extremos en el tiempo que implica el lapso sobre que obra la presunción del artículo 92 del C. C. sin que ello obste para que al hijo nacido en dicho lapso haya de negársele su categoría de hijo natural. Porque esa conducta anterior o posterior, de derecho, no puede implicar una *confusio sanguinis*. Y por lo mismo la creencia del Tribunal, o criterio, que al respecto le sirvió para analizar la prueba que la parte demandada presentó para fundamentar la excepción contenida en la dis-

posición de que se viene hablando (inciso último del artículo 4º de la ley 45), no tiene el alcance legal que la recta interpretación de esta disposición implica.

“Cometió pues el sentenciador de Pasto un error de derecho, o ignorancia jurídica de la ley, al interpretarla como la interpretó dándole el alcance, que no tiene, y es ajeno a su sentido natural y obvio, y a su sentido jurisprudencial y jurídico. Cuyo error lo llevó a violarla, por haberla aplicado indebidamente, como lo hizo, en el presente juicio, al dar por establecida, con las pruebas sobre la mala conducta de la Olivo, la excepción de que trata el tantas veces mentado inciso último del artículo 4º, numeral 5º. Cuando estas pruebas, dándoles en gracia de discusión un valor que de hecho no tienen, a lo sumo, acreditarían una mala conducta de Cornelia Olivo, pero que no puede ser causa de una *confusio sanguinis*”.

Se considera:

Se acusa la sentencia como violatoria del último inciso del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por errónea interpretación. Al decir del recurrente, la infracción anotada tuvo ocurrencia por considerar el Tribunal que la mala conducta de la madre, antes o después del tiempo en que existieron las relaciones sexuales estables y notorias con el presunto padre, configuraba la excepción prevista en el texto legal. Según se lee en el cargo, la correcta interpretación de la citada norma limita la prohibición de declarar la paternidad natural, al caso de que sea presumible la *confusio sanguinis*, porque la mala conducta de la madre coincide con la época de la concepción.

Sin duda alguna es esta última la interpretación correcta del inciso en cuestión. Su texto claro no permite entenderlo de otro modo. Sin embargo, el cargo no prospera, porque si bien el Tribunal dice que la Olivo tuvo un hijo antes de sus relaciones con Luis Castrillón, y otros de sujetos distintos después de terminadas aquéllas, igualmente menciona el hecho de que “cuando conservaba relaciones con don Luis, sostenía tratos sexuales con el señor Efraín Burbano, hecho que según algunos declarantes dio origen a la separación definitiva de la Olivo por parte del señor Castrillón”.

Y el recurrente no atacó esta última afirmación del Tribunal, para demostrar que se encuentra reñida con la evidencia procesal, o que tales relaciones con el señor Burbano no pudieron coincidir con la época de la concepción.

Pero, aún en el supuesto de que lo hubiera hecho y demostrado, tampoco el cargo podía prosperar. Es preciso tener en cuenta que la demanda fue desestimada principalmente porque la parte actora no demostró la pertinencia de ninguno de los casos en que el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 permite hacer la declaración de paternidad. De consiguiente, sin quebrar esta apreciación del Tribunal sobre la prueba del actor, mediante la respectiva demostración del error manifiesto de hecho o de derecho, la conclusión necesariamente tendría que ser la misma, con prescindencia de la excepción que en este cargo se analiza.

No prospera el cargo.

Sexto cargo

“El Tribunal cometió doble error, de hecho y de derecho, al apreciar, como prueba de la mala conducta de Cornelia Olivo, las declaraciones de María Bolaños, Luis Ortega y Amelia Burbano, que aunque no se citan en la parte motiva de la sentencia, a ellas parece referirse cuando hace su análisis en el capítulo motejado “Conducta Moral de la Madre”. Doble error que llevó al Tribunal a violar, directamente, por haberlo aplicado, no siendo del caso a la controversia *sub lite*, el inciso último del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, como también, por no haberlo aplicado, siendo del caso hacerlo, a violar, el artículo 1º de esta ley. Pues en la parte resolutive de la sentencia, se dio como acreditada la excepción de haber interferido una *confusio sanguinis* las relaciones sexuales de Cornelia Olivo y Luis Castrillón, por la época en que ha de presumirse la concepción de Luis Alberto y Berta Elisa. Y consecuentemente no se accedió a declarar la acción de filiación demandada, violándose por este motivo el artículo 1º de la Ley 45 que dejó de aplicarse”.

A continuación comenta el recurrente las referidas declaraciones para afirmar que ellas se apoyan en simples referencias. Y agrega que de ellas no se deduce que la Olivo hubiera vivido simultáneamente con varios hombres sino que “ha tenido varios concubinos, pero cuidándose siempre de dar una *confusio sanguinis* al cambiar de mancebo”. Tales declaraciones —a juicio del recurrente— nada prueban de la mala conducta de Cornelia Olivo por el tiempo en que debe presumirse fueron concebidos Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa. “Por lo tanto —concluye— ver en ellos prueba de los hechos a que se refiere y de la *confusio sanguinis* aludida, es un error de hecho, manifiesto; error que lo cometió el Tribunal de Pasto, y a virtud del

cual violó el inciso último del artículo 4º de la Ley 45, que lo aplicó indebidamente, al deducir como acreditada la excepción que esta disposición consagra. El Tribunal al darles el valor probatorio que les dio, como prueba de los hechos que relatan, a los testimonios aludidos, quebrantó los artículos 697, 698 y 699 del C. J., cometiendo así un error de derecho; e igualmente al darles el valor probatorio suficiente, como para acreditar la *confusio sanguinis*, que se consagra como excepción en la ley 45 de 1936, para declarar, por la causal de existir relaciones sexuales estables entre el presunto padre y su concubina, la acción de filiación natural, cuando estos testimonios no se refieren, en los hechos que relatan, para la época en que se presume fueron concebidos Luis Alberto y Berta Elisa, cometió el Tribunal otro error de derecho: Es decir aceptó como probado un hecho que la ley exige sea acreditado de manera distinta a como pretende acreditarse. La ley exige que la mala conducta o acceso sexual de la concubina con otros hombres distintos del presunto padre natural, se pruebe durante el lapso comprendido entre los extremos temporales que limitan el campo de operación de la presunción consagrada en el artículo 92 del C. C.; pero el Tribunal acepta la prueba de esa conducta fuera de ese campo en que actúa la presunción. Y a consecuencia de este error de derecho, por uno y otro concepto, el Tribunal, llegó a violar de manera directa, por haberlo aplicado indebidamente, el citado último inciso de que se viene hablando. Y el quebranto de tales disposiciones del Código Judicial o violaciones medio, tuvo lugar: del artículo 697, porque las tres declaraciones ninguna concuerda con otra en las circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre ninguno de los hechos a que se refieren, y que el Tribunal los dá por probados plenamente al apreciarlas como las apreció; del artículo 698, en primer lugar porque las tres declaraciones, distintas cada una en su tenor, son mera referencia, es decir no tienen fuerza alguna según este artículo y sin embargo el Tribunal les dio el valor de plena prueba con respecto a los hechos que a los testigos no les consta sino simplemente han tenido noticia de ellos por referencia, y, en segundo lugar, porque la buena o mala conducta y más la circunstancia de que una mujer tenga o no relaciones sexuales con otro hombre distinto de su concubino, han de probarse acreditando ciertos hechos positivos que den lugar a deducir esa mala conducta y esas relaciones sexuales, sin que esto sea susceptible de probarse sólo por el decir del público, o por fama pública como dice el artículo; y del artículo

699, porque dos de las declaraciones en cuanto relatan un supuesto viaje de Cornelia Olivo con un hombre casado a Bogotá, son declaraciones sobre palabras que había dicho la madre de Cornelia Olivo, que prueban a lo más estas palabras pero no el hecho mismo a que ellas se refieren, y el Tribunal al dar con ello probada la mala conducta, confunde el significado de las palabras con el de los hechos”.

Finalmente, dice el demandante en casación:

“El sentenciador de instancia al tener como plenamente por demostrados tan sólo los hechos constitutivos de la posesión notoria o estado de ser hijos naturales de Luis Castrillón Luis Alberto y Berta Elisa; pero no la circunstancia de que ese trato de hijos que les dio don Luis Castrillón haya durado diez años consecutivos; y al agregar que “don Luis por lo menos hubiera provisto, como es obvio, dada su situación de holgura económica, de educación a sus hijos, que en diez años de posesión la edad de los niños ya daba base para que los padres se ocupen de renglón tan importante”, por no haber apreciado las declaraciones de Julio César Alvarez Pérez y Marcial Burbano D., en forma alguna, no obstante que dicen claramente, que el trato de hijos, manteniéndolos a ellos y a su madre les dio don Luis Castrillón por diez años consecutivos, y más hasta su muerte como lo dice el último, esto es, hasta 1945 en que falleció don Luis; y también, por haber apreciado mal las declaraciones de Carmen Amelia Pinchao y Luz Angélica Rodríguez, que sí dicen que la posesión notoria de hijos de don Luis Castrillón la tuvieron por más de diez años consecutivos, el Tribunal, cometió un error de hecho manifiesto, al no haber visto de estas declaraciones probada la circunstancia que echa de menos. Cuyo error lo condujo a violar directamente, por no haberlos aplicado los artículos 397, 398 y 399 del C. C., siendo del caso hacerlo dadas las declaraciones anotadas que demuestran todos los requisitos exigidos por estas normas legales. Y al no haber fallado favorablemente la acción de filiación por no encontrar probada la posesión notoria de hijos naturales de Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa, consecuentemente, también por no aplicarlos al caso debatido, violó el numeral 5º del artículo 4º y el artículo 1º de la Ley 45 de 1936”.

Se considera:

La primera parte de este cargo vuelve sobre la prueba de la excepción consagrada en el último inciso del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para acu-

sar la sentencia por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba de tal excepción, que el recurrente limita a las declaraciones de María Bolaños, Luis Ortega y Amelia Burbano.

No considera la Sala necesario entrar al examen de estas pruebas, porque el Tribunal no fundamentó su decisión en el mencionado inciso. Simplemente se refiere a la mala conducta de la Olivo, pero sin decir que tal excepción se encuentre probada. Su conclusión a este respecto está consignada en los últimos dos renglones del párrafo pertinente (folio 45): "Todo lo cual ciertamente constituyen motivos para no poder calificar la conducta de la Olivo ni siquiera como relativamente moral".

Es cierto que la mala conducta de la madre, posterior o anterior al tiempo de las relaciones sexuales estables y notorias con el presunto padre, debidamente demostradas, no puede servir para configurar esta excepción contra los hijos nacidos dentro de aquellas relaciones. Porque se necesita que el acceso carnal a otro hombre haya ocurrido durante la época de la concepción.

Pero el Tribunal, como antes se expuso, desestimó la demanda no en virtud de encontrar demostrada esta excepción, sino porque, conforme a su apreciación de la prueba, no se demostró la causal alegada de relaciones sexuales estables y notorias que coincidieran con la época de la concepción de los presuntos hijos.

De manera que carece de interés el estudio acerca de si, además, se hallaba probada aquella excepción.

La segunda parte del cargo, que en verdad constituye uno distinto, se endereza a atacar la sentencia del Tribunal por error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba sobre la posesión de estado civil de hijos naturales, respecto a Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa.

Se señalan como pruebas mal apreciadas las declaraciones de Julio César Alvarez Pérez y Marcial Burbano, Carmen Amelia Pinchao y Luz Angélica Rodríguez.

Luz Angélica Rodríguez dice que Castrillón tuvo vida conyugal con la Olivo desde el año de 1926 y por espacio de "unos diez años más o menos"; relaciona las casas de habitación donde vivieron los amantes, y afirma que frecuentaba la casa de éstos; agrega que el primer hijo nació en el año de 1926, en la casa de Benicio Mejía, el segundo el 1º de marzo de 1927 y la tercera el día de la fiesta de San Pablo y San Pedro, el 29 de junio de 1928. Dice además, que Aura Graciela nació en agosto de 1939 y murió a los pocos meses de nacida. Luego

añade: "También me consta que durante la vida de don Luis Castrillón por más de diez años consecutivos, les dio a los niños Luis Alberto Alejandro y Berta Elisa Castrillón Olivo, el trato como a hijos suyos". Por último, expresa que así los presentaba a sus amigos, "que a deudos no recuerda", que proveía a la crianza y educación de los niños, y que era fama pública en Ipiales que "ayudaba con dineros para sus hijos". Pero la testigo no da razón de su dicho, en cuanto a los hechos constitutivos de la posesión de estado, distinta de esa "fama pública" que en ninguna forma se encuentra demostrada. Solamente dice que en una ocasión (no menciona el lugar ni la fecha) vio a Castrillón suministrar o diez o quince pesos a la Olivo y que supone era para *mantenimiento*; que en otra ocasión fue Castrillón a casa de la madre de la testigo para hacer confeccionar unos vestidos a los dos hijos de la Olivo, y le dijo a aquélla que eran los únicos hijos que quería y que esperaba se criaran para darles educación. Le consta a la declarante, finalmente (sin decir por qué ni cuándo) que "cuando don Luis estuvo enfermo, mandó a llamar a los dos niños, quienes así lo hicieron" (c. 5º, fols. 53 y 54).

Salta a la vista que esta declaración carece de mérito para concurrir a demostrar una posesión de estado civil de hijo natural, tanto porque la razón del dicho no es suficiente, como porque lo único que le consta a la testigo son hechos esporádicos y aislados que por sí mismos muy poco demuestran.

Carmen Amelia Bernal Pinchao (c. 5º, fol. 48) dice que en el momento de su declaración (1948) tiene 31 años, que entró a trabajar como sirviente en casa de la Olivo en 1926; (por tanto, en esta fecha tenía 22 años menos o sean 9 años de edad únicamente); que permaneció allí por espacio de unos seis años, y que sabía perfectamente (no explica el motivo), que Castrillón y la Olivo siguieron viviendo juntos unos dos años, más o menos. Pero más adelante manifiesta que le consta que vivieron como amantes "por espacio de más de diez años consecutivos", sin explicar en absoluto por qué y cómo le consta, cuando ella misma declara que apenas vivió con ellos unos seis años. Luego añade que le consta que Castrillón presentaba los niños como hijos suyos, los sostenía, suministraba el dinero para sus gastos y remedios, etc. Pero como la testigo apenas permaneció seis años al servicio de la Olivo, su dicho en el mejor de los casos, y dejando de lado las críticas que en los cargos anteriores se le hizo, sólo serviría para concurrir a demostrar tales circunstancias durante este lapso.

Julio César Alvarez (c. 5, fol. 35) dice que Cas-

trillón y la Olivo vivieron ocho años más o menos, desde 1926 hasta 1934, como marido y amante, lo que le consta por haber sido amigo de confianza del primero; que nacieron cuatro hijos, de los cuales recuerda a Luis Alejandro y Berta Elisa, a quienes presentaba Castrillón como sus hijos, y que a él en muchas ocasiones en casa de la Olivo se los presentó así. Luego agrega que mientras vivió Castrillón "y por un tiempo de más o menos diez años consecutivos", atendía a su crianza y educación, suministrándoles el dinero necesario, vestidos y víveres, y que aunque "después parece que se retiró don Luis, siguió tratando a Luis Alberto y Berta Elisa como a sus hijos". Pero no explica el testigo por qué le constan esos hechos, especialmente después de concluidas las relaciones que él mismo manifiesta apenas duraron unos ocho años. De manera que tampoco esta declaración sirve para demostrar la posesión de estado por diez años al menos, ni las circunstancias de notoriedad y evidencia que la ley requiere.

Por último, Marcial Burbano (c. número 2º, fol. 18) dice que por varias ocasiones concurrió a la tienda o establecimiento de Cornelia Olivo con el fin de tomar unas copas y allí supo que tenía relaciones con Castrillón; que una vez fueron juntos a un paseo, sin recordar cuándo ocurrió; que el tiempo de tales relaciones no lo puede precisar pero que talvez fue de unos ocho años (no da explicación ninguna de por qué y cómo le consta). Dice que no sabe si Castrillón le suministraba a la Olivo para su subsistencia, y que se supone que ella se mantenía con el producto del trabajo en su tienda; que sabía que Berta y Luis eran hijos de Castrillón, que fue padrino del segundo a solicitud de la Olivo, y que jamás se trataron de compadres; que le consta que aquéllos lo llamaban papá y Castrillón los nombraba sus hijos (no dice por qué le consta, ni durante cuánto tiempo; y lo mismo su-

cede con la afirmación de que los presentaba como sus hijos ante sus amigos); expresa que no recuerda el tiempo en que los trató como hijos, pero que posiblemente fue durante unos diez años. Finalmente manifiesta que don Luis le contó que cuando "él entraba, entraba también Efraín Burbano y por tal motivo él se retiró de sus relaciones con Cornelia", y agrega el declarante que a los amigos de Castrillón les consta que los trataba como hijos, pero no dice quiénes son ellos, ni durante cuánto tiempo ni dónde les dio ese tratamiento. Por consiguiente, la declaración anterior adolece de vacíos e insuficiencias graves que le impiden dar fe en cuanto al tiempo en que al testigo le consten tales hechos y a la forma permanente o esporádica en que los hubiera podido presenciar.

Del análisis anterior, que en realidad era innecesario, resulta que el Tribunal estuvo en lo cierto al rechazar la causal de posesión de estado alegada en la demanda. De ninguna manera existe el error de apreciación de la prueba que alega el recurrente.

No prospera 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 por el Tribunal Superior de Pasto, con fecha 27 de marzo de 1950, en el juicio ordinario seguido por Cornelia Olivo y otros contra Tulia Maya de Castrillón y otros.

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. — Rafael Ruiz Manrique. — Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — SINGULARIZADA UNA FINCA RAIZ POR SU SITUACION Y LINDEROS, CUANDO SE SEGREGUEN DE ELLA PORCIONES POR PARCELACION; NO ES NECESARIO QUE EN CADA SEGREGACION SE VAYA ALINDERANDO LA PARTE QUE QUEDA

1.— El artículo 6 de la Ley 120 de 1928 fija las normas establecidas en los artículos siguientes para los casos en que no haya personas conocidas contra quienes se pueda alegar la prescripción.

2.— Conocido un fundo por su situación y linderos, puede establecerse la división del mismo, sin fijar linderos sino a uno de los lotes; mejor dicho, por exclusión puede conocerse el predio que queda después de separada una porción del mismo. Es lo que ocurre con los terrenos que se parcelan o urbanizan. Singularizada una finca raíz, por su situación y linderos, pueden segregarse de ésta muchas parcelas, y no es necesario que en cada segregación se vaya alinderando la parte que queda. Separadas las parcelas, que sí deben ser singularizadas en forma exacta, es muy fácil saber la parte de la finca que no se parceló.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique)

Ante el señor Juez Civil del Circuito de Tuluá y por medio de apoderado, el señor Tito Uribe White, demandó en juicio ordinario, al doctor Tomás Uribe Bernal, para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones principales:

“a) Que el señor Tito Uribe White es dueño del lote de terreno determinado y alinderado en el hecho 11 de esta demanda, por haberlo adquirido en la adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión del doctor Tomás Uribe Uribe, de la porción denominada hoy ‘San Marcos’, equivalente a la sexta parte de la hacienda llamada ‘San Pablo’, y por haberse efectuado la división material entre los condueños de esta última hacienda, conforme a escrituras públicas números 569, de 11 de julio de

1939 y 764, de 19 de septiembre de 1939, de la Notaría 1ª de esta ciudad;

“b) Que, en consecuencia, el demandado doctor Tomás Uribe Bernal está obligado a restituir dicho lote a mi poderdante, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que haga tal declaración, o dentro del término que al efecto se le señale en la misma sentencia;

“c) Que el doctor Tomás Uribe Bernal debe pagar al señor Tito Uribe White los frutos naturales y civiles de la cosa reivindicada, y no solamente los percibidos, sino los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, siendo entendido que si no existen los frutos, quedará debiendo el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de su percepción; y

“d) Que el demandado doctor Tomás Uribe Bernal debe pagar las costas y costos del juicio, si llega en su temeridad hasta afrontarlo”.

Subsidiariamente pidió se declarara lo siguiente:

“Que el señor Tito Uribe White, como poseedor regular del lote de terreno determinado y alinderado en el hecho 11 de esta demanda, y como comunero en el indiviso de ‘El Overo’, Municipio de Bugalagrande, se encuentra en el caso de poderlo ganar por prescripción adquisitiva de dominio, como sucesor a título universal del doctor Tomás Uribe Uribe, antiguo dueño de la hacienda denominada ‘San Pablo’, y comunero también en el citado indiviso de ‘El Overo’, y, por lo tanto, tiene mejor derecho que el demandado doctor Tomás Uribe Bernal, a conservar la posesión material y dominio sobre ese mismo lote.

“Que el señor Tito Uribe White, como poseedor regular del lote de terreno determinado y alinderado en el hecho 11 de esta demanda, y como comunero en el indiviso de ‘El Overo’, Municipio de Bugalagrande, ha ganado el dominio de dicho lote de terreno, por haberlo adquirido por prescripción adquisitiva de dominio, agregando su propia posesión material y explotación económica a las de su antecesor doctor Tomás Uribe Uribe, de quien es sucesor a título universal, y quien fue antiguo dueño

de la hacienda denominada 'San Pablo', y también comunero en el citado indiviso 'El Overo'".

La síntesis de los hechos de la demanda es la siguiente: En la sucesión del doctor Tomás Uribe Uribe, padre del demandante, se adjudicó a éste en común y proindiviso con sus hermanos, Manuel y Enrique Uribe White, el predio denominado San Pablo, correspondiendo a cada uno de los adjudicatarios una cuota de \$ 12.000.00 sobre un precio de \$ 36.000.00, o sea una tercera parte del predio.

El juicio se protocolizó por escritura 745 de 12 de diciembre de 1935, de la Notaría de Tuluá. La alinderación correspondiente al predio de San Pablo, con una cabida de 3.190 fanegadas es: "Al Oriente, con propiedades de Domingo Muñoz, Elías Sabogal, Arcadio Valencia; al Norte, con el río San Marcos y la carretera que conduce a Sevilla; por el Sur, con propiedades de Alejandro Valencia, Adriano Vanegas y Roberto Bueno; y al Occidente, con la quebrada de 'El Tetiyal' y con el 'Alto de Caicedo', línea divisoria con la hacienda de Valparaíso".

La titulación de la finca antes citada, es la siguiente: por escritura número 1 de 2 de enero de 1874, de la Notaría de Cartago, el señor Tomás Uribe Toro, compró a Gonzalo e Inés de la Paz Caicedo, derechos proindivisos en una finca denominada El Overo, en jurisdicción de Bugalagrande y Tuluá. El globo general de El Overo tenía la siguiente alinderación: "Por el Oriente, con la sierra alta de El Pijao; por el Occidente, con el río Cauca; por el Sur, con la quebrada de El Overo, y por el Norte, con la quebrada de Morillo". Por escritura número 383 de 30 de octubre de 1888, de la Notaría de Tuluá, Tomás Uribe Toro, resolvió distribuir, adjudicar y entregar a sus hijos Julián, Tomás y Emilia Uribe, los bienes que poseía, declarando que a sus hijos Heraclio, Paulina y Rafael les tenía entregada la parte que les correspondió como haber paterno y materno, y al efecto declaró que les transmitía a los tres primeramente nombrados, las fincas denominadas El Caimo, San Pablo y otros bienes que allí enumera, sin que se hubiera preocupado de fijar los linderos de las fincas raíces que por esa escritura transmitió. Sólo declaró que El Caimo y San Pablo hacían parte del predio común de El Overo, arriba deslindado. Por escritura 226 de 31 de agosto de 1892, Julián, Tomás y Emilia Uribe, dividieron la comunidad que tenían en los terrenos antes determinados, entregándole a ésta, la finca denominada El Caimo y reservándose para Julián y Tomás, la denominada San Pablo, en común y proindiviso. En autos no

hay escritura que compruebe la liquidación de esta compañía, pero sí se dice en la partición, que fue liquidada, adjudicando a San Pablo a Tomás Uribe Uribe.

Los hermanos Uribe White, por escritura 569 de 11 de julio de 1939, de la Notaría de Tuluá, celebraron un contrato con el señor Alberto Lema, mediante el cual, Enrique y Manuel Uribe White, cedieron a Lema sus derechos en la finca denominada San Pablo, que les fue adjudicada en la sucesión de su padre, según se dijo arriba, y le entregaron una porción de terreno de una cabida de 1.645 fanegadas y comprendida dentro de la siguiente alinderación: "Al Norte, porción ocupada por el señor Tito Uribe White, ya mencionado, cerca de alambre y quebrada de San Pablo, de por medio; Sur, con finca de los herederos de Adriano Vanegas, cerca de alambre y callejón de pasto yaraguá de por medio, y con finca de Miguel Muñoz, el río de La Paila, finca de Francisco Zorrilla, y nuevamente con el río La Paila; al Oriente, fincas de Arcadio Valencia, Jenaro Charri y otra vez Arcadio Valencia, cercas de alambre de por medio, y al Occidente, con la carretera Murillo-Sevilla y finca de Tulio Ocampo, cerca de alambre de por medio".

En esta escritura, cláusula *Cuarta* se dice: "Que desde hace algún tiempo los condueños herederos del doctor Tomás Uribe Uribe, en la hacienda de San Pablo, determinaron una zona como proporcional del derecho del señor don Tito Uribe White, quien está en posesión real y material de ella; y quedando la otra zona o parte de dicha hacienda como equivalente a los derechos conjuntos de don Manuel Uribe White y del doctor Enrique Uribe White".

Sólo en la cláusula *Undécima* de la escritura acabada de citar, se hizo la siguiente declaración: El compareciente señor Tito Uribe White dice: "Que acepta y confirma la división material entre la porción de tierras que adquiere el señor Lema y la que él posee, o sea el lindero sur de su dicha posesión y que en dirección Oriente-Occidente se determina primeramente por un cerco de alambre que va a dar a la quebrada de San Pablo y luego ésta, aguas abajo, hasta la carretera Murillo-Sevilla. Por lo tanto, quedando unificados los derechos de don Manuel Uribe White y doctor Enrique Uribe White, en la persona de don Alberto Lema, y aceptándose, como está aceptada la referida línea divisoria, desaparece la comunidad en la antigua hacienda de San Pablo y esta escritura, por este concepto, tiene todo alcance legal de título de partición del fundo original".

Los señores Uribe White y Lema otorgaron la escritura número 764 de 19 de septiembre de 1939, aclaratoria en parte de la número 569. En la cláusula *Novena* de la escritura número 764, se dijo: "Que en la orientación dada a los linderos en la escritura número 569, cláusula quinta, existe una diferencia en relación a la orientación que muestra el plano que hoy se protocoliza. Y, por lo mismo, priman y primarán para todo efecto lo que muestra el plano, que son: Norte, carretera Morillo-Sevilla; Sur, finca de herederos de Adriano Vanegas, finca de Arcadio Valencia, finca de Jenaro Charri y finca de Arcadio Valencia; al Este, finca del compareciente señor Tito Uribe White, y al Occidente, Cerro Gordo, finca de Miguel Muñoz, río de La Paila y finca de Tulio Ocampo".

El demandante sostiene (hecho 10 de la demanda) que a principios de 1936, antes del otorgamiento de las escrituras citadas, concedió a su hermano Manuel, permiso para ocupar un lote que hace parte del que él ocupaba, con el fin de que los animales de propiedad del segundo, tuvieran una zona para bebederos; que por tal permiso, Manuel Uribe White, segregó del predio ocupado por el demandante, la porción de terreno demandada como de cinco plazas de extensión y comprendida por los siguientes linderos: "Oriente y Norte, propiedad denominada San Marcos, Sur y Oeste, con la quebrada de San Pablo"; que cuando el ingeniero Max Caicedo, estaba midiendo la finca permutada al señor Lema, quiso incluir dentro de ella el lote materia de la reivindicación, pero que el señor Manuel Uribe White, en carta del 16 de agosto de 1939, dirigida al citado ingeniero, le aclaró el punto, a fin de que en la mensura se hicieran las aclaraciones correspondientes. Que posteriormente, el 21 de septiembre de 1939, el propio señor Alberto Lema, firmó un documento con el señor Tito Uribe White, en que hicieron constar que el lindero que dividía la propiedad de los dos, era el siguiente: "A partir del puente de la carretera Morillo-Sevilla, sobre la quebrada de San Pablo, esta quebrada aguas arriba, hasta el cerco de alambre que arrancando del lindero con el predio de Arcadio Valencia, llega a la misma quebrada de San Pablo, unas dos cuadras arriba de la desembocadura del Zanjón Feo".

Tales son los hechos básicos de la demanda.

Admitida ésta, el demandado contestó el traslado aceptando, con algunas modificaciones, los hechos 1º, 2, 6, 8, 9 y 14, y negando los hechos 3, 4, 5, 10, 11, 12, 13 y 15. Al mismo tiempo se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas. Propuso excep-

ciones perentorias así: a) La de ilegitimadad de la personería de la parte demandante. "Posteriormente alegaré los fundamentos de derecho que la demuestra". b) La de petición de modo indebido. "También alegaré después sobre su fundamento". c) "Todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaren extinguida si alguna vez existió. Sobre este particular también se dirán las razones fundamentales cuando se vaya a alegar de conclusión". Finalmente, propuso el derecho de retención del fundo reclamado, para el caso de que la acción principal tuviera éxito.

Con posterioridad denunció el pleito al señor Aristóbulo Jaramillo Gaviria, y éste al señor Alberto Lema; a su vez Alberto Lema, denunció el pleito a los señores Manuel y Enrique Uribe White. En el término probatorio de la primera instancia, se trajo original y en copia, el documento de 21 de septiembre de 1939, firmado por Alberto Lema y Tito Uribe White, y la carta que el señor Manuel Uribe White dirigió al doctor Max Caicedo, con fecha 16 de agosto de 1939, documentos que se citan en los hechos de la demanda. Se recibieron también declaraciones a Deogracias González, Juan Jaramillo, Luis Eduardo Posada, Ignacio Figueroa y Luis Carlos Santacoloma por parte del actor, y a Antonio Jesús Abad M., Clímaco Velásquez, Alberto Velásquez, Jesús Jaramillo y Benjamín Angel Maya, por parte del demandado.

A petición de los interesados se practicó en los días 14 de junio y 26 de julio de 1947, una inspección ocular sobre el predio litigioso, con intervención de peritos.

Agotado el procedimiento de la primera instancia, el juez de la causa le puso fin a la misma, en sentencia de 15 de septiembre de 1948, declarando probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido y absolviendo en consecuencia al demandado.

Apelado el fallo, el Tribunal de Buga, en sentencia de 18 de mayo de 1949, revocó la de primera instancia y en su lugar resolvió:

"1º DECLARASE al señor Tito Uribe White dueño del lote determinado y alindado en el hecho 11º, de la demanda, así: "Oriente y Norte, con propiedad denominada 'San Marcos'; Sur y Oeste, con la quebrada de 'San Pablo';

"2º En tal virtud, CONDENASE al demandado Tomás Uribe Bernal a restituir al demandante dicho lote con los frutos civiles y naturales que haya producido después de la contestación de la demanda;

"3º RECONOCESE a favor del demandado el

derecho de retención del mismo lote hasta tanto se le hayan satisfecho las mejoras conforme a las reglas del artículo 966 del C. Civil, teniendo en cuenta lo probado en el juicio y la calidad de ellas en cuanto hagan relación al valor venal del mismo lote.

"4º NIEGANSE las demás declaraciones solicitadas contra el demandado y a que hace referencia la demanda".

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado del demandado, recurso que le fue concedido y cuya tramitación se halla agotada. En consecuencia se procede a resolverlo.

El recurso

De la documentación y demás pruebas traídas al debate resulta que el demandante, como hijo de Tomás Uribe Uribe adquirió junto con sus hermanos Manuel y Enrique el dominio de un predio denominado "San Pablo", por situación y linderos determinados, no obstante que ellos mismos reconocieron que el derecho de su causante provenía de derechos proindivisos en el fundo común de "El Overo"; mejor dicho, los hermanos Uribe White eran comuneros en el predio de "San Pablo" que dividieron por escritura 569 de 11 de julio de 1939 de la Notaría de Tuluá. Manuel y Enrique Uribe White permutaron a Alberto Lema sus derechos entregándole una finca determinada por situación y linderos y declarando que el resto de "San Pablo" correspondía al actor, en razón de su cuota hereditaria, pero no se preocuparon de asignarle linderos a ésta. En realidad la división se llevó a cabo, porque segregada la parte de Lema, la otra, por exclusión era la de Tito Uribe White, determinación fácil de hacer en cualquier momento.

Al efecto, en el acta de la inspección ocular, fechada el 26 de julio de 1947, se ve que tanto el juez como los peritos identificaron el predio de "San Marcos", o sea el lote asignado al demandante en la partición que consta en la escritura 569 citada. En la misma diligencia se identificó el terreno litigioso.

Con el material probatorio se estableció plenamente que a pesar de que la finca de "San Pablo" hace parte del predio común de El Overo, desde tiempo inmemorial, la familia Uribe la poseyó como cuerpo cierto; que tal finca, se adjudicó en comunidad a Tito, Manuel y Enrique Uribe White, en la sucesión del padre de éstos; que Tito Uribe White desde que le adjudicaron los derechos en la finca de San Pablo, con anuencia de sus hermanos, ocupó una parte del mismo predio; que en 1936, éste

dio permiso a su hermano Manuel, para que ocupara el terreno litigioso a fin de poner allí un bebedero para sus ganados, sin que por esto se cambiaran las porciones que cada uno de los comuneros ocupaba; que Manuel y Enrique Uribe White transmitieron a título de permuta a Alberto Lema, sus derechos en San Pablo, asignándole como cuerpo cierto las porciones que ellos ocupaban con una extensión de 1.645 fagenadas y excluyendo el terreno materia de este pleito.

El Tribunal en la sentencia recurrida no estudia por separado las excepciones que el demandado propuso en la contestación de la demanda, no obstante que en el fallo de primera instancia se dio por probada la excepción perentoria "de petición de un modo indebido", cuando dijo: "Por cuanto en la parte petitoria de la demanda se pidió como principal la reivindicación y en la subsidiaria, la de prescripción, peticiones éstas que, en el fondo son contradictorias, por cuanto para fundamentar la primera se alegó la posesión inscrita y para la segunda la misma posesión inscrita, pero dirigida solamente contra una sola de las personas y con fundamento en las leyes 51 de 1943 y 120 de 1928, que requieren un procedimiento especial dentro del juicio ordinario, máxime, que para lo segundo, es decir, para la prescripción es hecho fundamental de la acción la posesión material".

El recurrente alega contra el fallo del Tribunal la causal segunda de las establecidas por el artículo 520 del C. J., o sea que no está en consonancia con las pretensiones oportunamente planteadas en el debate por dos razones:

1ª Porque no resolvió nada sobre las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, y

2ª Porque acogió y decretó la acción principal, no obstante que el abogado del actor, en primera instancia, prescindió de ésta y pidió que se estudiara la subsidiaria.

La Sala considera:

El Juez de primera instancia declaró probada la excepción de petición de un modo indebido porque en su concepto son contradictorias las acciones principal y subsidiaria, ya que esta última, debía proponerse con audiencia de las personas de que tratan las Leyes 51 de 1943 y 120 de 1928 (artículo 7º, Ley 120 de 1928). El Tribunal no estudió la excepción sino que despachó favorablemente la petición principal, sin cuidarse de resolver sobre las defensas propuestas.

En realidad el Tribunal sentenciador no podía

guardar silencio sobre estas excepciones y principalmente sobre la que reconoció el juez; en ello tiene razón el recurrente, y por éste aspecto el cargo está justificado, sólo que la excepción no se demostró. La Corte a pesar de encontrar fundado el reparo que el autor del recurso le hace a la sentencia por razón de la excepción reconocida por el Juez, no casa la sentencia por falta de prueba.

En efecto, la acción subsidiaria en que se pide la prescripción no era menester promoverla como lo ordena el art. 7º de la ley 120 de 1928, sino como lo ordena el art. 4º de la misma ley, o sea contra el demandado únicamente. El artículo 6º de tal ley, fija las normas establecidas en los artículos siguientes para los casos en que no haya personas conocidas contra quienes se pueda alegar la prescripción; pero en este juicio, la persona interesada era el demandado únicamente, porque sólo el señor Uribe Bernal ha venido a disputarle al actor el dominio sobre la zona litigiosa, y siendo así, la disposición aplicable es la del artículo 4º. La acusación es infundada y debe desecharse. Esto en cuanto al primer cargo.

En cuanto al segundo, o sea, en lo relativo al desistimiento de la acción principal, es un cargo también infundado. El abogado Vicente Rizo, no desistió de la acción principal, ya que no puede considerarse como tal la siguiente declaración hecha en el alegato de primera instancia: "... Pido al señor Juez que acója la subsidiaria, porque ella se ajusta más técnicamente a la situación real que se contempla en el dominio sobre la antigua hacienda de San Pablo, puesto que ella está enclavada íntegramente en el globo comunero de El Overo..."

Tal manifestación no puede considerarse como desistimiento, porque el artículo 461 del C. J. reglamenta en forma precisa la manera como debe ajustarse un desistimiento. En el caso de autos, el aparte transcrito no reúne las condiciones establecidas en el texto legal citado, y no aparece en forma clara y expresa la manifestación de voluntad de desistir, y por tanto es infundado este segundo cargo y debe desecharse.

En el segundo capítulo el recurrente alega la primera de las causales que enumera el artículo 520 del C. J., o sea que la sentencia es violatoria de ley sustantiva por error de hecho en la apreciación de las pruebas, toda vez que el Tribunal apreció documentos que no tienen fuerza legal para reconocerle al demandante el dominio en el predio litigioso. Consecuencialmente, alega error de derecho, por cuanto en su concepto, el Tribunal atribuyó a las escrituras públicas números 569 y 764 de 1939 de

la Notaría de Tuluá un valor probatorio que no tienen.

Señala como violados los artículos 2594, 2338, 756, 1758, 1759 del C. C., 35 de la ley 57 de 1887 y 630 y siguientes del C. J.

Se considera:

La escritura 569 de 1939, contiene un contrato de permuta y la división material de la hacienda de San Pablo. En relación a la permuta nadie la discute, pero es objetada en cuanto a la división material. En verdad, como arriba se dijo, en esta escritura no se especifican los linderos del predio de San Marcos que correspondió al actor en la división, pero por exclusión del predio premutado, sí se fijó esa porción de San Pablo, como pudo demostrarse en la diligencia de inspección ocular, practicada en la primera instancia, en la que el personal de la misma, identificó no sólo la zona litigiosa, sino el predio de San Marcos; todo con base en las escrituras 569 y 764 citadas, así como con las demás pruebas traídas al debate. No debe olvidarse que el señor Alberto Lema adquirió por cabida — 1.645 fanegadas — y que el demandado también adquirió por cabida — 812 fanegadas — según la escritura número 85 de 23 de enero de 1943, de la Notaría de Sevilla; en ningún momento el demandado ha dicho que el predio que reclama el actor, haga parte de las 812 fanegadas que le compró a Aristóbulo Jaramillo Gaviria. Su argumentación descansa en que según él el señor Uribe White, no tiene títulos que le acrediten ser dueño de un cuerpo cierto, sino de derechos proindiviso en el fundo de El Overo.

El señor Tomás Uribe Uribe, fallecido hace cerca de veinte años, estuvo en posesión quieta y pacífica de la finca de San Pablo desde el año de 1888, junto con sus hermanos Julián y Emilia. Estos tres liquidaron la comunidad con la última en el año de 1892, según escritura 226 de 31 de agosto de la Notaría de Tuluá, continuando desde entonces en la posesión material de la finca de San Pablo.

Al morir su padre, Tito Uribe White, recibió con sus hermanos Manuel y Enrique la hacienda de San Pablo, con títulos traslaticios de dominio respaldados por una posesión material de 45 años o más, durante los cuales fue usufructuada por sus antepasados. El autor del recurso no niega estos hechos; para él, los títulos de propiedad de los antepasados del actor, no sirven sino para acreditar su calidad de comunero en el predio de El Overo, pero en manera alguna para demostrar el dominio de la

finca de San Marcos, y la posesión material de la misma. Error grave porque esa titulación, así como la posesión material de la finca, acredita el dominio del actor sobre la misma.

Lejos de violar el Tribunal los artículos 1758 y 1759 del C. C. al darle valor probatorio a las escrituras públicas debidamente registradas y marcadas con los números 569 y 764 de 1939, de la Notaría de Tuluá, se ajustó a lo que disponen los mismos preceptos, porque, como se ha dicho, esas escrituras y las demás que obran en el expediente prueban plenamente el derecho de dominio sobre el predio litigioso. Tampoco se violaron los artículos 2338 y 2594 del C. C. y 35 de la Ley 57 de 1887. Por el contrario, al liquidar por la escritura 569 citada, la comunidad de la finca de San Pablo que estaba singularizada por situación y linderos desde 1888, los hermanos Uribe White no hicieron otra cosa distinta de obrar en armonía con el artículo 35 de la Ley 57 que se acusa como violado, porque tal precepto permite a los comuneros mayores de edad hacer la división material del predio común, sin necesidad de ocurrir a la autoridad judicial correspondiente. En el caso de autos, los hermanos Uribe White eran personas mayores que tenían la libre disposición de sus bienes, cuando se firmó la escritura 569 citada, luego no hicieron sino obrar en armonía con el texto legal que se acusa de violado.

Tampoco se ve que el Tribunal hubiera violado el artículo 756 del C. C. y 630 del C. J., porque todas las escrituras, que estimó como básicas de la acción intentada, fueron debidamente registradas, y por esta causa teniendo en cuenta el artículo 630 del C. J., les dio el valor de prueba plena.

Por lo hasta aquí dicho, la Sala encuentra infundado el cargo que se viene estudiando.

Segundo cargo sobre la primera causal de las reconocidas por el artículo 520 del C. J.

El recurrente hace consistir el segundo cargo de la primera causal en que el Tribunal aceptó que la escritura número 569 de 1939 contiene una división material del predio de San Pablo y que en ella se adjudicó al actor por su cuota la finca de San Marcos. Repite los argumentos presentados en el cargo anterior, y arguye que al separar de la finca de San Pablo el predio permutado a Alberto Lema, no quedó singularizado el de San Marcos de propiedad del demandante, como lo acepta el Tribunal. Ya se dijo y se repite ahora, que en la escritura 569 no se le fijó alinderación especial a

este predio, pero sí se fijó la línea divisoria entre los dos. Conocido un fundo por su situación y linderos, puede establecerse la división del mismo, sin fijar linderos sino a uno de los lotes; mejor dicho, por exclusión puede conocerse el predio que queda después de separada una porción del mismo. Es lo que ocurre con los terrenos que se parcelan o urbanizan. Singularizada una finca raíz, por su situación y linderos, pueden segregarse de ésta muchas parcelas, y no es necesario que en cada segregación se vaya alinderando la parte que queda. Separadas las parcelas, que sí deben ir singularizadas en forma exacta, es muy fácil saber la parte de la finca que no se parceló. Esto es lo ocurrido con la escritura tantas veces citada, que contiene la permuta celebrada entre Enrique y Manuel Uribe White y Alberto Lema; en ella se fijaron los linderos de la finca entregada a éste y se señaló la línea divisoria entre las dos partes.

Tan cierto es lo que se viene diciendo, que en la diligencia de inspección ocular, practicada el 26 de julio de 1947, el juez, los peritos y las partes que a ella concurren, identificaron fácilmente la finca de San Marcos y esta prueba de inspección ocular tiene mérito probatorio. La inspección ocular fue apreciada por el Tribunal como plena prueba al tenor de lo dispuesto en el artículo 730 del C. J., y el dictamen pericial practicado en la misma, fue apreciado también como plena prueba al tenor de lo dispuesto en el artículo 722 del mismo Código.

Las críticas que el recurrente hace a esta prueba, no las hizo el demandado en oportunidad; porque no objetó la prueba, ni el dictamen pericial, a pesar de que por auto de 28 de julio se le corrió traslado de él; mejor dicho, la prueba quedó formalmente perfecta y en firme. Sólo el abogado del demandante, pidió una ampliación del dictamen pericial, y la parte demandada guardó silencio, dándole en esta forma su asentimiento.

Sin embargo, en el acta de la diligencia practicada el 26 de julio de 1947, se lee lo siguiente:

“En seguida el señor Juez, junto con los peritos y el personal de la diligencia procedió a identificar el lote a que se refiere el punto a) de la cláusula 5ª del memorial de pruebas del demandante y se constató que se encuentra alinderado así: “*Nor-Este*, el río San Marcos; *Norte*, carretera Morillo-Sevilla; *Sur-Este*, con predios de Urías Sabogal, hoy de Zabulón Sabogal; *Sur-Oeste*, con propiedades de Miguel Muñoz, Tulio Ocampo y río de La Paila. El otro lote del mismo aparte a), del punto 5º del memorial de pruebas o sea el indiviso de El

Overo se alindera así: Oriente, la Sierra Alta, Occidente, río Cauca; Norte, con terrenos de la antigua hacienda de La Paila; y, al Sur, con terreno indiviso del Pontezuela". En seguida se identificaron los linderos de los inmuebles a que se refiere el aparte b) del punto 5º del memorial de pruebas del demandante, así: *San Marcos*: Occidente, con el predio denominado *La Ucrania*, quebrada de San Pablo y cercas de alambre de por medio, y quebrada de San Pablo de por medio, con la hacienda de *San Pablo*; Norte, con carretera *Morillo-Sevilla*; Oriente, con el río *San Marcos*, y, al Sur, cerca de *alambre de por medio*, con propiedades de *Arcadio Valencia* y *Zabulón Sabogal...* "*Lote objeto de la reivindicación*: Oriente y Norte, con propiedad denominada *San Marcos*; Sur y Oeste, con la quebrada de *San Pablo*".

Las anteriores constancias dejadas en la diligencia de inspección ocular son plena prueba y si a ello se agrega el concepto de los peritos sobre las mismas, que obra en la parte final de la diligencia, se llega a la conclusión de que el demandante demostró hasta la evidencia, el derecho que reclama, y que la sentencia del Tribunal por este aspecto, no viola los artículos 730 y 722 del C. J., por el contrario, el Tribunal no hizo sino darle estricta aplicación a estos preceptos legales. Por lo dicho hasta aquí, es infundado el segundo cargo de la causal primera, del capítulo 2º del memorial de casación.

Tercer cargo

El tercero y último cargo del Capítulo 2º de la demanda de casación, lo apoya el recurrente en que, según él, los títulos en que funda el demandante sus pretensiones y el acta de la inspección ocular, no sirven para demostrar que *Uribe White* es dueño y poseedor de la zona demandada, porque en lo que hace a la finca de *La Ucrania*, el juez y los peritos no la identificaron por los linderos consignados en la escritura número 85 de 1943 de la Notaría de Sevilla, sino por los fijados en el hecho 16 de la demanda. No debe olvidarse que la inspección ocular se decretó a petición del apoderado del demandado, y que éste al contestar el hecho 16 que fija una alindera a la finca de *Ucrania* distinta de la que contiene la escritura 85 citada, no negó que las dos alinderaciones encerrarán un mismo predio; por el contrario, parece darle su asentimiento cuando dijo: "En este hecho el mismo demandante reconoce que es dueño y poseedor material el señor doctor *Tomás Uribe Bernal*, del lote a que se refiere la demanda. Y si el de-

mandante reconoce que es dueño el demandado, como lo está diciendo, desde luego no podrá prosperar la acción reivindicatoria y menos si se tiene en cuenta que el doctor *Uribe Bernal* está poseyendo lo que se le ha transferido por títulos debidamente registrados, entre los cuales obra uno ratificado en cuanto a su alindera por el señor *Tito Uribe White*".

El recurrente al objetar la inspección ocular y el dictamen pericial no lo hace sobre el valor probatorio de los mismos sino sobre su contenido; dice que los peritos partieron de bases equivocadas porque no se tuvo en cuenta la alindera del título de su mandante, pero no dice cuáles fueron las equivocaciones en que incurrieron los expertos, ni enumera hechos que sirvan de base para las mismas; únicamente hace afirmaciones sin respaldo en lo que obra en autos.

Con el mismo criterio objeta el documento de 21 de septiembre de 1939. Si estas pruebas, es decir, el documento y las copias de las escrituras, así como la alindera que contiene el hecho 16 de la demanda, los hubiera apreciado el Tribunal en sí mismos, es decir, sin la certificación de los hechos apreciados en la inspección ocular, tal vez podía tener algún fundamento la acusación, pero como el Tribunal armonizó los documentos presentados con los hechos observados por el Juez y los peritos en la diligencia de inspección ocular, no puede decirse que haya apreciado estas pruebas en forma errónea o equivocada.

En relación a la carta fechada el 16 de agosto y el documento de 21 de septiembre de 1939, el abogado recurrente dice que el Tribunal violó lo dispuesto por los artículos 1758, 1759, 1763 y 1766 del C. C., por cuanto que le dio a esos documentos el valor de prueba contra lo consignado en escrituras públicas. Los artículos 1761 y 1762 del C. C., que regulan el valor probatorio de los instrumentos privados, establecen que cuando éstos son reconocidos tienen el valor de escritura pública no sólo respecto de las personas que los han firmado sino de aquellas a quienes se han transferido sus derechos (artículo 1761) y respecto de terceros la fecha del instrumento privado se cuenta desde el fallecimiento de quien los firmó o desde que han sido copiados en un registro público o se han presentado en juicio, mejor dicho, desde que se han presentado ante un funcionario público.

Los documentos de que se viene hablando fueron desglosados el 11 de febrero de 1942 de una actuación que cursaba en el Juzgado municipal de Tuluá. No se sabe desde cuándo fue presentado en ese jui-

cio el documento en referencia y la carta correspondiente, pero desde su presentación en ésta, de acuerdo con el artículo tantas veces citado, tiene fecha cierta respecto de terceros. El demandado adquirió la finca de Ucrania por escritura pública fechada el 23 de enero de 1943, es decir, un año después de que los documentos en referencia tenían fecha cierta respecto de terceros; de consiguiente, como el título del demandado tiene origen en el traspaso que hizo el señor Alberto Lema a los señores Jaramillo Gaviria, necesariamente le perjudica por ser sucesor a título singular de quien firmó esos documentos.

Por este nuevo aspecto tampoco puede decirse que el Tribunal haya violado los artículos arriba citados, del C. C.

En vista de las anteriores consideraciones, la Sala estima que estos últimos cargos tampoco están fundados y deben desecharse.

En consecuencia, 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 acusada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el diez y ocho (18) de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949).

Costas a cargo del recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía. — **Alfonso Bonilla Gutiérrez.** — **Pedro Castillo Pineda.** — **Rafael Ruiz Manrique.** — **Hernando Lizarralde,** Secretario.

QUIEN PUEDE INVOCAR LA CAUSAL SEXTA DE CASACION FUNDADO EN NULIDAD POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERÍA. — LA INCONGRUENCIA ENTRE LA SENTENCIA Y LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES, NO ES MATERIA DE ESTA CAUSAL, SINO DE LA SEGUNDA. — REQUISITOS PARA QUE PUEDA PROSPERAR LA CAUSAL TERCERA DE CASACION

1.—No es obligatorio para los Agentes del Ministerio Público acreditar su personería en cada juicio, ya sea que actúen como demandantes, o ya sea como demandados, y en representación de la respectiva entidad de derecho público; como tampoco la personería jurídica de ésta. Lo primero, porque la ley no presume la usurpación de funciones y de acuerdo con nuestro sistema probatorio, corresponde a quien alega la usurpación del título, suministrar la prueba de ese hecho; y lo segundo, porque las entidades de derecho público son personas jurídicas por ministerio de la ley (artículo 80 de la Ley 153 de 1887).

2.—En la legislación antigua, como en el Código Judicial vigente, la ilegitimidad de la personería en alguna de las partes no genera nulidad: cuando se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante legal; cuando se encuentre en los autos un poder en legal forma, conferido a la persona de que se trata, aunque ésta no lo haya admitido expresamente; cuando, aunque el poder no sea bastante, la parte interesada o algún apoderado o representante legal suyo, ratifica lo actuado; y cuando resulta claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como su apoderado, represente sus derechos, aunque carezca de poder, o éste no se halle arreglado a la ley.

3.—Al interpretar y aplicar la causal 6ª del artículo 520 del C. J., en lo que atañe a la nulidad por ilegitimidad de la personería, instituida en el numeral 2º del artículo 448 del mismo Código, ha dicho reiteradamente la Corte: “El derecho de accionar o de excepcionar con base en esta especie de nulidad por ilegitimidad de la personería, no corresponde a cualquiera de

los actores ni a cualquiera de los reos, sino privativamente a la parte mal representada, única en quien reside el interés legítimo para alegar la causal de invalidación, como tal o como motivo de casación”.

4.—La omisión consistente en dejar de resolver un extremo de la demanda principal o de la de reconvencción, o la decisión incongruente por exceso o diferencia con lo pedido, da asidero para invocar una causal distinta a la sexta del artículo 520 del C. J. que se concreta a los casos en que se pretermita una formalidad indispensable para fallar. Desarrollándose el cargo en el hecho de que la sentencia recurrida es incongruente por contener la resolución un extremo no pedido en la demanda principal ni en la de reconvencción, debió invocarse la causal segunda y no la sexta, como se hizo.

5.—La omisión consistente en dejar de fallar una excepción perentoria, no es motivo de la causal primera, sino de la segunda.

6.—No toda decisión judicial es susceptible de conformar la cosa juzgada; ésta ha de referirse necesariamente a un fallo dictado en un litigio anterior y diferente, al cual pone término, y no a una resolución recaída en el propio pleito en que ese alega, y en el que, por esto, no puede existir una sentencia definitiva que le haya puesto fin. Aún en el supuesto de existir una sentencia firme, o un auto interlocutorio con fuerza de tal, no se da la cosa juzgada si la ley ordena que se ventile por la vía ordinaria en el negocio decidido en una u otra resolución. En estos eventos no es posible hablar de cosa juzgada, porque el fallo o el auto pronunciado en tales circunstancias, no alcanza a tener esa fuerza, por disposición expresa de la ley.

7.—Para que el recurso de casación proceda por la causal 3ª del artículo 520 del

C. J., como dicho recurso es extraordinario, es necesario que se hayan agotado antes todos los medios ordinarios conducentes, es decir, es indispensable que se haya pedido en tiempo la aclaración de la sentencia, recurso común, a que daban derecho los artículos 100 y 17 de las Leyes 105 de 1890 y 169 de 1896, respectivamente, y que lo otorga hoy el artículo 482 del C. J. En el caso de haberse vencido el término legal sin pedir la aclaración, o en que ésta no se solicitó oportunamente, no puede tener cabida la causal tercera y contra una decisión que contenga disposiciones contradictorias, porque esta causal exige la circunstancias SINE QUA NON de haberse pedido la aclaración de la sentencia.

8.—La enunciación de los hechos en que se apoya la demanda, no solamente constituye una exigencia imperativa a cargo de quien ocurre ante los tribunales en demanda de justicia, conforme a los preceptos de los artículos 205 y 737 del C. J., sino que la afirmación de los mismos por el demandante, en lo que pueda perjudicarlo, o su aceptación por el demandado, en la contestación de la demanda, en los mismos términos, implican otras tantas confesiones, siempre que los hechos en cuestión sean legalmente demostrables por ese medio probatorio.

9.—A la identidad de un predio no se oponen las variaciones de nombres de los dueños de los inmuebles colindantes, ni los cambios de nomenclatura de las vías, ni los que éstas sufran por efecto de los trabajos de ampliación, etc., sobre todo cuando se trata de zonas apartadas, no urbanizadas en su totalidad, pero que con el desarrollo de las ciudades se incorporan definitivamente a éstas.

10.—La persona que aspire a una declaración de pertenencia, por prescripción adquisitiva del dominio debe, según el C. Civil y la Ley 120 de 1928, presentar las pruebas que acrediten su posesión real sobre el inmueble que va a ser objeto de la declaración y por el tiempo exigido por la ley para que la prescripción se consume. Esta misma exigencia corre pareja con la del opositor y en lo que a él se refiere, porque en esta clase de controversias, hay una a manera de juicio doble, de tal modo que el deber

que tiene cada parte de probar su derecho o los derechos que le incumben, no exime a la otra de la carga de la prueba, en lo que le corresponde.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

En desarrollo de actuaciones judiciales anteriores al año de 1857, el Juzgado Segundo del Circuito de Cali, el 23 de julio de ese año, proveyó a petición de don Manuel Esteban Pedroza, en el sentido de llevar “a efecto la posesión de la parte de terreno que se solicita, mandada dar antes a la señora María Ursula Pedroza, cuyos derechos representa hoy por derechos propios el citado Pedroza”.

El día 30 de julio de 1857 se practicó la diligencia de entrega decretada y el acta en que ella se hizo constar es del tenor siguiente:

“En la ciudad de Cali, a treinta de julio de 1857, siendo las cuatro de la tarde del día señalado para dar la posesión pedida por el señor Manuel Esteban Pedroza, el señor Juez del Circuito asociado del Secretario i del referido señor Pedroza, pasó a la playa del río de esta ciudad, la cual está comprendida entre el puente de arquería i el punto denominado ‘Charco del Curita’, el expresado río y las barrancas de su antiguo cauce, entre cuyos límites se encuentra fundada una parte de la población, siendo a medida que se baja más progresiva o considerable, i estando al principio de dicha playa tocó el mencionado señor Juez con la casa de la señora María de Jesús López i habiendo penetrado al interior de aquélla en la que se encontraba dicha señora i reconocido el terreno de que se ha hablado, mandó que tomase posesión el referido señor Pedroza. Y igual operación se hizo con las señoras Francisca Yanguas, Francisca Potes, Nicolasa Quintero, Vicente Rojas y María... , cuyas casas se encontraron situadas en la primera manzana. Se trasladó el señor Juez a la segunda manzana, i les notificó a las señoras María Manuela Obando, Juana Salinas, Petrona Lino, José Joaquín López, Martín Quintero, Nicolás Bermúdez, Cipriano García i Dolores Elías, que el Juzgado en uso de sus facultades legales ponía en posesión del terreno en que estaban edificadas las casas de dicha manzana al

señor Manuel Esteban Pedroza, a quien debían reconocer como legítimo dueño.

“Pasó el señor Juez con el infrascrito Secretario a la tercera manzana i les hizo igual notificación a las señoras Isabel Salguero, María Joaquina Obando, herederos de Clara Espinosa, Teodora Rodríguez, Rosalía Otero, María Manuela Quintero, Rita Andrade, Javier García, Salvador Lino, Encarnación Benso, José Contreras, Bautista Caicedo i Martín Quintero. En seguida se dirigió dicho señor Juez a la cuarta manzana i les manifestó a las señoras Dolores Vivas, Rumualda Villa, Concepción Goya, Joaquín Navarrete, Dámaso Lazo, Gertrudis Rodríguez, Dorotea Torres... e Isabel Ramírez i cada una de dichas personas les manifestó el señor Juez que por sentencias pronunciadas por los Tribunales se había declarado al señor Manuel Esteban Pedroza dueño de los terrenos en que estaban fundadas sus casas, i que en tal virtud lo pone en posesión de ellos, debiéndolo reconocer como propietario. Se trasladó el señor Juez a la quinta manzana i les manifestó a las señoras Chaverra, Manuel José Torres, Escolástica Rodríguez, Simona Tovar, Cayetano Camacho, Dolores... , María Ignacia Borrero, Eusebio Payán, Custodio Dorronoro, Juan María Salinas, Antonio Villa, Dolores Cortáza i Domingo Montaña, que el señor Manuel Esteban Pedroza estaba declarado como legítimo dueño de los terrenos comprendidos en sus respectivas casas de habitación i que por lo mismo el Juzgado lo ponía en posesión de ellos. Pasó el señor Juez a la sexta manzana i les hizo la misma notificación a las señoras Nepomucena Salinas, Silvestre Correa, Josefa Cordero, María del Rosario... , Dolores Martínez, Margarita... Marcelino Otero, Francisca Sanclemente, Juana María Ruiz i María. También se le dio posesión al señor Manuel Esteban Pedroza de los solares y demás terreno desocupado comprendido entre los puntos arriba mencionados, es decir, lo que se encuentra comprendido entre el puente de arquería i el punto reconocido como el antiguo Charco del Curita, línea recta al río en derechura de los cercos que están del otro lado correspondientes a la quinta perteneciente a la señora Rafaela Camacho de Bernaza. Con lo cual se concluyó la diligencia, que firma el señor Juez i el señor Manuel Esteban Pedroza, por ante el Secretario. (Firmados), Juan D. Arizabaleta, M. E. Pedroza. El Secretario, Vicente Ochoa”.

Los herederos del señor Manuel Esteban Pedroza, doña Mercedes Pedroza y doña Paulina Pedroza, provocaron en el año de 1910, la apertura del juicio de sucesión de su padre legítimo y denun-

ciaron con base en las diligencias judiciales anotadas, como de propiedad de su causante, “el terreno ubicado en el punto denominado ‘El Manantial’, de esta ciudad (Cali) alinderado así: por el Oriente, una cerca de alambre que ha construido el Gobierno, línea recta del río de esta ciudad hacia el Sur, hasta dar con la casa del señor José Murillo; por el Occidente, el Puente de Arcos que existe en el río Cali y que va a la Plaza de la Constitución; por el Norte, el río Cali, desde el puente hasta dar con lo que fue el ‘Charco del Curita’; y por el Sur, la barranca o antiguo cauce del río Cali, el cual se distingue perfectamente por haber en partes todavía barrancas”.

El 9 de septiembre de 1910, el Juez Segundo del Circuito de Cali, pronunció la sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación de los bienes relictos, y ordenó además, la protocolización del juicio mortuorio, la expedición a cada uno de los partícipes de las copias de las respectivas hijuelas y la entrega a cada uno de ellos de “la parte de los bienes de la sucesión que le haya correspondido”.

Por la escritura 1874 de 29 de diciembre de 1926, de la Notaría Segunda del Circuito de Cali, los sucesores del señor Manuel Esteban Pedroza celebraron con el señor Vicente López Gómez un contrato de mandato y cesión de derechos, tal como consta en el instrumento citado.

El señor Vicente López Gómez, mandatario de Mercedes Pedroza y de los herederos de Paulina Pedroza de Lozano, pidió con fundamento en el artículo 872 del C. J. vigente en la fecha de la solicitud —11 de marzo de 1927— el cumplimiento de la sentencia de 9 de septiembre de 1910, aprobatoria de la partición y adjudicación de los bienes pertenecientes a la sucesión del señor Manuel Esteban Pedroza y en cuanto hacía a la entrega a los herederos de los bienes adjudicados, señalándose como tal, el inmueble comprendido entre estos linderos: “Por el oriente, una línea recta que va desde el río Cali hasta la casa de don José Murillo; por el occidente, el puente de arcos de dicho río; por el norte, el citado río desde dicho puente hasta el Charco del Curita; y por el sur, las barrancas del antiguo cauce de dicho río”.

En el libelo en que se pidió la entrega, se señaló al Municipio de Cali como colindante y ocupante del inmueble objeto de la diligencia judicial impetrada.

En proveído de 21 de marzo de 1927, fue acogida la demanda de López Gómez, señalándose por el Juzgado el día 19 de mayo del mismo año, “para verificar la entrega a que se refiere el anterior

memorial". Notificado el Personero Municipal de ese auto interpuso reposición, la que fue resuelta favorablemente, pero apelado el decreto que tal cosa dispuso, fue revocado por el Tribunal Superior de Cali, el cual ordenó que se "llevará a cabo la entrega decretada en auto de 21 de marzo de 1927".

En cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal, el Juzgado señaló nueva fecha para la práctica de la diligencia de entrega, pero se abstuvo de hacerla en esta ocasión fundándose: "1º Por no estar hecha la división material del terreno que se ordena entregar a una sola de las copartícipes. 2º Porque los linderos que aparecen en las adjudicaciones respectivas no corresponden a los que existen hoy, aunque sí aparecen los puntos que los determinan, y 3º Porque los ocupantes de los predios colindantes, distintos del Municipio, no han sido citados".

Después de una actuación previa, el Juzgado en auto de 26 de septiembre de 1927, negó la nueva petición de entrega, pero apelada esta providencia fue revocada nuevamente por el Tribunal. En este estado, el Juez procedió a practicar la diligencia de entrega decretada por el Superior, y al llevarla a cabo, el Personero Municipal, quien había sido citado a ella, manifestó que: "en su carácter de representante legal del Distrito se oponía a la entrega de los lotes que el Municipio poseía como dueño o propietario dentro del globo materia de la entrega" y solicitó que se declarara que la entidad que representaba no estaba en la obligación de formalizar nueva oposición. El señor José María Martínez, en nombre de la sucesión de la señora Justina Velasco de Martínez, también presentó oposición en el acto de diligencia. El juez en consideración a las oposiciones formuladas y las peticiones hechas en el acto de la diligencia, suspendió la de la entrega bajo la constancia de que por resolución posterior decidiría quién debía asumir el carácter de demandante, habiéndolo hecho por auto de 28 de noviembre de 1929, asignándole tal condición a la señora Pedroza y la de demandado al Municipio de Cali y estimando suficiente la oposición formulada en el acto de la diligencia. Esta decisión fue revocada por el Tribunal Superior de Cali y en su lugar dispuso: que el Municipio debía actuar como demandante, y que como tal debía formalizar su oposición dentro de nueve días. Igual solución se le dio a la oposición de José María Martínez.

Dada la situación creada por las providencias del Tribunal, el Municipio de Cali, por medio de apoderado especial, formuló el 9 de julio de 1930, demanda contra la sucesión de Paulina Pedroza de Lozano, representada por la señora María Lozano

P. de Saavedra Galindo, señora Clemencia Lozano P. de Hurtado, señor Mario Lozano P., señor Luis Lozano P., y contra la señora Mercedes Pedroza, para que mediante el trámite correspondiente a un juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran "por sentencia definitiva las siguientes *declaraciones principales*:

"Primera.—Que el inmueble descrito en el punto segundo de la relación de hecho en esta demanda, corresponde en propiedad al Distrito Municipal de Cali;

"Segunda.—Que el Municipio de Cali tiene mejor derecho que los demandados a la posesión y dominio de dicho inmueble;

"Tercera.—Que se condene en costas a los demandados si afrontan este litigio".

Declaraciones subsidiarias

"a) Que el distrito municipal de Cali ha ganado por prescripción extraordinaria el dominio sobre el inmueble mencionado, por haberlo poseído pacíficamente y sin interrupción por un espacio de más de treinta años;

"b) Consecuencialmente, que se han extinguido por el transcurso del tiempo las acciones legales en virtud de las cuales podrían los demandados reclamar algún derecho sobre el lote de terreno ya mencionado;

"c) Que los demandados deben pagar las costas del juicio".

El señor Personero Municipal después de haber ratificado la actuación del apoderado especial del Municipio, con fecha 27 de marzo de 1931, corrigió la demanda presentada por éste, transcribiendo sus declaraciones principales y en cuanto a las subsidiarias, pidió:

"a) Que el distrito de Cali ha sido y es actualmente poseedor del inmueble descrito en esta demanda y que por esta calidad anterior y actual poseedor, tiene en su favor la presunción de ser propietario, mientras los herederos del señor Pedroza no demuestren que la propiedad sobre el mismo inmueble corresponde a ellos;

"b) Que el señor Pedroza, hoy sus herederos, no son ni han sido poseedores ni dueños de ese inmueble, especialmente desde el 3 de septiembre de 1710;

"c) Que el distrito de Cali ha sido y es poseedor, a título de dueño, de ese terreno, desde el día 3 de

septiembre de 1710 hasta hoy, y que a ese título, ha ganado por prescripción adquisitiva extraordinaria y ordinaria, el dominio de ese terreno, prescripción que estaba ya cumplida a su favor, con fecha muchísimo anterior a la inscripción de la sentencia que aprobó la partición de la herencia del señor Pedroza, y hasta de la sentencia que ordenó llevar a efecto una posesión, sentencia de fecha 23 de julio de 1857.

"d) Consecuencialmente, que se han extinguido por el transcurso del tiempo cualquiera acciones en virtud de las cuales pudieran los demandados declarar o alegar algún derecho sobre el lote de terreno ya mencionado;

"e) Que la simple inclusión de ese inmueble en los inventarios de la sucesión del señor Pedroza no ha perjudicado la propiedad municipal en él ni ha conferido dominio a los causantes ni perjudica los derechos del Distrito, como antiguo poseedor a título de dueño".

El demandado contestó la demanda aceptando unos hechos y negando otros, y se opone a que se hagan las declaraciones pedidas, y además, contrademandó al Municipio en el libelo de 21 de marzo de 1931, donde pide que se declare:

"1º Que el Municipio de Cali carece y ha carecido de título alguno para ocupar, como ha ocupado, y para disfrutar, como ha disfrutado, de los terrenos denominados 'El Manantial', situados en esta ciudad y demarcados así: 'por el Oriente, una línea recta que va desde el río Cali hasta la casa de don José Murillo; por el occidente, el puente de arcos de dicho río; por el Norte, el citado río desde dicho puente hasta el Charco del Curita; y por el Sur, las barrancas del antiguo cauce de dicho río'.

"2º Que el distrito de Cali hizo dentro del término legal la formalización de la oposición.

"3º Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Distrito contrademandado está obligado a reconocer y a pagar a la sucesión o herencia de la señora Paulina Pedroza de Lozano representada por sus herederos mencionados, y a la señora Mercedes Pedroza, el valor o importe de los frutos naturales y civiles de los terrenos cuya ubicación y linderos dejo indicados y determinados en el punto primero de este escrito, y no solamente los percibidos sino los que los dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo esos terrenos en su poder.

"4º Que el Municipio contrademandado ha sido y es ocupante de hecho de los terrenos de 'El Manantial' y que, por tanto, los ha usufructuado y disfrutado sin título alguno, por lo cual debe indem-

nizar a la sucesión o herencia de la señora doña Paulina Pedroza de Lozano y a la señora Mercedes Pedroza de todos los perjuicios que éstas han sufrido con la ocupación indebida por parte del Municipio de Cali de tales terrenos de 'El Manantial'.

"5º Que el mismo Municipio de Cali debe pagar el valor o importe de todos los daños que sus representantes hayan ocasionado y ocasionen con la ocupación de esos terrenos de 'El Manantial'.

Trabada la litis con la oposición de la parte demandada y de la contrademandada, el Juzgado Civil del Circuito profirió sentencia definitiva de primer grado el diez y siete (17) de febrero de 1938, así:

"1º Declarar, como en efecto declara, que el Distrito de Cali ha sido y es actualmente poseedor del inmueble descrito en el cuerpo de esta providencia y que por esta calidad anterior y actual de poseedor tiene, en su favor, la presunción de ser propietario, mientras los herederos del señor Pedroza no demuestren que la propiedad sobre el mismo inmueble corresponde a ellos.

"2º Negar, como en efecto niega, las peticiones principales contenidas en la demanda de fecha 9 de julio de 1930, y en la corrección de la demanda de fecha marzo 24 de 1931, números Primera, Segunda y Tercera;

"3º Negar, como en efecto niega, las peticiones subsidiarias contenidas en la demanda de 9 de julio de 1930, marcadas con las letras a), b) y c);

"4º Negar, como en efecto niega, las peticiones subsidiarias de la corrección de la demanda de fecha 24 de marzo de 1931, marcadas con las letras b), c), d), e) y f)'.
 "5º Negar, como en efecto niega, las peticiones formuladas por el doctor M. Augusto Vernaza, en su demanda de reconvencción o de mutua petición de fecha 21 de marzo de 1931, y consecuencialmente, absolver, como en efecto absuelve, al Municipio de Cali, de los cargos contra él formulados en dicha demanda.

"6º Cancélese la inscripción de la demanda de fecha 9 de julio de 1930. No se hace condenación en costas".

Sentencia acusada

La apelación interpuesta por las partes contra la sentencia de primer grado, llevó el negocio al Tribunal Superior de Cali, donde se sentió la segunda instancia que finalizó con la sentencia del 6 de agosto de 1948, que revocó la apelada, a excepción del ordinal 6º de la misma, y en su lugar dispuso:

"a) No se hace ninguna de las declaraciones solicitadas por el Municipio en su demanda de oposición principal y corregida, con fecha 9 de julio de 1930 la primera, y 27 de marzo de 1931 la segunda, por no haber demostrado con plenitud y en la forma que el asunto requiere, los hechos alegados en apoyo del derecho invocado.

"b) Tampoco se hace ninguna de las declaraciones solicitadas por los demandados (familia Pedroza) en su demanda de reconvencción de fecha 21 de marzo de 1931 (cuaderno número 4) por carecer los peticionarios, según el estado que alcanzó el negocio, del derecho suficiente para que se decreten en su favor y en contra del Municipio, las súplicas impetradas en dicha contrademanda.

"2º Quedan en esta forma igualmente resueltas las excepciones que con el carácter de perentorias propuso el Municipio al dar contestación de la demanda referida, ya estudiada en el cuerpo de este fallo; no estimándose por lo demás probada ninguna otra excepción.

"Por lo tanto se absuelve a los demandados (familia Pedroza) de los cargos contenidos en la demanda de oposición, y al demandante (Municipio de Cali) de los cargos que contra él se formulan en la demanda de reconvencción;

"3º Por lo dicho al respecto, no hay lugar a ordenar la entrega de los terrenos de 'El Manantial'—sin determinar prácticamente— conforme a la petición inicial. Sin costas".

El Tribunal después de previo estudio de la situación procesal creada con las providencias dictadas por la misma entidad en Sala Unitaria y en las cuales se dispuso que el Municipio debía asumir el carácter de demandante y los herederos de Manuel Esteban Pedroza el de demandados, rectifica esta doctrina, y antes de motivar su sentencia, consigna el siguiente concepto:

"Por lo demás el asunto en cuestión, la entrega de los bienes inventariados en la sucesión de Manuel Esteban Pedroza, a los herederos de éste, no tiene al presente y con relación a este negocio sino un interés histórico de antecedentes en este juicio, pues la etapa correspondiente a dicha entrega ha quedado completamente terminada y clausurada, con la presentación por parte del Municipio de la demanda de oposición que el Juez le ordenó presentar, y que resultó de declaración de pertenencia por prescripción doble, ordinaria y extraordinaria, en cuanto al dominio del bien disputado, y de "mejor derecho" a la posesión de este mismo, y por la contrademanda formulada por los herederos del señor Pedroza, en que piden pago de frutos e indem-

nización de perjuicios en relación al terreno de 'El Manantial' que con el Municipio se disputan, como se verá en la segunda etapa de este juicio".

Planteado así el problema que debía resolver el Tribunal, para llegar a las conclusiones que se dejaron transcritas, las respalda con esta motivación:

"*El Manantial*.— Por ser cuestión muy discutida y versar el presente juicio sobre la posesión y dominio de dicho terreno conviene ante todo ver cómo se le ha determinado y localizado en los autos.

"En la petición de entrega formulada por el señor López Gómez, a nombre de los herederos de Manuel Esteban Pedroza, se le determina por los siguientes linderos: 'Por el oriente, una línea recta que va desde el río Cali hasta la casa de don José Murillo; por el Occidente, el puente de arcos de dicho río; por el Norte, el citado río desde dicho puente hasta el Charco del Curita; y por el Sur, las barrancas del antiguo cauce de dicho río'.

"Estos mismos son los linderos que se dan al terreno de 'El Manantial' en la demanda formulada por el Municipio, y cuyas peticiones se van a resolver en el presente fallo. De modo que hay acuerdo entre demandante y demandado por lo que respecta a los linderos del fundo en cuestión.

"Pero si tales son los linderos dados al referido terreno por las partes en litigio, no coinciden exactamente dichos linderos con los que traen las hijuelas de los herederos del señor Pedroza, que sirvieron de base a la petición de entrega, y mucho menos hay acuerdo, sino discrepancia con la determinación que se hace del terreno mencionado en la diligencia de entrega de 1857, la que debe tomarse como base del conocimiento que pueda adquirirse con respecto al fundo referido.

"También resulta desacuerdo en los autos con respecto al terreno de '*El Manantial*', que la familia Pedroza reclama, y el barrio de '*El Manantial*', a que se refieren las pruebas del Municipio, y que parece de mayor comprensión territorial que el terreno, aunque la localización de uno y otro no se ha verificado con exactitud, no obstante los esfuerzos que en tal sentido han hecho las partes.

"Es de advertir que sobre todo en las pruebas del Municipio el barrio de El Manantial se toma por el terreno del mismo nombre, sin que entre los dos haya completa una identidad, sino más bien una relación de parte componente (el terreno) del todo, que es el barrio de El Manantial.

"Para conocer las características del terreno de El Manantial, tenemos que remontarnos hasta el año de 1854, diligencia de entrega del terreno referido, en donde se dice que el Juez pasó a la pla-

ya del río de esta ciudad, la cual está comprendida entre el puente de arquería y el punto denominado Charco del Curita, el expresado río y las barrancas de su antiguo cauce'...

"El terreno de que se trata comienza, pues, por ser una playa, 'entre cuyos límites se encuentra fundada una parte de la población, siendo a medida que se baja más progresiva o considerable, y estando al principio de dicha playa —sigue diciendo el pasaje transcrito— tocó el señor Juez con la casa de la señora María de Jesús López...'.

"Al final de la diligencia se encuentra esta otra determinación del terreno, que tiene la mayor importancia, porque aclara uno de los puntos más oscuros, más discutidos y más desacertadamente tratados con respecto al terreno mencionado. Dice así, el documento referido: 'También se le dio posesión al señor Manuel Esteban Pedroza de los solares y demás terreno desocupado comprendido entre los puntos arriba mencionados, es decir, lo que se encuentra comprendido entre el puente de arquería y el punto reconocido como el antiguo Charco del Curita, línea recta al río en derechura de los cercos que están del otro lado correspondientes a la quinta perteneciente a la señora Rafaela Camacho de Bernaza' (sic).

"Este pasaje aclara que la posesión de que se trata versó únicamente sobre el terreno comprendido entre los puntos arriba mencionados, con lo cual se cierra el paso a las ambiciones de ensanche que pudieran fundarse en la entrega que se hizo de los 'solares y demás terreno desocupado', que sin la aclaración a que nos referimos, podía hacer posible la pretensión a ampliaciones del terreno, saliendo de los límites dados a éste, por el instrumento o acto judicial que lo constituye o, por lo menos, lo fija en 1857.

"El terreno entregado al señor Pedroza queda comprendido entre los puntos arriba mencionados, que también se precisan por la frase explicativa 'es decir', que fija como longitud en línea recta la que va del puente de arquería y el punto reconocido como el antiguo Charco del Curita'".

"Este punto que ya en 1857 es meramente de referencia o cardinal para el caso, y no un verdadero charco del río como se le ha buscado en vano, sirve de extremo oriental a la línea recta longitudinal que parte del puente de arquería y termina en el punto reconocido como el antiguo Charco del Curita. De este punto, que pasa por ser meramente punto en donde existió el antiguo Charco del Curita y que se halla en terreno seco, en la playa o probablemente en la barranca, se parte en línea

recta al río 'en derechura —dice la diligencia— de los cercos que están del otro lado correspondientes a la quinta perteneciente a la señora Rafaela Camacho de Bernaza'.

"Por este pasaje, además de circunscribir la posesión dada al terreno comprendido entre los puntos indicados, no obstante que se dio de solares y de terreno desocupado, se aclara lo relativo al antiguo Charco del Curita, que en el día de la posesión (30 de julio de 1857) hace 91 años cumplidos, ya era meramente un punto reconocido como el antiguo Charco, y no un verdadero Charco del río. Además, la localización de este punto sobre la playa, y probablemente sobre la barranca, y retirado del río, de modo que sirva para ir en línea recta a éste, buscando la dirección de unas cercas que hay del otro lado, cierra por este lado el perímetro del terreno que se había considerado abierto y sin lindero oriental determinado.

"Este lindero oriental ha tratado de dársele posteriormente en forma que no ha hecho sino producir confusión en el asunto, y de distintas maneras, como 'una cerca de alambre que ha construido el Gobierno, línea recta del río de esta ciudad hacia el sur hasta dar con la casa del señor José Murillo', como aparece en las hijuelas de los herederos del señor Pedroza (fls. 48 a 55, cuaderno número 2) en que se invierte la dirección del lindero oriental originario, porque se parte del río hacia el sur, en lugar de partir del punto reconocido como el antiguo Charco del Curita, sustituido en las hijuelas por la 'casa del señor José Murillo', e introducido nuevamente con efecto perturbador en el lindero norte.

"En la solicitud de entrega, se produce la misma confusión en los linderos del terreno de 'El Manantial, aunque es de creerse que se trata de simplificaciones en busca de claridad y precisión, en la siguiente forma: 'por el Oriente, una línea recta que va desde el río Cali hasta la casa de don José Murillo'. Se toma el río como punto de partida, para buscar la dirección en línea recta a la casa de José Murillo', occidente... Norte, el citado río desde dicho puente hasta el Charco del Curita; Sur...'.

"Se introduce así, lo mismo en las hijuelas nombradas, 'el Chaco del Curita' como un elemento adicional del lindero Norte, desplazándolo con efecto perturbador del lugar originario que le corresponde según la diligencia de posesión de 1857, que es el lindero oriental. Además, se presenta 'el Charco del Curita' como un verdadero charco que habrá que buscar en el cauce actual o en la margen del río, en donde no se ha encontrado ni podrá encon-

trarse por más empeños que se hagan en tal sentido, ya que así se le despoja de mero punto de referencia 'reconocido' ya en 1857, no como realidad actual sino como cosa pasada que fue y que no volverá a ser.

"Estas modificaciones en los linderos del terreno de El Manantial no han hecho otra cosa que producir confusión en el asunto, sin que ésta se haya podido eliminar por los testigos y los peritos que han intervenido en el negocio, con la misión referida, como puede verse por el examen de las declaraciones y peritazgos rendidos sobre el particular".

En seguida analiza el Tribunal la prueba testimonial allegada a los autos por la parte demandada (familia Pedroza), para desecharlas, por ser declaraciones de referencia unas, contradictorias entre sí, como el documento más antiguo que obra en los autos referentes al terreno de El Manantial y sobre el punto denominado 'Charco del Curita' Asimismo analiza, otros elementos que no alcanzan la categoría legal de prueba por falta de algunos requisitos, pero que dan informes sobre la localización estudiada, y la inspección ocular practicada en la segunda instancia, para concluir:

"Como se ve por el estudio de las pruebas y datos pertinentes el terreno de El Manantial acerca de cuyo dominio y posesión versa el presente juicio, no ha sido localizado por las partes en litigio, no obstante el empeño puesto por ambas en producir dicha localización. Permanecen imprecisos los linderos oriental, norte y sur, hallándose fijo, reconocible e identificable únicamente el lindero occidental, sin que por él sólo sea posible reconstruir los restantes, afectados, y aún borrados, por la movilidad del río sobre su margen derecha, y aún por sus cambios de cauce desde el año de 1857 al presente".

Considera el sentenciador, las demás pruebas presentadas por las partes "sobre el dominio y posesión del terreno en su totalidad alegadas recíprocamente por dichos litigantes", consistentes por parte del Municipio en los contratos de arrendamientos celebrados por éste con particulares, declaraciones de los arrendatarios, relación de las personas que pagan arrendamientos al Tesoro Municipal; actas de remate de los lotes situados en el terreno de El Manantial por particulares y efectuados por cuenta del Municipio; además, las escrituras públicas y la prueba testimonial que allí se relacionan. Las de la parte demandada consisten: en la copia de la sentencia de 9 de septiembre de 1910, por la cual se aprobó la partición de los bienes pertenecientes a la sucesión de Manuel Esteban Pedroza; los do-

cumentos privados suscritos por vecinos y en que se reconoce la posesión y el dominio de éste, fechados en el año de 1857, y en declaraciones de testigos, para terminar rechazando las pretensiones de las partes en la forma prevista en la parte resolutive de la sentencia, que antes se ha dejado trascrita.

El recurso

Las partes recurrieron en casación de la sentencia del Tribunal de Cali. Este recurso doble se halla legalmente sustanciado y agotada su tramitación, la Sala lo decide, considerando la demanda del recurrente demandado en primer lugar, por formularse en ella varios cargos con fundamento en la causal sexta del artículo 520 del C. J., que se hacen consistir en nulidades en el juicio por ilegitimidad de la personería adjetiva y sustantiva de la parte demandante e incompetencia de jurisdicción del Tribunal sentenciador.

Recurso del demandado (Familia Pedroza)

Este recurrente, previo un Capítulo de consideraciones generales, sobre los distintos puntos debatidos en el juicio, formula en su demanda varios reparos al fallo recurrido y con fundamento en las causales 6ª, 1ª, 2ª y 3ª del artículo 520 del C. J. los cuales se estudiarán por grupos, teniendo en cuenta la respectiva causal alegada.

Causal sexta—Ilegitimidad de la Personería

a) Incurrióse en "nulidad del juicio, por ilegitimidad de la personería adjetiva o falta de capacidad procesal del representante del Municipio de Cali, porque, ni con la demanda del 9 de julio de 1930, ni con antelación a ella, fue presentada el acta de nombramiento por el Concejo Municipal del doctor Gustavo Sinisterra Riascos como Personero Municipal".

Consiste este cargo, en el hecho de que el doctor Sinisterra Riascos, sin haber probado su calidad de Personero Municipal, confirió poder al doctor Fernando Medina Ch., para promover la demanda de 9 de julio de 1930, y luego, el 1º de octubre del mismo año, ratificó, como Personero Municipal, "la actuación del apoderado, cuyo poder había sido declarado inadmisibles por el Tribunal; y, como la ratificación de lo actuado por el apoderado sana los vicios del poder y confiere la representación retroactiva del Municipio, pero no opera en favor de quien lo hace, no elimina los defectos que pueda

tener la representación del poderdante, puesto que no podría ratificar lo actuado por sí mismo. Y como no se demostró la investidura de representante legal del Municipio oportunamente, al ser presentada la demanda de 9 de julio de 1930, faltaba capacidad procesal en la persona que actuó como demandante, y por tanto se incurrió en nulidad en el juicio iniciado en esa fecha.

b) Porque, no se presentó la prueba del nombramiento de Personero Municipal, ni con la demanda, ni con antelación a ésta, del doctor Sinisterra Riascos, y “no han sido presentadas la orden y las instrucciones del Gobierno para promover la acción”, sino “casi tres meses después de vencido el término legal para formalizar la oposición”, aquél y el apoderado carecían de capacidad para ser parte, de capacidad procesal y de legitimación en causa, incurriéndose así en nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva y sustantiva de la parte demandante en el juicio.

c) Porque, “no está demostrado en el expediente que el doctor Hernando Valencia C., quien se opuso a la entrega en nombre del Municipio, fuera realmente el Personero Municipal de Cali el 25 de noviembre de 1929, ni que tuviera orden e instrucciones del Gobierno para promover la acción civil de oposición que intentó ese día. Hay, por tanto, falta de capacidad para ser parte y falta de legitimación en la causa en la intervención del expresado señor, a nombre del Municipio de Cali, en dicha diligencia de entrega del 25 de noviembre de 1929”. Todo lo cual motiva la nulidad por “ilegitimidad de la personería adjetiva y sustantiva” del juicio.

d) Incurrióse en nulidad en el juicio, “por ilegitimidad de personería adjetiva y sustantiva del representante del Municipio que suscribió el memorial de reconsideración de fecha 2 de mayo de 1927—visible a folios 18, 19 y 20 del cuaderno 1, primera actuación del expresado Distrito Municipal”.

La sustentación de este cargo es la misma de los anteriores.

e) *Incompetencia de jurisdicción.*—“Invoco otra vez, dice el recurrente, la causal sexta de casación por haberse incurrido en nulidad por incompetencia de jurisdicción del Tribunal para decidir sobre la petición inicial de entrega, de fecha 11 de marzo de 1927, petición que no hace parte ni de la demanda principal, ni de la demanda de reconvencción, a pesar de lo cual la sentencia recurrida contiene la siguiente declaración en su parte resolutive: “3º Por lo dicho al respecto, no hay lugar a ordenar la entrega de los terrenos de El Manantial, sin deter-

minar prácticamente, a la familia Pedroza, conforme a la petición inicial.

“La jurisdicción del fallador está determinada por las peticiones de la demanda, la que constituye la pauta de la sentencia. Quien falla sobre cuestiones no sometidas a su decisión, usurpa, jurisdicción, y tal extralimitación de atribuciones induce a la nulidad de la sentencia conforme al artículo 448 del C. J.

Se considera:

No es obligatorio para los Agentes del Ministerio Público, acreditar su personería en cada juicio, ya sea que actúen como demandantes, o ya sea como demandados, y en representación de la respectiva entidad de derecho público como tampoco la personería jurídica de ésta. Lo primero, “porque la ley no presume la usurpación de funciones” y de acuerdo con nuestro sistema probatorio, corresponde a quien alega la usurpación del título, suministrar la prueba de este hecho, y lo segundo, porque las entidades de derecho público son personas jurídicas por ministerio de la ley (artículo 80 de la ley 153 de 1887). Tal es la doctrina de la Corte desde vieja data, sentada bajo la vigencia del antiguo Código Judicial, ratificada bajo la del actual (Ley 105 de 1931).

En tal virtud, el reparo consistente en el hecho de no haberse acreditado la calidad de Personero Municipal de Cali, de los doctores Gustavo Sinisterra Riascos, Hernando Valencia C. y Julio E. Albán, respectivamente, en las fechas de las demandas o escritos, que con tal condición suscribieron dentro del presente juicio, no tiene asidero legal, porque la usurpación alegada del título de Personero Municipal, por parte de las personas que lo invocaron, no se demostró, y antes bien, en el curso del juicio se estableció el ejercicio de ese cargo por aquéllas personas.

En la legislación antigua, como en el Código Judicial vigente, la ilegitimidad de la personería en alguna de las partes, no genera nulidad: cuando se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante legal; cuando se encuentre en los autos un poder en legal forma, conferido a la persona de que se trata, aunque ésta no lo haya admitido expresamente; cuando, aunque el poder no sea bastante, la parte interesada, algún apoderado o representante legal suyo, ratifica lo actuado; y cuando resulta claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el

juicio como su apoderado, represente sus derechos, aunque carezca de poder, o éste no se halle arreglado a la ley. Situaciones procesales que están manifiestas en los autos, ya que el Concejo Municipal de Cali autorizó y aprobó el poder conferido por el Personero a los apoderados especiales, que debían llevar la representación del Municipio para este caso determinado; el poder fue admitido en las instancias sin tacha y ratificado más tarde, lo mismo que la actuación del apoderado, por lo que no puede existir la nulidad por ilegitimidad de la personería alegada por el recurrente, por disposición expresa de la ley, artículos 125, Ley 105 de 1890 y 450 Ley 105 de 1931.

En cuanto a la falta de la orden o instrucciones del Gobierno para instaurar la acción por parte del Personero Municipal de Cali, y a que alude el artículo 11 de la ley 169 de 1896, invocado por el recurrente, cabe observar: 1º Que esta disposición se aplicaba en armonía con, la del artículo 12 ibidem, en el sentido de que la primera contenía una regla general de aplicación para los Agentes del Ministerio Público, que como tales, actuaran directamente; y la segunda, una especial o de excepción para los casos en que éstos, por razón de la distancia o incompatibilidad de funciones, o por razón de las dificultades o interés del negocio, no podían llevar la voz de la respectiva entidad de derecho público —Departamento o Municipio— cuando se juzgaba conveniente para los intereses del uno o del otro, ocurrir a un abogado, caso en el cual el contrato que se celebrara con éste, debía ser aprobado por el Prefecto si se trataba de un Municipio, o por el Gobernador si se trataba de un Departamento, hallándose así la orden o instrucciones de estos funcionarios supeditadas por la aprobación que los mismos debían dar al respectivo contrato.

Pero, ocurre también que, el artículo 11 de la ley 169 de 1896, fue sustituido por el 145 del Código de Régimen Político y Municipal, que le atribuye la administración de los intereses del Municipio al Concejo, y la representación del mismo al Personero Municipal, con expresa facultad para aquél para confiar a cualquier persona la representación del Municipio en un determinado asunto, disposición que era imperio en la fecha inicial de la actuación que hoy se ataca por nula, por no haberse aplicado el artículo primeramente citado.

A mayor abundamiento, anótase que, la causal alegada no era motivo de casación durante la vigencia de la Ley 169 de 1896, y que fue en el Código Judicial actual, artículo 520, numeral 6º, don-

de se instituyó como tal, “cón el fin de subsanar faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte podrían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada”. Y la Corte al interpretar y aplicar esta nueva causal, en lo que atañe a la nulidad por ilegitimidad de la personería, instituida en el numeral 2º del artículo 448 del C. J. ha dicho reiteradamente:

“El derecho de accionar o de excepcionar con base en esta especie de nulidad por ilegitimidad de la personería, no corresponde a cualquiera de los actores ni a cualquiera de los reos, sino privativamente a la parte mal representada, única en quien reside el interés legítimo para alegar la causal de invalidación como tal o como motivo de casación”. Fuera de que el Municipio procedió a formalizar su oposición a virtud de una orden judicial inconsulta, pero terminante en cuanto a sus efectos jurídicos.

En cuanto al cargo de nulidad por incompetencia de jurisdicción, técnicamente está de bulto su ineficacia. La omisión consistente en dejar de resolver un extremo de la demanda principal o de la de reconvencción, o la decisión incongruente por exceso o diferencia con lo pedido, da asidero para invocar una causal distinta a la sexta del artículo 520 del C. J., que se concreta a los casos en que se pretermita una formalidad indispensable para fallar. Desarrollándose el cargo en el hecho de que la sentencia recurrida es incongruente por contener la resolución de un extremo no pedido en la demanda principal ni en la de reconvencción, debió invocarse la causal segunda y no la sexta, como se hizo.

Todo lo dicho hasta aquí, es suficiente para rechazar los cargos formulados bajo el patrocinio de la causal de casación que se han dejado estudiados.

Causal primera

Cargos tercero y décimo.—Por ser “violatoria de ley sustantiva por omisión y por aplicación indebida”, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, acúsase la sentencia recurrida.

“Tanto la ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, dice el recurrente, como la improcedencia de la acción incoada o petición de modo indebido, son excepciones perentorias que el juzgador debe declarar de oficio si aparecen demostradas, como lo están en el presente caso.

“La omisión del Tribunal en declarar probadas las citadas excepciones perentorias se debió a apreciación errónea de la demanda y de los documentos

a ella acompañados, y como consecuencia de tal apreciación errónea se produjo la violación de la ley sustantiva”.

Como fundamentos de los distintos reparos que contiene el cargo, se dan los mismos alegados en la causal sexta: ilegitimidad de la personería del Municipio de Cali, por falta de la prueba del nombramiento de Personero Municipal de las personas que con esa calidad intervinieron en el juicio; y de la orden o instrucciones del Gobierno para promover la acción incoada; ineficacia de la ratificación por el Personero de la actuación del apoderado especial del Municipio, y de donde deduce el recurrente sus cargos de error de hecho y de derecho en la apreciación de esas pruebas.

A estos cargos se agrega como *Séptimo* en la demanda de casación, en el cual se acusa la sentencia “de ser violatoria de ley sustantiva, por violación directa proveniente de omisión”, y se funda:

“Haber fallado el Tribunal sobre la petición inicial de entrega, de fecha 11 de marzo de 1927, como lo hizo en la declaración final de la sentencia, implica quebrantamiento de la cosa juzgada, puesto que la orden de entrega fue materia de largas discusiones en el juicio sumario respectivo y de repetidas providencias del Tribunal pronunciadas en dicho juicio, providencias muy claras y terminantes, que fueron legalmente notificadas a las partes y que se ejecutaron, sin haber sido sometidas después a revisión dentro del juicio ordinario iniciado el 9 de julio de 1930 con la formalización de la oposición del Municipio.

“Al proferir la última declaración de la sentencia recurrida el Tribunal violó, por omisión, el artículo 473 del C. J. y sus concordantes. De acuerdo con dicha disposición la sentencia del Tribunal es absolutamente nula en cuanto declaró no haber lugar a ordenar la entrega de los terrenos de El Manantial a la familia Pedroza, habiendo sido decretada ya esa entrega por providencia ejecutoriada que no fue sometida por las partes a revisión dentro del juicio ordinario.

“Dicha violación del artículo 473 del Código Judicial, proviene de error de derecho en que incurrió el Tribunal en la estimación de la demanda y de la contrademanda, pues ni uno, ni otro libelo, contienen petición ninguna examinada a obtener la revisión de la orden de entrega, y sin embargo, el Tribunal creyó que podía decidir sobre dicha orden de entrega de los terrenos de El Manantial”.

Se considera:

1º En primer término, los reparos son en la forma y en el fondo los mismos propuestos en la causal sexta, y que ahora se presentan como determinantes de nulidad en el juicio por ilegitimidad de la personería sustantiva del Municipio demandante. Así las cosas, las razones expuestas en aquella oportunidad, y por medio de las cuales se llegó al rechazo de esos cargos, las estima la Sala en esta ocasión, como pertinentes e idóneas para rechazarlos nuevamente. En segundo lugar, la omisión consistente en dejar de fallar una excepción perentoria, no es motivo de la causal primera, sino de la segunda.

2º No toda decisión judicial es susceptible de conformar la cosa juzgada; ésta ha de referirse necesariamente a un fallo firme dictado en un litigio anterior y diferente, al cual pone término, y no a una resolución recaída en el propio pleito en que se alega, y en el que, por esto, no puede existir sentencia definitiva que le haya puesto fin. Aún en el supuesto de existir una sentencia firme, o un auto interlocutorio, con fuerza de tal, no se da la cosa juzgada, si la ley ordena que se ventile por la vía ordinaria el negocio decidido en una u otra resolución. En estos eventos, no es posible hablar de cosa juzgada, porque el fallo o el auto pronunciado en tales circunstancias, no alcanza a tener esa fuerza, por disposición expresa de la ley.

Las resoluciones a que alude el recurrente, como constitutivas de la cosa juzgada, ni tienen el carácter de sentencia firme, ni el de autos interlocutorios con fuerza de tales; y si lo tuvieren, el asunto decidido en ellas debía seguirse por los trámites de la vía ordinaria, como lo ordenaba el inciso final del artículo 872 del Código Judicial citado, el cual reza:

“Si ninguno se opusiere, o si el que se opusiere no formalizare su oposición en el término indicado, se llevará a efecto la entrega haciendo desocupar la cosa a los que la ocuparen; pero si se formalizare la oposición en el tiempo concedido al efecto, se dará traslado a la otra parte, y contestado que sea, se seguirá un juicio ordinario”.

Planteada así la cuestión, no se ve el error de derecho en que pudiera haber incurrido el Tribunal en la estimación de la demanda y de la contrademanda, en relación con las providencias judiciales mencionadas por el recurrente. Por tanto, no es viable el cargo.

Causales segunda y tercera

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

Cuarto cargo.—Se funda este cargo en que: “El Municipio pidió la declaración de su pretendido derecho de dominio sobre el inmueble en litigio, y subsidiariamente el reconocimiento de la prescripción adquisitiva a su favor del mismo inmueble, y el de la prescripción extintiva de las acciones que pudieran tener los Pedrozas para reclamar ese terreno”. Que lo mismo puede decirse de la contrademanda, y entonces el Tribunal debió limitar su fallo “a hacer o dejar de hacer las declaraciones pedidas por el demandante, sin entrar a decidir nada sobre la petición inicial de entrega, de fecha 11 de marzo de 1927, que no había sido sometida por las partes a revisión dentro del juicio ordinario iniciado el 9 de julio de 1930”.

Que al disponer el Tribunal en la parte resolutive de la sentencia que: “No hay lugar a ordenar la entrega de los terrenos de El Manantial —sin determinar prácticamente a la familia Pedroza— conforme a la petición inicial”, y no extendiéndose su jurisdicción hasta el juicio sumario de entrega, “es claro que el sentenciador de segunda instancia falló *ultra petita* al hacer la declaración que antes se transcribió, la cual no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y da lugar a la casación por la causal segunda”.

Quinto cargo.—Existencia de contradicción entre “la ordenación final de la sentencia con el resto de las declaraciones, especialmente con la primera que dispone no hacer ninguna de las declaraciones solicitadas por el Municipio en su demanda de oposición principal y corregida, con fecha 9 de julio de 1930 la primera y 27 de marzo de 1931 la segunda, por no haber demostrado con plenitud y en la forma que el asunto requiere, los hechos alegados en apoyo del derecho invocado.

“Si no hay lugar —continúa el recurrente— a hacer ninguna de las declaraciones solicitadas por el Municipio, como lo dice la declaración inicial de la sentencia, resulta contradictorio que, a pesar de ello, no hay lugar a ordenar la entrega de los terrenos de El Manantial a la familia Pedroza, siendo así que la demanda del Municipio tuvo por objeto impedir dicha entrega, la cual se hubiera llevado a cabo si el Municipio no se hubiera opuesto

en el acto de la diligencia, o si habiéndose opuesto, no hubiera formalizado su oposición por medio de la demanda que no prosperó.

“Con apoyo en esta clarísima contradicción entre la primera y la última declaración de la parte resolutive del fallo recurrido, invoco la causal tercera de casación de que trata el artículo 520 del C. J., ya que el no haberse pedido en tiempo aclaración de la sentencia, no parece obstáculo insalvable para que la Corte reconozca y declare tal contradicción e infirme el fallo por esa causa”.

Se considera:

a) Para los fines de contestar los cargos, es oportuno recordar el texto del artículo 872 del C. J. antiguo, que reza:

“Si la sentencia declarare a favor de alguno la posesión de una cosa, el Juez la cumplirá mandando entregar la cosa, con citación de los colindantes y demás interesados, sin causar despojo; y si al tiempo de la entrega se opusiere alguno, se le prevendrá formalice por escrito su oposición dentro de nueve días.

“Si ninguno se opusiere, o si el que se opusiere no formalizare su oposición en el término indicado, se llevará a efecto la entrega haciendo desocupar la cosa a los que la ocuparen, usando de la fuerza, si fuere necesario; pero si formalizare la oposición en el tiempo concedido al efecto, se dará traslado a la otra parte, y contestado, que sea, se seguirá un juicio ordinario”.

Si bien es cierto que, se distinguían dos fases de acuerdo con el texto del artículo transcrito, en esta clase de actuaciones: la del cumplimiento de las sentencias comprendidas dentro de los términos del mismo, hasta la contestación por la contraparte del escrito en que se formalizaba la oposición, si la hubiere; y la que se adelantaba por la vía ordinaria, de allí en adelante, no es menos exacto, que todo el juicio sobre cumplimiento de la sentencia venía a constituir una unidad procesal, cuya única finalidad era decidir sobre los fundamentos de la oposición.

Es verdad, que formalizada por escrito la oposición, y contestada ésta, la sustanciación se seguía por los trámites de la vía ordinaria, pero no era que se tratara de un juicio ordinario independiente, pues no había demanda propiamente dicha, ni contestación, en la forma que la ley establecía y establece para los juicios ordinarios. Lo que ésta decía, era que “si formalizare la oposición en el tiempo concedido al efecto, se dará traslado a la

otra parte, y contestado qué sea, se seguirá un juicio ordinario, que viene a ser en definitiva, el procedimiento que para los efectos de resolver sobre el cumplimiento de las sentencias, establecía la ley, pero que era uno solo desde la presentación de la respectiva solicitud hasta que se resolvía sobre la oposición formalizada por escrito.

La incongruencia que anota el recurrente, no es sino de simple apariencia, porque, la declaración de no proceder la entrega de los terrenos, equivale virtualmente en el proceso, a decidir la oposición al cumplimiento de la sentencia, y por ende sobre la de la entrega del inmueble discutido.

b) Se contesta el cargo quinto. Los doctrinantes comentando el artículo 2º de la ley 169 de 1896, que es igual al numeral 3º del artículo 520 del C. J. actual, expresan que, como el recurso de casación es extraordinario, para que proceda por esta causal es necesario que se hayan agotado antes todos los medios ordinarios conducentes, es decir, que es indispensable que se haya pedido en tiempo la aclaración de la sentencia, recurso común, a que daban derecho los artículos 100 y 17 de las leyes 105 de 1890 y 169 de 1896, respectivamente, y que lo otorga hoy el 482 de la ley 105 de 1931. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte, la cual agrega que, para el caso de haberse vencido el término legal sin pedir la aclaración, o porque ésta no se solicitó con oportunidad, no puede tener cabida la causal tercera y contra una decisión que contenga disposiciones contradictorias, porque ésta exige la circunstancia *sine qua non* de haberse pedido la aclaración de la sentencia.

La sentencia recurrida, pueda que contenga disposiciones contradictorias, como en realidad las contiene, pero cómo lo reconoció el mismo recurrente, ella no fue objeto del recurso común de aclaración, y entonces no hay cabida a la causal tercera en que se apoya el cargo, por lo que éste debe ser rechazado, como en efecto se rechaza.

Recurso del demandante opositor (Municipio de Cali)

Acogiéndose a la causal primera del artículo 520 del C. J.; propone este recurrente, contra la sentencia del Tribunal de Cali, los tres cargos que en seguida se resumen y estudian conjuntamente, por referirse a errores de hecho los primeros, y de derecho el último, en la apreciación de la prueba y que originan la violación de las disposiciones legales: artículos 669, 673, 762, 764, 765, 1759, 1769, 2512, 2518, 2521, 2527, 2528, 2529, 2531, 2535, 2538

del C. C. y 630, y 632 del C. J., “por no haberlos aplicado, siendo el caso de hacerlo. Y por indebida aplicación al caso del pleito, los artículos 946 y 951 del C. C. y 2º y 5º de la ley 120 de 1928”.

Primer cargo.—Sostiene el recurrente que, “al creer el sentenciador que el presente juicio versa sobre la posesión y dominio del terreno indeterminado conocido antiguamente en Cali con el nombre de ‘El Manantial’, indetectable hoy, incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de las siguientes pruebas, las que se citan en los ordinales a) a d) inclusive, de este reparo, y que estudia y analiza separadamente, una por una y en su orden, para aseverar que, “los terrenos encerrados en los linderos dados en la demanda sí son identificables y fueron identificados durante el juicio”; que la confusión del Tribunal de tomar los unos por el otro, lo llevó a declarar como no identificados los que son materia del juicio, y para los efectos de la prescripción adquisitiva de dominio alegada por el Municipio de Cali.

Luego agrega que, “en todo caso, la localización de los puntos ‘básicos’, que son: el puente, el río, las barrancas del antiguo cauce y el sitio que ocupó la casa de José Murillo, quedó hecha”, en las demandas del Municipio y en la inspección ocular de 1938, ya citados, “que rectamente interpretados, sirven para determinar de modo inequívoco el terreno a que se contrajeron las demandas que deben tenerse en cuenta para fallar el litigio, o sea el memorial suscrito por Vicente López Gómez, sobre solicitud de entrega de lo adjudicado en 1910 a las hijas de Manuel Esteban Pedroza, y las demandas del Municipio que copian los límites dados en ese escrito”.

Segundo cargo.—Alégase que el Tribunal afirma que, no habiéndose establecido en los autos la identificación del globo de tierra de “El Manantial” (es la obsesión que lo desvía), mal puede declararse una posesión, refiriéndose a la del Municipio, sobre un terreno que no se ha determinado en su totalidad y como cuerpo cierto, debido en parte a la indeterminación de los sitios de referencia y terminales “Chareo del Curita” que aparece en la diligencia de entrega de 1857, y “casa antigua del señor José Murillo” que es propio de las hijuelas formadas en 1910 a los herederos de don Manuel Esteban Pedroza en la uscesión de este mismo, etc.”.

Que al no reconocerse por el sentenciador la posesión y el dominio del Municipio, incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas

que cita y enumera en los ordinales a) a ll) inclusive, de este reparo. En seguida las analiza el recurrente una por una, para concluir que no sólo está establecida la identificación del inmueble materia de la litis, sino también plenamente acreditada la posesión material del mismo, por el Municipio, desde hace muchísimo más de treinta años.

Tercer cargo. — En este cargo se expresa: “Al abstenerse el Tribunal de hacer la declaración de que los herederos del señor Manuel Esteban Pedroza no son poseedores ni dueños del inmueble a que se refiere la demanda, incidió también en error de derecho en la apreciación de las siguientes pruebas:

“1ª De la diligencia de posesión que se le dio a don Manuel Esteban Pedroza el 30 de julio de 1857, por las siguientes razones: a) Porque no fue expedida de su original la copia que figura en el proceso; b) Porque ese acto judicial ni sus antecedentes fueron inscritos en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali; c) Porque no habiendo continuado los herederos del señor Pedroza la posesión que empezó a ejercer su causante el 30 de julio de 1857, todo derecho de dominio que pudo originarse en esa antigua posesión estaba extinguido para los descendientes del primitivo poseedor, cuando éstos iniciaron su causa mortuoria, y ch) Porque la discordancia entre los linderos de la diligencia de 1857 y los de las hijuelas que se les formaron a las señoras Mercedes y Paulina Pedroza en 1910 dentro del juicio de sucesión de su padre, no podía impedir la identificación del inmueble demandado, por ser éste diferente del entregado al Coronel en 1857, y porque no pudiendo ya ser fuente efectiva de ningún derecho de propiedad esa diligencia para los herederos de don Manuel Esteban Pedroza, ninguna influencia podía tener ese documento contra los derechos del Municipio de Cali, aunque coincidieran con exactitud matemática los dos alindamientos, el de 1857 y el de 1910.

“2ª De la escritura número 550 de 23 de septiembre de 1910, de la Notaría Primera de Cali, sobre protocolización de la causa mortuoria del señor Pedroza, que contiene las hijuelas de sus hijas doña Mercedes y doña Paulina, porque el título universal de herencia es insuficiente por sí solo para acreditar el derecho de dominio sobre un inmueble determinado si no se prueba plenamente que ese inmueble pertenecía a la sucesión en el momento de ser adjudicado, ya que el heredero no puede adquirir otros bienes y derechos que los que pueda transferirle su causante. De ahí que los actos legales de partición sean títulos traslaticios de dominio, al

tenor del artículo 765 del C. C. Y de toda la copia o abundancia de pruebas allegadas al proceso, por el Municipio en las instancias, al propio tiempo que hacen patente la certeza de los derechos de dominio del Municipio de Cali con respecto a los terrenos en litigio, demuestran también que en 1910, cuando se tramitó el juicio del señor Pedroza, se hallaban extinguidos, por la prescripción que se cumplió en 1890, todos los derechos de propiedad que le fueron reconocidos a éste y a sus antecesores por los fallos judiciales del siglo pasado sobre los terrenos de la playa que dejó descubierta el río Cali al abandonar su antiguo cauce en época anterior al 11 de mayo de 1829, fecha de la sentencia que le puso término al juicio que sostuvo el Municipio, quien reclamaba derechos sobre toda la playa por haber sido dueño de las tierras que estaban a la margen derecha del río, antes del primitivo cambio de su curso, de acuerdo con los títulos de 31 de enero de 1690 y 3 de septiembre de 1710, considerando que por esa circunstancia había adquirido por accesión la playa. La autoridad judicial, sin embargo, falló en 1829 a favor de doña Isabel Pedroza.

Se considera:

Teniendo en cuenta el principio de derecho procesal, recogido en nuestro Código de Procedimiento Civil, en su artículo 472, de que: Toda decisión judicial debe recaer sobre las peticiones de la demanda y apoyarse en los hechos que en ella se proponen como fundamento del derecho invocado, estimó el Tribunal la demanda del Municipio de Cali, que le ordenó formalizar el Juez, en relación con la etapa previa de esta actuación y que dio origen al presente juicio ordinario, como una acción “de declaración de pertenencia por prescripción doble, ordinaria y extraordinaria, en cuanto al dominio del bien disputado; y como una “de mejor derecho” a la posesión de este mismo, la formulada por los herederos del señor Manuel Esteban Pedroza, y avocó por los aspectos inherentes a la cuestión principal, los de la localización y la posesión del terreno, la decisión del litigio, con estudio de las pruebas allegadas al proceso.

En casación ha llegado el asunto con aquellas precisas dimensiones, y en tal virtud, el problema a dilucidar en este recurso, es el mismo decidido por el Tribunal, el de la prescripción adquisitiva del dominio alegada por el Municipio de Cali, a cuya declaración se oponen los herederos de don Manuel Esteban Pedroza, concretado a sus aspectos de identidad y posesión del terreno determinado en la de-

manda principal, en la de reconvección y en los demás escritos que obran en el juicio.

En el escrito de 11 de marzo de 1927, en el cual el apoderado de los herederos de don Manuel Esteban Pedroza, pidió el cumplimiento de la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes sucesorales de éste, fechada el 14 de septiembre de 1910, expresó haberse adjudicado "a las señoras Mercedes y Paulina Pedroza el inmueble comprendido entre estos linderos: 'Por el Oriente, una línea recta que va desde el río Cali hasta la casa de José Murillo; por el Occidente, el puente de arcos de dicho río; por el Norte, el citado río desde dicho puente hasta el Charco del Curita; y por el Sur, las barrancas del antiguo cauce de dicho río". Que, para el cumplimiento de aquella sentencia ejecutoriada sólo hacía falta, "la entrega ordenada en su ordinal tercero"; y, pidió: "Que se digne señalar día y hora para la diligencia de entrega del inmueble comprendido entre los linderos expresados, adjudicado a las citadas herederas del señor Manuel Esteban Pedroza y ordenado entregar a éstas por sentencia del 9 de septiembre de 1910 y ejecutoriada por auto del mismo mes y año, ya citado. "Que por ser colindante y ocupante el Municipio... del terreno urbano comprendido entre los linderos expresados, se sirva ordenar que se notifique al citado señor Personero Municipal para que asista a la diligencia".

Señalada fecha para la práctica de la diligencia de entrega y notificado el Personero Municipal de esta providencia, solicitó su reconsideración en memorial de 2 de mayo de 1927 y allí entre otras cosas expresó: "d) En el mismo escrito de fecha 11 de marzo, confiesa el apoderado de los pretendidos interesados que el Municipio de Cali ocupa los terrenos materia de la solicitud de entrega, luego en esa misma confesión me apoyo para oponerme a esa entrega".

En la diligencia de posesión, que obra a los folios 39 v. y 40 del cuaderno número 1 se expresa: "En la ciudad de Cali, a los treinta y un días del mes de agosto de mil novecientos veintisiete, siendo el día y la hora señalados en auto de fecha veintidós del presente mes para dar principio a la diligencia de posesión a que tal auto se refiere..., el señor Juez 2º del Circuito, en asocio de su Secretario..., se trasladó al lugar donde los documentos que se acompañan a la actuación indican que se encuentra el bien materia de la posesión. Acto seguido se procedió al reconocimiento de los linderos determinados en la hijuela de la señora Mercedes Pedroza, y se observa... 2º Que los linderos que

aparecen en las adjudicaciones respectivas no corresponden a los que hoy existen, aun cuando sí aparecen los puntos que los determina". Y en la diligencia que figura al folio 148, del mismo cuaderno número 1 —fechada el 25 de noviembre de 1929— se dice: "...Abierto el acto, se dio lectura a varias piezas del expediente y se procedió a la identificación de los linderos del globo de terreno a que la entrega se refiere, de acuerdo con las hijuelas y sentencias que obran en los autos. Verificada la identificación, para lo cual se presentó el señor Personero Municipal de Cali... habiendo manifestado el primero que estaba de acuerdo en cuanto a los linderos del globo general por tener suficiente conocimiento del asunto, y después de haber recorrido en casi toda su extensión los citados linderos, por haber algunas soluciones de continuidad con motivo de haberse borrado con la acción del tiempo y la modernización de la ciudad algunas señales de las antiguas barrancas del río, el juzgado previa manifestación del doctor Vernaza de que prescindía de la citación de los colindantes que faltaban por no tener tal carácter y haberlos incluido indebidamente, procedió a hacer la referida entrega".

En la demanda principal del Municipio de Cali, instaurada en cumplimiento de la orden judicial de formalizar la oposición propuesta en el acto de practicarse la diligencia de entrega de 25 de noviembre de 1929, después de transcribirse, en el hecho primero, las peticiones del apoderado de los herederos de Manuel Esteban Pedroza, a que se refiere el memorial de 11 de marzo de 1927, en el segundo se afirma: "En el inmueble a que alude el peticionario señor Vicente López Gómez en su memorial en referencia, está demarcado, según él, por los siguientes linderos: 'Por el Oriente, una línea recta que va desde el río Cali hasta la casa de José Murillo; por el Occidente, el puente de arcos de dicho río; por el Norte, el citado río desde dicho puente hasta el Charco del Curita; y por el Sur, las barrancas del antiguo cauce de dicho río". En las súplicas principales y subsidiarias de la misma se mencionan expresamente estos linderos, lo mismo que en el escrito de corrección.

En la contestación de la demanda y de su corrección, el apoderado de los demandados, manifiesta en relación con los hechos primero y segundo, que "los acepta como ciertos, pues, así consta en el escrito de 11 de marzo de 1927, visible a los folios 15 y 16 del Cuaderno Principal".

En la demanda de reconvección de fecha 21 de marzo de 1931, en la súplica primera se expresa:

1º Que el Municipio de Cali carece y ha carecido de título alguno para ocupar, como ha ocupado, y para disfrutar, como ha disfrutado, de los terrenos denominados 'El Manantial', situados en esta ciudad y demarcados así: "por el Oriente, una línea recta que va desde el río Cali hasta la casa de José Murillo; por el Occidente, el puente de arcos de dicho río; por el Norte, el citado río desde dicho puente hasta el Charco del Curita; y por el Sur, las barrancas del antiguo cauce de dicho río".

Pues bien: la enunciación de los hechos en que se apoya la demanda, no solamente constituye una exigencia imperativa a cargo de quien ocurre ante los Tribunales en demanda de justicia, conforme a los preceptos de los artículos 205 y 737 del C. J., sino que la afirmación de los mismos por el demandante, en lo que pueda perjudicarle, o su aceptación por el demandado, en la contestación de la demanda, en los mismos términos, implican otras tantas confesiones, siempre que los hechos en cuestión sean legalmente demostrables por ese medio probatorio. Es, entre otras cosas, por esta razón, por lo que la Corte ha sostenido invariablemente que la demanda, peticiones y hechos de la misma constituyen de una manera especial un todo que fija las bases del litigio, determina las posiciones de las partes e inviste al Juez del poder necesario para decidir, dentro de las cuestiones que se pidieron, los hechos que se aceptaron y las pruebas producidas. El proceso no es un sistema de sorpresas, sino un ordenamiento claro, lógico y público entre las partes, que permita al juzgador una decisión en consonancia con la demanda y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes. (Artículo 471 del C. J. G. J. Tomo LXX, número 2105-2106, pág. 429).

Sin entrar a considerar que a la identidad de un predio, no se oponen las variaciones de nombres de los dueños de los inmuebles colindantes, ni los cambios de nomenclatura de las vías, ni los que éstas sufran por efecto de los trabajos de ampliación, etc., sobre todo cuando se trata de zonas apartadas, no urbanizadas en su totalidad, pero que con el desarrollo de las ciudades se incorporan definitivamente a éstas, como aconteció con los terrenos materia del presente litigio, a la Sala le basta, para hallar viables los cargos, la reflexión de que este juicio se tramitó en las instancias, sobre las precisas bases ya indicadas, de que la litis se trabó y siguió sin reclamo alguno de los demandados ni del Municipio demandante y contrademandado, y antes bien con el pleno asentimiento de todos ellos, sobre la identidad del terreno que reclaman los herederos de Manuel Esteban Pedroza, como de su propiedad,

cuya entrega piden, con el que tiene en posesión el Municipio de Cali, y que con fundamento en ella, ha solicitado la declaración de pertenencia a su favor por prescripción adquisitiva doble del dominio, extraordinaria y ordinaria, de donde hay que deducir dos conclusiones: 1ª la identificación, en el juicio, del terreno a que concretamente él se refiere; y 2ª su posesión real por el Municipio de Cali.

La existencia de esta situación de hecho, con referencia al pleito, fue equivocadamente desconocida en la parte resolutive del fallo recurrido, pues, en la motiva fue afirmada por el Tribunal. En efecto, al cohonestar la petición de entrega formulada por López Gómez con las demandas del Municipio, expresa:

"De modo que hay acuerdo entre demandante y demandado por lo que respecta a los linderos del fundo en cuestión". Esto es, que a pesar de la claridad con que esa situación aparece justificada en los autos con los documentos y actos auténticos que se han dejado transcritos en sus partes pertinentes, no se tuvo en cuenta por el sentenciador, con lo cual incurrió en los errores de hecho evidentes y de derecho que anota la acusación contra la sentencia, en la apreciación de las pruebas, y lo que lo indujo a violar las disposiciones legales sustantivas citadas en aquélla; y, lo que quiere decir, que el recurso por estos motivos prospera, e impone la casación del fallo recurrido.

Sentencia de instancia

Lo dicho hasta aquí con ocasión del recurso, adelanta la motivación del fallo de instancia que ha de reemplazar al infirmado, y se completa con estas breves consideraciones.

La persona que aspire a una declaración de pertenencia, por prescripción adquisitiva del dominio, debe según el C. C. y la Ley 120 de 1928, presentar las pruebas que acrediten su posesión real sobre el inmueble que va a ser objeto de la declaración, y por el tiempo exigido por la ley, para que la prescripción se consume. Esta misma exigencia corre pareja con la del opositor, y en lo que a él se refiere, porque, en esta clase de controversias, "hay una a manera de juicio doble, de tal modo que el deber que tiene cada parte de probar su derecho o los hechos que le incumben no exime a la otra de la carga de la prueba en lo que le corresponde".

Se vio en el estudio de la demanda de casación del demandante —Municipio de Cali— cómo el terreno objeto del litigio fue identificado con el que éste posee, por estar las partes de acuerdo en los

líderos que lo enmarcan, determinados en los distintos escritos y actos que allí se analizaron, y cómo, las mismas pruebas acreditan la posesión real del demandante sobre el mismo inmueble. Posesión comprobada, además, con las pruebas testimoniales, de inspección ocular y pericial, con las cuales se evidencia la consumación de hechos positivos por parte del Municipio de Cali y a que sólo da derecho el dominio, como son: trazado y ejecución de vías públicas; construcción de edificios para uso de la misma entidad, y con destino a la prestación de servicios públicos; compra de mejoras plantadas por particulares en el terreno para ampliar, mejorar o construir nuevas vías; permuta de zonas del mismo terreno, con otra entidad de derecho público, contratos de arrendamientos, y adjudicaciones en subasta pública a los arrendatarios y dueños de mejoras, a bajo precio, con el fin de resolver el problema de la vivienda en la ciudad. Actos éstos que son los que normal y regularmente ejecutan las entidades de derecho público, con relación a los inmuebles de los cuales son propietarios.

Establecidos los dos extremos: identidad del terreno materia de la litis y su posesión real por el Municipio de Cali, sólo restaría establecer el factor tiempo. Esto es, si la posesión del Municipio ha sido ejercida durante el lapso que la ley exige para que se consume la prescripción.

Como se dejó dicho, los demandados han aceptado la posesión del Municipio desde hace muchos años, pero con carencia de títulos "para ocupar, como ha ocupado, y disfrutar como ha disfrutado los terrenos", como se desprende de la contestación del hecho Quinto de la demanda principal y de la del memorial al escrito en que se corrige la primera, y del libelo de reconvencción de 21 de marzo de 1927.

Pero por otra parte, resulta que el Municipio venía poseyendo desde antes de la diligencia de entrega de julio de 1857, posesión que fue interrumpida judicialmente con esta entrega, pero no de hecho, porque continuó ejerciéndola en el año de 1861, fecha de la muerte de don Manuel Esteban Pedroza, pues, no existe prueba de que los herederos de éste, hubieren ejercido posesión alguna sobre los bienes que constituían la herencia, entre ellos el inmueble discutido, manteniéndose ésta en el simple estado de yacencia, esto es, sin declaratoria judicial como tal, hasta el año de 1910, en que aquéllos hicieron manifestación de aceptarla, solicitando la apertura de la sucesión para liquidarla y hacer las adjudicaciones de los bienes relictos a los interesados.

Esta situación está corroborada con los testimo-

nios producidos en el término probatorio y en las inspecciones oculares, de donde ha de deducirse una posesión de cuarenta y nueve años, hasta el de 1910, tiempo al que se auna el lapso transcurrido de este año al de 1927, en que se suscitó este pleito. Es decir, que el Municipio de Cali ha establecido en legal forma el hecho o base fundamental de su demanda de oposición, que ha poseído el terreno, a que ella concreta, por el tiempo y con los requisitos que la ley exige, para adquirirlo por prescripción, con mejor derecho que el alegado por los demandados, herederos de don Manuel Esteban Pedroza.

Debe anotarse que, si no se han hecho consideraciones en esta sentencia, acerca de las demás peticiones de la demanda principal y las de la de reconvencción, ello obedece a que la Sala prohija las de los sentenciadores; y porque, el problema llegó a casación reducido a los extremos que se han dejado estudiados, es decir, al de la prescripción adquisitiva del dominio por parte del Municipio de Cali, a la cual se oponen los herederos de don Manuel Esteban Pedroza como dueños del terreno discutido.

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 de Cali de fecha 6 de agosto de 1948, expedida en este juicio; revoca la de 17 de febrero de 1938, del Juzgado Segundo del Circuito del mismo lugar, y decide este pleito así:

FALLA:

Primero.—Niéganse las súplicas principales de las demandas de fechas 9 de julio de 1930 y 24 de marzo de 1931, y las subsidiarias indicadas en los ordinales a), b) y c), promovidas por el Municipio de Cali contra los herederos de don Manuel Esteban Pedroza.

Segundo.—Niéganse asimismo las súplicas del libelo de reconvencción de fecha 21 de marzo de 1931, suscrito por el apoderado de los herederos de don Manuel Esteban Pedroza y dirigido contra el Municipio de Cali.

Tercero.—Déclárase que pertenece al Municipio de Cali, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria, el terreno objeto de este litigio y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Oriente, una línea recta que va desde el río Cali

hasta la casa de José Murillo; por el Occidente, el puente de arcos de dicho río; por el Norte, el citado río desde dicho puente hasta el Charco del Curita; y por el Sur, las barrancas del antiguo cauce de dicho río".

Cuarto.—Por tanto, no es el caso de ordenar la entrega del nombrado terreno, a los herederos de don Manuel Esteban Pedroza, solicitada en el escrito de fecha 11 de marzo de 1927, que dio origen a este juicio ordinario.

Quinto.—Cancélese la inscripción de la demanda de 9 de julio de 1930, e inscribábase esta sentencia

en el libro respectivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Cali.

Sexto.—Sin costas.

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

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

LAS ADJUDICACIONES DE BALDIOS DEBEN REGISTRARSE EN EL LIBRO NUMERO PRIMERO Y EN EL LIBRO DUPLICADO DE ESTE. — UNA DESACERTADA INVOCACION DE LA LEY POR EL ACTOR, NO PUEDE LLEVAR AL DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ESTE

1.—La incongruencia a que se refiere la causal segunda de casación, hay que buscarla en una confrontación entre la demanda y la sentencia.

2.—Interpretada la demanda por el Tribunal, no puede haber otra interpretación, y ese acto no es vulnerable en casación, sino por un claro y evidente error de hecho, con base en la causal primera.

3.—El artículo 2641 del C. C. dice que en el Libro número 1º se deben registrar los títulos que trasladan el dominio de los inmuebles. Esta es la regla general, y por eso una adjudicación de baldíos, que traslada dominio a favor de un particular, se debe registrar en este libro. Pero aquel artículo fue modificado por el 38 de la Ley 57 de 1887, el cual dispuso que además de los libros que ya existían se debían abrir otros, entre ellos el Duplicado del 1º, para la inscripción de títulos, actos y documentos que tengan que ver con la Hacienda Pública. Por interés de ésta, más que todo, una adjudicación de baldíos debe registrarse en el Duplicado; mas, por interés del adjudicatario se debe registrar en el Libro número 1º.

4.—De conformidad con el artículo 1765 del C. C., lo simplemente enunciativo de un documento no tiene fuerza legal como prueba, sino entre partes, y en consonancia con hechos que tengan relación directa con lo dispositivo del acto o contrato, no con hechos extraños.

5.—Una desacertada invocación de la ley por parte del actor, no puede llevar al desconocimiento del derecho de éste, máxime si se tiene en cuenta que es el fallador quien aplica esa ley, buscando la congruencia de ella frente a lo claramente pedido en la demanda y en los hechos de ésta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y seis de marzo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Enrique E. Ceballos adelantó un juicio ejecutivo contra Clementina Hernández de Sales, en el cual se declaró en embargo un inmueble situado en el Corregimiento de Gaira, de la jurisdicción de Santa Marta.

Dentro del juicio se presentó como tercerista Fabio Durán, y el Juzgado dictó un fallo en que se declara que éste es dueño de los cultivos establecidos en la finca embargada, y que la Hernández de Sales tiene mejor derecho que Durán en el terreno de la finca cuestionada, fallo éste que fue confirmado por el Tribunal Superior de Santa Marta, el 14 de noviembre de 1930.

A cuenta del crédito con que se presentó en la ejecución, Ceballos remató el inmueble de Gaira, según diligencia de 26 de julio de 1935, y al aprobarse el remate, el Juez hizo constar que se refería al terreno, porque los cultivos pertenecen a Durán.

En seguida el Comandante de la Policía, comisionado para hacer entrega del inmueble al rematador, cumplió esta tarea en diligencia de 9 de mayo de 1936, a la cual concurrió Durán, y en la cual se hizo constar que a Ceballos se le puso en posesión del terreno y que a Durán se le dejó en posesión de los cultivos.

La diligencia de remate y el decreto de aprobación fueron registrados en la partida 209 del Libro 1º de 2 de septiembre de 1935, Oficina de Santa Marta.

Mas tiene interés saberse que por escritura 591 de 10 de septiembre de 1931, fue protocolizada, por presentación de Durán, la Resolución número 174 de 5 de agosto del año citado, del Ministerio de Industrias, por la cual se aprueba otra Resolución de la Gobernación del Magdalena sobre adjudicación a Durán del mismo terreno a que se refiere el remate de que se ha hablado.

Con estos antecedentes, Ceballos demanda a Durán para que se declare: a) Que éste debe restituir a aquél el lote de Gaira; b) Que Durán debe pagar los frutos naturales y civiles del inmueble, percibidos desde el 9 de mayo de 1936, y los que Ceballos hubiera podido percibir si el predio hubiera estado en su poder.

En cuanto a los hechos, es de interés anotar éstos, textualmente copiados. Dice Ceballos: 1º Soy dueño y poseedor del inmueble transcrito en la petición, porque lo obtuve por remate en el ejecutivo que adelanté contra la señora Hernández de Sales; 2º El Juzgado me hizo entrega del terreno rematado; 3º Cuando se me entregó el inmueble, se encontró en él con cultivos al señor Durán; 4º Los cultivos se dejaron en poder de éste por el tiempo indispensable para la recolección de los frutos; 5º Desde el día de la entrega soy poseedor del lote; 6º Desde principios de 1938 he solicitado a Durán la entrega del predio; 7º Adelanté diligencias para comprar a Durán los cultivos que tiene en el globo de terreno; 8º Con posterioridad a la entrega que se me hizo del terreno, Durán ha hecho nuevos cultivos.

En la demanda se invocan como violados los artículos 669, 739, 762, 775, 777 y 2520 del C. C., y 737 y siguientes del C. J.

Corrida en traslado esa demanda, Durán se abstuvo de contestarla.

El Juzgado, no obstante la historia procesal que se ha hecho, interpretó la demanda en el sentido de que se trataba de una acción de dominio, y así decidió el caso en sentencia de nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, de un gran descuido de Secretaría, por la cual se ordena a Durán restituir a Ceballos el inmueble de Gaira, con la advertencia de que "Durán tiene derecho a que se le abonen las expensas y mejoras de que tratan los artículos 965 y 966 del C. C."

El Tribunal Superior de Santa Marta, según fallo de veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, confirmó el del Juzgado, con la sola modificación de que las expensas y mejoras se estimarán de acuerdo con el artículo 553 del C. Judicial.

Es necesario hacer resaltar estas dos circunstancias:

El Tribunal estudió nuevamente el caso sobre interpretación de la demanda, y dijo: "Que la acción promovida es la reivindicatoria lo dice el artículo 946 del C. C., pues consiste en que quien creyéndose dueño de una cosa de la cual no está en posesión material, pide su restitución de quien la está

poseyendo, aun cuando el demandante tenga la posesión inscrita. La ley distingue entre la posesión inscrita y la material, por lo cual, en una acción reivindicatoria no basta que el demandante pruebe su derecho de dominio y por consiguiente su posesión inscrita, sino que es menester que acredite la posesión material en la persona de quien la demanda. De ahí que cuando el actor habla como dueño poseedor del predio reivindicante en el hecho 1º ha de entenderse que se refiere a la posesión inscrita, pues si tuviera la material ninguna restitución podría pedir ya que a simple vista se observa que de ésta se halla gozando el demandado Durán, (véase diligencia de entrega, folio 3, cuaderno de pruebas del demandante), y la circunstancia especialísima de haberlo solicitado en adjudicación lo que indica que su ánimo es de dueño".

Como ya se vio, el Juzgado interpretó la demanda, concluyendo que ella versaba sobre una acción reivindicatoria; y examinando la parte opositora la sentencia del Juez en que tal interpretación se hizo, nada dijo sobre esto en su alegato de conclusión presentado al Tribunal, no obstante que ante Juzgado había expresado que "la acción del actor sólo podría ser la que le confiere el artículo 739 del Código Judicial (debió decirse Código Civil), o sea, demandar para que se le autorice a hacer suya la plantación, o para que se me obligue a pagarle el justo precio del terreno". Y agrega: El actor "trata de reivindicar pura y simplemente, en vez de haber tratado la cuestión desde el punto de vista de la accesión de cosa mueble a inmueble, de manera que entabló el actor una acción que no corresponde al caso jurídico planteado por él". Y como se ha dicho, a pesar de esto el demandado no objetó la sentencia del Juez en cuanto decidió que se trataba de una acción de dominio. Y no sólo esto: después de aquella interpretación, Durán dio poder al doctor Lázaro Díaz Granados para que lo represente "en el juicio ordinario sobre reivindicación de un predio que sigue contra mí el señor Enrique Ceballos" (folio 12, cuaderno 1º); y el apoderado doctor Díaz Granados se dirigió al Tribunal pidiéndole que abriera a pruebas "el juicio ordinario sobre reivindicación de un bien que sigue Enrique Ceballos contra mi mandante" (fol. 17, cuaderno 1º).

Durán hizo subir el expediente a la Corte, y se dispone la Sala a estudiar y decidir el recurso de casación interpuesto.

Causales de casación

Por tres de las causales de casación del artículo

Causal segunda

520 del C. Judicial acusa el recurrente la sentencia del Tribunal, en este orden:

Por la 6ª: haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad del artículo 448 del C. J.;

Por la 2ª: no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; y

Por la 1ª: ser la sentencia violatoria de la ley, por infracción directa, o por aplicación indebida, o interpretación errónea.

Causal sexta

En relación con esta causal dice el recurrente que en el juicio se incurrió en nulidad por incompetencia de jurisdicción, debido a que el actor quiso ejercitar la acción especial del artículo 739 del C. Civil que reglamenta el artículo 1115 del C. Judicial, y el Tribunal, sin embargo, falló el pleito como si se tratara de un juicio ordinario de dominio. Expresa literalmente: "El Tribunal, siguiendo los pasos de su inferior, se aferra a la idea de que el juicio propuesto es un ordinario de reivindicación y como tal lo falla, lo cual afecta de nulidad substancial por incompetencia de jurisdicción la sentencia que acuso".

Considera el recurrente que se incurrió en la nulidad de incompetencia de jurisdicción de que trata el artículo 448 del C. Judicial, debido a que en la demanda se invocó la acción especial reglamentada en el artículo 1115 de este Código, y sin embargo, se siguió un juicio ordinario de reivindicación.

Ya se dijo atrás que el Juez interpretó la demanda en el sentido de que se trataba de un juicio ordinario de reivindicación, y falló el pleito por este camino. El demandado apeló del fallo de primera instancia, y nada objetó sobre esa interpretación, que el Tribunal ratificó. Y no sólo esto, sino que el demandado aceptó esa interpretación del Juzgado, pues dictada la sentencia, se dirigió al Juez constituyendo apoderado para que siguiera "el juicio ordinario de reivindicación", y este apoderado le pidió al Tribunal que abriera a pruebas "el juicio ordinario sobre reivindicación de un bien que sigue Enrique Ceballos contra el demandado".

La facultad de un Juez para interpretar el libelo inicial del juicio, es cosa indiscutible; y si interpretado, la parte que pudiera objetar no lo hace, y lejos de esto, acepta la interpretación, es claro que la nulidad alegada no tuvo existencia.

Adelante se estudiará de nuevo este punto, que el recurrente vuelve a plantear; pero de una vez se expresa que no prospera el cargo.

En relación con esta causal, dice el recurrente que no hay armonía entre la parte resolutive de la sentencia del Tribunal y las pretensiones deducidas por los litigantes, debido a que el actor ejercitó la acción de recobro o de simple restitución de que trata el artículo 1115 del C. Judicial, y el Tribunal decidió como si se tratara de un juicio ordinario. Dice en síntesis el recurrente: "El Tribunal ha debido fallar tomando en cuenta la naturaleza de la acción instaurada y los hechos probados, pero su conducta, a consecuencia de equivocada apreciación de la demanda, apreciación que lo induce a cambiar la verdadera naturaleza jurídica y procedimental de ella, lo lleva derechamente a fallar una acción de reivindicación, que no fue la instaurada".

Como se ve, la razón de ser de esta causal es la misma razón de la otra: haber decidido el Tribunal que se trataba de un juicio ordinario; o en otros términos: la interpretación que el Tribunal, siguiendo al Juzgado, dio a la demanda, debido a que no era muy clara.

La incongruencia a que se refiere la causal segunda hay que buscarla en una confrontación entre la demanda y la sentencia. ¿Se concedió en ésta lo no pedido? ¿Se accedió a más de lo pedido? ¿Se dejó de considerar algún pedimento de la demanda? ¿Se dejó de fallar sobre alguna o algunas excepciones? ¿Se decidió sobre cuestiones ajenas a la controversia? O mejor, como se expresaba en la segunda causal del artículo 2º de la Ley 169 de 1896: hay incongruencia "cuando se resuelva sobre puntos que no han sido objeto de la controversia, o se deje de resolver sobre alguno de los que lo han sido, o se condene a más de lo pedido, o no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, si fuere el caso de hacerlo". Nada de esto se ha alegado por el recurrente, ni nada de esto ha ocurrido.

Pero la razón principal para tener que declarar improcedente esta causal, es la siguiente:

La funda el recurrente en una errada interpretación de la demanda, de manera que aspiraría a que la sentencia del Tribunal fuera invalidada por este motivo, a fin de que se definiera que el actor instauró un juicio especial y no uno ordinario. Es decir, que casada la sentencia, la Corte en instancia volviera a interpretar la demanda, lo que resultaría insólito dentro del recurso extraordinario. Interpretada la demanda por el Tribunal, no puede haber otra interpretación, y ese acto no sería vulnerable sino por un claro y evidente error de

hecho: y entonces no sería la causal segunda la aplicable, sino la primera.

Y que no se trataría de esta causal sino de la primera, lo está reconociendo el mismo recurrente al plantear nuevamente el caso de incongruencia dentro de la causal primera, como se verá adelante.

Causal primera

Frente a esta causal, el recurrente destaca tres cargos, que se pueden señalar así:

Error sobre apreciación del registro de la adjudicación de baldíos;

Error sobre apreciación de varias pruebas del expediente; y

Mala interpretación de la demanda.

A.—Desarrolla el recurrente este cargo de la siguiente manera:

“El Tribunal dice que las Resoluciones de adjudicación de terrenos baldíos deben inscribirse en el Libro de Registro número Primero, por comprender interés solamente para el particular quien la recibe, y que la inscripción que se haga en el Libro de Registro Duplicado del número Primero es ineficaz, es decir, que no tiene valor para que opere la tradición que con ella se persigue. De estas ideas, concluye que la Resolución que dicta el Gobierno Nacional para adjudicar al señor Fabio Durán el terreno baldío ubicado en Santamarta ‘ningún derecho de dominio le ha transmitido’.

“Los conceptos del Tribunal de Santamarta constituyen violación de los artículos 2641, ordinal 1º del Código Civil y 38 de la ley 57 de 1887 por interpretación errónea, ya que según la recta interpretación de estas disposiciones las resoluciones de adjudicación de terrenos baldíos, por haber en ellas interés de la hacienda nacional, deben inscribirse en el Libro Duplicado número Primero.

“Como consecuencia de dicha interpretación errónea, se aplica indebidamente el artículo 2641, ordinal 1º, y se deja de aplicar el mismo artículo 38 de la Ley 57 de 1887.

“Además y también como consecuencia de tal interpretación errónea, se violan los artículos 740 y 756, ya que se dejan de aplicar, siendo el caso de hacerlo, al negarse a la inscripción de la Resolución de adjudicación a favor del señor Durán en el Libro Duplicado número Primero, el valor de efectuar la tradición del dominio del Estado al particular”.

En seguida de esto, el recurrente entra a dar las razones que en su concepto militan para que una adjudicación de baldíos sea inscrita en el Dupli-

do del Libro Primero, “que es lo normal y corriente según instrucciones de la Sección de Baldíos a todas las Oficinas de Registro del país”.

En relación con estas materias, el Tribunal examina la escritura 591 de 1931 por la cual se protocolizó la Resolución del Ministerio sobre adjudicación del lote, en su carácter de baldío, a favor de Durán; anota que la Resolución expresa que ella debe ser registrada “en la correspondiente oficina de Instrumentos Públicos y Privados a fin de que se le expida copia al interesado que le sirva de título traslativo de dominio”; anota también que la dicha escritura fue registrada solamente en el Libro Duplicado número 1º; y se pregunta el Tribunal: ¿Entonces qué consecuencias acarrea esto? A lo que se contesta él mismo, después de transcribir los artículos 2641 del C. C. y 38 de la Ley 57 de 1887, así:

“De tal manera que el registro en el Libro número 1º es para los particulares y el Duplicado número 1º lo es para la inscripción de los mismos títulos, actos y documentos cuando se refieren a interés de la Nación, Departamento o Municipio en su hacienda. Luego un título o documento registrado en el Duplicado número 1º cuando no está por medio el interés del Estado, no opera tradición alguna; puede decirse que es nula esa inscripción; nada transmite al particular. Y si ha dejado de registrarse en el principal número 1º, ninguna tradición se ha realizado.

“.....
“Consecuencia de todo lo anterior es que el mal registro de la Resolución número 174 traída por el demandado ningún derecho de dominio le ha transmitido; el Registro del Duplicado número 1º de septiembre de 1931 nada vale porque en esa fecha no hubo ninguna traslación de dominio. Por donde ese instrumento no es oponible para los efectos de discutirle la propiedad del terreno al demandante, conforme lo dispone el artículo 2673 del C. C. que a la letra manifiesta: ‘Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código’. Se entiende naturalmente que este precepto alude al registro o inscripción en el libro correspondiente y no en cualquier libro”.

Como se ve, el Tribunal no ha dicho que las Resoluciones de adjudicación se deben registrar solamente en el Libro número 1º, por comprender un interés exclusivo del particular a cuyo favor esa adjudicación se otorga. Al contrario, el Tribunal

ha dicho que la Nación tiene interés en la inscripción, y por eso ésta debe realizarse en el duplicado; y que como el adjudicatario tiene interés directo en el dominio que la Resolución entraña a su favor, se debe registrar en el Libro número 1º, que es donde se registran los títulos o documentos sobre ese dominio de inmuebles.

De esta suerte, con los conceptos del Tribunal no se violan los textos legales que el recurrente anota, antes bien, se aplican correctamente, como se ve: El artículo 2641 dice que en el Libro número 1º se deben registrar los títulos que trasladan el dominio de los inmuebles. Esta es la regla general, y por eso una adjudicación de baldíos, que traslada dominio a favor de un particular, se debe registrar en este Libro. Pero aquel artículo fue modificado por el 38 de la Ley 57 de 1887, el cual dispuso que además de los libros que ya existían, se debían abrir otros, entre ellos el Duplicado del 1º, para la inscripción de títulos, actos y documentos que tengan que ver con la Hacienda Pública. Por interés de ésta, más que todo, una adjudicación de baldíos debe registrarse en el Duplicado; mas por interés del adjudicatario, se debe registrar en el Libro 1º que es lo sostenido por el Tribunal. (GACETA JUDICIAL números 2089-2090-2091, pág. 661).

B.—Dice el recurrente que el Tribunal hace la afirmación de que el actor acredita su dominio con la sentencia del Tribunal de Santa Marta de noviembre de 1930, confirmatoria de la del Juzgado del Circuito, y con la diligencia de remate de julio de 1935, inscrita ésta legalmente; y que como considera registrada la adjudicación del baldío en el Libro 1º, sólo en noviembre de 1943, deduce que esta última inscripción no puede tener efecto en contra del demandante que tiene título registrado de fecha anterior. Dice también el recurrente que el sentenciador no toma en cuenta la posesión material del demandado, que principia antes de 1924.

Y frente a estas consideraciones, deduce contra la sentencia:

Error de derecho al darle valor de prueba a las sentencias, las cuales, por no estar registradas, lo que debe hacerse según el artículo 2652, ordinal 2º del C. Civil, carecen de valor según el artículo 2673 del mismo Código. De manera que el derecho que alega Ceballos sólo puede partir del remate, es decir, de septiembre de 1935.

Evidente error de hecho al afirmar que la Resolución de adjudicación fue inscrita el 24 de noviembre de 1943, cuando de la nota respectiva que aparece de la escritura 591 de septiembre de 1931 se

ve claro que tal inscripción se hizo el 18 de septiembre de 1931.

Evidente error de hecho y de derecho al olvidar que la posesión material del demandado es desde antes de 1924, anterior a la que hipotéticamente ha tenido el demandante, lo que resulta de no haber apreciado el contenido de la Resolución de adjudicación del baldío, en la cual se lee: que está comprobado que el peticionario ocupa el terreno desde época anterior a la vigencia del Decreto 338 de 1924. Dice también que se olvida que de acuerdo con el artículo 632 del C. J. todo instrumento público tiene valor de plena prueba.

Textualmente sintetiza así el recurrente los errores que apunta:

“a) El Tribunal le atribuye valor de prueba a sentencias que no han sido registradas.

“b) El Tribunal afirma que la Resolución de adjudicación fue inscrita en el Libro número Primero el 24 de noviembre de 1943, cuando la verdad es que tal inscripción es de fecha 18 de septiembre de 1931.

“c) El Tribunal olvida la posesión material del demandado y ella principia cuando menos en 1924”.

Y sobre violaciones legales dice esto:

Por el error manifiesto de hecho de considerar la Resolución de adjudicación como registrada en noviembre de 1943 en el Libro 1º, el Tribunal aplica indebidamente contra el demandado los artículos 789, 2673 y 2674 del C. C.

Violó el Tribunal los artículos 669, 673, 756, 762 y 789, porque siendo el título de Durán de fecha de 1931, y su posesión material anterior a 1924, el Tribunal ha debido poner frente a estos comprobantes el título de Ceballos, sin posesión material alguna; no se hizo así, y se violaron por falta de aplicación aquellos artículos.

Se violaron también, por falta de aplicación, los artículos 2512, 2518, 2528 y 2524 del C. C. porque demostrado que Durán es poseedor inscrito y material por un término mayor de diez años, desde septiembre de 1931 cuando menos, a julio de 1943, se le debe declarar dueño por prescripción ordinaria como se pidió en el alegato ante el Tribunal.

Sobre todo esto tan dispensioso, la Sala considera:

En la sentencia del Tribunal se hacen estas afirmaciones, que resultan exactas:

Que por sentencia del Juzgado Segundo del Circuito de Santa Marta, de marzo de 1930, se declaró que Clementina Hernández de Sales tiene mejor derecho que Durán sobre el inmueble de Gaira, sen-

tencia que fue confirmada por la del Tribunal de *noviembre de 1930*.

Esto aparece establecido con copias debidamente expedidas que se encuentran en el expediente. Las sentencias fueron registradas o no lo fueron? No hay prueba ni de lo uno ni de lo otro. Y no la hay porque el punto no fue en ningún momento materia de debate, de manera que ésta ha sido alegación de última hora. Fué de que el recurrente ha venido aceptando la existencia de esas sentencias, que en todo caso obligan entre partes litigantes. (V. GACETA JUDICIAL número 1947, pág. 212, y número 1953, pág. 163).

Que según diligencia de remate de julio de 1935, el inmueble mencionado le fue adjudicado a Ceballos, y que esa adjudicación fue aprobada por proveído de *agosto de 1935*.

Que el acta de remate y el decreto en que se aprobó fueron registrados en el Libro número 1º, en *septiembre de 1935*.

La ley dice que la diligencia de remate y el auto de aprobación se equiparan a escritura pública, y que si se tratare de inmuebles, deben ser registrados (artículo 1052, C. J.).

Que según constancias procesales, en el Libro de Registro número 1º, no se encontró inscripción de la Resolución sobre adjudicación del inmueble de Gaira; se encontró sí en el Duplicado de este Libro la partida número 2, de *septiembre de 1931*, sobre inscripción de la primera copia de la Resolución número 174 del Ministerio de Industrias, relacionada con la adjudicación de aquel inmueble a favor de Durán.

Cierto que en la Resolución cuestionada se lee "que en el presente caso se halla perfectamente comprobado que el peticionario ocupa el terreno pedido desde época anterior a la vigencia del Decreto 338 de 1924"; pero lo simplemente enunciativo de un documento no tiene fuerza legal como prueba, sino entre partes (artículo 1765 del C. C.), y en consonancia con hechos que tengan relación directa con lo dispositivo del acto o contrato, no con hechos extraños. Con la cita que se hace en aquella Resolución de un Decreto y de su fecha, no se puede establecer el arranque de un período de posesión.

Pero el Tribunal hace mención de la escritura de *septiembre de 1931* por la cual se protocolizó la Resolución de adjudicación del inmueble de Gaira, y que aparece registrada en el Libro número 1º (no ya en el Duplicado) en *noviembre de 1943*. Y dice con razón el Tribunal que desde esta fecha principia a operar la tradición del dominio a favor

de Durán; pero que como la tradición a favor de Ceballos sobre el mismo inmueble **principió antes**, aquella inscripción no canceló la de Ceballos, porque según el artículo 2674 del C. C. ningún título que deba registrarse surtirá efecto legal contra terceros sino desde la fecha de la inscripción, y porque de acuerdo con el artículo 789 del mismo Código, para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele o por nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otra persona, o por decreto judicial.

Sostiene entonces el Tribunal: que la inscripción de la Resolución del inmueble de Gaira, hecha en el Duplicado en el año de 1931, en nada favorece a Durán; que lo favorece la que se hizo en el Libro número 1º de 1943; pero que ésta no produce efectos sobre la anterior inscripción a favor de Ceballos. Lo cual, en concepto de la Sala, es jurídico, sin que el recurrente, de una manera formal y específica, haya acusado este concepto, que es esencial en el negocio que se ventila.

No es, como dice el recurrente, que el Tribunal afirme, para fundar un concepto suyo, que la Resolución de adjudicación fue registrada sólo en 1943. No. El Tribunal reconoce que fue registrada también en 1931, pero en el Duplicado; y que sólo se registró en 1943 en el Libro de Registro número 1º, que es el que primordialmente interesa a Durán. Lo que está diciendo que el título de éste no arranca de 1931, como lo sostiene el recurrente, sino de 1943.

Y en cuanto a la alegación de prescripción ordinaria, presentada fué de lugar dentro de este motivo, carece de fundamento porque Durán no puede alegar título, por lo visto, sino desde 1943, y no desde 1931 cuando se registró la Resolución en el Duplicado, época que sin fundamento considera apta en su favor el recurrente **para contar la prescripción ordinaria de diez años**.

Quedan así analizados todos los argumentos del recurrente, y establecido que ellos no tienen razón jurídica.

C.—Se acusa la sentencia por violación, debido a aplicación indebida, de los artículos 946, 950 y 952 del C. Civil a consecuencia de claro error de hecho por mala interpretación de la demanda y por falsa apreciación de pruebas, y por error de derecho en la interpretación de la misma demanda.

Dice el recurrente: que en los hechos de la demanda se lee que el Juzgado le hizo entrega del terreno a Ceballos; que en la sentencia aprobatoria del remate se ordenó hacerle entrega al actor del mencionado inmueble; que por comisión del Juzga-

do el Comandante de la Policía hizo esa entrega, según se expresa en el acta respectiva; y que en esa misma acta se lee que Ceballos recibió el lote de tierra. Lo que quiere decir que Ceballos invocó en la demanda su carácter de dueño y poseedor material, mientras que en la sentencia del Tribunal se dice que el poseedor es Durán, lo cual significa evidente error de hecho —dice el recurrente— por equivocada apreciación de aquellas pruebas.

Sostiene también el recurrente que incurrió el Tribunal en error de derecho al considerar la demanda como reivindicatoria, "siendo así que de los hechos que contiene y del derecho que invoca, artículo 739 del C. C., se comprende que la acción instaurada es la de simple cobro con obligación por parte del demandante de pagar el valor de las sembradas".

La interpretación de una demanda corresponde a los jueces de instancia. Cuando el negocio llega a la Corte, ya la demanda es punto definido y no dudoso, y sólo podría modificarse por un grave y notorio error. ¿Está aquí establecido ese error? Lejos de ello, la interpretación dada por el Tribunal a la demanda no es infundada, y no pugna ni con ningún principio de derecho, ni con ninguno de justicia.

¿Qué ha buscado el actor con su demanda? Alcanzar la posesión material del inmueble, y nada más. Este es el pensamiento que fluye de todo el proceso.

Es verdad que el actor, en su desarmonica demanda, habla de que es a la par que dueño, poseedor del inmueble; pero bien se puede tomar esto en el sentido de poseedor inscrito. El actor habla de que el predio le fue entregado, y dice: "Desde el día de la entrega del predio soy poseedor de éste". Lo que quiere decir que desde ese día se consideraba como dueño, y confirma aquello de que el actor, al hablar de la posesión, se refería a la inscrita. El actor no podía afirmar que era poseedor material del inmueble, desde luego que ha demandado a Durán para que le haga entrega de tal inmueble, y desde luego que dice en el hecho 6º: "Desde principios de 1938 he solicitado a Durán la entrega del predio". Y en el hecho 8º expresa Ceballos que no obstante que Durán sabe que el predio le pertenece al actor, "con posterioridad a la entrega que me hizo el Juzgado ha hecho nuevos cultivos". Lo que está diciendo que la entrega fue simbólica y que Durán continuó en el inmueble haciendo sembrados y conservando los que quedaron en su poder.

Cierto que entre las disposiciones citadas en la

demanda como fundamento de derecho se encuentra el artículo 739 del C. Civil que versa sobre una acción distinta a la reivindicatoria; pero una desafortunada invocación de la ley por parte del actor no puede llevar al desconocimiento del derecho de éste, máxime si se tiene en cuenta que es el fallador quien aplica esa ley buscando la congruencia de ella frente a lo claramente pedido en la demanda y a los hechos de ésta.

En todo caso, el pensamiento del actor debe ser guía para la fijación del sentido de la demanda, y el pensamiento aquí es inconfundible: que Durán le restituya el predio. Pensamiento que quedó definido desde el momento en que la demanda se dirigió contra Durán, señalándolo así como poseedor material del inmueble.

Y no deja de ser expresivo el que Durán, que aceptó la interpretación que en las instancias se dio a la demanda, se queje de ella en casación. Como se dijo, esa interpretación viene desde la sentencia de primer grado, y el demandado no la objetó ante el Tribunal. Además, siguió sin observación todos los pasos del juicio ordinario, hasta invocar el recurso extraordinario, pasos radicalmente distintos a los de la acción de simple recobro, que la llama el recurrente, y que configura el artículo 1115 del C. Judicial, acción que en concepto del recurrente es la que se invoca en la demanda de Ceballos.

Si, pues, nada se opone a la interpretación que en instancia se dio a la demanda; si esa interpretación no choca contra ningún principio de derecho; si ella interpreta a cabalidad el pensamiento íntimo del actor que consiste en exigir la entrega del inmueble; y si, sobre todo, no se ha mostrado ni demostrado un error de hecho evidente, es decir que **aparezca a la simple percepción**, que desautorice esa interpretación, no puede la Sala modificar lo que en este punto se resolvió en la sentencia, y hay que declarar que es infundado el cargo que contra ella se ha enderezado.

Pero hay algo más: No podía plantearse en casación, como un motivo de queja contra la sentencia recurrida, la interpretación que en instancia se hizo de la demanda, según se ve:

El Juzgado, después de decir que el actor invocó en la demanda, fuera de textos civiles, los artículos 737 y siguientes del C. Judicial, expresa: La manifestación que hace el demandante de ser poseedor del inmueble que pide se le restituya, legalmente imposibilitaría al Juzgado para considerar que se trata de una acción reivindicatoria; "pero según se desprende de los hechos restantes de la deman-

da, así como del objeto que ésta persigue, se ve claro que el demandante no está en posesión del terreno". Y agrega, después de hacer estudio pormenorizado de la demanda: "El demandante no ha tenido en su poder, en ningún momento, el terreno a que esta demanda se refiere. No lo tuvo antes del remate, en que se le adjudicó, ni lo tuvo tampoco materialmente en su poder después de la entrega que le fue hecha por orden del Juzgado, puesto que al ir a verificarse, el terreno rematado se encontró en poder de Durán, con cultivos, los cuales quedaron en poder de éste, y consiguientemente, el terreno. De manera que la posesión de que habla el demandante, no tiene el carácter de una verdadera y legal posesión. Lo anteriormente expuesto permite al Juzgado interpretar la demanda como que el demandante no es poseedor, y que se trata de una acción reivindicatoria".

Además, estudiando ya el artículo 739 del C. Civil, invocado en la demanda, dice el Juzgado que ni el actor ni el demandado se encuentra en ninguno de los casos contemplados en este artículo, ni los hechos de la demanda se refieren a este texto legal.

¿Objetó acaso el demandado, en la oportunidad debida, esta conclusión del Juzgado? No. La aceptó de doble manera según ya se vio: al constituir un apoderado, después de la interpretación, afirmando que se trata de "un juicio ordinario sobre reivindicación de un predio"; y al pedirse ante el Tribunal que se abriera a pruebas el negocio, afirmándose nuevamente que se trataba de un juicio ordinario sobre reivindicación, tal como ya lo había decidido el Juzgado.

De esta suerte, la interpretación de la demanda no podía ser materia de queja contra la sentencia, según se dijo.

Pero en todo caso, hay un hecho demasiado expresivo que da fundamento sólido a la interpretación de la demanda tal como fue definida por el Juzgador y es el siguiente: Dice el recurrente que el

actor quiso ejercitar la acción especial de que tratan los artículos 739 del C. C. y 1115 del C. J., y que sin embargo, el Juzgador decidió el negocio como si se tratara de un juicio ordinario de reivindicación. A lo cual se replica que el actor no quiso entablar un juicio especial sino uno ordinario, pues como invocación de derecho expresó lo siguiente al finalizar la demanda: "Procedimiento: artículo 737 y siguientes del Código Judicial". Y son estos artículos los que regulan los juicios ordinarios.

Si, pues, en el hecho 6º de la demanda dice el actor que "desde principios de 1938 he solicitado a Durán la entrega del predio"; si en las peticiones de la demanda habla del derecho que tiene a la "restitución" del predio y a los frutos naturales y civiles de éste; y si pide en la demanda que procedimentalmente se cumplan las disposiciones del juicio ordinario, es racional y fundada en derecho la interpretación que de esa demanda se hizo en instancias, en el sentido de que se trataba de un juicio ordinario de reivindicación.

No puede prosperar ninguno de los cargos contra la demanda; y la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en consideración a lo expuesto, decide, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, que NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta de fecha veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez. — Pedro Castillo Pineda. — Rafael Ruiz Manrique — Hernando Lizarralde, Secretario.

NO ES NECESARIO SEGUIR OTRO JUICIO PARA LOGRAR QUE POR EL JUEZ SE OTORQUE UN INSTRUMENTO QUE ESTABA OBLIGADO A OTORGAR QUIEN FUE DEMANDADO EN JUICIO ORDINARIO EN QUE SE DECLARO TAL OBLIGACION

La legislación anterior a la Ley 66 de 1945 no había previsto que pudiera suplirse, dentro de una sana economía procesal, la voluntad de un obligado renuente, cuya obligación tuviera por objeto nada más que otorgar un instrumento: prestación que, como es obvio, resulta susceptible de cumplimiento directo, o como si se dijera, EN ESPECIAL. Entonces, con el mismo criterio con que el Código Civil suple la falta de voluntad del deudor cuyos bienes se rematan, o venden por ministerio de la justicia, en el acto jurídico de la correspondiente tradición (C. C., artículo 741, inciso 3º) con la ficción jurídica de que el Juez lleva la representación legal (y se dice ficción, porque se trata de una representación fuera de toda idea de incapacidad legal o de mandato, únicas fuentes reales de la misma), así también el legislador ha podido ordenar que el Juez reemplace al deudor cuya obligación consiste solamente en emitir un documento público o privado, cuando aquél pretende negarse a eso específicamente.

Y por cuanto el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 vino a colmar ese vacío de la legislación anterior, de manera implícita complementó, tanto la tramitación del procedimiento especial regulado por el título 31 del libro 2º del C. J., cuanto, en forma muy sabia por lo práctica, las disposiciones relativas a la ejecución de las resoluciones.

Porque en el caso que se haya seguido un juicio ordinario o declarativo que versó sobre la obligación de otorgar un instrumento público, no se ve la razón para reservar su ejecución sometiéndola a nuevo trámite separado, en juicio especial; cuando las partes son las mismas y entre ellas se declaró la obligación por los más amplios del juicio ordinario.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.)

Ordinario de Josefina Zambrano contra Enrique Zambrano. Procedencia: Tribunal de Santa Rosa de Viterbo.

Resultando:

1. Hallándose próximo a morir el señor Leopoldo Zambrano, padre de Enrique y Josefina, en Firavitoba, municipio donde estaba domiciliado, a 11 de abril de 1932, y ante el Notario 2º del Circuito de Sogamoso que allí concurrió, procedió a otorgar la escritura número 161, mediante la cual aparece don Leopoldo vendiendo a su hijo Enrique, entre otros inmuebles situados en aquel municipio, uno en la vereda de El Oacán, determinado por linderos que expresa aquel instrumento, y otro en la vereda de Gotúa, determinado en parte por linderos y en parte por cabida que se limitó a tres fanegadas sometidas a mensura para separarlas de otro globo de mayor extensión, como más adelante se hizo. El vendedor se reservaba el usufructo de los bienes por el término de su vida, de manera que el comprador no entraría en posesión sino después del fallecimiento del vendedor. Así lo aceptó aquél como consta en la misma escritura. Don Leopoldo murió el 15 de abril de 1932, o sea, cuatro días después de otorgada ésta. Así consta en la respectiva partida que figura en los autos (folio 24 del C. de pruebas del actor en segunda instancia).

2. En el mismo año de 1932, a poco de ocurrida la muerte del señor Zambrano, los señores Gregorio Molano y Pedro María González, "fueron comisionados para medir tres fanegadas del terreno de Gotúa, de la jurisdicción de Firavitoba, a las cuales se llamaron (sic) La Suerte, mensura que efectuamos (dicen aquéllos) de acuerdo

con el Sr. Enrique Zambrano. Es igualmente cierto que, una vez medidas dichas tres fanegadas de tierra le fueron entregadas a la señora María Josefina Zambrano de Sanabria (nombre completo de la demandante) en presencia del citado señor Enrique Zambrano, quien en ese momento le dijo a María Josefina, que ahí estaba su lote de tierra bien medido" (testimonio confirmado de Gregorio Molano).

3. Con fecha de 6 de diciembre de 1939, se dirigió por escrito, a la Junta Municipal de Catastro de Firavitoba, el señor Enrique Zambrano (demandado) y ante ella expuso: "También manifiesto que, aunque poseo en realidad título de propiedad de las partidas denominadas 'La Suerte', en la vereda de 'Gotúa', y en la vereda de 'El Ocán', 'El Pino', suplico que se me quiten estas partidas porque, como es de conocimiento del honorable señor Julio Cerón, yo no estoy sino cumpliendo con una disposición de mi padre y velando por la conservación de dichos lotes, que están destinados para mi hermana señora María Josefina Zambrano, quien es la usufructuaria y a quien debe inscribirse con dichos lotes en el catastro para los efectos de pago de impuesto como en realidad la citada señora ha venido pagándolo" (folio 12 del cuaderno principal).

4. Para verificar por qué decía el señor Enrique Zambrano que "al honorable señor Julio Cerón" le constaba todo aquello de que el memorialista tenía título de propiedad sobre los inmuebles de "El Pino", situado en la vereda de "El Ocán", y de "La Suerte", en la vereda de "Gotúa", pero que tales inmuebles estaban destinados, por disposición del padre de Enrique, para su hermana Josefina, puesto que él (Enrique) sólo estaba velando por su conservación, pero que el usufructo lo tenía su hermana; se llamó a la persona citada, señor Julio Cerón González, quien bajo juramento manifestó que, efectivamente, el 11 de abril de 1932 "estando en cama el señor Leopoldo Zambrano enfermo de gravedad, en su casa de habitación en esta población (Firavitoba, donde se rendía el testimonio por ante Juez comisionado), y estando allí el Notario señor Augusto Roselli, el señor Leopoldo Zambrano le preguntó a la señora Josefina Zambrano que a qué persona designaba para el efecto de que recibiera la escritura y la señora Josefina manifestó que su hermano Enrique Zambrano parecía ser la persona indicada para esa comisión (se subraya), y al efecto, se le propuso al señor Enrique Zambrano que aceptara el encargo de recibir la escritura de

los lotes antes indicados (los que han sido materia del pleito) con el fin de pasarle esos bienes a su hermana Josefina, y el señor Enrique Zambrano aceptó el encargo y acto seguido se hizo y se firmó la escritura".

5. Figuran en autos otras varias declaraciones de testigos hábiles quienes confirman ampliamente la verdad de los hechos anteriores y también está la copia auténtica registrada de la escritura número 161 de 11 de abril de 1932, autorizada por el Notario 2º de Sogamoso.

6. Por haberse negado el señor Enrique Zambrano a otorgarle a su hermana Josefina, el título de propiedad de los inmuebles de "La Suerte" y "El Pino", hallándose ella en posesión de los mismos, con la circunstancia especial de que el primero fue objeto de mensura y alindamiento, como lo refirió el señor Gregorio Molano en la declaración arriba mencionada (numeral 2); lo demandó por medio de apoderado para que, previos los trámites del juicio ordinario, se reconociera a favor de la actora la obligación en que estaba el reo de otorgarle instrumento de propiedad de dichos inmuebles, conforme a los antecedentes que se dejan relatados.

7. El Juez 1º Civil del Circuito de Sogamoso, a quien correspondió conocer del asunto, admitió la demanda por auto del 17 de julio de 1945; la dio en traslado al señor Enrique Zambrano, el cual contestó, no sólo oponiéndose, sino proponiendo a su turno demanda de reconvencción, pretendiendo que los terrenos litigiosos le pertenecían y que su hermana debía ser condenada a restituírle la posesión de los mismos. Ambas partes propusieron excepciones: la actora contrademandada, propuso la de prescripción; el demandado contrademandante, propuso la de falta de personería sustantiva.

8. Tramitado el juicio en primera instancia, el Juzgado dictó fallo el 17 de mayo de 1946: declara no probadas las excepciones; absuelve a la señora Josefina de los cargos de la contrademanda, y condena a su hermano Enrique, a que otorgue el instrumento que se le pedía por la demandante, diciendo que aquél estaba en mora de hacerlo, y que, para ello, se le señalaban cinco días, a partir de la fecha de la ejecutoria del fallo, o sea, para que dentro de tal término cumpliera con dicha obligación.

9. Ambas partes apelaron. El negocio pasó a conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, ante quien se tramitó la segunda instancia, finalizando con la

sentencia de 7 de junio de 1947, la cual ha sido objeto de la demanda de casación que ahora se decide.

10. La parte resolutive del fallo del Tribunal confirma la parte resolutive del fallo del Juez, pero ordena que el numeral 6º de ésta se adiciona como se verá.

a) Reza la sentencia de primera instancia:

“**Sexto.** Declárase que como consecuencia de los puntos anteriores, el señor Enrique Zambrano, está en mora de transferirle a María Josefina Zambrano de Sanabria, en propiedad, los inmuebles que se dejaron enunciados en el punto tercero, lo que cumplirá dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este fallo”.

b) Reza la sentencia de segunda instancia:

“...el Tribunal... CONFIRMA la sentencia que ha sido materia de la presente apelación. Adiciónase el numeral sexto del fallo recurrido en la siguiente forma: Si fuere llegado el caso, el señor Juez del conocimiento cumplirá a cabalidad con la norma que le indica el artículo 1º de la Ley 66 de 1945, que se transcribió con anterioridad”.

11. Al motivar su fallo, considera el Tribunal, que la escritura número 161 de 11 de abril de 1932 —que recoge la venta del señor Leopoldo Zambrano a su hijo Enrique, entre otros, de los inmuebles litigiosos—, no contenía, como lo pensó el señor Juez, la figura jurídica llamada **estipulación para otro** (artículo 1506 del C. C.), sino que se trataba más bien de un mandato; y de mandato gratuito, cuyo concepto se acercaba más al tipo clásico del mandato romano, negocio que se inspiraba siempre en sentimientos de amistosa confianza; como se realizaba de manera plena en la intención del señor Leopoldo Zambrano, dado el momento angustioso en que se encontraba y sus deseos de asegurar los intereses de una hija casada, con el marido ausente, y cuando la mujer era incapaz conforme a la ley que regía creyendo el padre moribundo que todo ello se remediaba poniendo esos intereses en manos del señor Enrique Zambrano, su propio hijo, y más a tiempo que Josefina lo señalaba, delante del señor Julio Cerón González y demás testigos presenciales, como la persona mejor indicada para recibir aquel encargo de confianza. Cita el fallo la disposición del artículo 2146 del Código Civil, porque consideró que, entre las varias hipótesis allí previstas, se realizaba la del interés exclusivo del tercero, pues dice: “En el caso que se analiza, un tercero ante todo era quien tenía in-

terés en la gestión: la señora María Josefina, quien por encargo de su padre hecho al señor Enrique Zambrano debía recibir la escritura de los predios a que alude la controversia”.

Cuando el Tribunal analiza las pruebas se advierte sin dificultad que halló en el proceso una serie de indicios, no necesarios, pero graves muchos de ellos, precisos y conexos entre sí, y plenamente comprobados que convergen todos a demostrar, en su concepto, la justicia en las pretensiones de la demanda. No hay duda de que se movió en un campo de apreciación soberana, de aquellas que la Corte ha considerado invariablemente como intocables en casación. Valga desde ahora la presente anotación para cuando se llegue al examen de los cargos por violación indirecta en razón de errores de hecho y de derecho que se le imputan ligeramente a la sentencia acusada.

Como el abogado del reo atacara el numeral 6º de la parte resolutive de la sentencia apelada, argumentando que se había incurrido en decisión **ultra petita**, el Tribunal expone:

“Las leyes y los fallos judiciales se producen naturalmente para que tengan efecto; si no se impulsara eficazmente a la parte vencida al cumplimiento de las obligaciones que emanan de las decisiones judiciales, éstas no tendrían razón de ser. Es más: todavía se advierte cierta omisión en la sentencia recurrida, a efecto de rodear de mayor eficacia las conclusiones del Juzgado. El artículo 1º de la Ley 66 de 1945 dice así:

“A partir de la vigencia de la presente ley se entenderá incorporado, a continuación del artículo 974 del Código Judicial, el siguiente: ‘Si el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, podrá proceder a su nombre el Juez que conoce del litigio, si, requerido aquél, no lo hiciere dentro del plazo que le señale al efecto. Si se trata de un instrumento público, se protocolizará en la respectiva escritura o se incorporará al respectivo archivo, conjuntamente con aquél, copia auténtica de la providencia en virtud de la cual procede el Juez’. Lo anterior vale decir (continúa el Tribunal) que el fallo del recurso bien merece una adición en el sentido indicado en la disposición que acaba de transcribirse”.

12. **La demanda de casación.**—Acusa el recurrente la sentencia por las causales primera, segunda y sexta; si bien al invocar ésta la designó por descuido, con el numeral 3º: error indiferente

que la Sala no cobra. Sus cargos^c se resumen en el mismo orden en que los propone: a saber:

a) **Violación directa** de los artículos 1502, 1524, 1602, y 1741 del C. C.; 2° de la Ley 50 de 1936. Es decir, motivos fundados, ya en la falta de uno de los **presupuestos contractuales** (causa lícita); en la ineficacia de los contratos no celebrados legalmente, y en la sanción que merecen los vicios fundamentales; nulidad absoluta y su posible pronunciación **ex officio**. Se advierte, desde ahora, que, por no haberse propuesto ni discutido en las instancias estos hechos, y conducir aquí el recurso a descalificar hasta el propio título de la parte recurrente, hay medio nuevo, y no puede prosperar.

Todo este cargo de violación directa a la ley sustantiva lo levanta el recurrente sobre la tesis de que, si se admite la relación de hechos que contiene la demanda, don Leopoldo Zambrano, al otorgar la escritura que ha dado origen al pleito, lo que propuso fue transmitir a su hija Josefina la propiedad de los inmuebles discutidos, pretermitiendo el juicio de sucesión correspondiente, para eludir el pago de los impuestos fiscales, perjudicando a la Hacienda Nacional. Que esto es una causa ilícita, y, por lo tanto, genera nulidad absoluta que puede y debe declararse de oficio. Y como el Tribunal no lo reconoció así, violó directamente los textos arriba citados. Dice el demandante que 'no infirmar la sentencia recurrida por este concepto equivaldría a admitir, sancionar, aprobar y otorgar carta de naturaleza a un sistema muy sencillo de defraudar al Fisco Nacional. En este caso, este sistema está confesado con absoluta franqueza por parte del demandante'.

b) Alega **aplicación indebida** sustentando el cargo en que el fallo acusado declara en mora, al señor Enrique Zambrano, de transferir a su hermana la propiedad de los inmuebles litigiosos, siendo así que la sentencia señala —por confirmación de la del Juzgado—, un plazo de cinco días siguientes a la ejecutoria del fallo, para cumplir con la obligación a que se refiere la mora declarada. Que, por tanto, se aplicó indebidamente el artículo 1608 del Código Civil, porque en la hipótesis congruente, de que la mora existe cuando la obligación no se ha cumplido dentro del plazo señalado, aquí no se realiza por cuanto no se ha vencido siquiera el plazo que la misma sentencia señala.

c) Vienen luego los cargos de **violación indirecta**, basados en alegaciones de errores de he-

cho y de derecho, al apreciar algunas pruebas, bien de manera positiva, bien de manera negativa, con lo cual se quebrantó el artículo 1756 del C. C., que reconoce plena fe al instrumento público en cuanto a su otorgamiento y fecha y en cuanto a la verdad de sus declaraciones contra las partes.

Concreta que la prueba mal apreciada fue la de confesión extrajudicial que hizo el señor Enrique Zambrano cuando le pidió a la Junta Municipal de Catastro de Firavitoba que lo eximiera de pagar el impuesto por los inmuebles de El Pino y de La Suerte. Según el recurrente aquel escrito se limitaba a manifestar que los terrenos aludidos estaban destinados a Josefina Zambrano y que ella era usufructuaria de los mismos; pero que en ninguna parte se decía que le pertenecieran a ella ni que el señor Enrique Zambrano reconociera obligación de transferírselos, como poseedor con título de propiedad de tales inmuebles. Que esa apreciación llevó al Tribunal a desnaturalizar el contrato celebrado mediante la escritura número 161 de 1932, despojándolo de su carácter de venta, para convertirlo en un contrato de mandato. Que esto es tanto más grave cuanto que, en el presente caso, no se inició la acción de simulación que habría podido ser la pertinente, admitiendo en gracia de discusión que los hechos hubieran pasado como lo dice el actor. Que esa declaración previa de simulación era indispensable para quitarle su valor de contrato de venta al contenido en la escritura citada.

Que el error de derecho consiste en haber pasado por alto la misma escritura desconociendo su fuerza y formula este dilema: el contrato de la escritura número 161 fue verdadero, o fue simulado; si lo primero, hay que atenerse a él y respetarlo como título traslativo de dominio; si lo segundo, ha debido pedirse previamente la declaración de simulación para que se pudiera admitir la existencia del contrato de mandato. Que para atenerse el juzgador a la intención de los contratantes con prescindencia de lo literal de las palabras, es preciso que conste, clara e inequívocamente, que la intención de las partes ha sido distinta de lo que expresan los términos del contrato. A lo cual debe agregarse, en su sentir, que el Juzgador puede interpretar los contratos, pero que no tiene facultad para ir hasta el extremo de cambiar su naturaleza.

De ahí que concluya diciendo: "El Tribunal desconoció la fuerza probatoria que la ley (artículos 1759 del C. C. y 630 del C. J.) asigna a

los instrumentos públicos, y, en esa forma, cometió un error de derecho que lo llevó a la violación de los artículos 1759 C. C., 669 C. C. y 946 C. C.”.

El último cargo de violación indirecta lo deduce de la circunstancia de no haber apreciado en forma alguna la sentencia del Tribunal, el acta de defunción del señor Leopoldo Zambrano, quien falleció en Firavitoba el 15 de abril de 1932; lo cual lo llevó a quebrantar el artículo 2187 del Código Civil en cuanto dispone que el mandato termina por la muerte del mandante. Y que aún siendo verdad que conforme al artículo 2195 de la misma obra, el mandato no se extingue por la muerte del mandante, si está destinado a ejecutarse después de ella, según el recurrente aquí no está probado lo último; y ello porque sólo admite en gracia de discusión que hubiera mandato.

d) **Acusa por la segunda causal** alegando que la sentencia no está de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, pues el Tribunal sentenciador, en la parte dispositiva confirmó el fallo de primera instancia mandando adicionar el numeral 6º de la resolutive del Juez, en la forma que ya se explicó arriba, o sea, con la aplicación hipotética del artículo 1º de la Ley 66 de 1945.

Dice el recurrente: “Si, pues, de acuerdo con sus términos expresos, este artículo debe entenderse incorporado a continuación del artículo 974 del C. J. quiere ello decir que ese artículo hace parte del juicio especial denominado ‘Autorización para que el hecho debido se ejecute por persona distinta del deudor y a sus expensas’, juicio que está reglamentado en el título XXXI, libro 2º del C. J. y que es un juicio completamente distinto del juicio ordinario que se ha seguido entre Josefina Zambrano y Enrique Zambrano. Introducir ese artículo en el presente juicio e introducirlo a última hora, es proferir un verdadero fallo sorpresivo como lo llama la Corte Suprema, que se ha dictado sin audiencia del demandado, sin demanda especial al respecto y en una forma que, realmente, quebranta las formas esenciales del procedimiento judicial. Este, como primer motivo; como segundo motivo aduce que la demanda no pidió que se condenara al señor Enrique Zambrano a otorgarle escritura de traspaso de los terrenos litigiosos a su hermana Josefina, sino que se declarara en mora a dicho señor, de hacer aquel traspaso; y por cuanto el fallo acusado resolvió, por confirmación del de primera instancia, ordenar que se cumpliera, dentro de

cierto plazo, con tal obligación, para el recurrente se sigue que no hay consonancia entre las pretensiones de la demanda y lo resolutive de la sentencia.

e) Para terminar acusa también por la sexta causal (llamándola equivocadamente tercera), porque le parece ver incompetencia de jurisdicción, a causa de haber pretermitido instancia el Tribunal, cuando manda “si fuere llegado el caso” cumplir con la norma que indica al Juez el artículo 1º de la Ley 66 de 1945.

Otro motivo que formula por la misma causal consiste en argüir que hubo nulidad, no subsanada, por falta de citación; pues al juicio no fueron llamados o emplazados todos los que intervinieron en el otorgamiento de la escritura número 161 de 11 de abril de 1932, y que, como uno de ellos fue don Leopoldo Zambrano, fallecido, se ha debido notificar la demanda a los herederos.

En gracia de la brevedad se anota, desde ahora, que el cargo parte de una suposición completamente errada; porque aquí no se propuso, en ningún momento, acción de nulidad. El recurrente es el que la propone alegando medios nuevos, y ellos no prosperan en casación.

Se considera:

Ni en la demanda (libelo de 13 de julio de 1945); ni en su contestación (memorial de 4 de septiembre); ni en la contrademanda (escrito de la misma fecha); ni en su respuesta (memorial de 10 de octubre de 1945), se menciona para nada el hecho de que la escritura número 161 de 1932, contuviera un contrato nulo.

Pero no solamente vienen fuera de tiempo las alegaciones sobre causa ilícita, sino que tampoco se comprende el interés en proponerla, siendo así que el título del señor Enrique Zambrano se refiere tanto a los inmuebles litigiosos como a otros de cuya propiedad no se discute, vendidos a aquél por su padre. Luego pedir la casación de la sentencia por no haber pronunciado el Tribunal la nulidad del título del recurrente, a intento no más de esquivar la obligación que lo afecta, reconocida a favor de su hermana en el mismo fallo, es una espada de dos filos que acaba por enervar el ataque. Eso sin contar con que la posición del demandado no daba para tanto, mucho menos antes de entrar en vigencia los numerales 1º y 4º del artículo 66 de la Ley 63 de 1936. De ahí que el argumento del fraude al fisco sea especiosamente moralista, y, por tanto, de muy mal efecto.

to. Las infracciones a las leyes fiscales aparejan sanciones muy distintas de las causales de nulidad que pueden hacerse valer ante el fuero civil de la justicia conmutativa. Además, el recurrente incurre en un error hace tiempo rectificado por la Corte: la simulación, que aquél hubiera querido ver propuesta como acción autónoma, no es causada de nulidad. Supone siempre dos actos simultáneos, el uno aparente y el otro oculto. Cuando se pretenda incoar demanda adecuada, basta con pedir la prevalencia del segundo sobre el primero, en las condiciones que tiene definidas la jurisprudencia hasta el cansancio. En el caso de autos y por haber interés de un tercero distinto de los que otorgaron la escritura número 161, se probó —sin necesidad de escrito que sólo se exige *inter partes* (artículo 91, Ley 153 de 1887)—, que coetáneamente con aquella escritura se aceptó por don Enrique Zambrano un mandato sin representación, destinado a cumplirse después de la muerte del mandante; y que allí tiene origen la obligación de dicho señor para con su hermana Josefina, como creyó el Tribunal (artículos 2142, 2146, 2149 y 2195 del C. C.) y no desconoce del todo el recurrente; con la circunstancia muy clara de que el mandato se perfeccionó verbalmente conforme al texto citado del artículo 2149 del Código Civil, y no de manera oculta o privada, sino delante de numerosos testigos e inmediatamente antes de firmar la escritura número 161 de 11 de abril de 1932. Esta, es verdad, no fue instrumento de mandato sino de venta, que se respeta como quiere el recurrente, acogiendo el primer extremo de su dilema que propone a través del cargo por error de derecho; efectivamente nada impide tener por verdadero el contrato celebrado entre don Leopoldo y su hijo Enrique, mientras no se demuestre lo contrario. Pero ello no es óbice para admitir como igualmente veraz el mandato que le precedió según se explica, habiendo indicado la propia beneficiaria del encargo a la persona del mandatario, quien justo es reconocerlo alcanzó en su cumplimiento hasta hacer medir el terrenito de "La Suerte" que le entregó a su hermana "bien medido"; aunque ésta la tuviese mala cuando se le endureció el corazón a Enrique y prefirió dar el melancólico espectáculo de este litigio inexplicable.

Así se entiende que el abogado de la parte demandante se limitara a exigir el cumplimiento de la comisión de que trata la primera súplica del libelo. Fallan, pues, por su base, los cargos de la

causal que se examina, tanto en razón de contener medios nuevos, como por pretender el desconocimiento de la fisonomía sustantiva del proceso.

En cambio no se podría negar la confusión que padecieron demandante, juez y Tribunal, a propósito de las figuras jurídicas de "exigibilidad" y "mora", en las obligaciones; lo cual le dio pretexto al recurrente para formular cargos de violación del artículo 1608 del C. C. a causa de aplicación indebida. Mas la indiscutible impropiedad que encierran las voces de la demanda y las, correspondientes de la sentencia, no alcanza a pasar de lo que pudiera llamarse un dislate jurídico-gramatical, pues la equivocación no incide en lo principal del fallo. Con palabras no jurídicas, se pidió una cosa jurídica y hay que atenerse a la intención inequívoca del actor. Hoy ya están superados aquellos tiempos que recuerda el juriconsulto romano Gayo en sus "Instituciones", cuando uno demandó a otro por el corte abusivo de sus viñas y exigiendo las fórmulas del colegio de los pontífices que se empleara precisamente la palabra usada por la Ley de las XII Tablas, para ejercitar la acción, aquél incurrió en el dislate de hablar de *viñas* en vez de *árboles* y perdió el pleito (unde eum qui de *vitibus* succisis ita egisset, ut in actione *vites* nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset *arbores* nominare eo quod Lex XII tabularum, e qua de *vitibus* succisis actio competeret — IV Commentarius, 11).

Efectivamente, sin requerimiento previo, o sin haber demostrado cualquiera otra de las circunstancias indicadas por el artículo 1608, del Código Civil, es imposible hablar de "mora". Y cuando la demanda pide que se declare en mora al señor Enrique Zambrano de hacerle escritura de traspaso de los inmuebles de "La Suerte" y "El Pino", a su hermana Josefina, lo que en sustancia impetra es el reconocimiento de esa obligación, pura y simple, es decir, exigible.

"Una obligación es exigible (dice el Tribunal de Bogotá) cuando se puede cobrar o percibir o pedir o demandar si se mira de parte del acreedor, o cuando se debe pagar, satisfacer o cumplir si se mira de parte del deudor. Ahora bien, esto sucede en distintos tiempos, según que la obligación sea pura o simple, a plazo o bajo condición, no debiendo tenerse en cuenta otras modalidades que afectan la obligación, porque ellas no tienen influencia sobre la época en que debe cumplirse o puede exigirse; y así la obligación pura y sim-

ple puede pedirse o debe cumplirse inmediatamente que nace; la contraída con plazo, cuando éste ha vencido, y la condicional, cuando se cumple la condición. Por consiguiente, una obligación es exigible cuando es pura y simple o cuando ha vencido el término o se ha cumplido la condición.

"En estos casos el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación o el deudor debe cumplirla; pero a pesar de que el acreedor puede cobrar la deuda, el deudor puede no cumplir exactamente, o sea en el día en que debía hacerlo, poniéndose así en una mora o tardanza, que no es **jurídicamente una mora** (se subraya), pues ésta en la generalidad de los casos exige otros requisitos.

"En efecto, hay mora, en el sentido legal de la palabra, cuando el deudor retarda el cumplimiento de la obligación, y además sucede una de tres cosas: a) Que es requerido judicialmente por el acreedor, requisito que es de regla general en nuestro derecho, como lo es en el francés y lo fue en el romano; b) Que el término ha vencido, disposición especial en nuestro derecho y que no existió en el romano, aunque otra cosa digan ciertos autores atrasados, ni existe en el francés; c) Que la ejecución de la obligación se haya hecho imposible, tal como se había previsto en la convención, por cuanto la cosa no podía ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo dejó pasar sin darla o ejecutarla; en este evento, existe un término tácito, que surge de una interpretación que la ley hace sobre la voluntad de los contratantes en un caso particular, y la disposición es tan excepcional, como la que se refiere al término expreso (artículo 1608 del Código Civil).

"Por lo dicho se ve que la mora, en sentido legal, supone que la obligación es exigible; así, una obligación pura y simple es exigible desde que nace, y si el deudor no la cumple, no por eso puede decirse que esté en mora, puesto que no ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor; una obligación condicional es exigible cuando se cumple la condición, y si entonces el deudor no la satisface, no viene a quedar en mora sino hasta que se le haya reconvenido judicialmente por el acreedor.

"En materia de obligaciones, son, pues, conceptos distintos los de **exigibilidad** y **mora**; aquélla es condición de ésta; toda mora supone exigibilidad, pero no siempre que hay exigibilidad existe la mora. Cuando la obligación es exigible, el

acreedor puede pedir al deudor su cumplimiento, ya privadamente, ya judicialmente, aunque no esté en mora, y la falta de constitución en mora del deudor no producirá otros efectos que el de que no se le pueda cobrar indemnización moratoria y el de no quedar el deudor responsable de los riesgos de la cosa debida". (Auto de la Sala del doctor Rodríguez Ramírez, 19 de julio de 1930; Revista **Justicia**, número 3).

Con arreglo a la doctrina que, en lo pertinente, se deja transcrita, hay dos cuestiones que se resuelven: la una teórica y la otra práctica. Teóricamente se pueden distinguir el **concepto vulgar de mora** y el **concepto legal**. Vulgarmente, es la mera tardanza en el cumplimiento de la obligación exigible; distinto de cuando se toma en sentido estrictamente legal, y entonces significa tardanza culpable que da origen a la responsabilidad contractual que la culpa implica.

Pasando de la teoría a la práctica, fácil es también entender que si la sentencia acusada hubiera llegado con algún pronunciamiento que implicara responsabilidad deducida en función de retardo culpable, tendría razón el recurrente para acusar por aplicación indebida del artículo 1608 del Código Civil. Pero como se limita a pronunciar la existencia de la obligación, señalándole al deudor un plazo de tantos días para satisfacerla; el uso de la palabra **mora**, cuando dice que está en ella, sólo envuelve impropiedad de lenguaje que se rectifica diciendo que allí no se pasó de reconocer la obligación en su existencia y que el plazo la hace exigible a su vencimiento. Por ello el cargo no podrá prosperar en casación, dadas tales circunstancias.

Alcance del artículo 1º de la Ley 66 de 1945

Como este tema se relaciona con los cargos de la causal 2ª importa recordar lo que dijo esta Sala en sentencia del 30 de marzo de 1951. "A dos puntos básicos puede reducirse el estudio de la segunda causal de casación: a las réplicas de la demanda y su contestación, por un lado, y a la parte decisoria de la sentencia, por otro. Si de la confrontación de estos elementos procesales resulta que el sentenciador haya deducido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda o que haya fallado en más de lo pedido, o que hubiere dejado de desatar uno de los puntos sobre que versa la controversia, extremos éstos que son los que la Corte ha estimado como determinantes de la causal dicha, ésta

debe prosperar, porque ése es el sentido de los términos del numeral 2º del artículo 520 del C. J." (G. J., Tomo LXIX, número 2098, pág. 384). También se dijo en sentencia del 24 de abril de 1951: "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, por lo cual resulta manifiesta la improcedencia de tales alegaciones dentro del motivo 2º del artículo 520 del C. J." (G. J. Tomo LXIX, número 2099, pág. 543).

Al repasar el cargo formulado por la segunda causal, ya se vio que el recurrente invoca la petición cuarta de la demanda, como única súplica que le hubiera servido de base a la sentencia para reconocer a favor de Josefina y en contra de Enrique la obligación de hacer el traspaso de la propiedad de los inmuebles litigiosos. En dicha súplica se pide declarar en mora al segundo de otorgar el correspondiente instrumento. Pero es lo cierto que la petición primera de la demanda tiende precisamente a declarar que Enrique había recibido de su padre la comisión de hacer tal traspaso; así lo interpretó el Juez y lo confirmó el Tribunal, luego no hay motivo para sustentar semejante cargo.

No sobra copiar el siguiente pasaje de la sentencia de primer grado, que el Tribunal confirmó:

"La actora en el libelo no dio denominación alguna a las acciones intentadas, no siendo ello indispensable, toda vez, que el procedimiento civil no exige al demandante que califique la acción que intenta para hacer efectivo su recurso, lo que no impide que el Juzgador, en uso de la facultad de interpretar la demanda, deduzca de los hechos y fundamentos de derecho, la acción correspondiente. De acuerdo con la demanda se pide la declaración de que el demandado fue comisionado por el señor Leopoldo Zambrano, para transferirle a María Josefina Zambrano, el derecho de dominio en los inmuebles que allí se relacionan; que con este fin y con el de transferirle a Enrique Zambrano, se otorgó la escritura pública número 161 de 11 de abril de 1932; que de acuerdo con la voluntad del vendedor, el demandado se obligó ante varias personas a recibir en nombre de María Josefina Zambrano, el título de adquisición de los mencionados bienes; y que por lo tanto, Enrique está en mora de transferir a

María Josefina el título de propiedad correspondiente".

Al estudiar el Tribunal aquel argumento, prácticamente reproducido ahora en casación, de haberse fallado **ultra petita**, con motivo del pronunciamiento del numeral 6º de la resolutive del Juzgado, se fue al fondo de la cuestión controvertida, haciendo apreciaciones acerca de la eficacia de la ley y de los fallos judiciales, como se vio arriba en los Resultandos del presente (número 10). Como consecuencia de tales apreciaciones, estimó aplicable al caso el artículo 1º de la Ley 66 de 1945. Así resaltan los errores padecidos por el recurrente: porque, de la confrontación entre las súplicas de la demanda y la parte decisoria de la sentencia, no aparece que se hubiera deducido una acción distinta por el fallador, variando los términos de la demanda; tampoco que hubiera fallado en más de lo pedido, o que hubiera dejado sin desatar alguno de los puntos de la controversia. Es más: se descubre que la intención del recurrente fue buscar una interpretación distinta de la demanda, en forma diferente a como la entendieron Juzgado y Tribunal. En una palabra, que buscó inútilmente forzar a través de la segunda causal, cargos que sólo hubieran sido admisibles, al menos en apariencia, formulándolos por la primera. De otro lado es fácil concluir que tampoco prospera el relativo a la incompetencia del Tribunal por haber usurpado jurisdicción, pretermitiendo instancia, al encontrar aplicable la norma del artículo 1º de la Ley 66 de 1945. Con esto se descarta no sólo la acusación por la segunda causal, sino también el motivo primero con que invoca la sexta, señalando nulidad fundada en la misma pretendida incompetencia.

Sin embargo, la Sala habrá de detenerse un poco más en lo tocante con la Ley 66 de 1945, dada su importancia.

De la colocación que mandó darle el artículo 1º de la Ley 66 de 1945, a la norma que encierra relativa al modo de suplir, con la intervención del Juez, la voluntad del deudor remiso, pretende inferirse que es necesario, en todo caso, tramitar el juicio especial, por separado que prevén los artículos 971 a 974 del C. J.

Esto es lo que llamarían los dialécticos un argumento **ab ordine**. "El orden en que están escritas o expuestas varias cosas sirve frecuentemente para explicar la intención de la ley o del ordenador: **Ordo scripturae demonstrat ordinem intellectus seu voluntatis**. Tal es el objeto del ar-

gumento **ab ordine**. A veces se deduce del orden de los títulos de que se compone una ley, que lo ordenado en uno se debe observar de preferencia a lo ordenado en otro. Los intérpretes del Derecho romano emplearon este argumento para establecer que la tutela testamentaria debía preferir a la tutela legítima, y ésta a la dativa, porque tal es el orden en que el Digesto y el Código estatuyen sobre estas tres especies de tutelas. Pero el principal modo de servirse del argumento **ab ordine**, consiste en inferir del orden en que se designan o clasifican varias personas o cosas, una prerrogativa en favor de las unas sobre las otras, de manera que las primeras sean preferidas a las subsecuentes.

.....
 "Si el argumento **ab ordine** conduce a un resultado contrario a los principios generales del derecho, o a una disposición del legislador, o de la voluntad del testador, se deberá desatender como volicioso". (*Lógica Judicial* por H. de Saint Albin, traducida por el doctor J. V. Concha en sus Pruebas Judiciales. Bogotá, 1925; págs. 313 y 314).

En el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 se encuentra un ejemplo muy claro del argumento **ab ordine** y de su correcta aplicación. Se trata de resolver las antinomias por motivo de disposiciones incompatibles entre sí, que se hallen en los códigos que entonces se adoptaron, cuando se unificó la legislación colombiana. Para ello se aplicarán las reglas siguientes:

"Primera.—La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. Segunda. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos, preferirán por razón de éstos en EL ORDEN siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública".

Bastaría con observar que la norma del artículo 1º de la Ley 66 de 1945 no es incompatible con otra anterior o posterior, para que cayera por su base el argumento **ab ordine** con que se pretende restarle eficacia. Pero hay otras consideraciones más poderosas, a saber:

Aplicando las reglas dialécticas a la cuestión que se considera, debe investigarse si hay, en el Código de Procedimiento Civil, principios generales de derecho indicativos de que el citado artículo 1º de la Ley 66 de 1945, viniera a colmar

un vacío de la legislación, respondiendo a la necesidad de darle mayor eficacia a los derechos emanados de las disposiciones sustantivas, más bien que perfeccionar formas simplemente procesales. Si la respuesta fuere afirmativa, mal podría limitarse el alcance del artículo comentado, por la razón única del orden resultante del sitio de su escritura.

En primer término se tropieza con este principio fundamental de derecho que el propio Código adiconado formula, no como simple tesis académica: "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva" (artículo 472). En segundo lugar hay que tener en cuenta que "los jueces y tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar o reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito". (Artículo 481). Luego de la combinación de estos dos principios resulta la consecuencia de que no se puede reservar para juicio distinto la "resolución efectiva o práctica de aquello que fue materia de controversia en otro".

De aquí que el Tribunal de Santa Rosa, en la sentencia que es materia del presente recurso hubiera dicho: "Las leyes y los fallos judiciales se producen naturalmente para que tengan efectos; si no se impulsara eficazmente a la parte vencida al cumplimiento de las obligaciones que emanan de las decisiones judiciales, éstas no tendrían razón de ser".

Por su parte el Tribunal de Bogotá, cuando estudió otro aspecto de la aplicación del mismo artículo 1º de la Ley 66 de 1945, sentó la siguiente doctrina: "En los casos a que se refiere la Ley 66 de 1945, la misión del Juzgador queda reducida, si no hubiere oposición ni causa legalmente atendible, a precisar si realmente el demandado está en la obligación de suscribir el instrumento. Basta, en suma, que así lo hayan pactado las partes, que haya llegado el día de hacerlo, y que el demandado no se oponga alegando motivo sustantivo o adjetivo que justifique la **renuencia**. En este procedimiento de finalidad especialísima y única no puede resolver el sentenciador nada relacionado con perjuicios, díganse ellos deducibles de la mora o **renuencia** en que ha incurrido el obligado a cumplir una determinada obligación de hacer. El simple cumplimiento de la obligación en su formalidad externa es lo que puede ser materia de esta litis, porque la mora, el cumplimiento tardío del contrato, la resolución, nulidad o invalidez de éste son situaciones que sólo pueden

medirse o controvertirse mediante el trámite propio de un juicio ordinario. Para que el obligado a otorgar un determinado instrumento cumpla esta obligación y nada más que para esta finalidad estableció el legislador el trámite señalado por la ley 66 citada (sentencia de 13 de mayo de 1949)".

Corresponde, pues, a la Corte, en uso de sus atribuciones para "unificar la jurisprudencia nacional" a través del recurso de casación, definir cómo se armonizan las tesis que se dejan expuestas, obtenidas de fallos de dos Tribunales distintos.

La legislación anterior a la Ley 66 de 1945, no había previsto que pudiera suplirse, dentro de una sana economía procesal, la voluntad de un obligado renuente, cuya obligación tuviera por objeto nada más que otorgar un instrumento; prestación que, como es obvio, resulta susceptible de cumplimiento directo, o, como si se dijera, **en especie**. Entonces, con el mismo criterio con que el Código Civil suple la falta de voluntad del deudor cuyos bienes se rematan, o venden por ministerio de la justicia, en el acto jurídico de la correspondiente tradición (C. C. artículo 741, inciso 3º) con la ficción jurídica de que el juez lleva su representación legal (y se dice ficción porque se trata de una representación, fuera de toda idea de incapacidad legal o de mandato, únicas fuentes reales de la misma), así también el legislador ha podido ordenar que el juez reemplace al deudor cuya obligación consiste solamente en emitir un documento público o privado, cuando aquél pretenda negarse a eso específicamente.

Y por cuanto el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 vino a colmar ese vacío de la legislación anterior, de manera implícita complementó, tanto la tramitación del procedimiento especial regulado por todo el título 31 del libro 2º del C. J., en la forma como lo entiende el Tribunal de Bogotá en la sentencia arriba extractada, cuanto, en forma muy sabia por lo práctica, las disposiciones relativas a la **ejecución de las resoluciones**.

Porque en el caso de que se haya seguido —como en el ejemplo presente que viene de Santa Rosa—, un juicio ordinario o declarativo que versó sobre la obligación de otorgar un instrumento público, no se ve la razón para reservar su ejecución someténdola a nuevo trámite separado, en juicio especial; cuando las partes son **las mismas y entre ellas se declaró la obligación por los más amplios del juicio ordinario**.

De ahí que el artículo 550 del C. J. exprese:

"En el caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al juez o al tribunal que conoció del asunto en primera instancia".

Ahora bien; para saber si la ejecución de un fallo requiere o no de otro juicio aparte, basta atender a la naturaleza del proceso. Si la acción tiende a que se reconozca un derecho cuya obligación correlativa es susceptible de cumplimiento **en especie**, o sea en vía directa, estaría de más la tramitación del juicio ejecutivo que sólo serviría para llevar a la práctica aquella decisión. De la misma manera sobran los juicios ejecutivos en las hipótesis previstas por el artículo 551 del C. J.: "Cuando a virtud de la sentencia debe entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procede a ponerlo en posesión material de la misma, sin necesidad de nuevo juicio. De igual modo se procede si la cosa es mueble, pero en este caso, si no puede ser habida, debe seguirse por separado el correspondiente juicio ejecutivo".

Lo anterior demuestra muy claramente que la ley hace innecesario promover, por separado, juicio ejecutivo, cuando la obligación que emana de la sentencia, puede cumplirse directamente o **en especie**.

Volviendo al problema de autos, resulta que la obligación reconocida por la sentencia se reduce al otorgamiento de un título que es la escritura pública de enajenación que debe hacerle don Enrique Zambrano a su hermana Josefina, de conformidad con los antecedentes del mismo pleito. Por tanto, se está exactamente en la misma hipótesis en que la sentencia hubiera reconocido la obligación de entregar al demandante una cosa mueble o inmueble, como lo prevé el artículo 551 arriba citado. Y la razón última viene a constituir la el conocido principio de hermenéutica de que, donde hay la misma razón de hecho, debe haber la misma disposición de derecho.

Esa misma lógica no permite deducir, de la mera circunstancia de haberse mandado colocar el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 a continuación del artículo 974 del C. J., una restricción para que se haga valer solamente a través del procedimiento especial allí previsto. Por el contrario: el alcance del precepto, supuesta su armonía y concordancia con otras normas de la legislación procesal arriba explicadas, impone al intérprete reconocer eficacia sustantiva al precepto mismo, más allá de ese criterio estrecho e inadmisibles, resultante de un mal entendido y peor aplicado argumento **ab ordine**. Este se probó como vicioso

porque conduce, de acuerdo con lo explicado por el autor que tradujo don José Vicente Concha, a una conclusión contraria a los principios fundamentales del derecho y normas expresas de la voluntad del legislador, inspiradas en la razón a que responde el artículo comentado. Por tanto, cuandoquiera que se presente la necesidad de cumplir con una obligación de hacer, cuya prestación tenga por objeto suscribir un instrumento y nada más, se puede acudir al Juez para que supla la voluntad del renuente, ya sea por medio de un juicio especial como el que se tramita de acuerdo con el título 31 del libro 2º del Código de Procedimiento Civil, ya sea a través de la ejecución del respectivo fallo con que finaliza el juicio ordinario donde se ventiló la existencia de aquella obligación.

Lo expuesto demuestra que el Tribunal sentenciador no anduvo desacertado al señalarle este alcance al artículo 1º de la Ley 66 de 1945, y, por lo mismo, que tampoco son de recibo los cargos

del recurrente fundados en la tesis contraria, que intentó vanamente enfocar por los conceptos de las causales segunda y sexta de casación.

Sentencia

En mérito de lo anterior, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO INFIRMA** la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, pronunciada en este juicio el 7 de julio de 1947. Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

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

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO. — CAUSAL 2ª DE CASACION. — EXCEPCIONES DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA DE LA PARTE DEMANDADA Y DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

1.—La causal de casación relativa a la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones del demandante y consagrada por el numeral 2º del artículo 520 del C. J., es pertinente invocarla siempre que la sentencia contenga decisiones extrañas a la litis —como cuando se declaran derechos no reclamados en el libelo de demanda—, y también en los casos en que se deje de resolver sobre puntos que sí fueron objeto de peticiones, o se haga una condena superior o distinta a la impetrada en el juicio.

Pero lo dicho no significa que siempre deba pronunciarse el Tribunal sobre el fondo de las peticiones invocadas. El pronunciamiento sobre el derecho reclamado es imperioso únicamente cuando no surja un impedimento procesal (como una causal de nulidad) para que se tome la correspondiente decisión de fondo; o cuando no aparezca un defecto fundamental en la demanda que lo impida (v. gr. ineptitud sustantiva de la demanda); o, finalmente, cuando tampoco resulte demostrada una excepción perentoria del juicio que temporalmente impida el éxito del libelo. (En esta ocurrencia, la declaración de hallarse probada la excepción, no implica que se desestime la pretensión del actor en cuanto concierne a la existencia del derecho, como ocurre en la petición antes de tiempo). En ninguno de los casos citados puede pronunciarse el Tribunal sobre las peticiones que se formularon en la demanda, para declarar si existe o no la obligación que se quiere imponer al demandado. En tales eventos, el sentenciador ha de limitarse —respectivamente— a invalidar la actuación, o a manifestar que no procede el examen de fondo de la litis, o a absolver en el correspondiente juicio al demandado, sin que esto constituya excepción de cosa juzgada para un nuevo debate judicial.

De manera que la causal segunda opera únicamente cuando, sin hacer el Tribunal la

previa declaración de que exista alguno de los mencionados obstáculos procesales para preferir el fallo de fondo, se abstiene de resolver sobre algo pedido, o decide en la sentencia sobre algo no solicitado (extra petita o minus petita).

2.—No es posible pronunciar sentencia sobre la nulidad de un testamento, sin que hayan sido llamados a controvertir la demanda todas las personas que jurídicamente resultarían perjudicadas con el fallo favorable al actor. Porque la nulidad de un instrumento o de un acto o contrato, afecta indispensablemente a todas las partes que concurren a él o de él derivan derechos, ya originalmente, o bien a título de cesionarios singulares o por causa de muerte. Claro está que si un mismo instrumento contiene diversos contratos, varios actos jurídicos, nada impide que se ataque la validez del instrumento mismo, o se alega una causa de invalidez que inevitablemente afectaría todas las estipulaciones en él contenidas, entonces la discusión es total, y son partes necesarias en la contienda todas aquellas personas que tienen un interés jurídico en el resultado del juicio y sufrirían un perjuicio jurídico (no simplemente económico, como el del acreedor personal si su deudor pierde el pleito y el correspondiente patrimonio disminuye) en el caso de que prosperara la demanda.

En esta hipótesis, es más técnico hablar de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, que de ineptitud sustantiva. Porque la personería de la parte demandada no es completa ni perfecta mientras la acción no se dirija contra todos los que por ley deben contradecirla. Si nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en el juicio, es claro que el fallo condenatorio no puede imponerles consecuencias desfavorables a quienes no han sido partes en el juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Por medio de apoderado, José María Montaña demandó ante el Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá, a las señoras Magdalena Montaña de Izquierdo y María Montaña de Rueda para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones:

Primera.—Que es nulo el testamento otorgado por la señorita Tulia Montaña Alvarez, ya fallecida, por medio del instrumento número 1854, pasado ante el Notario Quinto de este circuito el 16 de agosto de 1944. — **Segunda:** Que consecuentemente son nulas todas las actuaciones del juicio de sucesión de la señorita Tulia Montaña Alvarez que se sigue en el Juzgado Séptimo Civil de este Circuito, basadas sobre la validez del expresado testamento lo mismo que la partición que se efectúe con apoyo en dicho acto. — **Tercera:** Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores son nulas las hijuelas o cartillas de adjudicación que, sobre la base de la validez del aludido testamento, se expidan o hayan expedido a favor de las señoras demandadas dentro del mencionado juicio mortuorio o por razón de él, por cuyo motivo el señor Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito debe abstenerse de incribir en sus libros tales hijuelas o cancelar las inscripciones que de las mismas haya practicado al tiempo de ejecutoriarse la sentencia. — **Cuarta:** Que como consecuencia de las declaraciones anteriores las señoras Magdalena Montaña de Izquierdo y María Montaña de Rueda están obligadas a restituir, con sus acciones y frutos, y dentro del término de días que el señor Juez tenga a bien señalarles, a la sucesión intestada e ilíquida de la señorita Tulia Montaña Alvarez, representada por su heredero **ab-intestato** José María Montaña y los demás herederos **ab-intestato** que justifiquen su derecho oportunamente, todos los bienes de que hayan entrado en posesión por razón del testamento, juicio de sucesión testada, partición apoyada sobre el testamento, e hijuelas correspondientes a dicha partición, que se declaren nulos por razón de las tres súplicas anteriores; contándose entre los frutos de tales bienes, no solamente los percibidos, sino los que los

herederos **ab-intestato** hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado estando en su poder tales bienes desde que las demandadas entraron en posesión de ellos en concepto de herederas testamentarias de la señorita Tulia Montaña Alvarez, hasta que sean devueltos a la sucesión ilíquida intestada de la causante”.

Como fundamentos de la demanda aparecen los siguientes hechos:

Don José María es hermano legítimo de doña Tulia, velaba por ella y atendía regularmente a su congruo sostenimiento. El 16 de agosto de 1944, a petición y en presencia de las demandadas, doña Tulia otorgó testamento (catorce días antes de su muerte); cuando se habían acentuado los síntomas de los trastornos mentales que padecía desde meses atrás y que la privaron de su sano juicio al momento de testar. “La institución hereditaria a favor de las señoras Montaña y el pequeño legado a don José María en manera alguna corresponde a los sentimientos de afecto, aprecio y gratitud de la testadora. Al fallecer ésta las señoras Montaña de Rueda y Montaña de Izquierdo fueron declaradas como sus herederas, y aunque lo son sólo aparentemente, asumieron la tenencia y administración de los bienes que les fueron asignados en el testamento y los vienen usufructuando”.

El juicio se constituyó regularmente y las demandadas replicaron negando el derecho y los hechos. Se detienen especialmente en el relato de antecedentes encaminados a demostrar el tratamiento generoso que sus padres dieron a la testadora, favorecida por ellos con la donación de cuantiosos bienes, y concluyen que ésta tuvo motivos suficientes para instituir las como sus herederas. Dicen que don José María, en cambio, era deudor de doña Tulia, y que aquélla, a la hora de la defunción, le condonó la deuda. Agregan que las disposiciones de última voluntad revelan la lucidez mental de doña Tulia, e invocan la autoridad de su médico y la del Notario, “como prueba de la legalidad y honorabilidad del testamento”.

El fallo de primera instancia dice en su parte resolutive: “Absuélvese a las demandadas de los cargos que les fueron formulados en la demanda, y niéganse todas y cada una de las peticiones contenidas en ella. No hay lugar a condenación en costas por no aparecer en concepto del Juzgado temeraria absolutamente la acción (sic).”

Sentencia recurrida

Las dos partes apelaron y el Tribunal Superior de Bogotá puso fin a las instancias en providencia fechada el 13 de octubre de 1950, cuya parte resolutive dice: "En consecuencia el Tribunal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley reforma el fallo pronunciado el 7 de septiembre de 1949 por el señor Juez del Circuito de Bogotá para declarar, como en efecto declara, probada la excepción de inepta demanda sustantiva. Sin costas en ninguna de las dos instancias".

Los fundamentos del fallo están expuestos en los apartes que en seguida se transcriben: "III. Los presupuestos de la acción—La legitimación en causa. Legitimación pasiva.—En la cláusula sexta del testamento doña Tulia asignó sus bienes a favor de Magdalena Montaña de Izquierdo, María Montaña de Rueda, José María Montaña, Teresita Montaña Restrepo, Genoveva Gateau, Luis A. Mariño Ariza, y Dominga de Leal Guevara, las dos primeras instituidas herederas y los restantes en calidad de legatarios. La acción propuesta es la nulidad del testamento con causa en la carencia de sano juicio de la testadora en la época del otorgamiento hasta su muerte. Los efectos, puesto que impetra la nulidad de las hijuelas de las demandadas junto con la restitución de los bienes herenciales por ellas poseídos y calla en lo tocante a los legatarios Montaña Restrepo, Gateau, de Leal y Mariño Ariza, los encamina solamente contra las herederas. Piensa, pues, el actor que es lícito pedir contra uno solo o contra algunos existiendo varios o muchos interesados, si obrando en tal forma parcial, que desintegra el elemento "personae" de la acción, la demanda y el consiguiente fallo conservan alguna utilidad práctica. Esta utilidad configura el interés del actor, quien por otra parte debe estar facultado, para obrar sólo o contra uno solo y no puede ser constreñido a proponer demandas que no le interesan o a proponerla contra quienes no quiere, salvo cuando la ley prescribe la necesidad de litis consorcio.

"En el testamento de la señora Montaña Alvarez, tachado de nulo, la Sala encuentra, en lo patrimonial, disposiciones separables, que dan vida a relaciones jurídicas individualizadas, vale decir independientes unas de otras. En este sentido el testamento es acto escindible sin inconveniente, y puede ser atacado parcialmente con audiencia del respectivo interesado solamente. El tema de-

cidendum no es, a pesar de lo solicitado en los numerales tercero y cuatro del petitum, la nulidad de la institución de herederas y la consiguiente restitución de bienes herenciales solamente. Se ha pedido la íntegra nulidad del testamento y la invalidación del juicio mortuario de la señora Montaña de Alvarez. Tal planteamiento atribuye rasgos de esencial unidad a los actos que se impugnan, tanto en lo objetivo como lo causal.

"En casos semejantes la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema se ha inclinado en el sentido de la necesidad del litis consorcio pasivo".

Después de citar el Tribunal algunas sentencias de la Corte, puso término a la parte motiva, así: "Tal el verdadero motivo de la necesidad del litis consorcio pasivo de herederos y legatarios en el presente juicio de nulidad del testamento. Por el origen del acto, por la causal invocada, por la virtualidad de las condiciones esenciales de la validez, y por la radical trascendencia del vicio, la consideración del acto testamentario es una e indivisible. La eficacia constitutiva de las sentencias que lo aniquila determina la necesidad de citar a todos los interesados, pues, pronunciada la sentencia estimatoria, llevaría al absurdo de un acto unitario, inválido para los litigantes vencidos y válidos para los no citados. Tal linaje de sentencia por tan señalada consideración estaría despojada de toda utilidad práctica, porque como enseña el Profesor Chiovenda lo que es "uno respecto de varios no puede cesar o modificarse sino respecto de todos los partícipes; por consecuencia, el cambio debe ser pedido respecto de todos". Más que una norma de derecho positivo la solución la ofrece la naturaleza misma del fenómeno en estudio. El vicio de la acción que se apunta se refiere a la legitimación en causa de la parte demandada. Esta acción de nulidad corresponde a uno contra todos y no a uno contra uno o algunos. No existe por ello la acción anulativa de uno contra uno o contra algunos solamente, el actor carece de esta facultad y así se debe declarar. La falta de legitimación es en el fondo una defensa sustancial que el juez debe arrelievar (sic) oficiosamente en juicios ordinarios si la encuentra probada (C. C. 343)".

El recurso

La parte actora ha acudido a la Corte en recurso de casación. Los tres cargos que formula contra la sentencia del Tribunal serán examinados

dándole preferencia al segundo por las razones que se expondrán al entrar en su estudio.

Primer cargo.—Comenta el recurrente las declaraciones del doctor Jorge Bejarano (médico de la testadora), de Eladio Orjuela G., Josefina Vargas, Francisco Granados Motta, Dominga de Leal, Natividad Pulido y Ginet Gateau, que, a juicio de aquél, “acreditan la **insanidad de juicio** de la testadora”.

En seguida dice: “al tenor del artículo 697 C. J. no son sólo dos los ‘testigos hábiles’ que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar’ para que sea plena prueba, sino que, además, son más de cinco los declarantes, incluyendo un médico, que coinciden en sus dichos. Por consiguiente carece de habilidad para testar la señorita **Tulia Montaña**, de acuerdo con el inciso 3º del artículo 1061 C. C., de modo que el testamento de autos es nulo según el artículo 1062 C. C.”.

Más adelante inserta el recurrente párrafos de sentencias de la Corte y de estudios de profesores de psiquiatría y de medicina forense, para indicar qué debe entenderse por demencia en Derecho; para **sostener** que los dementes no pueden obligarse por acto o declaración de voluntad; para afirmar que las manifestaciones de locura caen bajo el dominio de la prueba testimonial y que, “establecido plenamente el hecho de que la testadora se encontraba en estado de demencia durante la época en que se otorgó el testamento, correspondía a la parte demandada desvirtuar ese hecho y demostrar la correspondiente lucidez en el momento de testar”; y, finalmente, para hacer notar que “cuantos estuvieron en contacto con la testadora deponen sobre la anormalidad que ella padecía, como son la compañera, el chofer, la mesera, la enfermera y las sirvientas”.

En otra parte de su escrito agrega el demandante en casación:

“Para anular un testamento por incapacidad del testador no es necesario, pues, de acuerdo con las doctrinas expuestas, demostrar la incapacidad en el día en que se otorgó el respectivo acto jurídico. Con todo, en el presente juicio aparecen diversas declaraciones que aseguran dicha incapacidad de parte de 1º testadora en el momento mismo de otorgar su presunta última voluntad. La anormalidad mental que padecía la testadora está demostrada hasta la saciedad, de modo que en el fallo recurrido debió darse aplicación a la incapacidad general del artículo 1504 C. C., y la Gaceta—8

especial de que tratan los incisos 3 y 4 del artículo 1061 C. C., 1062 id. El Tribunal aludido por error violó dichas disposiciones legales, inclusive por falta de apreciación de las pruebas”.

Dice también el recurrente: “El Tribunal Superior de Bogotá al abstenerse de decretar las peticiones de la demanda violó los artículos 1061, numerales 3 y 4 y 1062, y 1504 del Código Civil”.

Segundo cargo—Se lee: “Acuso también la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones del demandante y haber sido violados los artículos 232, 330, 333, 450, 457, y 477 C. J., violación proveniente también de apreciación errónea o falta de apreciación. Este cargo lo fundo y desarrollo así: a) El demandante no está obligado a presentar la prueba de que la persona a quien designa como representante de la parte demandada, lo es en realidad; si éste se da por tal sin hacer objeción alguna, se hace responsable de los perjuicios que origine. A través del juicio la parte demandada no formuló ningún incidente de excepción en este sentido, como tampoco solicitó nulidad sobre el particular. Entonces las demandadas deben sufrir las consecuencias. Por otra parte, bien sabido es que ninguna providencia judicial puede perjudicar a quien no ha sido oído y vencido en juicio. De manera que las personas que no han concurrido al pleito en su carácter de partes, no las afecta sentencia alguna. Pero esto jamás quiere decir que las que intervengan quedan exoneradas de un cargo judicial. En el caso de autos fueron demandadas precisamente las personas que el testamento impugnado señala como herederas, porque una de las principales peticiones de la demanda versa principalmente con la sucesión de la señorita **Tulia Montaña**, sucesorio que comenzó a tramitarse en el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá. Como los herederos son quienes representan al causante, es natural que ellos son los personeros como demandados, carácter que no tienen los legatarios. La nulidad del testamento impetrada en el primer punto de la demanda se relaciona con los demás puntos de ella referentes a la nulidad de las actuaciones por parte de las demandadas en el sucesorio de la señorita **Tulia Montaña**, ventilado en el mencionado Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá. No habiéndose pedido nulidad contra legatarios, pues ellos no han concurrido a dicho Juzgado 7º, mal pudieron ser ellos parte en el juicio. Por otra parte, si hubo **ultra petita**, la sentencia al acceder a las peticiones de la deman-

da, bien pudo haber determinado que los legatarios, por no participar en el juicio, no quedaban afectados por la providencia. Pero quienes actuaron como demandados es lógico que deben ser condenados, si las tesis del demandante son legales, como lo son.

"b) En virtud del artículo 330 C. J., la excepción de inepta demanda es dilatoria, y las excepciones dilatorias sólo pueden proponerse por el demandado. Pero a través del juicio la parte demandada no propuso ninguna excepción. Ahora bien, el artículo 343 C. J., invocado en la sentencia, faculta al juez para conocer una excepción, no propuesta ni alegada por las partes, pero expresamente se refiere a las excepciones perentorias, no a las dilatorias, como la presunta inepta demanda.

"c) Además, el artículo 333 C. J., taxativamente enumera los tres casos en que tiene cabida la inepta demanda. Pero en ninguno de los tres casos encaja el presente juicio, porque la demanda reúne los requisitos legales, no se le ha dado curso distinto del que le corresponde, ni tampoco se dirige contra la diversa persona de la obligada a responder, porque en este caso son las demandadas, señora Magdalena Montaña de Izquierdo y María Montaña de Rueda, quienes legalmente se han constituido en contraparte. No dice la mencionada disposición legal que constituye excepción de inepta demanda el hecho de que ella sea dirigida solamente contra una persona y no varias de las llamadas a responder, sino que la persona sea diversa de la llamada a responder. Entonces no cabe en el presente caso la referida excepción, y en esto se ha equivocado el Honorable Tribunal Superior.

"d) Pero ni siquiera pudo haberse propuesto nulidad por ilegitimidad de la personería, porque las personas que no fueron citadas, de acuerdo con el inciso final del artículo 450 del C. J., han representado en el juicio sin formular ninguna reclamación como son, fuéramos de las demandadas, los legatarios, doctor Mariño Ariza, señora Dominga de Leal, señorita Ginet Gateau; y sin embargo, en la defensa de la verdad, algunos de ellos han certificado sobre la demencia de la testadora, sin que les interese que el testamento sea declarado nulo o no, porque no les interesa tanto el dinero del legado sino el brillo de la justicia, y por eso han declarado sobre la insanidad de la señorita Tulia.

"e) Aún aceptando la hipótesis del H. Tribunal respecto de la representación indebida de la par-

te demandada, el fallo ha debido considerar a fondo las peticiones de la demanda, ya que, de acuerdo con el artículo 457 C. J., la parte que no fue legalmente notificada o emplazada o no estuvo debidamente representada puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad del juicio. Entonces queda este recurso a la presunta parte mal representada. Además, según el artículo 477 C. J., las demandadas pudieron haber pedido que se citara personalmente a quienes estimaron como posibles interesados en que el fallo los perjudicara o aprovechara. Si la parte demandada hizo caso omiso del derecho que les otorgaba la mencionada disposición legal, culpa es de ella, y entonces la justicia no puede premiar en perjuicio de los derechos de mi mandante semejante descuido o desidia".

Cita el recurrente varias sentencias de la Corte, relacionadas con cada uno de los temas que trata en este cargo.

Tercer cargo.—"La sentencia recurrida es también motivo de acusación en cuanto viola expresamente los artículos 1073, 1063, 1321, 1323, 1524, 2583 y 2594 del Código Civil, principalmente por falta de aplicación de tales disposiciones, carencia de apreciación de las pruebas, y por haberse abstenido el H. Tribunal de conocer de un asunto de su competencia, como son las peticiones de la demanda. El presente cargo, aunque aparece citada la séptima causal, contempla, como también el capítulo anterior, varios de los incisos anotados como motivos en el artículo 520 del C. J." La nulidad impetrada ha debido declararse:

"a) Porque la testadora no dispuso de sus bienes conforme a derecho y debió entonces concretarse la sucesión intestada de acuerdo con la ley (artículo 1037 del C. C.); b) Porque, además de la demencia de que dan cuenta los declarantes, algunos de ellos relatan cómo las demandadas ejercieron insuperable coacción moral sobre la testadora en un momento en que carecía de voluntad; c) Porque la liberalidad testamentaria a favor de las demandadas carece de causa real y lícita; d) Porque en el testamento aparecen trocados los apellidos de las demandadas o de sus esposos; e) Porque no están especificados los linderos de los inmuebles de que trata la memoria testamentaria; f) Porque ha debido decretarse a favor del demandante la restitución de los bienes herenciales. Y concluye el recurrente: "Es evidente la demencia de la testadora en el momento de otorgar la presunta última voluntad,

su incapacidad legal para intervenir en actos jurídicos, su falta de voluntad, la carencia de requisitos legales indispensables en la correspondiente escritura pública que contiene el testamento, la ilegal enmendatura del original, etc., lo que indica que dicha memoria testamentaria no fue hecha conforme a derecho". El H. Tribunal se abstuvo, sobre un infundado motivo de inepta demanda, que no existe, según lo ampliamente expuesto, de estudiar y resolver en el fondo las peticiones de la demanda, con violación de la ley sustantiva".

Estudio de los cargos

Para darle un orden lógico al estudio de los cargos, se considera en primer término el segundo, ya que de no prosperar éste resultaría inoficioso el examen de los otros dos.

Segundo cargo

Ataca en este cargo el recurrente la sentencia del Tribunal, en cuanto estimó probada la excepción de inepta demanda sustantiva, y lo enuncia así: a) por no estar en consonancia con las pretensiones del demandante; b), por haber violado los artículos 232, 330, 333, 343, 450, 457 y 477 del Código Judicial.

Como se ve, involucra el recurrente dos causas muy distintas. La primera, o sea la relativa a falta de consonancia con las pretensiones del demandante, es la consagrada en el numeral segundo del artículo 520 del C. J. Es pertinente invocarla siempre que la sentencia contenga decisiones extrañas a la litis —como cuando se declaran derechos no reclamados en el libelo de demanda—, y también en los casos en que se deje de resolver sobre puntos que sí fueron objeto de peticiones; o se haga una condena superior o distinta a la impetrada en el juicio.

Pero lo dicho no significa que siempre deba pronunciarse el Tribunal sobre el fondo de las peticiones incoadas. El pronunciamiento sobre el derecho reclamado es imperioso únicamente cuando no surja un impedimento procesal (como una causal de nulidad) para que se tome la correspondiente decisión de fondo; o cuando no aparezca un defecto fundamental en la demanda que lo impida (v. gr. ineptitud sustantiva de la demanda); o, finalmente, cuando tampoco resulte demostrada una excepción perentoria del juicio que temporalmente impida el éxito del libelo.

(En esta ocurrencia, la declaración de hallarse probada la excepción no implica que se desestime la pretensión del actor en cuanto concierne a la existencia del derecho, como ocurre en la petición antes de tiempo). En ninguno de los casos citados puede pronunciarse el Tribunal sobre las peticiones que se formularon en la demanda, para declarar si existe o no la obligación que se quiere imponer al demandado. En tales eventos el sentenciador ha de limitarse —respectivamente— a invalidar la actuación, o a manifestar que no procede el examen de fondo de la litis, o a absolver en el correspondiente juicio al demandado, sin que esto constituya excepción de cosa juzgada para un nuevo debate judicial.

De manera que la causal segunda opera únicamente cuando, sin hacer el Tribunal la previa declaración de que exista alguno de los mencionados obstáculos procesales para proferir el fallo de fondo, se abstiene de resolver sobre algo pedido, o decide en la sentencia sobre algo no solicitado (**extra petita** o **minus petita**).

Y en el caso presente ocurre que el Tribunal estimó que se encontraba en imposibilidad de pronunciarse sobre la alegada invalidez del testamento, en razón de no haber sido llamadas a juicio todas las personas que resultarían perjudicadas jurídicamente con el fallo en el evento de ser favorable al demandante, dada la indivisibilidad de la nulidad impetrada. Defecto de la demanda que el Tribunal calificó de ineptitud sustantiva.

No aparece, pues, por parte alguna, la falta de consonancia como causal 2ª de casación.

Por vía de doctrina observa la Sala que el Tribunal anduvo bien encaminado cuando estimó que no podía pronunciarse sobre la nulidad del testamento, sin que hubieran sido llamadas a controvertir la demanda todas las personas que jurídicamente resultarían perjudicadas con el fallo favorable al actor. Porque la nulidad de un instrumento o de un acto o contrato, afecta indispensablemente a todas las partes que concurrieron a él o de él derivan derechos, ya originalmente o, bien, a título de cesionarios singulares o por causa de muerte. Claro está que si un mismo instrumento contiene diversos contratos, varios actos jurídicos, nada impide que se ataque la validez de uno o más, sin discutir la de los otros; pero si se pretende la nulidad del instrumento mismo, o se alega una causa de invalidez que inevitablemente afectaría todas las estipulaciones en él contenidas, entonces la discusión es total,

y son partes necesarias en la contienda todas aquellas personas que tienen un interés jurídico en el resultado del juicio y que sufrirían un perjuicio jurídico (no simplemente económico, como el del acreedor personal si su deudor pierde el pleito y el correspondiente patrimonio disminuye) en el caso de que prosperara la demanda.

En realidad es más técnico hablar en esta hipótesis de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, que de ineptitud sustantiva. Porque la personería de la parte demandada no es completa ni perfecta mientras la acción no se dirija contra todos los que por ley deben contradecirla. Si nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en el juicio, es claro que el fallo condenatorio no puede imponerle consecuencias desfavorables a quienes no han sido partes en el juicio.

En el caso que se estudia, la nulidad del testamento por no haber gozado de capacidad la testadora en razón de la demencia que se le imputa, indispensablemente dejaría sin valor ninguno tal acto, en su totalidad.

No se concibe cómo pudiera mantenerse en tal evento la validez del acto para los legatarios que no concurrieron al juicio, al mismo tiempo que se le declarara nulo para los herederos demandados. El acto jurídico es aquí único: el testamento. O vale o es inválido, en todas y cada una de sus partes. No hay término medio. El caso sería muy distinto si se hubiese ejercitado una acción de reforma; porque la reforma podría afectar solamente a los herederos, y no a los legatarios también. Mas la nulidad impetrada dejaría sin valor, en absoluto, el testamento. Lo que equivale a decir que se causaría con el fallo un perjuicio jurídico a los legatarios que no fueron demandados, ni concurrieron al juicio en ninguna forma. El pronunciamiento de fondo no podía hacerse, pues, ante la necesidad de resolver sobre la validez o nulidad de tales legados sin audiencia de los interesados. Ver Casación Civil, octubre 31 de 1951, G. J. 2105, pág. 494 y 13 de diciembre de 1945, G. J. LIX).

La diferente calificación de la excepción (inepta demanda sustantiva o ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada), no modifica la cuestión así planteada y resuelta por el Tribunal. Puesto que la excepción perentoria está probada en los autos (aparece del conteni-

do mismo del testamento), era el caso de declararla, como lo hizo el Tribunal. Es innegable que cuando falta la personería sustantiva, existe una ineptitud de fondo en la demanda, como lo expuso la Corte en sentencia de casación civil de 12 de noviembre de 1951 (G. J. 2107-8, pág. 773); es decir, una deficiencia sustantiva en la conformación de la litis, que impide el pronunciamiento sobre las peticiones del libelo.

Se rechaza el cargo.

Cargos primero y tercero

Estos cargos versan sobre las pruebas relativas a la demencia de la testadora. Están presentados en forma deficiente y carecen de fundamento. La declaración de la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, es irreprochable por las razones que quedan expuestas. Resulta sí obvio que el fallador de instancia no necesitaba entrar al estudio del fondo de la litis, para saber si en realidad existió la incapacidad mencionada.

Las cuestiones planteadas en estos dos cargos serían pertinentes si el Tribunal hubiera negado la declaración de nulidad, por estimar que la demencia pretendida no se había demostrado o que, por el contrario, aparecía probada la capacidad de la testadora. Pero carecen de toda importancia en el caso presente, sin que le sea permitido a la Sala adelantar estudio ninguno al respecto.

Los cargos, por consiguiente, no pueden prosperar.

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 por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 13 de octubre de 1950, en el juicio seguido por José María Montaña contra Magdalena Montaña de Izquierdo y otra.

Costas del recurso a cargo del demandante.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Rafael Ruiz Manrique — Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCIÓN DE PAGO DE UNOS HONORARIOS PROFESIONALES. — CAUSAL 2ª DE CASACION

Ante una absolución total o ante un desconocimiento completo de las peticiones de la demanda, no se puede invocar la segunda causal de casación, porque la incongruencia no puede existir jurídicamente, pues ni puede haber exceso de lo pedido, ni disminución de lo demandado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez y ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

El abogado Manuel González González pidió ante el Juez del Circuito de La Mesa, con audiencia de Francisco A. Herrera, en su carácter de curador de Leocadio González, las siguientes declaraciones que se sintetizan:

I. Que el demandante, al prestar sus servicios profesionales a Leocadio González en un juicio ordinario de reivindicación, en el cual se alcanzó éxito, cumplió el contrato de mandato que consta en la escritura 158 de 30 de mayo de 1929;

II. Que como consecuencia, el demandante es acreedor del 30% de los bienes reivindicados;

III. Que el interdicto Leocadio González le es deudor al demandante de ese 30%;

IV. Que se declare que el demandante es dueño del 30% de los bienes reivindicados en el juicio ordinario que adelantó con éxito (se describen los bienes);

V. Que se ordene el registro de la sentencia que haga este reconocimiento para que sirva de título de propiedad al demandante; y

VI. Que se condene en costas al demandado.

Los siguientes hechos se deben tener en cuenta aquí:

A Leocadio González le dejó unos bienes su abuelo, José María González, y le designó en su testamento como curador a Heliodoro González, quien en oportunidad entró a manejar esos bienes.

Leocadio González es un degenerado mental, y cuando cumplió los veintiún años firmó a favor

de su curador una escritura en que le hace traspaso de todos sus bienes.

En atención a esto, el Ministerio Público inició ante los jueces un juicio de interdicción, y declarado que Leocadio González era civilmente incapaz, se le designó como curador al doctor Luis Salcedo, quien celebró con el actor un contrato sobre prestación de servicios de abogado, al cual se refiere la escritura 158 ya citada, que versa especialmente sobre un juicio reivindicatorio de los bienes que el curador testamentario Heliodoro González se hizo traspasar de su pupilo; y

El actor siguió este juicio, según ya se expresó, el cual terminó con éxito, sin que aquél hubiera recibido la participación pactada en el contrato, o sea el 30% en dinero o en especie, según lo exigiera el abogado.

No se dice en la demanda por qué se piden declaraciones con audiencia de Francisco A. Herrera, y no con audiencia del curador doctor Luis Salcedo.

El curador citado al juicio no contestó la demanda, y el Juzgado dictó la sentencia de veintiseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, en la cual se resolvió:

1º Acceder a lo pedido en el punto I, es decir, declarar que el actor cumplió el contrato;

2º Declarar que al actor se le debe el 30%, en dinero, sobre el valor de los bienes a que se refiere la sentencia proferida por este Juzgado el 21 de marzo de 1939 y entregados al pupilo Leocadio González, por medio de su curador, por este mismo Despacho, en diligencia de 17 de abril de 1942, y sobre el valor que tales bienes tuviesen el día 17 de abril ya citado”.

3º Declarar inexistente por nulidad absoluta la promesa de pago en especies contenida en la escritura 158 de 30 de mayo de 1929, en relación con los servicios profesionales prestados por el actor.

4º Negar los pedimentos II, IV, V y VI de la demanda.

El curador citado al juicio apeló de este fallo, y el Tribunal Superior de Bogotá dictó el suyo de segundo grado, fechado el veintiocho de abril de

mil novecientos cincuenta, en el cual se revocó lo resuelto por el Juez en los numerales primero, segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, y absolvió al demandado de los cargos de los cardinales I y III de la demanda. "Se confirma en lo restante", dice la sentencia del Tribunal. Lo restante es la negativa del Juzgado en el numeral cuarto de su sentencia.

Resulta entonces que por la sentencia de primer grado quedaron negados en el numeral cuarto los pedimentos de la demanda en sus cardinales II, IV, V y VI, faltando solamente los cardinales I y III cuyos pedimentos niega el Tribunal, lo que quiere decir que por las dos sentencias de instancia fueron negadas todas las peticiones de la demanda. Por eso el Tribunal dijo: "la demanda debe desestimarse porque no se probó el hecho constitutivo de la representación del curador".

Está el negocio en la Corte porque al actor se le concedió el recurso de casación, a cuyo estudio se entra.

La sentencia del Tribunal

La escritura 158 de 1929 varias veces citada, y de la cual proviene el derecho al pago de participación que el actor persigue en la demanda, versa sobre un contrato celebrado de una parte por Luis Salcedo, diciéndose curador definitivo del interdicto Leocadio González, y del otro lado, por Rafael Landínez Cortés y Manuel M. González G. Estos se obligan a pedir y obtener la nulidad del contrato por el cual el citado interdicto vendió a Heliodoro González unos bienes inmuebles que había heredado de su abuelo, y alcanzar la reivindicación de ellos. El curador por su parte se obliga a pagar a los abogados "un porcentaje del treinta por ciento sobre el producto bruto, el cual se pagará en dinero o en especies, según lo exijan los abogados, advirtiendo que el porcentaje en especies será sobre lo que se recupere o reivindique".

En relación con estas cláusulas, el Tribunal expone en su sentencia dos únicos argumentos para revocar unas declaraciones del Juzgado y absolver al demandado de unos de los cargos de la demanda, dejando en pie la absolución de los otros pronunciada por el Juez.

El primer argumento lo presenta así: "Resultando que el actor no ha probado plenamente la representación del interdicto por parte del doctor Luis Salcedo en la época del negocio, pues la cer-

tificación que adujo expedida por el Juez del Circuito de La Mesa (cuaderno número 2, fl. 1 v.) no reemplaza la específica legal de la copia de los actos procesales solemnes del nombramiento, discernimiento y autorización para ejercer el encargo de curador; y, de otra parte, que a las certificaciones de jueces y magistrados sólo se atribuye el mérito probatorio de instrumento público cuando relaten hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso, y en casos expresamente autorizados por la ley, entre los que no se encuentran el específico del proceso. Que la prueba específica que se echa de menos no puede ser suplida por lo que resulte de otros instrumentos, salvo el caso de la destrucción o extravío de la solemne y principal, y que, si el doctor Salcedo fue tenido como curador en la época de la demanda sobre nulidad del contrato escriturario número 2118, ello no implica necesariamente que lo haya sido en 1929, fecha del contrato con el doctor González".

Sobre el segundo argumento dice la sentencia: "Resultando también que no pidió el actor condena a la prestación del equivalente en dinero, y que tampoco corrigió oportunamente la demanda en dicha sentido". Lo cual había desarrollado el Tribunal así: "Considerando la limitación que la demanda aporta a los poderes del juez, la necesaria correspondencia entre el *petitum* y el fallo, y que el Juez no puede por ende conceder o negar cosa diferente de la pedida; que la facultad de pasar de una acción a otra, aún en los casos en que las dos se refieren a bienes exteriormente diversos pero equivalentes patrimonialmente (curso alternativo), está temporalmente circunscrita, y, además, adopta la forma de una reconstitución del proceso (C. J. 208), siendo de advertir que, aún tratándose de estos equivalentes patrimoniales, subsiste la regla *ne eat iudex extra petita partium* (C. J. 471)".

Casación

En su demanda de casación, al hacer relación de hechos, dice el apoderado del actor que va a alegar como causales "la violación de ley sustantiva y no estar la sentencia de acuerdo con las pretensiones claramente probadas".

"Primer cargo: Violación de ley sustantiva y falta de apreciación de las pruebas"

Así enuncia el recurrente este cargo, sobre el cual dice:

“Al revocar el Tribunal la sentencia de primera instancia y absolver al demandado de todos los cargos, violó expresamente los artículos 2142, 2143 y 2144 del C. C. que definen y aceptan el contrato de mandato, que admiten que puede ser remunerado y que incluyen entre esta clase de contratos los servicios prestados por profesionales que tienen una carrera que ha exigido largos estudios.

“Con las copias presentadas y que fueron tomadas del juicio ordinario por el cual se reivindicó la finca El Payacal nítidamente aparece probado que como abogado titulado, presté mis servicios al incapaz Leocadio González; que obrando en su representación, obtuve para él la devolución de los bienes de que había sido desposeído, es decir que aparece probado hasta la saciedad que hubo un mandato, y que el mandatario cumplió estrictamente con sus obligaciones y sin embargo el Tribunal violando las disposiciones citadas, desconoce este contrato, su cumplimiento y el derecho a obtener por ello una remuneración o sea que viola estas disposiciones”.

Más adelante expresa el recurrente, ya refiriéndose, aunque incidentalmente, al argumento del Tribunal sobre la representación del curador doctor Salcedo:

“Podían los Magistrados del Tribunal Superior, llevados por su puritanismo, decir que por la falta de la copia tomada de las diligencias de curaduría del interdicto Leocadio González y con la cual se debía probar que el 30 de mayo de 1929 el curador tenía la administración de los bienes del pupilo, no se aceptaba el instrumento público presentado, y por lo tanto las estipulaciones en él contenidas no se podían tener en cuenta; pero reconocer que sí había habido un contrato de mandato, que el mandatario tenía derecho a cobrar su remuneración o que era acreedor de esta remuneración, y el mandante deudor de la misma, y entonces no se habría violado la ley sustantiva, no se habría desconocido el derecho ajeno”.

Y por último, se dice en la demanda de casación:

“Aunque la escritura presentada adoleciera de todas las nulidades establecidas en la ley, el contrato de mandato tiene que aceptarse, porque se confirió un poder, se prestaron unos servicios profesionales y en virtud de ellos, el mandante obtuvo provecho personal y directo, como está claramente probado y así se dejó de apreciar estas pruebas y por lo mismo, al revocar la senten-

cia de primera instancia y absolver al demandado de los cargos de la demanda, incurrió en un grave error de apreciación de pruebas, de lo cual resultó la violación de la ley sustantiva, primera causal alegada en esta demanda”.

Se considera:

Los artículos 2142, 2143 y 2144 que el recurrente tiene como violados, se refieren, como él mismo lo dice, a lo que es un contrato de mandato; a que éste puede o no ser remunerado, y a que los servicios de los profesionales se sujetan a las reglas del mandato. Pero es improcedente esta alegación porque el Tribunal no ha dicho que el contrato no se hubiera realizado. Los únicos argumentos de la sentencia son éstos: que el actor no probó en debida forma que el doctor Luis Salcedo fuera curador del interdicto, y que en la sentencia de primer grado se condenó a lo no pedido en la demanda.

El Tribunal no rechazó la escritura sobre el contrato de mandato, como dice el recurrente, atribuyéndole el desconocimiento de su derecho por no haber aceptado esa escritura; no: el Tribunal no objetó esa escritura, ni manifestó en forma alguna, se repite, que el contrato no hubiera sido celebrado. Y de esta suerte el Tribunal no pudo violar aquellos textos sobre el mandato.

Dice el recurrente que el Tribunal se dejó llevar de un puritanismo al echar de menos la copia de las diligencias de curaduría del interdicto a fin de establecer que a la fecha de la escritura sobre el mandato el curador doctor Salcedo sí tenía la administración de los bienes del pupilo. Ciertamente, esto fue lo que exigió el Tribunal y lo que constituyó uno de los argumentos de la sentencia. Mas ningún cargo se formula contra lo que el Tribunal expresa. Ni siquiera negó el recurrente esa falta de las copias de cuya ausencia se extraña el Tribunal. Si para el Tribunal esas copias eran esenciales en el debate, y el recurrente consideraba lo contrario, sobre esto ha debido versar su acusación y no sobre la suposición de que el Tribunal negó la existencia del contrato de mandato, lo cual no es así.

El cargo no prospera.

“Segunda causal: No estar la sentencia acorde con las pretensiones oportunamente deducidas”

Así presenta este motivo el recurrente, e intenta desarrollarlo en forma poco comprensible, como se va a ver:

“El hecho de que no se pueda aceptar el pago en especie, como lo sostuvo el señor Juez del Circuito, no quiere decir que la obligación por eso deje de existir para pagar los servicios con dinero ni menos que por este hecho quedara extinguida. Porque no haya derecho a cobrar en especie el pago de unos servicios profesionales que se han prestado, no quiere decir que no hay tampoco derecho a cobrarlos en dinero; los servicios prestados originan una deuda que no se puede extinguir porque se crea imposible satisfacer la obligación en la forma pedida.

“Luego tenemos que estando debidamente deducida esta pretensión, habiendo sido probada la existencia de la obligación y habiendo un texto legal, que admite la facultad de cambiar uno de los extremos en las obligaciones alternativas, el Tribunal erró al negar esta pretensión y dio así origen a alegar esta otra causal de casación”.

La causal segunda del artículo 520 del C. Judicial que es la que invoca el recurrente, expresa lo siguiente: “No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes”.

De lo copiado atrás, que son los párrafos menos imprecisos del recurrente, no se puede entender cuál es la desarmonía que él quiso apuntar entre lo pedido y lo sentenciado. La aspiración cardinal del actor es ésta, muy concreta en la demanda: que se declare que cumplió el contrato de mandato y que se decida en su favor una remuneración en especie. Y precisamente sobre estos temas versó la sentencia, sin que se hubiera dejado de considerar ninguna pretensión del actor.

Parece ser que el recurrente ha querido decir en su demanda, según lo copiado, que puesto que su aspiración era la de que se le reconociera una participación en especie, y el Tribunal no lo hizo, la sentencia está en desacuerdo con sus pretensiones. A lo cual habría que argüir que quien no atendió la pretensión del actor fue el Juzgado y que ante él, en instancias, se ha debido hacer el reclamo correspondiente, ya que el Juzgado decretó una participación en dinero, cuando se le pidió en especie.

Pero en todo caso, la sentencia le fue totalmente adversa al actor, pues ella equivale a una absolución de la parte demandada, y la causal segunda no consiste en que se falle de modo adverso a las pretensiones del demandante, sino en que no se haya fallado sobre algunas de esas pretensiones. Comparada la parte resolutive de la sentencia recurrida, con lo pedido en la demanda,

comparación de donde debe surgir la incongruencia entre la una y lo otro, se ve que esa desarmonía no existe, pues en el fallo del Tribunal se trataron todas las cuestiones en litigio, y todas quedaron definidas.

Desde otro punto de vista, la Corte tiene resuelto en muchos fallos que ante una absolución total o ante un desconocimiento completo de las peticiones de la demanda, no se puede invocar la segunda causal de casación, porque la incongruencia no puede existir jurídicamente, pues ni puede haber exceso de lo pedido, ni disminución de lo demandado.

Dentro de este motivo el recurrente trata de convencer que el doctor Luis Salcedo sí era curador del interdicto al momento de firmarse la escritura sobre mandato, y trata de glosar lo que el Tribunal sostuvo sobre el significado de una certificación del Juez de La Mesa, sosteniendo al mismo tiempo que esta certificación es prueba completa de que el doctor Salcedo sí ocupaba el cargo de curador al suscribirse la citada escritura; pero sin que esto se presente como un cargo contra la sentencia, sino como una alegación contra ella, ajena a la causal que se está estudiando, que es la incongruencia en el fallo recurrido. Ese argumento del Tribunal sobre la falta de prueba en relación con la curaduría del doctor Salcedo, como el otro argumento relacionado con la condenación que hizo el Juez del pago de una participación en dinero cuando se le pidió en especie, condenación que el Tribunal revocó, no fueron acusados en casación por el recurrente, y ellos han quedado en pie.

No prosperan los cargos.

Estudiado este proceso, no se puede desconocer que el actor prestó unos servicios profesionales que no han sido remunerados; pero las razones que quedan expuestas impiden la prosperidad del recurso, por lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiocho de abril de mil novecientos cincuenta, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarralde, Secretario.

LA INCONGRUENCIA COMO CAUSAL DE CASACION.—LA PROHIBICION CONTENIDA EN EL ARTICULO 2233 DEL CODIGO CIVIL, SOLO ES APLICABLE AL MUTUO

1.—El artículo 520 del Código Judicial, numeral 2º, autoriza el recurso de casación cuando la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Esta, puede decirse que es la incongruencia propiamente dicha; porque en nuestro sistema procesal también se produce la falta de consonancia, por exceso y por omisión en el fallo.

La distinción entre las tres clases de incongruencia que contempla el numeral 2º citado, puede resumirse en estos términos: fallo incongruente es el que no concuerda o coincide con las demandas de las partes; fallo omiso, el que deja de resolver alguna de ellas; y fallo excesivo, el que otorga o da más de lo pedido. Así, el primero sería el que resuelve una cuestión distinta de las planteadas en el litigio, otorgando lo pedido sobre fundamentos de hecho y conceptos diferentes a los que han servido de base al actor, desoyéndose por el juzgador la verdadera razón o causa de pedir; o cuando no se ajusta o coincide con las pretensiones que oportunamente han sido deducidas por las partes en el juicio. Omiso o diminuto, cuando no contiene resolución sobre alguna de las peticiones oportunamente deducidas en éste; y excesivo, el que concede más de lo pedido.

Cabe observar que el fallo omiso no implica precisamente lo opuesto a fallo excesivo. Dar más de lo que se solicita es un vicio o irregularidad que quiebra la sentencia; pero otorgar menos, no, porque, por ministerio de la ley, el juzgador tiene facultad, y puede y debe hacerlo, en los casos previstos por ésta. La deficiencia que deja incompleto el fallo, es la constitutiva de la omisión exigida por la ley como determinante de la causal de casación.

La incongruencia requerida por la ley es, pues, la que afecta la estructura general de la sentencia y las disposiciones que debe

contener, y que socava las reglas o formas a las cuales debe ajustarse toda decisión judicial, como lo dispone el artículo 471 del C. J.

2.—La prohibición del artículo 2233 del Código Civil, conforme al cual, "si se han pagado intereses, aunque no estipulados, no podrán repetirse ni imputarse al capital", sólo es aplicable al mutuo, en razón de la naturaleza especial de este contrato que, aun cuando esencialmente gratuito, permite al deudor el pago voluntario de intereses, aún de los no estipulados. Esto porque la ley supone que cuando el mutuario satisface intereses al mutuante, aún sin estipulación, cree tener la obligación natural de pagarlos, y de acuerdo con la misma, no se debe liberar a una persona de sus obligaciones morales. Una cosa es repetir o imputar intereses pagados legalmente, y otra distinta es repetir o imputar intereses pagados indebidamente.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Entre la Diócesis de Cartagena y la Sra. Amanda Rosales de Martínez, celebróse un contrato de compraventa y por el cual la primera transfiere a la segunda, "el dominio sobre una casa de paredes de embutido, techo de zinc y pisos de cemento, junto con el solar en que está construida, ubicado en el Callejón de San Antonio del Corregimiento del Espinal, en jurisdicción de este Distrito y distinguido por los siguientes linderos y medidas: frente, calle por medio, con propiedad de Justo Seca y mide 16 metros; por su derecha, entrando, con propiedad de Andrés López y mide 30 metros; izquierda, con propiedad de

Guadalupe Locarno y mide 16 metros; y por el fondo, calle de por medio, con propiedad del Ferrocarril (línea) y mide 16 metros.

El contrato se hizo constar en la escritura pública número 814 de 13 de diciembre de 1939, de la Notaría Primera del Circuito de Cartagena, y los pactantes convinieron además: en que el precio de la venta sería la suma de **un mil pesos moneda legal** (\$ 1.000), que la compradora se obligó a pagar a la entidad vendedora en cuotas mensuales no inferiores a treinta pesos (\$ 30.00) a partir de la fecha del contrato, devengando los saldos pendientes después del abono de la cuota respectiva un interés del uno por ciento (1%); que el no pago de tres mensualidades produciría **ipso-facto** la resolución del contrato, y como garantía del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, la compradora constituía hipoteca sobre el inmueble vendido, y a favor de la Diócesis de Cartagena.

Suplica la entidad demandante: se declare resuelto, por incumplimiento de la demandada señora Amanda Rosales de Martínez, el contrato de compraventa contenido en el instrumento 814 de 13 de diciembre de 1939, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable; se ordene la cancelación del registro del citado contrato y se deje en vigencia el anterior del dominio del inmueble a favor de la Diócesis, y condene a la demandada al pago de las costas y agencia en derecho, que estima en trescientos pesos (\$ 300.00) moneda legal.

Como hecho fundamental de las anteriores súplicas, alegóse el marcado con número **Sexto** de la demanda, que se hace consistir en que: "Habiéndose obligado la señora Amanda Rosales de Martínez a pagar el precio de la cosa vendida en cuotas mensuales de treinta pesos (\$ 30.00) a partir de la fecha del instrumento público anteriormente citado, o sea el de 13 de diciembre de 1939, el precio debió quedar absolutamente cancelado en 34 meses y sin embargo han transcurrido 72 sin que la cancelación total se haya producido; tal circunstancia conforme a la parte final de la cláusula **Quinta** del contrato, produjo **ipso-facto** la resolución de éste".

Aceptó la demandada todos los hechos de la demanda en su contestación, menos el **Sexto** que se dejó transcrito, afirmando haber pagado el valor de la obligación antes del tiempo estipulado; y que "se le debe por la Curia una suma de dinero que monta a la de **doscientos ochenta y nueve pesos con noventa y cuatro centavos** (\$ 289.94)

que se propone cobrar junto con los perjuicios, según contrademanda que presenta".

La demandada presentó libelo de reconvencción contra la Diócesis de Cartagena, para que se le condene: "a pagar a su favor la suma de **seiscientos ochenta y nueve pesos con noventa y cuatro centavos** (\$ 689.94) con los respectivos intereses. Proccedentes así: doscientos ochenta y nueve pesos noventa y cuatro centavos (\$ 289.94), como excedencia causada en el pago de la suma de un mil pesos (\$ 1.000.00) valor convenido como precio en el negocio de la compraventa celebrado entre Monseñor Pedro Adán Brioschi (q. e. p. d.) y la señora Amanda Rosales de Martínez, en el año de 1939, y cuatrocientos pesos (\$ 400.00) en que mi mandante estima el trabajo en derecho de la acción que motiva esta contrademanda".

Como fundamentos de hecho de la demanda de reconvencción, se presentaron: el 21 de octubre de 1939, previo acuerdo entre las partes, sobre el negocio a plazo de la compraventa celebrado y con relación a la casa del barrio de "El Espinal", entregó la contrademandante al Hermano Seminatti, un cheque girado a su favor por la Sociedad de Mejoras Públicas de Cartagena, por la cantidad de **setecientos cincuenta pesos** (\$ 750.00), cobrado el mismo día por el nombrado Hermano en el Banco de la República y del cual tomó la suma de quinientos pesos (\$ 500.00) para abonar al precio de la venta y devolverle los doscientos cincuenta pesos (\$ 250.00) restantes, como así sucedió. Que el nombrado Hermano, procediendo con autorizaciones de Monseñor Brioschi, le entregó a la señora Rosales de Martínez una libreta que serviría de comprobante de los abonos al capital; y que además del abono de quinientos pesos, hizo un segundo de treinta y siete pesos (\$ 37.00) en concepto de capital el 1º de noviembre de 1939. Y en los hechos marcados con los numerales **Octavo, Noveno y Décimo** se dijo, respectivamente:

"Que mi representada de conformidad con sus cuentas ya había dado más de la suma convenida, pues ella sabía que tenía pagado en concepto de capital y de intereses, y se negó rotundamente a seguir haciendo entregas, al Hermano Seminatti porque ya se había pasado de la suma acordada.

"Que el Hermano Seminatti también se negó a que se le expidiera la cancelación, alegando que el valor de la casa era de **un mil ochocientos pesos** (\$ 1.800.00), y arguyendo que esa casa valía mucho más.

"Que mi mandante, con todo y la negativa sistemática del señor Seminatti; de otorgar la escri-

tura de cancelación desde antes de la desaparición de Monseñor Brioschi, ella sin embargo ha hecho reformas y mejoras en el lugar del bien que le han cambiado totalmente, dándole una mejor presentación. Novedades que ha hecho con todo y a pesar de no tener garantizada su propiedad, por la falta anotada, la cual le ha originado perjuicios incalculables que no serían de difícil reparación en caso de que quisiera indemnizarse”.

La demanda de reconvencción fue admitida y ordenado su traslado, pero la contraparte no la contestó. Así quedó trabada la doble litis, la cual fue decidida en primera instancia, según fallo de 23 de enero de 1947, accediéndose a las súplicas de la demanda principal, con la orden de entrega del inmueble objeto del contrato que se declaraba resuelto, a la Diócesis de Cartagena, y la de la devolución por éste, a la señora Amanda Rosales de Martínez, de la suma que recibió como parte del precio del contrato, o sea, la de **novecientos veintisiete pesos** (\$ 927.00); y la condena a la última al pago de los intereses correspondientes a la suma de **setenta y tres pesos** (\$ 73.00), a partir del 13 de octubre de 1942, hasta cuando el pago se verifique, a la rata del uno por ciento mensual estipulada en el contrato.

Esta sentencia fue apelada por el reo y contrademandante, y el recurso se surtió ante el Tribunal Superior de Cartagena, poniéndosele fin a la segunda instancia con la sentencia de 8 de noviembre de 1949, reformatoria de la de primer grado en los términos siguientes:

“**Primero.**—Declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado entre Amanda Rosales de Martínez y la Diócesis de Cartagena, contenido en la escritura número 814 de 13 de diciembre de 1939, corrida en la Notaría Primera de este Circuito; por tanto, quedan sin valor la inscripción respectiva que de ese instrumento hubo de hacerse, en el libro correspondiente. Comuníquese lo anterior al señor Registrador de este Circuito para que haga la cancelación del caso.

“**Segundo.**—La compradora señora Rosales de Martínez restituirá al vendedor el bien raíz que fue materia de aquel contrato, junto con sus accesorios y frutos, estos últimos en la proporción de la cantidad de dinero que no fue pagada para completar el precio de la venta. El vendedor deberá restituir al comprador lo que hubiera pagado por el precio, con los intereses legales desde

la presentación de la demanda. Como indemnización de perjuicios moratorios la compradora pagará intereses de la suma de \$ 73.00 desde aquella presentación, a la rata del uno por ciento mensual.

“**Tercero.**—Considérase a la compradora como poseedora de mala fe para los efectos del abono de expensas o mejoras a que tiene derecho conforme a las reglas generales. No se condena en costas en ninguna de las instancias”.

Son fundamentos de este fallo:

Que la acción escogida por el actor es la resolutoria del contrato, con indemnización de perjuicios, y a que se refiere el artículo 1546 del Código Civil, permitida por el 1930 *ibidem*, a pesar de haberse estipulado expresamente el pacto comisorio. Que el fundamento de hecho de la acción lo constituye principalmente, el hecho **Sexto** de la demanda, que ya se dejó transcrito atrás.

Que el 18 de diciembre de 1945, fecha de la presentación de la demanda, si el comprador hubiere cumplido con su obligación de pagar el precio en la forma estipulada, ésta no estaría vigente; y como el vendedor afirmó en su libelo el incumplimiento de lo pactado, tocábale a aquél, aportar la prueba irrefutable del pago en el lugar y tiempo estipulados (artículo 1930 del C. C.) so pena de sufrir la resolución de la venta con indemnización de perjuicios.

Estima el sentenciador los recibos firmados por el Hermano Seminatti, como comprobantes de abonos de sumas computables al precio de la finca y al pago de intereses y que tales “pagos por capital e intereses a que aluden aquellos documentos fueron efectuados realmente y recibidos por persona autorizada para ello, pero en las cantidades expresadas en tales papeles”; que hecha la separación del caso y sumadas esas cantidades dan un total de **novecientos veintisiete pesos** (\$ 927.00) por concepto de capital. De donde deduce que el precio de la compraventa, según la escritura 814, no fue cancelado en su totalidad dentro del plazo acordado, por ser aquél de \$ 1,000.00, y porque, si el apoderado de la demandada en su alegato de segunda instancia, sostiene que las cantidades excedentes pagadas por concepto de intereses deben ser descontadas, no reclama que ellos deban ser computados a capital, aun cuando parece que ésa fuera su intención.

Agrega la sentencia, que por otro lado se accionó en demanda de reconvencción para que la Curia pagara a la demandada la cantidad de **dos-**

cientos noventa y nueve pesos con noventa y cuatro centavos (\$ 299.94) como "excedencia causada en el pago de la suma de \$ 1.000.00 valor convenido como precio en el negocio de la compraventa", y que el fundamento de hecho de esta acción está señalado en el marcado con el número Octavo de aquella demanda.

Acepta el Tribunal que los recibos expedidos "por pagos de intereses acusan sumas mayores que las que hubiera debido cancelarse por ese concepto, a la rata del uno por ciento mensual"; pero que ello no demuestra que los excedentes debían computarse al precio de la cosa vendida, ya que en esos recibos no se habla sino de intereses, y que bien pueden relacionarse a otras cantidades que la señora Rosales de Martínez tuviera pendientes con la Diócesis". Aún más: en el supuesto de que todos los recibos por intereses correspondan realmente y con exclusividad a la compraventa de que da cuenta la escritura 814, fue voluntad de la compradora pagar los intereses excedentes, por lo que, si se abonaron esas sumas como intereses, no es dable que el fallador las impute a capital, de modo arbitrario y oficioso. Si la compradora pagó de más por concepto de intereses puede iniciar la acción judicial correspondiente para repetir lo pagado, pero no puede pretender que en este juicio se conviertan cantidades pagadas por intereses en abonos de capital".

"En estas circunstancias, concluye el sentenciador, procede la acción de resolución del contrato celebrado, de que da cuenta la escritura pública número 814, con indemnización de perjuicios moratorios. Los efectos de esta resolución son los contemplados en el artículo 1932 del C. C., en armonía con el 964 y siguientes del mismo estatuto".

El recurso

Este fallo fue objeto del recurso de casación por parte de la demandada y contrademandante, y se ha fundado ante la Corte, apoyándolo en las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J., "por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva y por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Causal segunda

Esta causal, que es la que debe estudiarse en

primer término, la fundamenta el recurrente en dos motivos: "Haberse pronunciado una condena a más de lo pedido por el actor; y haberse abstenido el sentenciador de resolver en ningún sentido la demanda de reconvencción".

Primer motivo.—"Comparando la parte petitoria de la demanda con la resolutive de la sentencia, se observa que el actor apenas pidió la resolución del contrato celebrado entre la Diócesis de Cartagena y la señora Amanda Rosales de Martínez, por medio de la escritura número 814 de 13 de diciembre de 1939, Notaría Primera de Cartagena, con indemnización de perjuicios; y que, como consecuencia se cancela el registro de dicha escritura.

"Es congruente con la demanda —aunque sea infundado— lo dispuesto en el punto primero de la sentencia en que se declara resuelto el contrato y se ordena cancelar el registro de la escritura; es también congruente la última parte del segundo punto que dice: "Como indemnización de perjuicios moratorios, la compradora pagará intereses de la suma de \$ 73.00 desde aquella presentación (de la demanda), a la rata del 1% mensual.

"Pero está fuera de lo pedido en la demanda, y por consiguiente en esta parte el Tribunal falló **ultra petita**: a) La primera parte del punto segundo que condena a la demandada señora Rosales de Martínez "a restituir al vendedor el bien raíz que fue materia de aquel contrato, junto con sus accesorios y frutos...; y b) El punto tercero, según el cual, la demandada debe ser considerada como poseedora de mala fe, para el efecto del abono de expensas y mejoras".

Segundo motivo.—"Por otra parte, el sentenciador se abstuvo por completo de resolver en ningún sentido la reconvencción, como si el hecho de que prosperara la demanda excluyera automáticamente el éxito de aquella. Como se ha visto ya al relatar los antecedentes del negocio, la demandada pidió en la reconvencción que se condenara a la Diócesis a devolverle las sumas pagadas con exceso del precio de la venta, después de descontar los intereses contractuales. Al efecto, dentro de los términos probatorios de las instancias allegó al juicio los recibos de capital e intereses, y además, se produjo el dictamen de los peritos señores Guerrero y Hernández Villa (f. 28 y 33) del cuaderno de pruebas de la segunda instancia, según el cual la Diócesis recibió \$ 58.00 en exceso por concepto de intereses, sin tener en cuenta los

dos recibos por \$ 13.00 y \$ 14.60, que forman los folios 39 y 40 respectivamente.

“El sentenciador se limitó a decir, en la parte motiva de su providencia, que “si la compradora pagó de más por concepto de intereses **puede iniciar la acción judicial correspondiente para repetir lo pagado** (subrayo), pero no puede pretender que en este juicio se conviertan en cantidades pagadas por intereses en abonos de capital.

“Se ve, pues, claramente que en la sentencia no hay siquiera una absolución implícita en lo referente a la reconvencción, sino que el sentenciador se abstiene de fallar para remitir a la señora de Martínez a un juicio aparte y separado: “puede iniciar la acción judicial correspondiente para repetir lo pagado”. Como si no la hubiera iniciado precisamente en la reconvencción”.

Se considera:

El artículo 520 del Código Judicial, numeral 2º, autoriza el recurso de casación cuando la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Esta, puede decirse que es la incongruencia propiamente dicha. Porque, en nuestro sistema procesal, también se produce la falta de consonancia, por exceso y por omisión en el fallo.

La distinción entre las tres clases de incongruencia que contempla el numeral 2º citado, puede resumirse en estos términos: fallo incongruente es el que no concuerda o coincide con las demandas de las partes; fallo omiso, el que deja de resolver alguna de ellas; y fallo excesivo, el que otorga o da más de lo pedido. Así, el primero sería el que resuelve una cuestión distinta de las planteadas en el litigio, otorgando lo pedido sobre fundamentos de hecho y conceptos diferentes a los que han servido de base al actor, desoyéndose por el juzgador la verdadera razón o causa de pedir; o cuando no se ajusta o coincide con las pretensiones que oportunamente han sido deducidas por las partes en el juicio. Omiso o diminuto, cuando no contiene resolución sobre alguna de las peticiones oportunamente deducidas en éste; y excesivo, el que concede más de lo pedido.

Cabe observar que el fallo omiso no implica precisamente lo opuesto a fallo excesivo. Dar más de lo que se solicita es un vicio o irregularidad que quiebra la sentencia; pero otorgar menos, no, porque, por ministerio de la ley, el juzgador tiene facultad, y puede y debe hacerlo, en los casos previstos por ésta. La deficiencia que deja incompleto el fallo, es la constitutiva de la omisión

exigida por la ley como determinante de la causal de casación.

La incongruencia requerida por la ley, es pues, la que afecta la estructura general de la sentencia y a las disposiciones que debe contener, y que socava las reglas o formas, a las cuales debe ajustarse toda decisión judicial, como lo dispone el artículo 471 del C. J.

La demandada, como se dejó dicho en la primera parte de esta decisión, al contestar la demanda negó el hecho base de la acción resolutoria del contrato de compraventa, alegando haber pagado “el valor de su obligación antes del tiempo” fijado en éste, y deberle la Curia una suma de dinero pagada de más por concepto de intereses, hecho que configura la excepción de pago, por el fenómeno de la compensación. Al propio tiempo intentó demanda de reconvencción con fundamento único en el mismo hecho, la cual fue admitida y debidamente sustanciada, aún cuando la Diócesis no la contestó, quedó legalmente trabada la doble litis sobre los extremos mencionados, a todo lo cual se agrega la insistencia de la misma parte en los alegatos de conclusión para que el sentenciador definiése esos puntos planteados en la controversia.

La sentencia del Tribunal aceptó que los recibos expedidos por pagos de intereses acusan sumas mayores de las que debían cancelarse por ese concepto, a la rata del uno por ciento mensual. Pero, nada dijo respecto de la demanda de reconvencción ni sobre el punto **sub iudice** de las mejoras, pues, se limitó en la parte motiva a una vaga referencia de la primera, sin decidirla en la resolutoria, y a remitir el reclamo a un juicio aparte o separado, por tratarse de una demanda de repetición de intereses. En cuanto a mejoras, guardó completo silencio en una y otra parte de la sentencia.

En este estado, el fallo no es casable por el primer motivo de la acusación, como fallo excesivo. Porque la adición al de primer grado, consistente en la orden de restitución del inmueble, considerando a la demandada como poseedora de mala fe para los efectos de las prestaciones mutuas, es de las disposiciones inherentes a la declaratoria de resolución del contrato, y de las que el Juzgador debe decretar de oficio, aun cuando no haya sido demandada.

No puede afirmarse lo mismo con relación al ataque contra el fallo por ser omiso o diminuto, en cuanto que dejó de resolver la demanda de reconvencción y el punto **sub iudice** de las mejo-

ras, porque esta deficiencia sí lo hace incompleto y en grado suficiente para haber incurrido en la causal segunda de casación, por lo que ha de infirmarse dicho fallo.

Ya en instancia debe la Corte considerar lo relativo a la demanda de reconvencción.

El Tribunal dio por demostrado el hecho principal que le sirve de fundamento a la contrademanda, o sea, el de que la demandada compradora señora Amanda Rosales de Martínez ha dado de más del precio de la compraventa, estipulado en la escritura 814 de 13 de diciembre de 1939. Pero lo así pagado de más, agrega el sentenciador, no es dable imputarse a capital de modo arbitrario y oficioso. Concepto equivocado, porque la compensación es un fenómeno que se opera *ipso facto*, por ministerio de la ley, siempre que concurren los requisitos exigidos por el Código Civil, es decir, que existan dos deudas u obligaciones recíprocas y exigibles entre las mismas partes. En tal virtud, actúa siempre que concurren aquellas circunstancias, sin que sea necesario estudiar cuál es la causa de las obligaciones recíprocas.

La demandada se obligó a pagar como precio de la compraventa, a que se refiere la escritura 814, la suma de **un mil pesos moneda legal** (\$ 1.000.00), y los intereses del uno por ciento (1%) mensual sobre los saldos que fueran quedando después de hecho el abono respectivo a esta cantidad. Hecha la discriminación de los pagos parciales tanto por capital como de los intereses, resulta haberse solucionado la deuda principal con sus accesorios en su integridad, quedando a cargo del demandante y vendedor, un saldo por concepto de recibo de intereses no debidos, en exceso de los estipulados, y la concurrencia de una obligación exigible a favor de la compradora, enfrentada a la deuda de ésta, por el resto del precio que se dice no pagado. Situación procesal en la cual no había por qué entrar al estudio de la causa de las obligaciones recíprocas existentes entre las partes, sino actuar en razón de su concurrencia y de la alegación de pago total de la deuda y de la consecuente extinción recíproca por el fenómeno jurídico de la compensación.

No puede, en el caso *sub iudice*, afirmarse que la prohibición del artículo 2233 del Código Civil, impide que los intereses pagados de más, en exceso de los estipulados, se imputen al pago del precio. Porque, tal disposición sólo es aplicable al mutuo, en razón de la naturaleza especial de este contrato, que aun cuando esencialmente gra-

tuito, permite al deudor el pago voluntario de intereses, aún de los no estipulados. Esto, porque la ley supone que cuando el mutuuario satisface intereses al mutuante, aún sin estipulación, cree tener la obligación natural de pagarlos, y de acuerdo con la misma, no se debe liberar a una persona de sus obligaciones morales". Una cosa es repetir, o imputar intereses pagados legalmente, y otra distinta es repetir, o imputar intereses pagados indebidamente.

De todo lo anterior surgen dos conclusiones: a) Que la demandada compradora señora Amanda Rosales de Martínez no incumplió el contrato de compraventa a que alude la escritura 814 de 13 de diciembre de 1939, de la Notaría Primera de Cartagena, pues se ajustó a lo allí estipulado solucionando el pago del precio dentro del plazo indicado para tal fin; y b) La prosperidad de la excepción de pago por compensación, propuesta al contestar la demanda, por la señora Rosales de Martínez, y suplicada posteriormente en su libelo de reconvencción.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, dictada en este juicio ordinario, de fecha 8 de noviembre de 1939, y revoca la del Juzgado Civil del Circuito del mismo lugar, y decide este litigio así:

Declárase probada la excepción de pago, por compensación, alegada como tal, y suplicada posteriormente en el libelo de reconvencción, por la señora **Amanda Rosales de Martínez**, en el presente juicio ordinario, que le sigue la **Diócesis de Cartagena**; y en consecuencia, extinguida la obligación a cargo de la primera, del pago del resto del precio de la compraventa, que contiene la escritura pública número 814 de 13 de diciembre de 1939, de la Notaría Primera del Circuito de Cartagena; ordénase la cancelación del gravamen hipotecario constituido por medio del citado instrumento público, y en tal sentido, ofíciase al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de aquel Circuito para que cancele la respectiva inscripción.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, 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.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—CULPA DE LA VICTIMA

Cuando la culpa del demandado es consecuencia de un hecho culposo de la víctima, no hay lugar a responsabilidad alguna por parte de aquél, porque la imprudencia de la víctima, su culpa absorbe, por decirlo así, lo imputado al demandado.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El día veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, el señor Jean^o Baptiste Hestres, alto empleado de la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A., en viaje de rutina, con el objeto de inspeccionar los diversos campamentos de trabajo de la empresa, remontó en las horas de la mañana en una lancha de vapor, manejada por el piloto Aurelio Quinto, el curso del río San Juan, en el Departamento del Chocó, desde Andagoya hasta el lugar donde estaba situada la Draga número 1.

Contra su costumbre por diversos hechos de los cuales se hablará luego, empleó más tiempo del ordinario en el viaje y al regreso, ya de noche, al llegar a la Draga número 6, que operaba muy cerca de la referida población de Andagoya, sin esperar el aviso de los maquinistas de tener vía libre, se aventuró a pasar, enredándose el motor de la lancha en uno de los cables de la Draga, lo cual produjo su hundimiento y el naufragio del señor Hestres, de un señor de apellido Peterson, de quien se hizo acompañar al regreso y del conductor de la lancha, pereciendo los dos primeros.

Con fecha diez y seis de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, la señora viuda del señor Jean Baptiste Hestres y sus hijas, demandaron a la empresa "Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A.", ante el Juez Civil del Circuito de Isthmina, para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se condene a la expresada entidad al pago de la suma de sesenta mil pesos

(\$ 60.000.00), como indemnización por los daños materiales y morales que les han sido ocasionados —dicen— con la muerte trágica del referido señor, que atribuyen a culpa y negligencia de la Compañía, quien la noche y hora del siniestro "había omitido toda indicación que pudiese prevenir eficazmente, aún al navegante más imprudente y temerario, la existencia de un cable atravesado en la vía", en el cual se enredó la lancha, produciéndose el siniestro.

La sociedad demandada sostiene que toda la culpa del siniestro, con la consecuencia dolorosa del ahogamiento del señor Hestres, le pertenece a éste exclusivamente, por haber quebrantado sus deberes de empleado, dedicándose en el curso del viaje a ingerir licor, "que le perturbó el juicio, lo que seguramente originó sus injustificadas demoras para regresar a Andagoya y su temeridad viajando de noche contra las órdenes de la empresa y las admoniciones de varias personas, inclusive el lanchero".

La sentencia de primera instancia

Esta fue proferida con fecha veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, en la cual se condenó a la Sociedad demandada al pago de la mitad de los perjuicios materiales que se hubieren causado a las demandantes, que se estimarían en los términos del artículo 553 del C. J., y a pagar por perjuicios morales, la suma de un mil pesos (\$ 1.000.00) a la viuda, y doscientos cincuenta pesos (\$ 250.00) a cada una de sus hijas.

La sentencia del Tribunal

En desacuerdo con tal proveído, ambas partes apelaron para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, donde al final de la actuación correspondiente, se pronunció fallo con fecha veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta, por el cual se CONFIRMA el del inferior, modificando solamente en cuanto al valor de los perjuicios morales sufridos por las hijas del señor Hestres, que el Tribunal eleva a quinientos pesos (\$ 500.00) para cada una.

Encuentra el juzgador demostrados los siguientes hechos: que en las visitas que hizo la víctima a los campamentos 1 y 2, "hizo uso del licor en forma abundante y apreciable", que revelan mala conducta y procedimiento torpe; que en lugar de dedicarse a las obligaciones de su empleo, buscó la compañía de señoritas y de un caballero, que lo distrajeran de sus deberes, lo que revela también mala conducta; que por el horario apreciado, si no hubiera mediado la circunstancia del licor y la presencia de las personas de quienes se hizo acompañar, con las cuales hizo visitas, hubiera tenido tiempo para regresar de día al lugar de su destino, como en otras ocasiones lo había realizado, sin exponer su vida en una noche oscura y con un río crecido y peligroso, como lo es el San Juan. Que contra prohibición expresa de los reglamentos de la Empresa a cuyo servicio se hallaba, que impedían viajar en sus lanchas de las seis de la tarde en adelante, Hestres zarpó de Istmina a las siete de la noche. Que esta imprudencia es mayor si se tiene en cuenta que Hestres desoyó las insinuaciones del conductor de la lancha y de las señoritas que lo acompañaron hasta Istmina, quienes le aconsejaron se quedara allí "y que no viajara a Andagoya, por ser peligroso, ya que la noche estaba oscura y el río crecido, aumentando así su culpabilidad a los ojos de la ley".

El sentenciador aprecia el momento culminante de la tragedia en que perdió la vida Hestres, en los siguientes términos:

"Desoídas por Hestres las indicaciones que le hacían el lancharo y sus compañeras de viaje hasta Istmina, la embarcación siguió rumbo a Andagoya a pesar de la oscuridad de la noche y los peligros que presentaba el río, pero ya únicamente tripulada por Hestres y Peterson y manejada por el lancharo Aurelio Quinto.

"La única declaración que puede dar luz sobre esta etapa que culminó con el siniestro, en el cual perdieron la vida los señores Peterson y Hestres, es la del lancharo, único testigo presencial de los hechos de la lancha, y cuando se encuentra en presencia de la Draga se expresa así: "Cuando llegué al sitio arriba donde trabaja la Draga número 6, efectivamente paré la lancha, buscando el modo de hacerme ver de los empleados de la mencionada Draga, o para que me dieran vía libre; al ver esto el señor Hestres me ordenó que no parara la lancha, que siguiera, que no pasaba nada; yo seguí poco a poco la lancha". Y agrega: "Nosotros salimos de aquí como a las siete de la

noche y emplearíamos unos cinco minutos en llegar en donde se encuentra la Draga número 6. La noche estaba oscura, pero no muy oscura, no había neblina ni estaba lloviendo. Yo le bajé la velocidad a la lancha cuando estaba cerca de la Draga, teníamos distancia poco más o menos de doscientos metros, mermada la velocidad paré la lancha para que los empleados de la Draga me dieran vía libre, pues esperaba que ellos se dieran cuenta de mi presencia en ese momento porque yo no tenía cómo hacerla, esperábamos las señales de la Draga consistentes en una bandera y la iluminación con el reflector, pero no nos hicieron ni señales con bandera ni nos pusieron el reflector porque como la Draga estaba trabajando diagonal a la corriente del río, es decir, algo atravesada, pero no completamente atravesada, el reflector por este motivo iluminaba era el monte y no el río...".

Expresa luego el mismo lancharo que, "al ver que no me daban ninguna señal y que hacía rato estábamos ahí, el señor Hestres me ordenó que siguiéramos y yo obedecía esa orden. Entonces yo seguí marchando poco a poco porque el cable derecho de la Draga en la proa estaba levantado y pensé que estando ese cable de proa levantado, el cable de popa del mismo lado derecho de la Draga, podía estar levantado o en el fondo del río, yo podía perfectamente pasar con la lancha porque no había peligro de ninguna clase. Pero el cable de popa, ni estaba alto, ni estaba sumergido, sino que estaba sobreaguado como poco más o menos una media vara abajo de la superficie. Por estar en esta forma el cable cogió los timones de la lancha".

Esto produjo el hundimiento de la embarcación. Los pasajeros se lanzaron al río, pero los señores Hestres y Peterson no sabían nadar, pereciendo ahogados, a pesar de haberse dirigido en una canoa los empleados de la Draga en su auxilio.

Encuentra el Tribunal establecido, en cuanto se refiere a la conducta de la Compañía, para deducir su responsabilidad, que en la Draga que accionaba en el río y uno de cuyos cables fue la causa del siniestro, el vigilante de la máquina no estaba en su puesto; de ahí que no fuera posible dar la orden de que la embarcación se detuviera mientras se accionaba el mecanismo requerido para levantar el cable que estaba "sobreaguado"; que el piloto de la lancha ha debido cumplir los reglamentos de la Empresa y no navegar de noche, y que por lo demás, en cuanto a la Empresa, ejercita ella una actividad peligrosa, que hace

presumible su culpa, de donde desprende una responsabilidad indirecta contra ella, por falta "de previsión, de mayor cuidado en el servicio prestado, de más técnica y de mayor precaución en la escogencia de los empleados de la compañía"; pero, como a la vez encuentra culposa la conducta de la víctima, dispuso reducir la indemnización demandada en un cincuenta por ciento (50%), perjuicios que en lo material habrían de estimarse en los términos del artículo 553 del C. J., y aumentó la estimación de los morales, en lo que se refiere a las hijas de la víctima, en la suma de quinientos pesos (\$ 500.00).

De esta providencia recurrieron para ante la Corte ambas partes, pero los actores abandonaron el recurso.

Los cargos en casación

Con fundamento en el artículo 520 del C. J., se aducen contra la sentencia en estudio dos cargos, de los cuales la Sala escoge el primero, por enconstrarlo demostrado.

Dice el recurrente, que acusa por violación directa de los artículos 2341 y 2357 del Código Civil, por indebida aplicación al caso, pues el Tribunal le aplicó el primero a la Empresa, que ninguna responsabilidad tuvo en el accidente del señor Hestres; "y sobre ese error de derecho, creyó ser el caso del artículo 2357, dejando a cargo del demandado parte de una indemnización que no debe".

"Está—dice—plenamente acreditado, en forma que es hecho incontrovertible en el proceso, aceptado en la sentencia, la conducta culpable de Hestres, en abierta pugna con sus deberes precisos de funcionario o empleado de la empresa demandada. Esa conducta se singulariza por las siguientes faltas de carácter grave, que el Tribunal le apunta:

"1º Violación del reglamento de la compañía, que rige las relaciones entre ésta y sus empleados y obreros según el cual está terminantemente prohibido a todo empleado u obrero "presentarse al trabajo en estado de embriaguez o tomar durante el servicio licores embriagantes".

"2º Violación de las órdenes terminantes de la empresa, dada a todos los empleados que utilizaran en el servicio las lanchas de la compañía, en el sentido de que deben regresar a Andagoya antes de las seis de la tarde.

"3º La demora injustificada de Hestres, tanto de ida como de regreso, en distintos sitios en el Gaceta—9

recorrido que efectuó en el río San Juan, para visitar el campamento de la Draga número 1, demoras que ocasionaron su considerable retraso en el regreso al punto que cuando llegó a Istmina ya estaba de noche.

"4º La grave imprudencia que cometió insistiendo en proseguir el viaje en Istmina, sin preocuparse de los peligros que ofrecía la navegación de noche y con el río creciendo, y desatendiendo las advertencias angustiosas que le hicieron las señoritas Millán para que no continuara el viaje, además de las que ya le había hecho el lancharo, a quien le ordenó ponerse en marcha y llegar a Andagoya.

"5º El nuevo acto de temeridad e imprudencia del señor Hestres, quien al llegar frente a la Draga número 6, en vez de conformarse con la actitud cautelosa del lancharo que paró la lancha buscando la manera de que los de la Draga le advirtieran para que le dieran la vía libre, le ordenó no detenerse y seguir "pues no pasaba nada".

"Toda esta cadena de faltas o de actos culposos a no dudarlo fueron la causa directa y eficiente de la tragedia. Pues si el señor Hestres cumple el itinerario de su recorrido por el río San Juan, como en otras ocasiones lo solía hacer, tiempo en exceso le había quedado para regresar de día a Andagoya, y entonces seguramente nada le habría pasado. Pero aún con las demoras anotadas todavía en Istmina tuvo la oportunidad de medir el peligro que corría él con sus compañeros, y quedarse allí. Sin embargo nada ni nadie lo hizo reflexionar, porque su imaginación exaltada por el abuso del licor durante todo el día, arrebatándole el juicio, le hizo perder también la noción del peligro. Quizá si en la travesía no se le ocurre hacerse acompañar de su amigo el señor Peterson, quien compartía con él la euforia artificial del licor, el viaje de regreso habría sido normal, o por lo menos Hestres, en llegando a Istmina pasa allí la noche, ya que solo, con el lancharo, carecía de halago y estímulo para arribar de todas maneras esa misma noche a Andagoya.

"Las faltas de Hestres fueron de acentuados caracteres de gravedad. Si la culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente, según la definición de Planiol, o el error de conducta impropio del hombre avisado y diligente colocado en circunstancias iguales, no hay duda de que Hestres estuvo en culpa desde que empezó a ingerir licor y a demorarse sin objeto frecuentemente en el camino hasta que la tragedia lo arro-

jó por su temeridad entre las turbulentas aguas del río. Incumplió así el primero obligaciones preexistentes que eran los deberes que lo vinculaban a la Compañía a la cual servía, y consigo mismo; los primeros de orden reglamentario que le impedían embriagarse durante el trabajo, y le ordenaban cumplir éste dentro del tiempo razonable y hacer regresar las lanchas que usara, a Andagoya, antes de las seis de la tarde, para evitar que viajaran de noche y los segundos de orden práctico que aconsejaban resguardarse oportunamente contra las asechanzas de orden material o moral, que pueden herir nuestra integridad física o bienestar espiritual. Nadie dudará de calificar la conducta seguida por el señor Hestres en el curso de su fatal día, desde que empezó a tomar licor hasta que pereció, especialmente en los momentos trascendentales de su arribo a Istmina, ya de noche, y cuando obligó al lancharo, próximo a la Draga, a seguir navegando, dándole la seguridad de que no pasaba nada, como temeraria en demasía, absolutamente contraria a la del tipo del hombre prudente, avisado y diligente, puesto de ejemplo por la doctrina y la jurisprudencia".

Examina luego el recurrente la conducta del piloto de la embarcación, señor Quinto, y la encuentra intachable: no ingirió licor, le advirtió a su patrón que ya era tarde, que les iba a coger la noche y que a partir de la Draga número 2, la navegación era muy peligrosa. Que a esta advertencia, sólo tuvo la respuesta de que "no importaba". Que al llegar Quinto al lugar donde operaba la Draga número 6, desaceleró el motor y siguió poco a poco, en espera de que la lancha fuera advertida; que a este movimiento de elemental precaución se opuso Hestres, con la orden de que "no parara la lancha, que siguiera", dando de nuevo la seguridad de que **no pasaba nada**. Que esta actitud prudente del piloto fue debidamente apreciada por el Juzgado Superior de Cali, donde se sobreesayó en la causa criminal contra Quinto, porque en el accidente actuó "obediendo órdenes de sus superiores quienes lo hicieron viajar de noche a pesar de las varias prevenciones que en contrario se les hicieron, y le hicieron pasar el primer cable, a pesar de que no se tenía la seguridad de que el segundo estuviera levantado". Dice que traspassa los límites de la arbitrariedad, imputarle a Quinto, como lo hace el juzgador, "culpa aún la más ligera en el siniestro de la lancha".

Expresa por último que, aún dada por estable-

cida la culpa del lancharo y "las demás culpas que inventa" el Tribunal, tales como la falta de iluminación del río por los reflectores de la máquina y la ausencia del vigilante en la Draga, del sitio acostumbrado, que todas esas culpas de menor gravedad, "son postreras o de última hora generadas en la gran causa de la tragedia consistente en la conducta del señor Hestres". Si éste no ingiere licor, si no se demora, como lo hizo, en diferentes sitios ajenos a su correría, y sobre todo, si atiende las voces de alarma de las señoritas Millán y del mismo lancharo y pernocta en Istmina, "le hubiera desviado a la muerte su camino". Que aún más, que ya a las puertas de la tragedia, "seguramente la conjura, si se atiende a las elementales precauciones que el lancharo empezó a tomar".

De donde deduce que Hestres fue el primero en la culpa. "Esta se eslabona —agrega— en una serie de faltas que se fueron acrecentando hasta culminar en el volcamiento de la lancha y producir los episodios concomitantes que el sentenciador califica de culposos de parte de los dependientes de la empresa".

Dice, con cita de los hermanos Mazeaud, que "el perjuicio en tal caso es el resultado de dos actividades sucesivas; pero la del demandado es posterior a la actuación irregular de la víctima, viniendo a ser una consecuencia de ésta".

Termina pidiendo, por las razones que se dejan sintetizadas, la infirmación del fallo.

Para resolver, se considera:

Según el artículo 2341 del Código Civil, el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

El perjuicio causado a una persona, da nacimiento a una relación de derecho entre la víctima y el autor del daño. Los elementos propios y conocidos de esa relación, que deben probarse en el juicio correspondiente, son: un perjuicio, una culpa y una relación necesaria de causalidad.

Por regla general establece el artículo 2356 del C. C.: "Todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta", y se citan en el precepto como ejemplos una serie de actos, tales como el que dispara imprudentemente una arma de fuego, el que remueve las losas de una acequia o cañería, etc.

La Corte ha considerado que el precepto con-

sagrado en este artículo, no tiene por objeto repetir la regla del artículo 2341 del C. C., sino que, separándose del sistema expuesto en este último, establece una presunción de culpa cuando el daño deriva de un hecho que por su naturaleza, o las circunstancias en que ocurre, permiten atribuirlo a malicia o negligencia de otra persona. A la víctima le basta demostrar los hechos que configuran el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido a virtud de la presunción de culpa. Y será el demandado quien deba probar que el accidente ocurrió por exclusiva imprudencia de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por fuerza mayor o caso fortuito, ya que, como se ha dicho, el ejercicio de una actividad peligrosa, por su naturaleza, lleva envuelto el de culpa en caso de accidente.

La víctima, pues, no puede demandar la reparación de un daño que ella ha sufrido por su falta.

La regla es antigua, al decir de Lalou. Ulpiano la había ya formulado en un texto que contempla una hipótesis bastante inverosímil hoy día. El supone un cliente que se hace afeitar por un barbero que había instalado su tienda portátil sobre un campo de maniobras. Un dardo lanzado por un jugador equivocadamente, imprimió un falso movimiento a la navaja, hiriendo al parroquiano. Tanto peor para éste, él no tenía sino quejarse a sí mismo de la imprudencia que había cometido al ocurrírsele hacerse afeitar en tan expuesto lugar.

En la jurisprudencia francesa, las sentencias que deniegan a la víctima el derecho a la reparación, cuando el perjuicio es debido a su falta, o a su hecho, son innumerables.

El hecho de la víctima puede consistir en una provocación. Mejor dicho, una actitud que puede consistir en una amenaza y por de suyo, una falta de la víctima. Así, la concubina cuya actitud ha provocado los golpes y heridas que le han sido propinados por la mujer legítima, acepta el riesgo de esta actitud y se encuentra responsable del daño que ella sufre en la medida en la cual su actitud ha sido imprudente.

La falta de la víctima, que en ocasiones es la causa exclusiva del daño, exonera de toda clase de responsabilidad, no sólo de aquella que reposa o fundamenta sobre una falta probada, más aún, de aquella que se apoya en una falta presumida, responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.

Así, una Compañía de Tranvías no fue declarada responsable del perjuicio causado a un pa-

sajero por su propia caída, cuando se ha demostrado que tal viajero incapacitado y quien para moverse hacia uso de muletas, permaneció en la plataforma del carro y no tomó ninguna precaución para resistir a los movimientos bruscos del vehículo, en lugar de ir a sentarse en el interior. La Corte francesa declaró que corresponde a los viajeros vigilar su propia seguridad.

Se ha llegado a considerar que se debe a falta de la víctima y que no le cabe responsabilidad a una Compañía de Ferrocarril por no haber tomado ninguna medida de precaución especial destinada a advertir al público la presencia de un paso a nivel, sobre todo, porque ninguna de tales medidas le habían sido impuestas por las autoridades competentes. En efecto, el automovilista víctima de un accidente en el momento en que atravesaba el paso a nivel, no podía invocar la ausencia de un poste o aviso indicador, por cuanto la víctima, por vivir a inmediaciones de la vía, no ignoraba la existencia del paso a nivel. Sabía los horarios de los trenes y debía cerciorarse de que la vía estuviera libre. Agrega el fallo que se comenta, que el tren tenía prelación en el paso y que el maquinista había pitado para indicar su aproximación al lugar del peligro. (Henri Lalou, "Responsabilité Civile", Ed. 1949, págs. 239, 248, 281).

Se destaca en todos estos fallos, la obligación que tienen las personas de vigilar su propia seguridad. Cuando sea indispensable atravesar un lugar de peligro claramente reconocido, es necesario no aventurarse y antes por el contrario, cerciorarse de que la vía se encuentra libre.

Según Jossierand, "la responsabilidad del demandado se descarta en la eventualidad de que la culpa de la víctima sea de tal naturaleza que absorbe, por así decirlo, la de su adversario". (Droit Civile Positif Français, Tomo II, pág. 450).

En el caso en estudio, Hestres fue el primero en la culpa, ésta se eslabona, como dice el recurrente, en una serie de faltas que se fueron acrecentando hasta culminar en el volcamiento de la lancha y producir los hechos concomitantes, que el juzgador califica de culposos por parte de la Empresa, lo que lo llevó erradamente a considerar que hubo concurrencia de culpas, aplicando indebidamente el artículo 2356 del C. C. Si hubo alguna falta de la Empresa, ésta fue absorbida por las reiteradas culpas iniciales de la víctima. Contra los reglamentos de la Compañía, obligó al piloto, que obedecía sus órdenes como superior, a navegar de noche, ingirió fuertes cantidades de

licor que lo movieron a arriesgar la vida, en momentos en que la más elemental prudencia exigía la suspensión del viaje, pernoctando en Istmina; su conducta desarreglada el día de su desgracia lo hizo emplear más tiempo del requerido, por dedicarse a la bebida, pero la culminación de su falta es haber obligado al conductor de la lancha a atravesar la zona de peligro ocupada por la Draga, sin que los empleados de ésta le dieran el aviso de paso libre. La presencia de la Draga en el río entrañaba el peligro claramente conocido por el empleado de la misma Empresa. Esta actitud de imprudencia, de falta de cuidado por quien ampliamente conocía el peligro, por ser alto empleado, en nada se desvirtúa porque el vigilante de la Draga no estuviera en su lugar, pues lo procedente, lo racional, era esperar a hacerse notar para que se le franqueara el paso, pero su audacia lo llevó hasta adoptar una conducta reñida con la más elemental prudencia.

Es de observar que el Juez del Crimen sobreyó en las diligencias sumarias que se levantaron para establecer la responsabilidad delictuosa en que pudieran haber incurrido el piloto de la lancha, señor Quinto, y los empleados de la Draga.

Los hermanos Mazeaud, en el capítulo de su obra en que estudian el tema de la responsabilidad civil, se detienen a considerar el problema por el doble aspecto de que la culpa del demandado sea consecuencia del hecho de la víctima, o al contrario, la culpa del demandado genera la de la víctima, y dicen respecto del primer evento:

“El perjuicio en tal caso es el resultado de dos actividades sucesivas; pero la del demandado es posterior a la actuación irregular de la víctima, viniendo a ser una consecuencia de ésta. Puede afirmarse entonces que la víctima ha provocado con su acto la culpa del demandado; si la víctima no hubiese obrado, el demandado no hubiera incurrido en culpa alguna. Autores y jurisprudencia no vacilan en esta hipótesis en considerar el acto de la víctima como la única causa del perjuicio, cuando es culpable y en absolver totalmente al demandado. Por ejemplo, el conductor de un automóvil al ejecutar una falsa maniobra no es responsable del accidente que sufran personas que ocupan puesto en el vehículo contra su voluntad: la culpa inicial de la víctima es la causa verdadera del perjuicio”. (Mazeaud, Tomo 2º, número 1503).

En nuestra jurisprudencia abundan también los

fallos en que la culpa del demandado queda compensada con la de la víctima. La Sala de Negocios Generales de esta Corte, en sentencia de 31 de julio de 1943, publicada en la GACETA JUDICIAL, Tomo 55, pág. 788, implícitamente ha acogido esta doctrina, absolviendo al Departamento de Caldas de los perjuicios ocasionados a los padres por la muerte de un niño arrollado por una de las máquinas del Ferrocarril, fundándose en la compensación de culpas del demandado y de la víctima, consistente la del primero en que había dejado libre el acceso a la carrilera en el sitio del accidente densamente poblado, y la segunda en que la muerte del niño se debió a la falta de vigilancia de los padres.

En estas circunstancias, cuando está establecida la imprudencia de la víctima, su culpa que absorbe, por decirlo así, lo imputado a la entidad demandada, necesario es concluir que el Tribunal vio erradamente culpas concurrentes donde no existían, dejando a cargo de la Empresa demandada parte de una indemnización a la cual no era posible condenarla.

Las razones que se dejan consignadas son motivos suficientes para casar el fallo y fundamentos de la sentencia de instancia.

Sentencia

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, de fecha veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta, y revocando la de primera instancia, falla este pleito así:

ABSUELVESE a la “Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A.” de todos los cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias, ni en el recurso.

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.
El Secretario, Hernando Lizarralde.

MATRIMONIO DE EXTRANJEROS CELEBRADO EN EL EXTERIOR. — LA PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA

1.—En lo que toca con los efectos patrimoniales, el matrimonio de extranjeros celebrado en el exterior se regula por lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 180 del Código Civil, aunque uno de los contrayentes tenga su domicilio en Colombia desde antes de contraer el matrimonio.

2.—La falta de consumación de un matrimonio civil, no es causa que legalmente determine su disolución, pues ésta sólo se produce por el hecho de la muerte de uno de los contrayentes (artículo 152 del C. C.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinte y seis de marzo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Atilio Varani, hablando por medio de apoderado, propuso ante el Juez 2º Civil del Circuito de Barranquilla, juicio ordinario contra Cesarina Ghimenti vda. de Varani, residente en Génova (Italia) y representada en Colombia por su apoderado general Augusto Ghimenti, para que en sentencia definitiva se declare:

“Primero.—Que la demandada señora Cesarina Ghimenti vda. de Varani no tiene derecho a la mitad de gananciales en la sucesión del finado Ernesto Varani por no haber existido entre la demandada y el causante el régimen de sociedad conyugal o de comunidad de bienes sino el régimen de separación total consagrado por el Código Civil en su artículo 180, inciso segundo.

“Segundo.—Que como consecuencia de la anterior declaración queda sin efecto el auto de ese Juzgado de fecha 2 de diciembre último que declara que la demandada tiene derecho a gananciales y a la mitad de la herencia.

“Tercero.—Que la demandada no tiene derecho alguno en los bienes de la sucesión del finado Ernesto Varani por no haber producido efecto civil

el matrimonio celebrado entre ella y el causante debido a la falta de consumación.

“Cuarto.—Que la totalidad de la herencia del finado Ernesto Varani les corresponde a sus hermanos legítimos, con exclusión de la demandada.”

Como hechos de la demanda se alegan los siguientes;

“Primero.—La demandada y el finado Ernesto Varani contrajeron matrimonio, por poder, en Génova (Italia) el día 21 de noviembre de 1937 en los términos que acredita el certificado adjunto a esta demanda.

“Segundo.—En el día de la celebración del matrimonio Varani-Ghimenti no existía en Italia el régimen de la sociedad conyugal que da derecho a la mitad de gananciales sino el régimen de la libre contratación.

“Tercero.—Los esposos Varani-Ghimenti nunca celebraron o pactaron régimen de bienes patrimoniales.

“Cuarto.—Los esposos Varani-Ghimenti no tuvieron nunca oportunidad para consumir el matrimonio, ya que ni la señora Ghimenti vino a Barranquilla (Colombia), ni el señor Varani fue a Génova (Italia), con posterioridad al matrimonio, celebrado por poder”.

Tramitado el juicio con oposición de la demandada, el Juez del conocimiento lo decidió en la sentencia de treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), por la que no accedió a hacer las declaraciones impetradas en la demanda.

El apoderado del actor apeló de ese fallo y el Tribunal Superior de Barranquilla, que conoció del recurso, lo confirmó en el suyo de doce (12) de abril de mil novecientos cincuenta (1950).

Para fundamentar su decisión el Tribunal expuso, en síntesis, que habiendo adquirido Ernesto Varani la calidad de ciudadano colombiano, por naturalización, según consta de la respectiva

carta número 88 de 6 de agosto de 1947 y de la cédula de ciudadanía, y fallecido con esa calidad, debía entonces permanecer sometido en lo que respecta al estado civil, a las disposiciones del Código Civil, en razón de lo estatuido en el artículo 19 de esa obra, y que sería ilógico pensar que pudieran aplicarse las normas del Código Civil italiano en lo atañero al régimen patrimonial en el matrimonio "porque si las leyes obligan a todos los habitantes del país, sean domiciliados o no, no dejaría de ser violatorio de nuestra soberanía nacional la aplicación de las susodichas leyes italianas a quien voluntariamente se acogió a la constitución y leyes de la República".

Después agrega:

"La equidad natural y las reglas de hermenéutica informan asimismo, entre otras cosas, que las relaciones entre los cónyuges se regirán por la ley nueva. Lo que vale decir, ley nueva para el referido señor Varani, ya que amparado por la ciudadanía colombiana, no se ve cómo podría regirse el matrimonio a que se ha hecho referencia por otras leyes distintas a las imperativas ordenaciones que en Colombia se tienen sobre estas cuestiones.

"Si bien es cierto que el artículo 180 en su inciso último deja claramente establecido que se mirarán como separados de bienes los que se hubieren casado fuera del país, y pasaren a domiciliarse en él, no es menos evidente que ya el señor Varani se encontraba domiciliado en Colombia con negocios de comercio establecidos aquí desde hacía mucho tiempo, y si no pactaron los cónyuges Varani-Ghimenti capitulaciones matrimoniales, se entiende de acuerdo con nuestras leyes, que entró a operar el régimen común de la sociedad conyugal.

"Las disposiciones sustantivas que contiene nuestro Código Civil son aplicables al caso de autos, ya que los artículos 1053 y 1054, establecen que en las sucesiones **ab-intestato**, los extranjeros son llamados de la misma manera y según las mismas reglas que cualquier colombiano, no sólo en lo que respecta a la herencia en sí sino a la porción conyugal. No debe olvidarse que la demandada señora Ghimenti era la esposa legítima del causante señor Ernesto Varani, colombiano por adopción, y en consecuencia, en tal calidad, le corresponde intervenir en la sucesión de éste, con los derechos que le conceden las leyes colombianas.

"Por último, cabe advertir que en cuanto a la consumación del matrimonio, la Sala encuentra

ajeno a las consideraciones de este fallo el planteamiento de esta cuestión, pues ello incumbe a juicios o procedimientos distintos al que aquí se trata".

Al actor se le concedió recurso de casación y hoy, llegada la oportunidad de decidirlo, a ello se procede.

El recurrente aduce contra el fallo la causal 1ª del artículo 520 del C. J., por los conceptos que separadamente van a resumirse.

Dice el recurrente que la idea expresada por el Tribunal en varios apartes del fallo sobre que el demandante debe perder la acción a que se contrae la primera súplica de la demanda, porque Ernesto Varani murió cuando ya era colombiano y que como tal por lo que respecta al estado civil debía permanecer sometido a las disposiciones del Código Civil, por fuerza de lo establecido en el artículo 19 del C. C., es violatoria de este texto legal, por aplicación indebida, porque él trata de colombianos residentes o domiciliados en el extranjero, y la cuestión planteada en este pleito no se refiere a colombianos residentes o domiciliados en el exterior, pues ni Varani era colombiano residente o domiciliado en el extranjero cuando se casó, ni la señora Ghimenti era colombiana.

Añade el recurrente que el argumento del Tribunal sobre que "es ilógico pensar que en tratándose de un ciudadano colombiano, fueran aplicables las disposiciones del código civil italiano" y que es violatorio de la soberanía nacional aplicar la ley italiana, implica una violación directa del artículo 180 del Código Civil, que de manera clara, expresa y directa dispone que es la ley extranjera la que debe consultarse para saber si hay o no sociedad respecto de los matrimonios efectuados en el extranjero.

Alega que al sostener el sentenciador que hay sociedad conyugal entre Varani y la señora Ghimenti por haberse convertido aquél de italiano en colombiano y estar por esto sometido a su nueva ley, que es la colombiana, violó el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que dispone que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración y el artículo 26 de la Constitución Nacional que prohíbe que por medio de leyes posteriores se puedan desconocer o vulnerar derechos adquiridos.

Estima el recurrente que el Tribunal violó el artículo 180, inciso segundo, del Código Civil, por interpretación errónea, al afirmar que como Varani al casarse con la Ghimenti ya estaba domici-

liado en Colombia y no cambió de domicilio, es inaplicable el mencionado inciso segundo al caso de autos. Desarrolla su tesis en los siguientes términos:

“Al discurrir así el sentenciador considera que la esencia del artículo 180, en la parte que interesa al pleito, consiste en el vocablo “pasaren” usado en la primera línea del inciso segundo, cuando en realidad la esencia del texto legal cuya aplicación pide mi parte es la del matrimonio celebrado en el exterior por cónyuges que actúan en Colombia. Eso es todo.

“En nada se opone a la esencia del principio consagrado en ese texto que no haya “paso” de alguno de los cónyuges, como ocurre en el caso de autos, porque los matrimonios por poder no contemplan la hipótesis de un marido que se casa fuera de Colombia y **pasa** a nuestro país, sino que se casa en el exterior y sigue en Colombia, en razón de que la institución del matrimonio por poder no le exige moverse de su habitual residencia.

“Al legislador no le interesa el hecho de moverse los cónyuges del exterior para Colombia sino de casarse fuera y actuar dentro. Los turistas casados pasan por Colombia sin interesar nuestras leyes sobre sociedad o no sociedad conyugal cuando no apelan a nuestras leyes para resolver situaciones patrimoniales dependientes de su matrimonio. ¿Cómo podría afirmarse que todos los extranjeros que no tenían sociedad conyugal al llegar al país, la contraigan automáticamente por el hecho de pisar nuestro suelo? ¿Dónde hay en el Código Civil disposición alguna que establezca este nuevo medio de crear sociedades conyugales que implicaría un desorden jurídico irritante?

“En el régimen federal nuestro había podido la Unión anexarse, por un tratado, alguna porción de territorio perteneciente antes a alguno de los Estados que la integraban; en ese evento, los casados no pasaban a ninguna parte, porque seguían en su domicilio, sólo que éste ya no era en el Estado sino en la Unión; entonces se habría aplicado el artículo 180, inciso segundo, para concluir que esos casados se considerarían sometidos al régimen de la sociedad conyugal o al de la separación, según fuera aquél o éste el que regía en el Estado a que pertenecían los contrayentes cuando celebraron su matrimonio.

“Todo esto es la aplicación sencilla y sensata del gran principio que ordena respetar las relaciones jurídicas que los contratantes **quisieron crear según las leyes bajo las cuales contrataron.**

No hay que filosofar demasiado para entender cosa tan trivial y tan conforme al orden jurídico, social y económico”.

Sostiene también el recurrente que al acudir el Tribunal a los artículos 1053 y 1054 del Código Civil para resolver si el matrimonio de Varani lo ligó o no con sociedad conyugal, violó esos textos por aplicarlos indebidamente al caso del pleito, pues su aplicación sería pertinente para determinar si la señora Ghimenti es o no heredera de Varani, pero no al dilucidar lo concerniente a la sociedad conyugal, porque esta cuestión debe contemplarse a la luz de las leyes bajo las cuales se efectuó el enlace matrimonial. De allí deduce también que el sentenciador quebrantó de modo directo el inciso segundo del citado artículo 180, al no aplicarlo al caso controvertido.

Considera la Sala:

La primera cuestión planteada en este negocio consiste en esclarecer si el matrimonio por poder celebrado en Génova (Italia) el día 21 de noviembre de 1937, entre Ernesto Varani y Cesarina Ghimenti, ambos de nacionalidad italiana en ese entonces, creó o no sociedad de bienes entre los cónyuges, y si Cesarina, cónyuge supérstite, tiene o no el derecho a la mitad de gananciales que se le ha reconocido en el juicio de sucesión de su marido Ernesto, fallecido en 1947, cuando ya se había nacionalizado en el país.

Claramente se comprende que para decidir esa cuestión no podían aplicarse, como lo hizo el Tribunal de Barranquilla, las reglas consignadas en el artículo 19 del Código Civil, porque ellas se refieren a los **colombianos** residentes o domiciliados en **país extranjero** para someterlos a las leyes nacionales en lo relativo (inciso 1º) al estado de las personas y a su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en Colombia. Esas leyes que integran el estatuto personal del nacional colombiano, no regulan ni gobiernan los actos, o contratos celebrados por extranjeros fuera del país, aunque hayan de tener efectos aquí, ni aún aquellos que ejecuten los colombianos en el exterior, cuando no han de surtir efectos en el territorio de la Nación. A esta conclusión llega el expositor Luis Claro Solar al comentar el artículo 15 del Código Civil chileno, igual al 19 del nuestro, como puede verse en la página 102, número 175 de la obra “Derecho Civil Chileno y Comparado”, Tomo 1º.

Y si Varani y la Ghimenti no eran colombianos

sino italianos cuando contrajeron matrimonio en Italia, es claro que el sentenciador, al aplicar el artículo 19 del Código Civil para determinar las consecuencias jurídicas que ese acto debía producir en el país, lo quebrantó por haberlo aplicado indebidamente al caso del pleito.

El matrimonio, contemplado desde el punto de vista netamente civil, que es el que aquí obliga a seguir, es un contrato solemne, tal como lo concibe el artículo 113 del Código Civil, y como tal ha de sujetarse a la ley bajo cuyo amparo y vigencia se celebró. Entonces, al afirmar el Tribunal que por el hecho de haberse nacionalizado Varani el 6 de agosto de 1947, su matrimonio con la Ghimenti, celebrado en Italia en noviembre de 1937, no podía regirse sino por las ordenaciones de la ley colombiana, como ley nueva para Varani, quebrantó el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 que dispone que "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración" y el artículo 26 de la Constitución Nacional en cuanto prescribe que los "derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas" "no pueden ser desconocidas ni vulneradas por leyes posteriores".

La ley vigente al tiempo del contrato matrimonial y que por tanto hay que entender como incorporada en él, lo era el artículo 180 del Código Civil, que en su inciso segundo dispone que "los que se hayan casado fuera de un territorio y pasaren a domiciliarse en él, se mirarán como separados de bienes, siempre que de conformidad con las leyes bajo cuyo amparo se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes". Y como el matrimonio se celebró en Italia, entre nacionales de ese país, es claro que por mandato del transcrito texto legal los contrayentes tenían el derecho de que las consecuencias jurídicas que el matrimonio estaba llamado a producir por el aspecto patrimonial cuestionado se examinaran ante todo a la luz de los preceptos de la legislación italiana, ya que la ley colombiana se remite a ésta para saber si a los cónyuges ligó o no sociedad de bienes.

Por lo mismo que acaba de exponerse, al tratar el sentenciador de reforzar su tesis sobre aplicación de la ley colombiana para resolver si por el hecho del matrimonio referido se contrajo sociedad conyugal, apoyándose en lo estatuido en los artículos 1053 y 1054 del Código Civil, quebrantó estas disposiciones por aplicación indebida al caso del pleito, pues esas normas regulan

de modo preferencial lo atinente a la manera como los extranjeros son llamados a las sucesiones **ab-intestato** abiertas en el país, pero nada prescriben en relación con el punto planteado en la primera súplica de la demanda.

Por último, parece que el Tribunal descartó la aplicación del inciso segundo del artículo 180 del Código Civil al caso controvertido, en atención a que Varani estaba domiciliado en el país cuando contrajo matrimonio, y no pudo haber, en consecuencia, el cambio de domicilio previsto en dicha norma; pero a la Sala no le resulta aceptable semejante interpretación tan ceñida a la literalidad de la ley, por las razones que en seguida se exponen:

Recogiendo el principio de la territorialidad de la ley, los artículos 15 del Código Civil y 57 del C. P. y M., enseñan que las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive a los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes; salvo, respecto de éstos, los derechos consagrados por los tratados públicos. De allí que todos los actos o contratos celebrados o ejecutados por colombianos o extranjeros dentro del territorio nacional, están sometidos al imperio de la legislación colombiana.

Como excepción a ese principio, el artículo 19 del Código Civil sujeta a los colombianos residentes o domiciliados en el exterior a las leyes nacionales que regulan los derechos y obligaciones civiles:

"1º En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el Gobierno general, o en asuntos de competencia de la Unión.

"2º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior".

La citada y transcrita disposición trata de colombianos residentes o domiciliados en el exterior; es decir, se refiere tanto a los colombianos que tengan su domicilio en el país y que se encuentren residiendo accidentalmente en el exterior como a los que estén domiciliados fuera, para someterlos al imperio de las leyes nacionales en lo que respecta, entre otros particulares, al estado de las personas y a las obligaciones y derechos que de él nacen, en cuanto los actos que realicen fuera hayan de surtir efectos en el país. Ya se anotó también que esa norma excepcional, que consagra el estatuto personal del nacional co-

lombiano, no regula ni gobierna los actos o contratos celebrados por extranjeros fuera de Colombia, aunque hayan de tener efectos aquí, ni aún aquellos que ejecuten los colombianos en el exterior, cuando no han de surtir efectos en el territorio de la nación.

Entonces si se entendiera el inciso 2º del artículo 180 del Código Civil como lo ha hecho el Tribunal y como lo sostiene el opositor, en el sentido de que él no es aplicable al matrimonio de extranjeros celebrado en el exterior cuando uno de los cónyuges tiene su domicilio en el país y que tal contrato y los derechos y obligaciones que de él se desprenden se gobiernan por las normas de la ley colombiana sobre la materia, tal interpretación conduciría a la inaceptable conclusión de que el régimen de excepción que únicamente para los **colombianos** en el exterior consagra el artículo 19 del Código Civil, no es ya exclusivamente para aquéllos, sino también para los extranjeros: es contrario a elementales reglas de hermenéutica el que a esta disposición especial y de excepción pudiera dársele el alcance de una regla general, o aplicarla, por lo menos, a casos distintos a los en ella previstos.

¿Por qué razón justificativa iba a pretender el legislador patrio que el estado civil y las consecuencias patrimoniales derivadas del matrimonio entre extranjeros, celebrado fuera de Colombia, se regularan por la ley colombiana cuando hubieran de surtir efectos en el país, y no por la ley nacional de los contrayentes o la del lugar en que el matrimonio se celebró, como lo predicán las teorías que tienen mayor acogida en la legislación universal contemporánea?

De otro lado, el legislador reguló el régimen y las consecuencias patrimoniales del matrimonio celebrado por colombianos en el país y por éstos en el exterior, cuando estuviera llamado a surtir efectos en Colombia; e igual cosa hizo con el de extranjeros contraído en el país, desde luego que los sometió al imperio de las leyes, en razón de actos ejecutados en el territorio de la Nación, y por el inciso 2º del artículo 180 del Código Civil, previó las consecuencias del caso que faltaba, o sea el del matrimonio de extranjeros verificado fuera del país.

Lo que en este caso fundamental y principalmente toma en cuenta la ley es el matrimonio entre extranjeros, celebrado en el exterior, para someterlo a un régimen distinto cuando por cualquier causa haya de producir efectos en el país. Este es el objetivo y la esencia de esa norma; ésa

es la situación que contempla para regularla; es cosa accidental en ella, el que los cónyuges pasen a domiciliarse en el país; lo importante es que del matrimonio se pretendan derivar consecuencias patrimoniales en la Nación. Y si uno de los contrayentes está ya domiciliado en el país cuando contrae matrimonio en el exterior, y no muda de domicilio, el caso se gobierna por la misma norma, porque está ya cumplida de antemano la condición esencial para que el matrimonio haya de surtir efectos en Colombia. Para contraponer a lo expuesto, el opositor, con cita de un expositor chileno, pretende que los efectos del matrimonio entre extranjeros celebrado en el exterior y cuando los contrayentes no pasan a domiciliarse en Colombia, se regulan por el precepto que entiende es de orden general, contenido en el inciso 3º del artículo 20 del C. C.; mas tal argumento es a todas luces inaceptable, pues la regla que sanciona dicho artículo es la contenida en la fórmula: **lex loci rei sitae** y sus dos incisos finales están subordinados estrechamente al primero, y no se les puede tomar como si aisladamente cada uno de ellos formase una norma independiente. Por tanto, los contratos de que en el citado inciso 3º se habla son los que tienen por objeto los bienes muebles o inmuebles ubicados en el país, de que expresamente trata el inciso primero. Esta es la misma opinión que sobre el particular sostienen Champeau y Uribe en su "Tratado de Derecho Civil Colombiano", pág. 72, número 96.

En razón de todas las violaciones de ley sustantiva que quedan puntualizadas, se impone la casación de la sentencia acusada en cuanto negó la primera súplica de la demanda.

Para proferir sobre este aspecto de la controversia la sentencia de instancia, se añaden a las anteriores las consideraciones que siguen:

El régimen que establece el inciso 2º del artículo 180 del C. C., para los extranjeros casados fuera del territorio nacional, es el de la separación de bienes, "siempre que en conformidad con las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes". De allí que sea preciso conocer la ley extranjera —en este caso la italiana— para establecer si en ella se consagra o no por el hecho del matrimonio la sociedad de bienes entre los consortes, pues sólo en el caso de que lo primero no ocurra se mirarán éstos como separados de bienes.

Entonces la cuestión deriva hacia un problema eminentemente probatorio: el de la demostración de la ley extranjera. Al demandante no le basta

afirmar que ésta no establece el régimen de sociedad para echar la carga de la prueba al demandado, por dos razones: porque no se está en presencia de una negativa indefinida, para eximirlo de su obligación de dar la prueba, puesto que esa negativa envuelve la afirmación de un hecho positivo cuya existencia puede comprobarse (artículo 595, C. J.), cual es el de que en la legislación respectiva está consagrado el régimen de separación, el dotal, o cualquier otro. Y porque lo que en realidad ocurre es que el actor invoca en su favor la ley extranjera y debe entonces dar la demostración de su existencia, al igual que acontece con todo hecho que alegue.

Esta es la autorizada opinión del expositor doctor Julián Restrepo Hernández, quien bajo el número 1957, de su obra "Derecho Internacional Privado", pág. 559, dice:

"La prueba de la ley extranjera incumbe al que la debe alegar; y la debe alegar el que de ella derive su acción, su excepción de prescripción, o su excepción en juicio ejecutivo, y el que quiera que una excepción le favorezca".

El artículo 659 del Código Judicial determina la manera de probar la validez o existencia de las leyes extranjeras, la cual consiste en que "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".

En el caso de autos el actor trajo al proceso un ejemplar del Código Civil Italiano, sobre el cual el Notario de Tívoli certifica "que el presente Código Civil del Reino de Italia, que consta de 2.141 artículos y que se halla impreso en el anterior folleto de la página 9 a la página 259, rubricadas por el suscrito Notario, está conforme con el original depositado y conservado en los Archivos Generales del Estado como ley civil y vigente desde el año de 1865 hasta el año de 1939". La firma del Notario aparece legalizada por el Prefecto de Tívoli; la de éste por el Canciller encargado del Ministerio de Justicia; la de éste por el Ministro de Negocios Extranjeros; la de éste por el Embajador de Colombia en Italia; y la de éste, por el Ministro de Relaciones Exteriores del país.

Además, el demandante presentó la "traducción oficial número 8364B", expedida por el Traductor Oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, de los artículos 1433 y 1378 a 1381 del Código Civil del Reino de Italia.

El opositor objeta que ni en Colombia ni en Italia los Notarios tienen la función de autenticar las leyes; mas para acoger esta observación en lo relativo al Notario italiano, habría sido preciso que el demandado, que en este caso invoca la ley extranjera, diera la prueba de su existencia, cosa ésta que no ha cumplido. Por lo tanto, el referido ejemplar del Código Civil de Italia, autenticado de la manera como queda relatada, equivale a una copia de aquél y llena de consiguiente, las exigencias del artículo 659 del Código Judicial.

Ahora, según se desprende de los citados artículos del Código Civil italiano, vigentes cuando se celebró en Génova el matrimonio Varani-Ghimenti, por el hecho del matrimonio, no se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, pues es menester que ésta se pacte expresamente en el contrato matrimonial. De allí que, aplicando el inciso 2° del artículo 180 del Código Civil colombiano, tales cónyuges deben ser tenidos como separados de bienes, desde la época misma de la celebración del matrimonio, por lo cual carecen de toda importancia los temas que suscita el opositor sobre los requisitos de la acción y la sentencia constitutivas, pues la acción de que se está tratando es eminentemente declarativa.

Surge, como forzada consecuencia de lo expuesto, el que deba prosperar la súplica primera de la demanda.

El segundo capítulo de la demanda de casación, se refiere a la cuestión suscitada en el pleito sobre que la cónyuge supérstite carece como tal del derecho de heredar a Varani, por la circunstancia de no haberse consumado el matrimonio, y con respecto a la resolución que sobre ese punto tomó el sentenciador, dice el recurrente, en resumen, lo siguiente: Que el Tribunal al estimar que no era pertinente la decisión de esa cuestión en este proceso y que ello incumbe a "juicios o procedimientos distintos al que aquí se trata", violó directamente el artículo 734 del C. J.; el 113 del Código Civil por falta de aplicación, pues el matrimonio no produjo efectos por falta de consumación y el 21 de la Ley 45 de 1936, por interpretación errónea, ya que lo razonable es entender que cuando éste llama a la herencia a los hermanos legítimos en concurrencia con el cónyuge supérstite se está refiriendo a cónyuges de matrimonios consumados. Sobre estos temas discutir con alguna detención.

Se considera:

En principio le asiste razón al recurrente, pues

la consideración invocada por el sentenciador para abstenerse de entrar a estudiar a fondo la cuestión propuesta es violatoria de lo estatuido en el artículo 734 del C. J., puesto que el trámite del juicio ordinario es el indicado para controvertir y decidir aquélla, ya que la ley no ha establecido para el caso procedimiento especial alguno; mas lo dicho no implica que la sentencia acusada, en cuanto absolvió a la demandada de las súplicas pertinentes del libelo, deba ser casada en esta parte, ya que la Sala llega, por las razones que brevemente van a ser expuestas, a la misma conclusión absolutoria.

La falta de consumación de un matrimonio civil como es el celebrado en el caso de autos, no es causa que legalmente determine su disolución, pues ésta sólo se produce por el hecho de la muerte de uno de los contrayentes (artículo 152 C. C.). Por consiguiente, en el artículo 1848 del Código Civil que resulta inaplicable y sin operancia alguna en tratándose de matrimonios civiles, no puede encontrarse argumento analógico que sirva para estructurar siquiera en teoría la tesis que sustenta el recurrente.

Además, el matrimonio sólo deja de producir efectos civiles entre los consortes en los casos expresamente señalados en la ley. Tal sucede cuando en su celebración se contravinieren a las formas, solemnidades y requisitos prescritos al efecto por aquélla (artículo 115 del C. C.) y cuando se decreta su nulidad (artículos 140 y 148 *ibidem*). Ni en el caso del divorcio, en que se suspende la vida común de los casados dejan de producirse sus efectos, pues a los cónyuges les asisten, entre otros derechos, el de gananciales y el de la porción conyugal. Este último sólo lo pierde el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio (artículo 1231 del C. C.).

De otro lado, el artículo 21 de la Ley 45 de 1936 llama a la herencia del difunto que no ha dejado ascendientes ni descendientes legítimos ni hijos naturales, al cónyuge sobreviviente y a sus hermanos legítimos y no hace distinción alguna entre cónyuges de matrimonios consumados o no, por lo cual —según conocida regla de hermenéutica— no cabe al intérprete hacer distinción en donde el legislador no la hizo.

Sentar jurisprudencialmente la tesis de que el matrimonio no consumado no produce efectos ci-

viles entre los cónyuges, es rebasar los justos límites de la función que es propia del juzgador en la interpretación de las leyes e identificarlo con el legislador que es a quien constitucionalmente corresponde hacer las leyes.

Sin necesidad de expresar otras consideraciones, lo dicho es suficiente para no invalidar la sentencia recurrida en cuanto absolvió a la demandada de las súplicas de la demanda relacionadas con el punto aludido.

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 doce (12) de abril de mil novecientos cincuenta (1950), proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, y revocando en parte la de primera instancia, fechada en treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), falla este pleito así:

Primero. — Cesarina Ghimenti vda. de Varani no tiene derecho a la mitad de gananciales en la sucesión del finado Ernesto Varani por no haber existido entre ambos el régimen de sociedad conyugal sino el de separación de bienes consagrado en el inciso segundo del artículo 180 del Código Civil.

Segundo. — Como consecuencia de lo anterior, queda sin efecto el auto de dos (2) de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947), dictado por el Juez Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, en cuanto reconoció a la Ghimenti derecho a gananciales en la mencionada sucesión.

Tercero. — Se absuelve a la demandada de los cargos restantes que se le formularon en la demanda, y

Cuarto. — Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Gerardo Arias Mejía — **Alfonso Bonilla Gutiérrez** — **Pedro Castillo Pineda** — **Raafel Ruiz Manrique** — **Emilio Prieto H.**, Of. Mayor en ppad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — EN LOS JUICIOS POR ACCIDENTES EN QUE LOS EMPLEADOS O TRABAJADORES SE CAUSEN DAÑO EN LOS MOMENTOS EN QUE ACTUAN, NO ES APLICABLE LA PRESUNCION DE CULPABILIDAD, AUNQUE SE TRATE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

Por regla general, debe plantearse con precisión cuál es la fuente de la responsabilidad civil que se invoca, y de cuál la deduce el juzgador, si de culpa contractual o de la extracontractual. Empero, son frecuentes los casos en que es indiferente para deducir aquella responsabilidad por daños, la consideración especial de su fuente. Ocurre ello en los casos en que, con contrato o sin él, surge la misma obligación de indemnizar, como resultado de la consumación de hecho que contraría el derecho de otro, por causa de haberse ejecutado, o dejado de ejecutar, con malicia, negligencia o descuido.

En tales eventos no se instituye una acumulación de responsabilidades; sólo se persigue la existencia de una culpa en el campo en que se destaque con mayor relieve. Y si no aparece con claridad que con ella se ha violado determinada cláusula de un contrato, pero el hecho, o su omisión ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias se imponen, sin que importe cuál sea el origen de la culpa. Lo importante es que ésta exista y aparezca suficientemente comprobada.

Tal acontece con las reclamaciones indemnizatorias con origen en los accidentes de trabajo, cuando la víctima, o quien sus derechos representa, hace uso de la acción de indemnización de perjuicios ordinaria, con fundamento en las disposiciones de derecho común, y no en las especiales del derecho laboral. Entónces, lo que se persigue es la indemnización del daño causado con la ocurrencia del accidente, pero subordinada a la existencia de la culpa suficientemente probada del patrono. De aquí, la no aplicabilidad, aún en los casos de actividades peligrosas, de la doctrina de la presunción de culpabilidad, acogida por nuestra jurisprudencia, en los juicios de indemnización por accidentes en que los empleados o trabajado-

res de las empresas se causan daño en los momentos en que actúan, en cuyo evento se exige que la víctima debe probar suficientemente la culpa del patrono, para fundar el derecho a la reparación del daño causado.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Domingo Ruiz y Benita Ferro, casados entre sí, ante el Juzgado Primero Civil de Chiquinquirá, presentaron demanda para que con audiencia del doctor Jesús María Henao Defrancisco, y previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera.—Que el señor doctor Jesús María Henao Defrancisco, mayor de edad, vecino de esta ciudad, es civilmente responsable, en su calidad de propietario de la empresa llamada “Compañía Molinera de Occidente”, que comprende un molino para la fabricación de harina y la empresa que suministra energía eléctrica a la misma ciudad de Chiquinquirá, de la muerte de Luis Alfredo Ruiz, acaecida en esta ciudad, el día 13 de enero de 1945, a consecuencia del golpe recibido por el volante que imprime movimiento a los cerneadores del molino mencionado.

“Segunda.—Que como consecuencia de la declaración anterior, el señor Jesús María Henao Defrancisco debe pagar a cada uno de los padres de la víctima, Domingo Ruiz y Benita Ferro, mayores de edad, cónyuges, vecinos de este municipio, la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00) moneda legal, por concepto de indemnización de los perjuicios morales sufridos a consecuencia de la muerte trágica de su hijo Luis Alfredo Ruiz, tres días después de la ejecutoria de la sentencia.

“Tercera.—Que como consecuencia de la primera declaración, el señor Jesús María Henao Defrancisco deberá pagar a la sucesión de Luis Alfredo Ruiz, representada por sus padres Domingo Ruiz y Benita Ferro, la suma de doce mil pesos (\$ 12.000.00) moneda legal tres días después de ejecutoriada esta sentencia, por concepto de indemnización de los perjuicios materiales resultantes del lucro cesante producido por la muerte de Luis Alfredo Ruiz; o en subsidio, la suma que se determine en el curso del juicio o en juicio distinto.

“En subsidio de la declaración anterior, pido al señor Juez se condene al señor doctor Jesús María Henao Defrancisco a pagar a Domingo Ruiz y a Benita Ferro, en su calidad de padres de Luis Alfredo Ruiz, los perjuicios resultantes del lucro cesante que les ocasionó la muerte trágica de aquél.

“Cuarta.—Que el señor doctor Jesús María Henao Defrancisco debe pagar las costas de este juicio”.

Como hechos fundamentales de las anteriores demandas, se consignaron en el libelo los siguientes:

El señor doctor Jesús María Henao Defrancisco es propietario de un molino y del inmueble en donde está instalado en la ciudad de Chiquinquirá, en la plaza llamada “La Concepción”; asimismo lo es de la empresa de energía eléctrica que suministra fuerza motriz al molino y luz y fuerza a aquella ciudad.

Luis Alfredo Ruiz trabajaba en la empresa “Molinera de Occidente”, en calidad de obrero, que atendía los cernedores del molino mencionado; y en los primeros días del mes de enero del año de 1945, fue golpeado violentamente por el volante que imprime movimiento a los cernedores, y a consecuencia de esos golpes murió.

“Por defecto técnico en el funcionamiento del molino, las mangueras que conducen la harina a los cernedores se atascaban, siendo de la incumbencia del obrero, para el caso Luis Alfredo Ruiz, el trabajo de desatasco, para lo cual tenía que inclinarse a ras del piso, quedando así el obrero a muy corta distancia del volante en movimiento”. Este defecto se había hecho crónico y de diaria ocurrencia para la época en que perdió la vida aquél ejecutando la maniobra de desatasco.

“El accidente ocurrido a Luis Alfredo Ruiz y a consecuencia del cual perdió la vida, sucedió por no haber empleado su propietario el debido

cuidado ni tomado las precauciones necesarias^o a fin de evitar que las mangueras funcionaran de modo deficiente, exponiendo por dicha culpa al obrero al peligro de ser alcanzado por el volante, que fue lo que acaeció a Ruiz”; por no haberse dado la orden de interrupción de la energía eléctrica que pone en acción el molino por su dueño; falta elemental de precaución que constituye la culpa del empresario. Pues, solamente después del accidente sufrido por Ruiz, fue cuando el doctor Henao Defrancisco ordenó interrumpir la corriente eléctrica, en los casos de atasco de las mangueras, y fijar anuncios en los sitios visibles del edificio donde funciona el molino.

Luis Alfredo Ruiz era soltero, de magnífica conformación física, gozaba de plena salud, y de excelente conducta pública y privada. En el momento de su muerte contaba treinta años de edad, y por consiguiente, de acuerdo con las tablas de mortalidad en Colombia, habría vivido treinta y tres años más.

El mismo Ruiz, gozaba como trabajador del molino mencionado, a la época de su fallecimiento, un salario de un peso veinte centavos (\$ 1.20) diarios; y, “sostenía a sus padres en forma total y definitiva; todos los gastos de mantenimiento, vestuario y gastos de enfermedad corrían por cuenta de aquél; con su muerte, quedaron privados de toda protección económica y sufrieron el lucro cesante consiguiente”; fuera de que profesaba a sus padres verdadera devoción filial, y era reputado como hijo modelo.

La demanda fue contestada aceptando unos hechos y negando otros, y oponiéndose a las declaraciones pedidas. Culminó la primera instancia con el fallo de 14 de agosto de 1946, y cuya parte resolutoria expresa:

“1º Declárase al doctor Jesús María Henao Defrancisco, mayor y de esta vecindad, y en su condición de propietario de la empresa denominada ‘Compañía Molinera de Occidente’, civilmente responsable de la muerte de Luis Alfredo Ruiz, acaecida en esta ciudad el día doce (12) de enero de mil novecientos cuarenta y cinco (1945).

“2º Como consecuencia de la declaración anterior, el doctor Jesús María Henao Defrancisco deberá pagar, tres días después de ejecutoriada esta providencia, a los actores Domingo Ruiz y Benita Ferro, en su condición de padres legítimos que fueron del extinto Luis Alfredo Ruiz, la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00) m. c. para cada uno, por concepto de los perjuicios morales subjetivos

que dichos señores sufrieron a consecuencia de la muerte de su memorado hijo.

“3º Absuélvese al doctor Jesús María Henao Defrancisco del pago de los perjuicios patrimoniales o materiales y de los morales objetivados demandados en acción principal o personal por los actores Domingo Ruiz y Benita Ferro.

“4º Condénase al doctor Jesús María Henao Defrancisco, de las condiciones civiles anotadas, al pago en abstracto, a la sucesión ilíquida del extinto Luis Alfredo Ruiz, representada por Domingo Ruiz y Benita Ferro en su calidad de herederos, del valor de los perjuicios materiales sobrevenidos a este causante con ocasión de su muerte acaecida en las circunstancias de que dan cuenta los autos.

“Parágrafo. La liquidación del valor de los perjuicios a que se condena por el numeral anterior, deberá efectuarse mediante el procedimiento de que trata el artículo 553 del Código Judicial, y conforme a las bases fijadas en la parte motiva”. Sin costas.

De este fallo apelaron las partes. La demandante sólo “en cuanto hace relación a costas”, y la demandada de su integridad. El Tribunal Superior de Tunja, ante el cual se surtió el recurso, le puso fin con su sentencia de 26 de junio de 1950, revocando en todas sus partes la del inferior.

Contiene la sentencia del Tribunal, en su motivación, un estudio previo de los hechos de la demanda y dé lo que con ella se persigue; “la amplia indemnización de perjuicios por culpa o negligencia del dueño o propietario de cosas inanimadas”; complementado con el del acervo probatorio allegado a los autos por las partes, para luego consignar varios conceptos generales, de los cuales sólo se transcriben los que tienen relación con el recurso de casación, y que en su oportunidad ha de decidirse.

“En la demanda no se determina qué clase de responsabilidad es la imputada al empresario demandado, pero de sus hechos, de la prueba acumulada y de la posición del obrero Ruiz en la empresa, se desprende que se trata de responsabilidad contractual, y siendo así, como lo entiende la Sala, la demanda está bien orientada, y la excepción de petición de modo indebido carece de fundamento.

“La Sala advierte, extrañada, la omisión de la autopsia del cadáver (sic) del obrero Ruiz, diligencia importante para determinar la verdadera causa de su muerte. Las simples huellas exter-

nas de una violencia no siempre sirven para establecer que la muerte de un individuo es su resultado necesario. Este punto y la falta de prueba directa sobre la manera como se produjo el accidente, sólo permiten formular hipótesis más o menos probables sobre las cuales es muy peligroso afirmar conclusiones ciertas”.

El sentenciador considera en seguida los razonamientos del inferior, que le sirven de fundamentos a su fallo condenatorio, para indagar: “si las conclusiones corresponden a la realidad procesal o no, para saber así si se debe confirmar o debe ser revocado”. Y agrega:

“Esto implica, en primer lugar, determinar cuál era la posición jurídica de Luis Alfredo Ruiz en la empresa del doctor Henao Defrancisco. En la demanda y en otras piezas del proceso producidas por iniciativa de la parte actora se afirma que era **obrero** del molino y en tal calidad trabajaba el día del accidente que originó su muerte. Igual afirmación hace el demandado”.

Se fija en la sentencia el alcance de la palabra obrero en relación con la de patrono; y se estudia brevemente, el contrato de trabajo, para determinar las obligaciones que nacen de esa relación contractual, para las partes contratantes.

“En el hecho 3º de la demanda dice literalmente su autor: Luis Alfredo Ruiz trabajaba en la Empresa Molinera de Occidente, en su **calidad de obrero**, que atendía a los cernedores del molino mencionado.

“Esta rotunda afirmación del apoderado de los demandantes y la síntesis esquemática que se deja hecha del contrato de trabajo en sus diversas facetas, caracterizan a Luis Alfredo Ruiz como obrero del molino al servicio del doctor Henao Defrancisco, su propietario. No era, pues, un extraño a las actividades de la empresa.

“El día que se **presume** que fue golpeado mortalmente por el volante del cernedor, **porque nadie presenció el accidente**, prestaba el servicio de vigilante de las maquinarias emplazadas en el tercer piso del edificio, esto es, cumplía el contrato de trabajo celebrado con el dueño del molino.

“Tanto de las súplicas de la demanda como de los hechos en que su autor la sustenta, así como de las pruebas por él pedidas y de las citas de los arts. 1613 y 1614 del C. C., que ofrece como soporte jurídico, **parece** que la culpa que imputa al dueño del molino es contractual. Pero también señala que son fundamento de derecho de la demanda los artículos 2341 y 2356 del mismo código, pa-

rece igualmente que la acción agitada es la extracontractual.

"Es innegable que pueda (sic) ocurrir la coexistencia de las dos culpas, la contractual y la aquiliana, como resultado de un mismo hecho...

"Conforme a lo expuesto para deducir las consecuencias civiles de la muerte siniestra del obrero Ruiz y concretarlas en la indemnización de perjuicios, la Sala tiene necesariamente que partir de la preexistencia de la relación jurídica emanada del contrato de trabajo, que es ley para las partes y cuya infracción coloca al infractor en una situación de responsabilidad potencial.

"Se sabe que el fundamento de la responsabilidad civil, sea o no contractual, es la culpa, que los hermanos Mazeaud definen diciendo que "es un error de conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio".

"Si, conforme a la definición de culpa que dan los tratadistas franceses citados, ella consiste en un 'error de conducta', lo que en primer término debe hacer el juzgador es determinar si el hecho denunciado como culposo implica o no un 'error de conducta'. No existiendo una definición legal de la culpa, es indispensable acudir a la mejor de las emitidas por los autores y que la jurisprudencia utiliza, y como la de los Mazeaud es la más generalizada porque es la que mejor consulta la naturaleza del fenómeno, compete al juzgador fijar la noción abstracta de 'persona advertida' que emplea la definición, para comparar la conducta de esa persona abstracta con el hecho acusado. Si de la comparación resulta que la 'persona advertida' no habría ejecutado tal hecho, la culpa existe y la consiguiente obligación de reparar el daño causado. Si no es ese el resultado del examen, la culpa no existe y tampoco la responsabilidad".

Acoge el sentenciador el significado que trae el Diccionario de la Lengua del verbo advertir, en el sentido de "reparar, fijar la atención en algo", para aplicarlo a través de las disposiciones del reglamento de trabajo que regía en la Empresa Molinera de Occidente, en la época del accidente sufrido por Ruiz, al caso debatido y expresar que las obligaciones del dueño del molino estaban limitadas al "pago cumplido de sueldos y salarios, observación de las leyes que se relacionan con el contrato de trabajo; aplicación de los reglamentos sobre higiene y trabajo, y control eficiente sobre las maquinarias y su funciona-

miento para que la labor se realice de modo regular".

Y agrega: "Por la prueba producida se sabe exactamente que el edificio en que se encuentra instalado el molino es apto para los fines de la industria. Que las máquinas se hallaban en buen estado de servicio y montadas técnicamente. Que su manejo corre exclusivamente a cargo de dos expertos, denominados dentro de la Empresa 'Molineros'. Que para corregir el defecto funcional pasajero llamado 'atasco', operación que privativamente corresponde a los 'molineros', existen sistemas prácticos y sencillos cuyo uso no ofrece peligro alguno estando las máquinas en movimiento". Que los desatasques que se verifican en los tubos que conducen los productos al cernedor que hay en el tercer piso y que van unidos a aquél por mangueras de tela, **si se hacen por el segundo piso, como se debe, no ofrece ningún peligro a la persona que ejecuta el desatasque**". (Del dictamen pericial). Que "un obrero normal no ha podido tener necesidad técnica de meterse (cosa que hizo Ruiz) entre las dos cajas del cernedor para desatascar una manguera, pues las mangueras —como dijimos arriba— no se atascan, ni su desocupación (cuando están llenas) contribuye en lo más mínimo a desatascar el tubo correspondiente; y desde luego que un tubo **atascado debe desatascarse siempre por el segundo piso**, la existencia de dicho tubo de desagüe del aceite en el tercer piso **no implica**, por sí misma **riesgo alguno para el obrero normal**. (Del mismo dictamen). Por regla general, **no debe pararse la máquina**, porque se **haría imposible el desatascamiento**. (Del citado dictamen).

"De las rotundas conclusiones del dictamen pericial y lo afirmado por los molineros Justo y Simón Casallas, surge la cetidumbre de que lo aseverado en los hechos 5º, 6º, 8º, 9º y 10º de la demanda es inexacto. Y de los mismos elementos resulta esta otra evidente verdad: no hay error de conducta imputable al empresario y la muerte del obrero Ruiz no se produjo como resultado de deficiencias de la Empresa, cuyo funcionamiento se halla subordinado a toda posible previsión de accidente.

"La ausencia de culpa la probó el demandado evidenciando que su Empresa está establecida como todas las de su género, y funciona con sujeción a principios científicos y a reglas de organización y control de uso corriente. Esto quiere decir que actuó como lo habría hecho un hombre prudente y diligente situado en idénticas condi-

ciones externas, bastando dicha demostración para quedar exonerado de culpa. La prueba de la conducta cuidadosa por parte del demandado no se refiere a un hecho aislado, sino a todo el volumen de las operaciones realizadas por la Empresa a todo lo largo de su existencia, porque es interesante observar que en la historia de dicha Empresa el caso de Luis Alfredo Ruiz es único.

“Considerando el problema desde el plano en que el obrero Ruiz actuó, se tiene: a) Que no era el encargado de la dirección y manejo de las máquinas, sino un simple vigilante con la obligación de dar cuenta al molinero de turno de las interrupciones que se presentasen. b) Que sólo le estaba permitido verificar los desatasques de poca importancia, porque los de alguna gravedad los atendía el técnico. c) Que donde Ruiz fue encontrado casi agónico era justamente donde no le estaba permitido penetrar ni actuar personalmente, porque, como lo expresan los peritos, “un obrero normal no ha podido tener necesidad técnica de meterse entre las dos cajas del cernedor para desatascar una manguera, pues las mangueras —como dijimos arriba— no se atascan, ni su desocupación (cuando están llenas) contribuye en lo más mínimo a desatascar el tubo correspondiente... d) Que el molinero de turno acababa de desatascar el tubo cerca del cual se encontró a Ruiz herido. e) Que según los mismos expertos, Ruiz “no ha podido encontrarse allí por descuido, inadvertencia o ignorancia, toda vez que para colocarse entre las dos cajas ha debido agacharse hasta casi tocar con la cabeza el suelo, pasando por debajo de dos varillas colocadas en equis que se hallan entre dichas cajas, con el objeto de dar fuerza al armante general y, además, para evitar que una persona caiga entre dichas cajas por un descuido o tropezón al frente”.

“De todo lo cual resulta que Luis Alfredo Ruiz, sin necesidad, porque el desatascado se hace sin peligro alguno por el segundo piso; sin autorización, porque se trataba de un trance difícil y peligroso; sin pericia y con violación del reglamento y desobediencia de las órdenes superiores, cometió el supuesto desatascamiento grave y se expuso de modo temerario a un grave peligro. Fue un error de conducta que una persona prudente y advertida colocada en idénticas condiciones externas no habría cometido. Luego la culpa de su trágica muerte fue exclusivamente suya, porque, conforme al artículo 3º de la ley 57 de 1915, “se considera como culpa, imprudencia, o descuido, el arrojarse innecesario, la embriaguez, la desobediencia

a órdenes expresas de los superiores o a los reglamentos de la empresa o fábrica, y en general, todo acto u omisión que produzca consecuencias desgraciadas en que resulte culpable el trabajador”.

“Queda perfectamente claro que la tesis que sobre responsabilidad civil extracontractual adoptó el fallo de primera instancia no corresponde a la realidad procesal. Igualmente está demostrado que el accidente en que perdió la vida el obrero Luis Alfredo Ruiz tuvo como causa un acto suyo de verdadera temeridad, ejecutado sin necesidad y sin derecho ni obligación. Luego la **inculpabilidad** del dueño del molino en la muerte de dicho obrero resulta evidente. Y como la responsabilidad civil se integra con la concurrencia de tres elementos: culpa, perjuicio y nexo de causalidad, al demandado doctor Henao Defrancisco no se le puede responsabilizar”.

El recurso

El demandante recurrió en casación de la sentencia del Tribunal de Tunja. Sustanciado reglamentariamente este recurso la Sala lo decide.

Está fundado en la causal primera del artículo 520 del C. J. La impugnación es por quebrantamiento de la ley sustantiva por infracción directa y aplicación indebida, como consecuencia de “error evidente de hecho en la interpretación de la demanda; por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, consistente en no haber apreciado algunas; en haber tenido en cuenta otras, que llegaron al juicio en forma irregular; en haber dejado de asignar el valor que le corresponde, a otras; y en haber apreciado determinadas en contra de la índole de las mismas y de su valor legal”. Estos extremos se concretan en dos Capítulos así:

“**Capítulo primero.**—Error de hecho evidente en la interpretación de la demanda.

“Consiste este manifiesto error de interpretación en afirmar y sostener que la demanda pide el resarcimiento de perjuicios por culpa contractual; y con base en dicha afirmación, carente de todo respaldo procesal, el Tribunal edifica sus razonamientos que lo llevan a la absolución del demandado.

“Para llegar a esta conclusión, agrega el recurrente, el Tribunal hace dos razonamientos, dos series de razonamientos a cual más carentes de

solidez jurídica. Es el primero el sostener que porque en la parte de la demanda en que se citan las disposiciones legales que hacen relación a la culpa contractual, es ella la que se invoca como fundamento de la demanda". Y el segundo, es el que "edifica su teoría como se ha visto, sobre la afirmación de la demanda de que el señor Luis Alfredo Ruiz era obrero;" de esta palabra, va surgiendo, por la fantasía del juzgador, toda una serie de consecuencias que lo llevan al sostenimiento de su extraña interpretación de la demanda.

El planteamiento del cargo, lo sintetiza el recurrente en los términos siguientes:

"Al decir el Tribunal, y fundamentar la parte resolutive de su fallo sobre ese concepto de que: "conforme a lo expuesto, para deducir las consecuencias civiles de la muerte del obrero Ruiz y concretarlas en la indemnización de perjuicios, la Sala tiene necesariamente que partir de la preexistencia de la relación jurídica emanada del contrato de trabajo, que es ley para las partes y cuya infracción coloca al infractor en una situación de responsabilidad potencial" cometió evidente error de hecho en la interpretación de la demanda.

"Este error lo condujo, de modo necesario, a una indebida aplicación de la ley. En efecto, y ya en el terreno de la culpa contractual, el fallador aplicó indebidamente los artículos 63, 1604 del C. C. que se refieren de modo exclusivo a la culpa resultante de la violación de los contratos, que no tienen aplicación en el campo de la culpa extracontractual.

"Ello lo llevó, en fatal lógica, a la violación directa de los artículos 2350, 2351 y en especial del artículo 2356 del C. C.

"En efecto, aquellas disposiciones (los artículos 63 y 1604) no tienen otro campo de aplicación que el resultante de la violación de los contratos, al paso que las últimas, y en especial el artículo 2356 tienen su aplicación al campo de la culpa aquiliana o extracontractual por delito o culpa que ha inferido daño a otra persona".

Se considera:

El fallo impugnado contiene unos conceptos sobre el alcance de la palabra obrero en oposición con la de patrono, para luego adentrarse en unas consideraciones generales sobre el contrato de trabajo, que estima el sentenciador caer bajo la definición del artículo 1495 del C. C., para concluir expresando que el accidente de que fue víc-

tima el trabajador Luis Alfredo Ruiz, ocurrió en momentos en que ejecutaba un contrato de esa naturaleza, celebrado con el doctor Jesús María Henao Defrancisco, como dueño de la "Empresa Molinera de Occidente", que funciona en la plaza de "La Concepción" en la ciudad de Chiquinquirá, dadas las circunstancias en que aquél ocurrió.

Pero, las disposiciones de la sentencia, no tienen fundamento únicamente en aquellos conceptos, pues a renglón seguido, se expresa que de "las súplicas de la demanda como de los hechos en que su autor la sustenta, así como de las pruebas por él pedidas, y de las citas de los artículos 1613 y 1614 del C. C., que ofrece como soporte jurídico, **parece** (subraya) que la culpa que imputa al dueño del molino es contractual. Pero también —agrega la sentencia— señala como fundamentos de derecho de la demanda los artículos 2341 y 2356 del mismo código, **parece** (vuelve a subrayar) igualmente que la acción agitada es la extracontractual", y contempla como posible la coexistencia de las dos culpas, como resultado de un mismo hecho.

De esta situación dudosa originada en la demanda, fue de donde infirió el sentenciador, la conclusión de que, "para deducir las consecuencias civiles de la muerte siniestra del obrero Ruiz y concretarlas en la indemnización de perjuicios, debía partirse de la preexistencia de la relación jurídica emanada del contrato de trabajo, que es ley para las partes y cuyo quebrantamiento coloca al infractor en una situación de responsabilidad potencial".

Es un poco confuso el concepto del Tribunal, pero la verdad jurídica, que coincide en este caso con la realidad procesal, es la de que para los efectos de la indemnización de perjuicios reclamada, con base en el accidente de que fue víctima Ruiz, no es posible separarla de su calidad de trabajador al servicio de la Empresa. Esto es, de la relación de trabajo existente entre ellos. Cosa perfectamente distinta, a la que el recurrente le achaca al Tribunal, de interpretar la demanda en el sentido de lo que se pide, es una indemnización con base en una culpa contractual, por infracción del convenio de trabajo por parte del patrono o Empresa.

Claro es, que como regla general, debe plantearse con precisión cuál es la fuente de la responsabilidad civil que se invoca, y de cuál la deduce el juzgador, si de la culpa contractual o de la extracontractual. Empero, son frecuentes los casos en que es indiferente para deducir aquella

responsabilidad por daños, la consideración especial de su fuente. Ocurre ello, en los casos en que con contrato o sin él, surge la misma obligación de indemnizar como resultado de la consumación de hecho que contraría el derecho de otro, por causa de haberse ejecutado, o dejado de ejecutar, con malicia, negligencia o descuido.

En tales eventos no se instituye una acumulación de responsabilidades; sólo se persigue la existencia de una culpa en el campo en que se destaque con mayor relieve. Y si no aparece con claridad que con ella se ha violado determinada cláusula de un contrato, pero el hecho, o su omisión ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias se imponen, sin que importe cuál sea el origen de la culpa, lo importante es que ésta exista y aparezca suficientemente comprobada.

Tal acontece con las reclamaciones indemnizatorias con origen en los accidentes de trabajo, cuando la víctima, o quien sus derechos representa, hace uso de la acción de indemnización de perjuicios ordinaria, con fundamento en las disposiciones de derecho común, y no en las especiales del derecho laboral. Entonces, lo que se persigue es la indemnización del daño causado con la ocurrencia del accidente, pero subordinada a la existencia de la culpa suficientemente probada del patrono. De aquí, la no aplicabilidad, aún en los casos de actividades peligrosas, de la doctrina de la presunción de culpabilidad, acogida por nuestra jurisprudencia, en los juicios de indemnización por accidentes en que los empleados o trabajadores de las empresas se causan daño en los momentos en que actúan, en cuyo evento se exige que la víctima debe probar suficientemente la culpa del patrono, para fundar el derecho a la reparación del daño causado.

Tal parece que fue el criterio aplicado por el Tribunal de Tunja en la interpretación de la demanda que debía decidir. Así se trasluce a través de las consideraciones generales sobre el contrato de trabajo, y del estudio especial y separado del elemento culpa en la ocurrencia del accidente sufrido por el trabajador Ruiz, en el cual hace una completa discriminación de las posiciones de éste y del empresario, para deducir: "la inculpabilidad del dueño del molino en la muerte de dicho obrero", la cual resulta evidente en los autos, por la ausencia de uno de los tres elementos que integran la responsabilidad civil, el de la culpa. Pero este último aspecto del fallo, no ha sido motivo de ataque en el cargo o Capítulo que se estudia.

No existe pues el error de hecho evidente que se le achaca a la sentencia en la interpretación de la demanda y en consecuencia, se rechaza el cargo.

"Capítulo segundo.—Error de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas.

"1º El Tribunal sentenciador apreció como prueba exonerativa de la responsabilidad del demandado, el reglamento de trabajo que presentó al proceso en forma irregular, sin el lleno de ninguno de los requisitos que exige el artículo 597 del C. J. Este error, de hecho y de derecho, hizo que el Tribunal violara la disposición que se acaba de citar, lo mismo que el artículo 593 *ibidem*, porque en esa forma la parte contra quien se opone careció de los medios de demostrar que el tal reglamento de trabajo fue una creación a posteriori del demandado. Y tal violación de los principios sobre publicidad de la prueba y de su controversia, lo llevó igualmente a la violación directa del artículo 1762 del C. C. al darle fecha cierta para aplicarla al pleito, a un documento que carecía de ella, y que sólo fue conocido de la parte contra quien se opone como resulta del litigio. Esa prueba no ha debido tenerse en cuenta.

"2º Incurrió el Tribunal sentenciador en error evidente de hecho al no tomar en cuenta la prueba aducida por el demandado, consistente en la orden que dio para que en lo sucesivo, y siempre que se presentara un atasco se inmovilizara el volante para evitar todo posible perjuicio al obrero.

"3º Incurrió el Tribunal en evidente error de derecho en la apreciación de la prueba de peritos, pedida por la parte demandada, y que se llevó a efecto en el curso de la inspección ocular practicada por el Tribunal".

En cuanto que ese dictamen especialmente en los apartes que transcribe la sentencia, no infirma las aseveraciones de la demanda, sino por el contrario, las confirma; y está diciendo entonces: "no cuál fue la conducta anterior del dueño del molino, que era materia de los testigos, sino cuál ha debido ser la conducta del mismo. Los desatascos deberían verificarse por el segundo piso; pero sin embargo, se hicieron por el tercero, es decir, por sitio en que la vida del obrero se pone en grave peligro".

"Luego el Tribunal ha dado una interpretación contraria a la que surge claramente del mismo concepto, y por tanto, esa interpretación contraria abiertamente el artículo 721 del C. J., incu-

riendo así en error de hecho y de derecho en su apreciación.

“La violación de esta disposición llevó igualmente al Tribunal a violar directamente el artículo 1757 del C. C., que impone la extinción de las obligaciones a quien las alega. Y violó igualmente el artículo 2356 de la misma obra, al no aplicarla al caso de autos”.

Se considera:

1º. El reglamento de trabajo de la “Empresa Molinera de Occidente” fue traído a los autos en la forma autorizada por la ley. En efecto, su copia fue solicitada por despacho a la Oficina del Trabajo, previa petición del demandado y dentro del respectivo término probatorio de la segunda instancia, como se desprende del memorial de pruebas de fecha 18 de octubre de 1946, que obra a los folios 1, 2 y 3 del cuaderno número 6; y fue admitida como tal, según auto de 28 de octubre de ese año, punto 4º, sin observación alguna de la contraparte. Y en cuanto a la fecha del reglamento, si es cierto que su vigencia fue suspendida, como todas las de los reglamentos en tramitación, las disposiciones transcritas en la sentencia, corresponden a reglas legales vigentes en esa época y que suplían la falta de reglamentos de trabajos en las empresas. Por otra parte, la prueba fue apreciada por el sentenciador en relación con otras, que son las que en realidad y debidamente sustentan el fallo, su parte resolutive.

“2º La prueba atacada, ni resta ni agrega eficacia al fallo, pues, si con ella se acredita la existencia de la orden dada por el dueño del molino a raíz del accidente sufrido por el trabajador Ruiz, hay otras que comprueban que la misma orden había sido dada con anterioridad a la fecha de este insuceso y por conducto de los Directores técnicos de la maquinaria, los molineros.

“3º Cuando el dictamen pericial no reúne los requisitos del artículo 721 del C. J., el Juez puede apreciarlo, según su criterio, hasta donde encuentra su fundamento, o desestimarle, si no fuere posible otra cosa. Esto ocurrirá especialmente cuando

los expertos omitan datos importantes o se basen en algunos no acreditados y que sean supuestos o imaginados por ellos. De modo que si la pericia es uniforme, explicada y debidamente fundamentada, el Juez no está autorizado para prescindir de ella arbitrariamente; pero si no reúne esas calidades, debe impartir justicia acomodándose a la verdad de los hechos comprobados”.

El dictamen pericial atacado no sólo reúne las condiciones de ser uniforme, explicado y debidamente fundamentado, sino que se trata de uno de los de carácter técnico: “Su fundamento es la percepción sensorial de los peritos complementadas con sus conocimientos técnicos los cuales juegan papel no tanto sobre la apreciación de los hechos sino especialmente sobre los diversos aspectos de la percepción misma; la ley confía en que si dos expertos perciben de la misma manera un determinado hecho, aplicando a la respectiva operación los conocimientos técnicos del caso, el hecho es cierto tal como los peritos afirman haberlo percibido. Tal es la apreciación que hizo el Tribunal del referido dictamen pericial, y en su estimación, el sentenciador no le dio un valor probatorio distinto del que le asignan los artículos 721 y 722 del C. J.

Por todo lo dicho, se rechazan los cargos.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja expedida el 26 de junio de 1950, en el presente juicio ordinario.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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.

SALA DE CASACION PENAL

DELITOS DE PREVARICATO Y DE ABUSO DE AUTORIDAD

El Juez tiene facultad —según la ley (artículo 121 del C. J.)— de apreciar el contenido y propósito de los memoriales que las partes le presenten dentro de las controversias judiciales en que uno y otro actúen como sujetos procesales; y tal apreciación está subordinada a las normas de mutuas cortesía y consideración y respeto que regulan, en la vida de la justicia, las relaciones entre el Juez y las partes y de éstas entre sí.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo tres de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Tribunal Superior de Tunja sobreeseyó definitivamente, en auto del doce de marzo del año pasado, en favor del doctor Hernán Salamanca Porras, acusado de prevaricato y abuso de autoridad por el Abogado doctor Melquisedec Amézquita, por actos ejecutados en los juicios de sucesión de Felipe Durán y ordinario de Maximino (o Máximo) Avila contra Daniel Avila, en su calidad de Juez 1º del Circuito Civil de Chiquinquirá.

Sometido dicho auto a la revisión de la Corte, en virtud de consulta que le hizo el Tribunal, y cumplidas las condiciones que —para decidirla— requiere la ley procesal penal (artículo 192), a ello se procede con sujeción al método y forma determinados en la misma ley (artículos 159 y 159).

A) Motivos del proceso

En mil novecientos cincuenta se iniciaron dos juicios en el Juzgado 2º del Circuito Civil de Chi-

ququirá: el de sucesión de Felipe Durán, en que —según la indagatoria— el doctor Amézquita representaba a la cónyuge, y el ordinario de reivindicación de Maximino (o Máximo) Avila contra Daniel Avila, en que aquél era abogado del demandado.

Dentro del primero, el Juez negó al doctor Amézquita el carácter de curador *ad litem* de los menores hijos del causante, por cuanto era su madre la representante legal, decisión que el abogado consideró, en memorial posterior, como una burla a la justicia de parte del Juez; y dentro del segundo, el mismo abogado contestó la demanda negando los hechos, e imputando al demandado y a su representante cualidades y actos injuriosos.

En el rechazo de estos memoriales el doctor Amézquita fundó su queja ante el Ministerio de Justicia contra el doctor Salamanca, queja que —pasada al Tribunal de Tunja— dio origen a este proceso.

B) Resultandos:

En la investigación —principalmente integrada por los memoriales rechazados del doctor Amézquita y por las indagatorias del doctor Salamanca y de su Secretario y por varios certificados y documentos oficiales— resultaron comprobados los siguientes hechos, ya resumidos en la sección anterior:

a) La designación y posesión del doctor Salamanca para Juez 2º del Circuito Civil de Chiquinquirá en el período 1949-1951, y el ejercicio de sus funciones, ininterrumpidamente, en los meses de agosto y noviembre de mil novecientos cincuenta;

b) El rechazo de los memoriales del doctor Amézquita por el Secretario, previa consulta al Juez, ya porque éste consideró ofensiva la imputación de burla a la justicia fundada en la negativa de designación de *curador ad litem* de me-

nores contra el derecho de la madre, ya porque consideró igualmente que la imputación de impúdica hecha a la demanda de Maximino (o Máximo) Avila y la del reo a éste, eran injuriosas para aquél;

c) La afirmación del Juez, asumiendo su responsabilidad, de que sus decisiones se habían acomodado a lo prescrito por la ley (artículos 121 del Código de Organización Judicial) y

d) La inexistencia de relaciones, entre el Juez acusado y el denunciante, que pudieran viciar de parcialidad las decisiones del primero sobre las peticiones del segundo.

C) Considerandos:

Los elementos esenciales que integran las infracciones imputadas al doctor Salamanca —prevaricato y abuso de autoridad— no existen, y sus fundamentos son los siguientes:

a) El Juez tiene facultad —según la ley (artículo 121)— de apreciar el contenido y propósito de los memoriales que las partes le presenten dentro de las controversias judiciales en que uno y otro actúen como sujetos procesales;

b) Tal apreciación está subordinada a las normas de mutuas cortesía y consideración y respeto que regulan, en la vida de la justicia, las relaciones entre el Juez y las partes y de éstas entre sí;

c) Los conceptos que el doctor Amézquita emitió en sus escritos, no están del todo conformes a las normas mencionadas, como el Juez lo concep-

tuó, de modo que podía ejercer la facultad que le concede el artículo 121 ya citado, y

d) Los sentimientos de enemistad entre Juez y denunciante —que deben ser muy clara, expresa y categóricamente respaldados en hechos tangibles— no fueron acreditados, ya que las relaciones entre los familiares del Juez y el denunciante, así como las denuncias contra aquél, no son siempre causa de enemistad ni prueba de animadversión.

D) Decisión de la consulta

Como los hechos imputados, por los motivos ya expuestos, no constituyen infracción —lo que hubiera podido fundar la aplicación del artículo 153 de la ley procesal— es de obligada aplicación el artículo 437 de la misma ley.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el sobreseimiento definitivo en favor del Juez 2° del Circuito de Chiquinquirá, doctor Hernán Salamanca Porras, por los hechos porque lo acusó el doctor Melquisedec Amézquita.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vázquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE DETENCION ARBITRARIA. — NO TODO SINDICADO QUE DEBA RENDIR SU PRIMERA INDAGATORIA DEBE SER CAPTURADO

1.—Varias son las ocurrencias en que un sujeto puede ser capturado, a saber: 1ª Como consecuencia de un fallo condenatorio a pena privativa de la libertad (artículo 637 del C. de P. P.); 2ª Como consecuencia del auto de detención (artículos 379 y 383); 3ª Cuando se sorprende *IN FLAGRANTI* al autor del delito (artículos 24 de la Constitución y 384 del C. de P. P.); 4ª Cuando la autoridad competente ha solicitado públicamente la aprehensión de un malhechor (artículo 384 citado); 5ª Cuando el sindicado requerido por el funcionario de instrucción o del conocimiento no comparece a rendir indagatoria (artículo 346); y 6ª Cuando habiendo motivos justificados para temer perturbación pública, existen indicios graves de que una persona atenta contra la paz pública (artículo 28 de la Constitución).

2.—Los capturados de que habla el artículo 386 del C. de P. P. no son todos los procesados, sino aquellos que hayan sido aprehendidos en los casos que la ley señala. De tal suerte que no todos los sindicados que han de rendir su primera indagatoria tienen que ser capturados. De ahí que el artículo 364 del Estatuto Procedimental establezca que “si el sindicado estuviera fuera del Municipio en que se practican las diligencias y no existiere la prueba necesaria para detenerlo, el funcionario de instrucción formará un interrogatorio acerca de los puntos en que deba aquél ser examinado y librará exhorto o despacho a fin de que el Juez de la residencia del sindicado reciba la indagatoria de éste, y proceda a su captura si de la indagatoria resultare mérito legal para detenerlo”.

3.—Los elementos del delito de detención arbitraria son tres: a) que se prive a una persona de su libertad; b) que el autor del hecho sea empleado o funcionario público; c) que la detención sea abusiva, esto es, fuera de las prescripciones de la ley en el particular.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo tres de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en providencia de fecha veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, calificó el mérito de las presentes diligencias, llamando a responder en juicio criminal, por los trámites ordinarios, al doctor José Antonio Jiménez Corredor, por el delito de detención arbitraria de que trata el Código Penal, en el Libro II, Título XI, Capítulo II, hecho cometido en su carácter de Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá.

Contra ésta providencia interpusieron recurso de apelación tanto el procesado como su defensor. En tal virtud ha llegado el proceso a esta Sala de la Corte, y habiéndose cumplido las formalidades propias de la segunda instancia y obtenido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, se procede a resolver lo que sea legal.

Dan cuenta los autos que en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, a cargo del doctor José Antonio Jiménez Corredor, cursaba un proceso penal en averiguación de los responsables de los delitos de asonada, daño en cosa ajena y otros de que fue denunciante la señora Carmen Elisa Murcia y que tuvieron ocurrencia en la población de Pauna en los días comprendidos entre el diez y el trece de octubre de mil novecientos cuarenta y siete. En esas diligencias figuraban como sindicados, entre otros, Salomón Rodríguez, quien desempeñaba el cargo de inspector municipal de Pauna; Cándido Candela, agente de policía del mismo lugar, y Luis Pineda.

El señor Juez, doctor Jiménez Corredor, con el único objeto de recibirles indagatoria a los mencionados Rodríguez, Candela y Pineda, ordenó su

captura, con boleta número 46 del 6 de agosto de 1948, contra los dos últimos, quienes estuvieron detenidos en las cárceles de Chiquinquirá, del 6 de agosto de 1948 hasta el 10 de los mismos, fecha ésta en que fueron puestos en libertad. Y con boleta número 48 del 9 de agosto de 1948, el mismo Juez, ordenó la captura de Salomón Rodríguez, quien en tal virtud permaneció detenido e incomunicado desde aquella fecha hasta el once del mismo mes y año, en que fue puesto en libertad incondicional al igual que sus compañeros Pineda y Candela.

El Juez acusado confiesa en su indagatoria haber expedido las boletas de captura contra Candela, Pineda y Rodríguez, dentro de las diligencias sumarias de que se ha hablado, dando como razón la de que los mencionados sujetos aparecen —en esas diligencias— como responsables de los delitos de asonada y daño en bienes ajenos, y que para efecto de recibirles indagatoria ordenó la captura y la incomunicación de aquéllos en las cárceles del Circuito. Que tan pronto fueron indagatoriados, se les puso en libertad incondicional.

Los hechos relatados aparecen suficientemente comprobados en el proceso. En la diligencia de inspección ocular realizada en el sumario contra Candela, Pineda y Rodríguez, se estableció lo siguiente: que el señor Juez, doctor Jiménez Corredor, solicitó del señor Alcalde Municipal de Pau-na la comparecencia de algunos testigos, entre los cuales no figuraban los citados procesados; que en tal oficio del señor Juez, no se dispuso la captura de los mismos; y, que no aparece que el señor Juez haya comisionado a autoridad alguna para la captura de los mencionados sujetos, ni en el expediente aparece providencia ordenando aquélla o requiriendo la presencia de Candela, Pineda y Rodríguez, para recibirles indagatoria.

De tal suerte que es un hecho plenamente establecido, que el Juez acusado ordenó la captura de Pineda, Rodríguez y Candela, quienes por tal razón fueron llevados a la cárcel e incomunicados, para el único efecto de recibirles indagatoria, sin que previamente hubieran sido citados, ni desobedecido la orden de comparendo que impartiera el funcionario.

Se considera:

La Constitución Nacional garantiza el derecho de locomoción en los artículos 23, 24, 26, 27 y 28. En efecto, de acuerdo con el artículo 23, salvo el

caso de delincuente cogido **in flagranti** (artículo 24) nadie puede ser detenido, ni reducido a prisión, sino por orden escrita de autoridad competente y por motivo definido previamente en las leyes.

En los procesos penales las leyes deben señalar la manera de actuar y la detención de los procesados no puede llevarse a efecto sino de acuerdo con el procedimiento y en los casos que la ley penal debe establecer.

La ley ha definido claramente cuáles son los casos en que puede haber detención y la manera y circunstancia de llevarla a efecto, así como también en qué ocurrencias puede haber captura de un procesado.

Sobre esto último, que precisamente es el caso que estudia la Sala, varias son las ocurrencias en que un sujeto puede ser capturado, a saber: Primera. Como consecuencia de un fallo condenatorio a pena privativa de la libertad (artículo 637 del C. de P. P.); Segundo. Como consecuencia del auto de detención (artículos 379 y 383); Tercera. Cuando se sorprende al autor del delito **in flagranti** (artículos 24 de la Constitución y 384 del C. de P. P.); Cuarta. Cuando la autoridad competente ha solicitado públicamente la aprehensión de un malhechor (artículo 384 citado); Quinta. Cuando el sindicado requerido por el funcionario de instrucción o del conocimiento no comparece a rendir indagatoria (artículo 346); y Sexta. Cuando habiendo motivos justificados para temer perturbación pública, existen indicios graves de que una persona atenta contra la paz pública (artículo 28 de la Constitución).

Como con todo acierto lo anota el señor Procurador Delegado, en ninguna de las anteriores hipótesis, que justifican conforme a derecho, la captura de un procesado, se encuentra incluida la que ordenó el Juez doctor Jiménez Corredor para privar de su libertad a Pineda, Rodríguez y Candela, pues, la más adecuada al caso sería la quinta, o sea, cuando el sindicado requerido por el funcionario de instrucción o del conocimiento no comparece a rendir indagatoria. Pero ya se vio que el acusado no impartió orden de comparendo para que aquellos tres sujetos se presentaran a rendir indagatoria, sino que de plano el Juez expidió las boletas de captura, produciendo los efectos de que da cuenta el proceso.

El Juez doctor Jiménez Corredor pretende justificar su actuación invocando el artículo 386 del Código de Procedimiento Penal que ordena que los capturados serán privados de comunicación

hasta que se les reciba su primera indagatoria. Pero es lo cierto que los "capturados" de que habla esta disposición no son todos los procesados, sino precisamente aquellos que hayan sido aprehendidos en los casos que la ley señala y que no son otros que los puntuajizados en las seis hipótesis de que se habló anteriormente. De tal suerte que no todos los sindicatos que han de rendir su primera indagatoria tienen que ser capturados. De ahí que el artículo 364 del estatuto procedimental establezca que "Si el sindicato estuviera fuera del Municipio en que se practican las diligencias y no existiere la prueba necesaria para detenerlo, el funcionario de instrucción formará un interrogatorio acerca de los puntos en que deba aquél ser examinado y librará exhorto o despacho a fin de que el Juez de la residencia del sindicato reciba la indagatoria de éste, y proceda a su captura si de la indagatoria resultare mérito legal para detenerlo".

De acuerdo con la anterior disposición ha debido proceder el Juez doctor Jiménez Corredor, ya que él sabía que los sindicatos Candela, Pineda y Rodríguez, residían en la población de Pauna, donde ejercían funciones de agentes de policía municipal. Además, el Juez tenía conocimiento que en las diligencias sumarias adelantadas contra aquéllos, no existía la prueba necesaria para detenerlos preventivamente. De tal suerte que el deber del Juez no era otro que el de comisionar a una de las autoridades de Pauna para que les recibiera indagatoria a los tres sindicatos, o el de requerirlos para que se presentaran a su despacho con el mismo fin, si deseaba practicar la diligencia de indagatoria personalmente. No lo hizo así el doctor Jiménez Corredor, y en cambio, optó, extralimitándose en sus funciones, por hacer capturar a Pineda, Candela y Rodríguez, detenerlos en las cárceles de Chiquinquirá, recibirles indagatoria y ponerlos luego en libertad incondicional.

Ahora bien: Según el artículo 295 del Código Penal, comete detención arbitraria el funcionario o empleado público que, abusando de sus funciones, priva a alguno de su libertad.

Los elementos de este delito son, pues, tres: a) Que se priva a una persona de su libertad; b) Que el autor del hecho sea empleado o funcionario público; c) Que la detención sea abusiva, esto es, fuera de las prescripciones de la ley en el particular.

Dichos elementos se encuentran plenamente establecidos en el caso a estudio. Pues, a los sindi-

cados Pineda, Candela y Rodríguez se les privó de su libertad por medio de la aprehensión física y se les detuvo en las cárceles de Chiquinquirá; el autor del hecho lo fue un funcionario público, pues, el doctor Jiménez Corredor tenía tal carácter en su calidad de Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, y en ejercicio de sus funciones ordenó la captura de los sindicatos y su incomunicación en la cárcel, con el sólo objeto de recibirles indagatoria; y por último, aquella detención fue abusiva puesto que —como ya se vio— se llevó a efecto fuera de las prescripciones legales.

"En síntesis —dice la Procuraduría— la detención, en sentido material de captura, de los sindicatos Salomón Rodríguez, Cándido Candela y Luis Pineda, se realizó sin mandato legal, y ella es punible en los términos del artículo 295 del estatuto represivo. Y como acto arbitrario afectó una pluralidad de sujetos pasivos (tres personas) en un bien jurídico —la libertad individual— que la ley protege en cada individuo, se incurrió entonces en un concurso real de infracciones, y no en un solo delito, como lo dice la parte resolutive del auto de proceder apelado. En este sentido hay que adicionar dicha providencia".

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, CONFIRMA el auto de proceder materia de la apelación, con la única modificación de que el llamamiento a juicio del doctor José Antonio Jiménez Corredor se hace por el triple delito de detención arbitraria cometido en su carácter de Juez Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá en las personas de Luis Pineda, Cándido Candela y Salomón Rodríguez, conforme al Capítulo III, Título I, Libro I, y Capítulo II, Título XI y Libro II, del Código Penal.

Como de acuerdo con los artículos 295 del C. P. y 379 del C. de P. P., el delito por el cual se llama a juicio tiene detención preventiva, el procesado debe ser detenido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS PARA CONOCER DE UN PROCESO POR DELITOS DE RAPTO Y ESTUPRO, COMETIDOS EN LUGARES DISTINTOS

La norma del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal hace referencia al conocimiento y fallo de varios delitos sometidos a diversas competencias, evento para el cual, la ley determina que debe conocer de la causa el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave. Esta norma, por regla general, es de aplicación preferente para aquellos delitos cuyo conocimiento está atribuido a distintas jerarquías, que deben ser fallados en un mismo proceso, como sería el caso de los delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Juez del Circuito y del Juez Superior (lesiones y homicidio), hipótesis en la cual el conocimiento y fallo del proceso estaría atribuido al Juez Superior, de acuerdo con la norma del artículo 50 citado.

Pero cuando no se trata de resolver una colisión de competencia de negocios sometidos a la jurisdicción de autoridades judiciales de distinta jerarquía, la norma de aplicación preferente es la del artículo 57 del estatuto procedimental, que fija la competencia por razón del territorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo seis de mil novecientos cincuenta y tres.

(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 Segundo Penal del Circuito de Cartago y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales, en relación con el conocimiento del proceso que por los delitos de estupro y rapto, se adelanta contra Germán Elías Sánchez Pinzón.

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 entre Germán Sánchez Pinzón y Oliva Morales, ésta de diez y seis años de edad, existían relaciones amorosas, en el curso de las cuales, Sánchez valiéndose de promesas, artificios y engaños, persuadió a Oliva para que abandonara su casa, en donde vivía con su madre, y se fuera con él. El día 8 de agosto de 1951, la muchacha se salió de su casa, situada en la ciudad de Cartago y se fue en compañía de Sánchez Pinzón para la ciudad de Manizales, en donde éste hizo uso carnal de ella, desflorándola.

La colisión

El día diez de agosto de mil novecientos cincuenta y uno, la madre de la ofendida formuló denuncia criminal contra Sánchez Pinzón, por los hechos que se dejan relacionados, ante el señor Alcalde Municipal de Cartago, quien, por auto de esa misma fecha, abrió la correspondiente investigación y practicó varias diligencias para su perfeccionamiento.

En providencia de 31 de agosto de 1951, el funcionario de instrucción —Alcalde de Cartago— decretó la detención preventiva del procesado Germán Elías Sánchez Pinzón, por los delitos de rapto y estupro, ordenando librar la correspondiente boleta de detención.

El señor Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago, a quien correspondió en reparto este proceso, ordenó practicar varias diligencias investigativas y, para el efecto, comisionó al señor Alcalde de esa ciudad, quien, cumplida debidamente la comisión, devolvió el proceso al Juez del conocimiento.

El señor Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago, por auto de 19 de noviembre de 1952, ordenó enviar el negocio al señor Juez Penal del Circuito de Manizales, por considerar que dicho Juez es el competente para conocer "comoquiera que el delito más grave que se investiga por medio de estas diligencias, el 'estupro', se cometió,

según las versiones dadas por ofendida y sindicado en la ciudad de Manizales”.

El señor Juez Primero Penal del Circuito de Manizales, por auto de 11 de diciembre de 1952, no aceptó la competencia para conocer, fundándose en que los delitos cometidos, rapto y estupro, el primero en Cartago y el segundo en Manizales, son delitos conexos que deben investigarse y fallarse en un mismo proceso (artículo 54 del C. de P. P.); y que, por haberse cometido en lugares distintos, el competente para conocer es el Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago por cumplirse en esta ciudad los eventos contemplados por el artículo 57 del estatuto procedimental. En consecuencia, devolvió el negocio al Juez de Cartago, quien no aceptó las razones dadas por el Juez de Manizales; en tal virtud le provocó competencia negativa y como este Juez no la aceptara, surgió el incidente que ahora dirime la Corte.

Se considera:

El Decreto Extraordinario número 3347 de 31 de octubre de 1950 —anterior a los hechos investigados— dispone en su artículo 3º que los Jueces de Circuito en el Ramo Penal conocerán, en primera instancia, además de los asuntos que les están atribuidos, de los delitos de violencia carnal, **estupro**, abusos deshonestos, corrupción de menores, **rapto** e incesto...

Por consiguiente, las dos infracciones —rapto y estupro— de que trata este proceso, son de competencia de los Jueces del Circuito en lo Penal.

En consecuencia, tanto el Juez Primero Penal del Circuito de Cartago como el Juez Segundo Penal del Circuito de Manizales, tienen competencia para conocer de los delitos de rapto y estupro por mandato de la ley, pero como los delitos se cometieron en diversas jurisdicciones la norma que debe prevalecer para fijar la competencia, es la del artículo 54 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 57 del mismo estatuto, que dice que si el delito se cometió en lugares distintos prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formuló el denuncia, o en el que primero se inicie la investigación, y en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculcado.

Como ya se vio, en autos hay constancia de que el lugar donde se presentó el denuncia y se ini-

ció y perfeccionó la investigación es en la ciudad de Cartago del Distrito Judicial de Buga, y en este mismo Distrito se dictó auto de detención contra el procesado.

De manera que la competencia en el caso a estudio, no se fija en razón del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal invocado por el Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago porque —como lo ha dicho esta Sala— esta disposición hace referencia al conocimiento y fallo de varios delitos sometidos a diversas competencias, evento para el cual, la ley determina que debe conocer de la causa el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave. Esta norma por regla general es de aplicación preferente para aquellos delitos cuyo conocimiento está atribuido a distintas jerarquías, que deban ser fallados en un mismo proceso, como sería el caso de los delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Juez del Circuito y Juez Superior (lesiones y homicidio), hipótesis en la cual el conocimiento y fallo del proceso estaría atribuido al Juez Superior, de acuerdo con la norma del artículo 50 citado.

Pero como en el caso **sub judice** no se trata de resolver una colisión de competencias de negocios sometidos a la jurisdicción de autoridades judiciales de distinta jerarquía, la norma de aplicación preferente es la del artículo 57 del estatuto procedimental, que fija la competencia por razón de territorio. Como los delitos —rapto y estupro— se cometieron en lugares diversos sometidos a distintas jurisdicciones y como tanto el Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago como el Juez Primero Penal del Circuito de Manizales son competentes para conocer de tales delitos, el Juez que debe investigar y fallar es el del lugar en que primero se formuló el denuncia y se adelantó la correspondiente investigación y en igualdad de circunstancias el del lugar en que primero se aprehendió al inculcado.

Estando acreditado que tales eventos se cumplieron en la ciudad de Cartago, la colisión aquí planteada no puede decidirse sino hallándole la razón al señor Juez Primero Penal del Circuito de Manizales y decidiendo, en consecuencia, que es competente para conocer del presente proceso el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago.

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 en-

tre el señor Juez Primero Penal del Circuito de Manizales y el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago, para conocer del proceso contra Germán Elías Sánchez Pinzón, por los delitos de rapto y estupro, señalando dicha competencia al señor Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago.

Cópiese, notifíquese y envíese el expediente al

señor Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago, dando cuenta previamente al señor Juez Primero Penal del Circuito de Manizales.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.

Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vázquez.

Julio E. Argüello R., Secretario.

EL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO POR CONVENIENCIA PARA LA SALUD DEL PROCESADO, PUEDE TENER LUGAR SOLO CUANDO ESTE SE ENCUENTRE DETENIDO

La Corte ha sostenido en forma constante la tesis de que cuando pelagra la vida del acusado al presentarse en el lugar donde debe ser juzgado, el cambio de radicación es conveniente; pero esa tesis se refiere al evento contemplado por el inciso primero del artículo 58 del C. de P. P., es decir, cuando el cambio de radicación es conveniente para la recta administración de justicia, conveniencia que se funda en diversas situaciones y entre otras, cuando las partes no pueden disfrutar de los derechos garantizados por la Constitución y la ley, ya sea porque existe la hipótesis fundada de que esos derechos les van a ser negados por quienes deben fallar el negocio, bien porque circunstancias especiales derivadas de pasiones pueden traducirse en actos de venganza o represalias que impidan la defensa del procesado o pongan en peligro su vida, y en tales casos, es lógico que esos fallos no pueden ser la expresión fiel y exacta de la justicia y, por lo tanto, el cambio de radicación del proceso respectivo es conveniente.

Pero cuando lo que se aduce como motivo determinante para el cambio de radicación, no es la conveniencia para la recta administración de justicia, sino la conveniencia para la salud del sindicado, para que, tal cambio sea posible, es necesario que el procesado se encuentre detenido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo diez de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Con oficio número 1046 de febrero pasado, el Ministerio de Justicia, Departamento Legal, remite a la Corte este expediente junto con la nue-

va solicitud del doctor Jaime Dangond para que cambie de radicación el proceso que en el Juzgado Primero Superior de Bogotá se le adelanta por el delito de homicidio, a fin de que emita el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte emitió concepto desfavorable a la solicitud que en igual sentido hizo el procesado Dangond, por medio de su apoderado, con fecha quince de julio del año pasado y para ello se tuvieron en cuenta las razones invocadas por el peticionario y los documentos entonces aducidos. En dicha providencia se dijo:

“Para sustentar su solicitud, el peticionario aduce las siguientes razones:

“a) Que en el Juzgado 10 de Instrucción Criminal, 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 doctor 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 la 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 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 Juzgado 10º de Instrucción Criminal, en la que se afirma que el peticionario doctor Guillermo Fonnegra Sierra, es apoderado del sindicato Jaime Dangond Ovalle en el sumario que a éste se le adelanta por el delito de homicidio en la persona del doctor Alvaro Navarro Lózano;

"4º Tres certificaciones de los doctores Rafael 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 en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Valledupar, quienes dicen que el doctor Jaime Dangond Ovalle sufre en la actualidad de una pielonefritis y esta enfermedad lo incapacita para vivir en clima frío, lo que 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 Rafael 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 funciona en Valledupar; y que el doctor Jaime Dangond, abogado titulado e inscrito, es vecino de dicha 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 Monsalvo y Luis Napoleón Cavello, 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 Rafael Valle Mesa, son vecinos de la misma 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 dicha ciudad".

En esta ocasión el peticionario doctor Dangond, en la solicitud elevada al Ministerio de Justicia, en el fondo aduce las mismas razones ya invocadas por su apoderado doctor Fonnegra y agrega que, la Corte en un concepto emitido en el año de mil novecientos cuarenta y cinco, en un caso idéntico emitió concepto favorable; que dicha entidad ha sido constante en sostener la tesis de que peligrando la vida del acusado al presentarse en el lugar donde debe ser juzgado, el cambio de radicación es conveniente; que aunque por motivos distintos su presencia en Bogotá, en donde se le habría de juzgar, implica un peligro grave contra su vida; y finalmente, que el Código de Procedimiento Penal "da piso legal" a su solicitud de cambio de radicación y también el artículo 23 de la Constitución Nacional, "tendiente a prevenir los abusos y arbitrariedades contra el individuo".

Como nuevos documentos, se han traído al expediente, una certificación del Fiscal Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá y su Secretario, en la que dicen que al sumario contra el doctor Jaime Dangond Ovalle se presentó para que fuera agregada a los autos, una tesis escrita por éste para optar el título de doctor en Derecho que versa sobre "**Delitos contra el honor**"; una certificación de los mismos funcionarios en la que se afirma, que a Dangond Ovalle se le sindicó por el delito de homicidio, que del proceso conoce actualmente la misma Fiscalía, que como apoderado del sindicato figura el doctor Guillermo Fonnegra Sierra y que en tales diligencias "si se requiere la comparecencia personal del inculcado **Jaime Dangond Ovalle**"; una certificación del Médico doctor José Antonio Socarrás, quien dice que desde tiempo atrás viene tratando al doctor Jaime Dangond, quien padece de pielonefritis aguda y debe guardar absoluto reposo y no vivir en climas fríos, en donde correría grave peligro su salud.

Además de lo anterior, se adjunta una copia de la Resolución Ejecutiva número 126 de 1945, por la cual se cambia de radicación el proceso contra el señor Heriberto Cuentas Cepeda "por un delito sexual" que se le adelantaba en el Juzgado 3º de Instrucción Criminal de Bogotá, y se radica en el Distrito Judicial de Santa Marta, con el concepto favorable de la Corte.

Se considera:

La Sala al emitir concepto desfavorable al cambio de radicación de que aquí se trata, dijo:

“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 motivo 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 esto le veda 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 no le permite 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 inculcado”.

“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 atañedora 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, quienes pueden ejercitar a su favor todas aquellas medidas que juzguen conducentes al reconocimiento de sus legítimos derechos”.

Los nuevos documentos presentados por el peticionario doctor Dangond Ovalle, no tienen capacidad para que la Sala cambie de concepto en cuanto al cambio de radicación por él solicitado. Porque las certificaciones expedidas por el Fiscal Primero Superior, según las cuales el doctor Dangond Ovalle presentó para que obrara en los autos una tesis escrita por él para optar el título de doctor en Derecho y que versa sobre los delitos “contra el honor”; que en esa misma oficina se encuentra el proceso que se le sigue por el delito de homicidio y que en este negocio “se requiere la comparecencia personal del inculcado”, no cambia la situación legal del mencionado doctor Dangond Ovalle, en lo relativo a la concurrencia del evento contemplado por el inciso segundo del precitado artículo 58 del Código de Procedimiento Penal. Tales documentos no son demostrativos de que el peticionario se encuentre detenido o residiendo en esta ciudad de Bogotá como consecuencia de una providencia dictada en el proceso en referencia, casos únicos en que la ley procesal penal autoriza el cambio de radicación de un proceso, cuando el procesado o sindicado padezca de enfermedad grave que exija cambio de clima o de residencia.

Dice el señor Fiscal Primero Superior que en el proceso en mención se requiere la comparecencia personal del doctor Dangond Ovalle, pero esto posiblemente se refiere a la práctica de diligencias encaminadas al perfeccionamiento del sumario y no porque se le hubiera dictado auto de detención, lo cual es una situación completamente distinta a la que exige el inciso segundo del nombrado artículo 58, que legalmente no da fundamento para el cambio de radicación del proceso; ello sólo querría decir, dada la mala salud del procesado, que las diligencias que deben practicarse se lleven a cabo por medio de comisionado o librando los despachos correspondientes.

Según aparece de la copia de la Resolución Ejecutiva número 126 de 1945, tomada del proceso seguido contra Heriberto Cuentas Cepeda, por “un delito sexual”, la Sala en esa ocasión emitió concepto favorable al cambio de radicación por padecer el procesado de una miocarditis crónica que le impedía vivir en lugares de cierta latitud.

No se dice en dicha resolución si ese sindicado se hallaba detenido a la orden del Juez de Instrucción que adelantaba el sumario o si se trataba de un procesado excarcelado o contra quien no se había dictado auto de detención preventiva, pero si la situación de aquel procesado era la de un individuo que en el momento de conceptuar sobre el cambio de radicación no se encontraba detenido, esa tesis de la Corte ha sido revaluada posteriormente por no estar de acuerdo con la interpretación que debe darse a la norma contenida en el inciso segundo del precitado artículo 58 de la ley procesal penal.

Es verdad que la Sala ha sostenido en forma constante la tesis de que cuando peligra la vida del acusado al presentarse en el lugar donde debe ser juzgado, el cambio de radicación es conveniente, pero esa tesis se refiere al evento contemplado por el inciso primero del artículo 58, es decir, cuando el cambio de radicación es conveniente para la recta administración de justicia, conveniencia que se funda en diversas situaciones y entre otras, cuando las partes no pueden disfrutar de los derechos garantizados por la Constitución y la ley, ya sea porque existe la hipótesis fundada de que esos derechos les van a ser negados por quienes deben fallar el negocio, bien porque circunstancias especiales derivadas de pasiones pueden traducirse en actos de venganza o represalias que impidan la defensa del procesado o pongan en peligro su vida, y en tales casos, es lógico que esos fallos no pueden ser la expresión fiel y exacta de la justicia y, por lo tanto, el cambio de radicación del proceso respectivo es conveniente.

Pero en esta ocasión no se contempla ninguna de las situaciones antes enumeradas, porque no hay razón ninguna para temer que las autoridades estén parcializadas ni existe en esta ciudad un ambiente perjudicial para los derechos o la vida del procesado. Lo que se aduce como motivo determinante para el cambio de radicación, no es la conveniencia para la recta administración de justicia, sino la conveniencia para la salud del sindicado, pero como éste no se halla detenido, no hay razón de orden legal que justifique dicha medida, pues para que sea posible el cambio de radicación en tal evento, se repite, es necesario que el procesado se encuentre detenido. Sólo así los efectos previstos por la ley procesal, el cambio de radicación del negocio y el cambio de clima o de residencia del procesado, pueden tener lugar; cuando no se encuentra detenido, la

ley no puede cambiarlo de clima o de residencia por motivos de salud.

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 Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se adelanta con-

tra 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.

DELITO DE PREVARICATO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo diez de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el auto de fecha veintiocho de enero de mil novecientos cincuenta y dos, mediante el cual sobresée definitivamente en favor del señor Francisco Prado Villanueva, ex-Juez Promiscuo del Circuito de Lorica, por los cargos que se le hicieron en este informativo.

Surtida la tramitación propia de la instancia y corrido el traslado legal al señor Procurador Delegado en lo Penal, este funcionario solicita la confirmación del proveído consultado.

La investigación se adelantó mediante denuncia que Marco A. Díaz Castillo presentó al Tribunal Superior de Cartagena el 26 de enero de 1948, donde manifiesta que su denunciado Francisco Pardo Villanueva, en su condición de Juez Promiscuo del Circuito de Lorica, incurrió en irregularidades que pueden resumirse así:

1º Que aceptó como abogado en negocios civiles y penales, al doctor Norberto Gari del Castillo, sin ser por entonces abogado titulado e inscrito, “demostrando con ello sentimientos afectivos”;

2º Designó al mismo Gari del Castillo como depositario de la suma de \$ 2.000.00 en una demanda de pago por consignación a la sucesión de Eusebio Peinado R., para lo cual el Juez retiró esa suma de la Caja Colombiana de Ahorros —Sucursal de Lorica— donde había sido consignada, señalándole a dicho depositario como honorarios la suma de \$ 100.00;

3º Que en un sumario contra Moisés Anaya Sánchez por hurto de ganado mayor, se decretó la detención preventiva del sindicato, se pidió su captura al Alcalde de Lorica y como el procesado concurriera a dicha población sus allegados le indicaron “lo ventajoso para él de buscar al abogado doctor Pablo D. Gari, padre de Norberto, Gaceta—11

para que le atendiera el asunto aludido. Anaya así lo hizo y por gestiones que el señor doctor Gari hizo ante el Juez y ante el Alcalde, el primero aceptó que Anaya no fuese detenido antes de vacaciones, pero con el compromiso que dizque se había hecho el doctor Gari, de presentarlo ante el Juzgado el 21 de enero de este año”.

“4º Que con motivo de unas elecciones se cometieron en Lorica y Corregimientos como Gallinazo, Los Gómez y Las Flores, hechos que debían investigarse y el Juez se limitó a comisionar para ello al doctor Norberto Gari del Castillo, entonces Juez Municipal de Lorica, hermano de uno de los candidatos en cuyo favor se habían realizado las infracciones; y

“5º Como muestra de ese sentimiento de animadversión —agrega el denunciado— del señor Juez para conmigo, cito otro caso, también factible de ser establecido: Manuel González está detenido por hurto de ganado mayor. Pedí su libertad provisional con fundamento en el artículo 418 del C. de P. P. El Juez Prado se pronunció diciendo que no entraba a estudiar si estaba o no fundada mi petición, porque el artículo 4º de la ley 4ª de 1943 había dicho que los sindicatos o procesados por el delito de hurto o robo de ganado mayor estaban exceptuados del beneficio de la libertad provisional”. Afirma el denunciante que esto lo hizo el procesado con el “deseo preconcebido de perjudicar”.

Perfilan los cargos formulados al doctor Prado Villanueva el delito de prevaricato, dado que el móvil de sus actuaciones que se le atribuyen consisten en “sentimientos afectivos que bien puede decirse que son aptos para configurar uno de los elementos estructurales” de esa infracción, y por que se alude a simpatía del sindicato por los doctores Pablo y Roberto Gari, así como a la animadversión por el denunciante.

A las pruebas allegadas al expediente resulta que en cuanto al primer cargo, el doctor Norberto Gari del Castillo fue inscrito en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Lorica como abogado, mediante licencia provisional que le expidió el Tribunal Superior de Cartagena, y que vencido el término de esa licencia, el Juzgado se abstuvo

de aceptarlo como litigante. Resulta esto de las declaraciones de Andrés Caballero P. y Nayib Mansur, empleados del Juzgado, de la inspección ocular de folios 32 a 34, de la declaración del doctor Gari del Castillo y de la indagatoria del sindicado Prado Villanueva.

Según la diligencia de inspección ocular dicha, con fecha 6 de diciembre de 1944 el Tribunal Superior de Cartagena concedió licencia especial al doctor Gari del Castillo para ejercer la abogacía, según Acuerdo número 63 de ese año. El Secretario del Juzgado en ese tiempo Andrés Caballero P. afirma al respecto: "Recuerdo que en una ocasión el suscrito llamó la atención al doctor Gari del Castillo... porque registrando los libros que se llevan en dicho Juzgado de inscripción de abogados, encontró el suscrito que el doctor Gari del Castillo estaba inscrito con una licencia que de conformidad con la ley había terminado el plazo para continuar ejerciendo el cargo de abogado en cualquier negocio judicial". "Con base en este informe de la Secretaría —dice la diligencia de inspección ocular de folio 33 vto.— profirió el Juzgado del Circuito el auto de fecha 10 de febrero de 1948 que corre a foja 9 de la demanda ejecutiva de que viene hablándose, por medio del cual se rechazó al doctor Norberto Gari del Castillo, la personería del Instituto y de hecho se negó la admisión de la demanda por él presentada".

El doctor Gari del Castillo obtuvo luego licencia definitiva, como abogado titulado, y en esa calidad renovó sus gestiones, sin rechazo alguno.

No aparece, por este aspecto, que hubiera infringido la ley penal el sindicado. Como lo afirma la Procuraduría "no hubo ilicitud alguna por parte del Juez en la actuación comentada. Además, de haber existido, el hecho constituiría una simple falta, y no un delito, reprimible por la vía disciplinaria conforme al artículo 4º de la ley 69 de 1945".

En cuanto al nombramiento del doctor Gari del Castillo como depositario de una suma de dinero, a que hace referencia el punto 2º, aparece que el Juzgado a cargo del doctor Prado Villanueva, adelantó un juicio de pago por consignación, que promovió Francisco López Llorente, contra la sucesión de Eusebio Peinado R., que se nombró secuestre o depositario al doctor Gari del Castillo de aquella suma, y que se le fijaron \$ 100.00 de honorarios. Pero del procedimiento del Juez no surge que se hubieran violado principios legales, y, en cambio, aparece que éste obró conforme a

derecho según la norma por él invocada y que cita en el curso de la diligencia de inspección ocular, en la constancia siguiente: "Que con aplicación del art. 976 del C. Judicial, una vez surtido el traslado de la demanda de pago por consignación, propuesta por el señor Francisco López Jr. contra los herederos de Eusebio C. Peinado R. como la oferta reunía los requisitos legales autorizó dicha consignación y procedió a nombrar secuestre en el doctor Norberto Gari del C....; que tal nombramiento de secuestre es de libre elección del Juez, y que el nombrado, que no fue objetado en ningún momento por alguna de las partes, cumplió a cabalidad sus funciones" (fs. 24 vto.).

En lo tocante con el cargo 3º surge del expediente que el 12 de diciembre de 1947 el Juzgado ordenó la detención de Moisés Anaya Sánchez, en el proceso que se le seguía por hurto de ganado mayor y que no obstante las actividades desplegadas por la autoridad, la captura no se realizó. El propio Anaya a folio 21 vto., con relación a este hecho se expresa: "yo me dí a la tarea de huir y estuve huyendo todo el tiempo hasta tanto se revocó el auto de detención". Así las cosas, el cargo referente a que el Juez acusado aceptara que no fuese detenido Anaya Sánchez antes de las vacaciones judiciales a que se ha hecho mención, bajo el compromiso de su presentación el 21 de enero de 1948, carece de fundamento y en cambio sí desvirtuado, según la manifestación del propio Anaya Sánchez, aparte de que éste afirma que el poder que había otorgado al doctor Díaz Castillo le fue revocado, para conferirlo al doctor Pablo D. Gari, sustitución que se debió a que aquél "no se entendió más con el negocio".

En lo que se refiere al punto 4º, es cierto que el doctor Norberto Gari en su carácter de Juez Municipal, adelantó varias investigaciones referentes a asuntos relacionados con problemas políticos, por comisión del Juez Prado Villanueva, y que un hermano de aquél fue candidato y resultó electo; pero también resulta que el Juez acusado instruyó igualmente varios de aquellos sumarios. Con todo, es lo cierto que no aparece que tal proceder se debiera a simpatía o animadversión a personas determinadas.

"En lo concerniente a la cuarta acusación —dice el colaborador— es verdad que el Juez Prado comisionó al doctor Gari (Norberto) para que, en su carácter de Juez Municipal, adelantara varias investigaciones, en que jugaba la política. También es cierto que fue candidato y resultó electo

un hermano del entonces Juez Municipal; pero no es menos cierto que el mismo Juez de Circuito instruyó personalmente algunos de aquellos sumarios. Además, no están desvirtuadas las afirmaciones del funcionario hechas en su indagatoria, según las cuales, por el poco tiempo que llevaba en Lorica, ignoraba los vínculos existentes entre los señores Norberto y Agustín Gari, ignorancia de la cual no fue sacado por persona alguna. Agrega que no sabía que don Vicente figurara en una de las listas, y que la comisión o comisiones las confirió en virtud de claras facultades legales y debido al cúmulo de trabajo”.

Por parte del comitente, según esto, no resulta que hubiera en tal asunto, actuación alguna dolosa o contraria a la ley.

“Finalmente —agrega el Procurador— con relación a la negativa de libertad provisional a Manuel González, nada se hizo por esclarecer el punto; ni siquiera en el auto cabeza de proceso se ordenó investigarlo. Sin embargo, el comisionado para indagar al doctor Prado Villanueva lo interrogó sobre el particular, y respondió que en ese entonces consideraba que los sindicatos de hurto y robo de ganado mayor no tenían derecho al beneficio de excarcelación, según la ley 4ª de 1943, y que por ello, de acuerdo con su leal saber y entender, había negado la libertad a González. Que posteriormente cambió de concepto, después de un concienzudo estudio en el negocio seguido contra Romualdo Cogollo y otros, lo cual pone de presente que se trataba de un tema susceptible de interpretación, y en esa materia los juzgadores gozan de libertad de criterio.

“Así las cosas y siendo satisfactoria la explicación que da el doctor Prado, es preciso aceptar la inexistencia del ilícito denunciado”.

Está en lo cierto la Procuraduría, ya que en realidad de verdad, las razones que aduce el Juez Prado Villanueva, en cuanto a la interpretación de la cuestión relacionada con la libertad provisional, no admite una solución distinta y siendo satisfactorias sus explicaciones, debe aceptarse la inexistencia del hecho relacionado en el denuncia, aparte de que tampoco existe prueba indicativa, se repite, de que el sindicato obrara por simpatía o animadversión a persona determinada alguna.

No aparece, por tanto, comprobada la comisión de delito alguno por parte del doctor Francisco Prado Villanueva, en su carácter de Juez Promiscuo del Circuito de Lorica, y por tanto el sobreesimiento proferido en su favor por el Tribunal de instancia es legal y debe confirmarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley; oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, CONFIRMA el sobreesimiento definitivo materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE HOMICIDIO. — CUANDO LA IRA NO HA SIDO CAUSADA POR GRAVE E INJUSTA PROVOCACION, ES INAPLICABLE EL ART. 28 DEL C. P.

La norma del artículo 28 del Código Penal señala los elementos o requisitos que para su aplicabilidad debe tener el ilícito que se cometa dentro de las circunstancias que esa disposición precisa: a) Debe haber una provocación; b) Que la provocación tenga las características de grave e injusta; y c) Que exista una relación de causalidad entre aquellos elementos, de tal forma que el delito sea producto de la causa determinante surgida de la provocación y de su gravedad e injusticia. De tal suerte que si una cualquiera de estas condiciones falta, la modalidad del artículo 28 citado, no tiene operancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo trece de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de once de julio del año próximo pasado, condenó a Abelardo López Reyes a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio de que fue víctima Luis Ayala.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el señor defensor del procesado. Llenados los trámites de rigor y presentada oportunamente la demanda de casación, se procede a resolver.

Demanda

El recurrente invoca y sustenta las causales primera, segunda y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Como tienen íntima relación las causales primera y segunda propuestas en la demanda, no serán motivo de estudio por separado, sino que se analizarán conjuntamente.

Causales primera y segunda.—Violación de la ley penal sustantiva y errada interpretación o apreciación de los hechos.

Al referirse a estas causales el recurrente ataca el fallo recurrido así:

“El Tribunal Superior de Bogotá, al confirmar la sentencia de primera instancia, violó el artículo 36 y el 255 de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, respectivamente. Aplicó indebidamente el artículo 36 del C. P. porque no fue dictada la sentencia según las modalidades del hecho delictuoso atribuido a mi poderdante. En efecto, Abelardo López confesó haber cometido el hecho por el que se le condena; pero manifestó que no tuvo la intención de matar. Y esta manifestación que (sic) tiene la fuerza de **presunción legal** no desvirtuada, porque ninguna prueba ha contradicho en forma alguna lo afirmado por el sindicado en el momento de ser indagatorio. Siendo esto así, era de obligación irrestricta para los juzgadores de instancia aceptar el hecho tal como la prueba lo había acreditado, y no como su imaginaria concepción le parecía. Y el hecho evidente y escueto es que Abelardo López no tuvo intención de matar, sino simplemente de causar una lesión personal”.

En síntesis, el demandante ataca la sentencia de segundo grado porque se reprimió un homicidio simplemente intencional en vez de uno preterintencional, que —según el recurrente— es el pertinente si se tiene en cuenta la confesión del reo.

Se considera:

Como lo anota acertadamente el señor Procurador Delegado en lo Penal, el cargo radica sobre la especie del homicidio cometido por el acusado, implica una apreciación probatoria relacionada con una circunstancia constitutiva o modificadora del delito, desde el punto de vista subjetivo del mismo (intención de herir, y no de matar). Cuestión que corresponde resolver al Jurado en los procesos que —como el presente— se siguen con su intervención.

En la audiencia pública el señor Fiscal sostuvo la tesis de un homicidio simplemente intencional, en cambio, vocero y defensor plantearon la de homicidio ultraintencional, sin que el veredicto aceptara esta última, pues, la respuesta del Jurado al cuestionario propuesto, fue: "Si es responsable, habiendo ejecutado el hecho en estado de ira, pero no causado por grave e injusta provocación".

Por manera que el propósito de matar no fue negado por el Jurado; y en esas condiciones, el Tribunal aplicó rectamente el artículo 362 del Código Penal.

Por otra parte, al ser aceptado por la Corte el tema presentado por el demandante, llevaría necesariamente a declarar el veredicto del Jurado contrario a la evidencia de los hechos. Atribución ésta que sólo compete a los jueces de instancia, ya que la injusticia del veredicto fue descartada del Código de Procedimiento Penal vigente como motivo de casación. Así se desprende de los artículos 537, 554 y 567 de dicho estatuto, lo mismo que de las discusiones que sufrió el proyecto del código mencionado en la Comisión de Reformas Penales y de la reiterada jurisprudencia de esta Sala de la Corte sobre el particular, cuya conclusión es la de que la causal segunda de casación no tiene cabida en los juicios con intervención del Jurado.

Lo anterior indica que las causales primera y segunda no pueden prosperar.

Causal tercera.—Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

Al sustentar esta causal, dice el demandante:

"Al Jurado de conciencia le fue propuesto un cuestionario que consultaba la situación procesalmente aceptada en el auto encausatorio que acogió la tesis con suficiente asidero en el informativo acerca de haberse ejecutado el hecho en estado de ira y en estado de intenso dolor, causados —ambos— por grave e injusta provocación.

"El Jurado de conciencia negó expresamente la grave e injusta provocación en el estado de ira, lo que afirmó simplemente; pero nada dijo en cuanto al estado de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, que fue aceptado en el auto de proceder como realidad procesal.

El Tribunal Superior de Bogotá confirma la sentencia del inferior en el sentido de considerar —a priori— que el Tribunal del pueblo negó ambas circunstancias modificadoras de la responsabilidad".

Se considera:

Es evidente que en el auto de proceder se le imputó al procesado Abelardo López el homicidio simplemente intencional, reconociendo a su favor la circunstancia de haber cometido el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.

El Juez del conocimiento, teniendo en cuenta lo determinado en el auto de proceder, le sometió al Jurado el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Abelardo López es responsable de haber dado muerte a Luis Ayala por medio de herida causada con arma corto-punzante (peinilla), hecho el cual ejecutó en estado de ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación, y que tuvo realización en las horas de la tarde (sic) el día veintisiete de enero de mil novecientos cincuenta y uno en la hacienda de San Rafael, jurisdicción del Municipio de La Calera, de la comprensión de este Distrito Judicial".

Atrás se vio que el Jurado contestó: "Sí es responsable, habiéndose ejecutado el hecho en estado de ira, pero no causado por grave e injusta provocación".

El Tribunal interpretando el veredicto sancionó al acusado con aplicación del artículo 362 del Código Penal, descartando la modalidad contemplada por el artículo 28 del mismo estatuto, puesto que el Jurado negó expresamente la gravedad y la injusticia de la provocación.

Repetidas veces ha dicho la Corte que la norma del artículo 28 del Código Penal señala los elementos o requisitos que para su aplicabilidad debe tener el ilícito que se cometa dentro de las circunstancias que esa disposición precisa, o sea: a) debe haber una provocación; b) que la provocación tenga las características de grave e injusta; y c) que exista una relación de causalidad entre aquellos elementos, de tal forma que el delito sea producto de la causa determinante surgida de la provocación y de su gravedad e injusticia. De tal suerte que si una cualquiera de estas condiciones falta, la modalidad del artículo 28 citado, no tiene operancia.

En el caso a estudio, el Jurado admitió en su veredicto que el acusado obró en estado de ira al cometer el homicidio, pero negó expresamente que tal estado hubiera sido causado "por grave e injusta provocación". De tal suerte que excluyó los elementos de la gravedad y de la injusticia de la provocación que, como ya se dijo, son esenciales

para estructurar la modalidad de que se viene hablando. Y así las cosas, el homicidio quedó catalogado entre los simplemente intencionales que regula el artículo 362 del Código Penal, norma que fue precisamente la aplicada por el Tribunal en la sentencia recurrida en casación.

Y no podía obrar de otra manera porque el Juez tiene que acomodarse a las circunstancias modificadoras cuando el Jurado las declara en su veredicto; pero cuando las niega o cuando la agregación o la explicación no modifica lo esencial del hecho imputado por referirse a eventos que rodearon el hecho mismo sin atenuar la responsabilidad, la sentencia tiene que atender a la realidad y basarse en lo esencial del veredicto.

Lo dicho es suficiente para desechar la causal tercera.

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 CASA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vázquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

NO ES CAUSA DE NULIDAD EL QUE HAYA PARTICIPADO EN EL PROCESO COMO PARTE CIVIL UNA PERSONA CUYA PERSONERIA NO ES LEGITIMA. CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — CUANDO LA CORTE PUEDE MODIFICAR EN CASACION LA APRECIACION QUE EL TRIBUNAL HIZO DE LAS PRUEBAS

1.—La invocación de la causal segunda y su adecuada sustentación implica el estudio completo de los elementos que obran en el proceso.

2.—La Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar quebrantamiento de las normas legales, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en Casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado.

3.—Cuando el recurrente no combate todos los fundamentos probatorios que ha tenido el Tribunal para sostener que el procesado cometió el delito porque se le juzga, la falta de ataque completo a todos y cada uno de los presupuestos que le sirvieron para llegar a esa conclusión, da lugar, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de Casación, a que la Corte no pueda suplir oficiosamente las fallas de la demanda, debiendo tener como fundados y suficientes los elementos de juicio que por ese aspecto respaldan el fallo acusado.

4.—Tratándose de la estimación de las pruebas, en el recurso de Casación la intervención de la Corte está limitada a aquellos casos en que es manifiesto el error en que se ha incurrido en la sentencia, porque no se conforme esa estimación a lo establecido en el proceso. Adoptar un criterio distinto sin fundamentos ciertos, sería tanto como acabar con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales.

5.—Aún en el supuesto de que la persona constituida en parte civil no fuera legítima, y así se declarare judicialmente, ello no incidiría en la validez del proceso, ni tampoco en el derecho a la reparación de los perjuicios: lo primero, porque por expresa disposición legal (artículo 122 del C. de P. P.), la

decisión del superior relativa a la apelación contra el auto que admite o niega la demanda de constitución de parte civil, no implica la nulidad ni retrotrae el procedimiento; y lo segundo, porque siendo pública (o mixta, transaccionalmente), la acción para la reparación de los perjuicios, están obligados el Ministerio Público y el Juez, en su caso, a proveer a la fijación y a la condena (en abstracto), cuando los interesados no participaron en el proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali por sentencia de fecha doce de marzo del año pasado, condenó a Florencio Rodallega como responsable del delito de estafa, a la pena principal de tres años de prisión y multa por valor de mil pesos (\$ 1.000.00) moneda corriente.

Contra este fallo interpuso el recurso de casación el defensor del sentenciado, doctor Luis E. Bonilla Plata, el cual le fue concedido. El recurrente presentó ante la Corte la respectiva demanda de casación, con fundamento en las causales segunda, cuarta y quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El recurso ha sido tramitado en conformidad con las normas legales respectivas y es el caso de entrar a resolver lo que sea legal.

Hechos.—Al procesado Florencio Rodallega se le ha sentenciado como responsable del delito de estafa, consistente en que mediante el empleo de artificios o engaños, obtuvo que el señor José Dolores Soto permutara con Edilma Velasco —con-

cubina de Florencio— un edificio y una casa ubicados en la ciudad de Cali, a cambio de tres lotes de terreno, debidamente delimitados y con una cabida superficiaria de 420 plazas y 3.944 metros cuadrados, que el mencionado Rodallega aseguró a la víctima que le habían sido adjudicados a Edilma en el juicio de división de la hacienda de San Fernando, situada en el corregimiento del Ortigal, de la jurisdicción del municipio de Miranda, Departamento del Cauca, cuando la verdad de las cosas era que a la nombrada mujer no se le había admitido en dicho juicio como subrogataria de los derechos que tenían los herederos de los primitivos comuneros de la finca de San Fernando y consecuentemente, no se le había adjudicado en tal juicio porción alguna de terreno, en forma concreta y determinada.

El proceso se adelantó en conformidad con el procedimiento señalado por los artículos 13 y siguientes de la ley 48 de 1936, según lo prescrito por el artículo 1º del Decreto número 1426 de 27 de abril de 1950 y la sentencia de primera instancia se dictó por él señor Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y uno, sentenciando a los procesados en este negocio como responsables del delito de estafa en bienes de propiedad de José Dolores Soto, entre otros, a Florencio Rodallega, a la pena principal de tres años de prisión y multa a favor del Tesoro Nacional por la suma de cien pesos (\$ 100) moneda corriente. Esta sentencia sólo fue reformada en la segunda instancia, en cuanto fija la multa a favor del Tesoro Nacional en la cantidad de mil pesos (\$ 1.000.00) y no en la de cien pesos (\$ 100.00).

Según se ha dicho, el recurrente invoca las causales segunda, cuarta y quinta de casación, que se examinarán siguiendo el mismo orden en que las presenta el actor del libelo.

Causal segunda. — Errada interpretación o apreciación de los hechos.

El demandante ataca la sentencia del Tribunal de Cali, afirmando que existe contradicción entre los hechos apreciados en el fallo de esa entidad; que a otros hechos les dio un valor probatorio que no tienen; y que no tomó en cuenta otras comprobaciones que sí estaban acreditadas.

El Procurador Delegado en lo Penal, sintetiza los cargos que se hacen contra la sentencia de

segunda instancia, en relación con dicha causal, en los términos siguientes:

“a) Si las relaciones amistosas entre el procesado Rodallega y el ofendido Soto Henao estaban rotas, mal pudo el primero ir personalmente con el segundo a mostrarle las tierras que pensaba venderle y decirle, “que sólo faltaba construir una cerca por determinada línea para que la propiedad quedara deslindada”. En esta forma, dice, “salta a la vista la contradicción” que encierran tales afirmaciones del sentenciador; y

“b) Que, de acuerdo con los documentos allegados al proceso, “siempre se trató de venta o permuta de derechos, de proindivisos, aunque en algunos de ellos se diga que esos derechos están radicados en determinadas extensiones de terreno”; y que a pesar de esto, el Tribunal sostiene que “mal podían Rodallega y la Velasco vender lotes con señalamiento de linderos, por el solo hecho de haber sido reconocidos como comuneros los primitivos herederos o causantes de Francisco Saldarriaga, Pantaleón Viáfara y Elías Andrade”. Por lo cual “queda demostrada la evidente contradicción entre los hechos probados en el expediente y la interpretación y errada apreciación de los mismos, dándoseles un valor probatorio que en realidad no tienen, y sin que se hubieran tomado en cuenta otros hechos acreditados en el proceso”.

“Más adelante, en el capítulo denominado ‘Fundamentos Legales’, el demandante alude a varias disposiciones del Código de Procedimiento Penal, a saber: artículo 203, relativo a la plena prueba necesaria para condenar; artículos 216, 222 y 223 sobre el valor de los indicios; y artículo 273 sobre prueba del elemento “a sabiendas”, y como este factor dice “debe ser plenamente demostrado, no se podrá aceptar la existencia del delito de estafa de que trata el artículo 208 (sic) y siguientes del Código Penal, mientras no exista tal comprobación”.

“Luego se refiere al aspecto civil del asunto para hacer ver que la venta de cosa futura es válida, aún en el caso de que Edilma Velasco sólo hubiese tenido una mera expectativa de derecho en el comunero de San Fernando; pero, que, en realidad, Edilma adquirió de sus tradentes “un derecho perfecto”; que también es válida la venta de derechos litigiosos y la de derechos hereditarios; y que estos últimos derechos comprados por la Velasco en la hacienda de San Fernando son perfectamente reales”.

Observa la Procuraduría y también la Sala,

que el actor no concreta ninguna petición. De los motivos aducidos se sigue que niega la existencia del ilícito por el cual se condenó a su representado, pues para él los contratos de permuta o de compraventa celebrados por Edilma Velasco con José Dolores Soto, mediante la intervención de Florencio Rodallega, amante de Edilma, fueron lícitos, imponiéndose por lo tanto la absolución del procesado.

Se considera:

En la sentencia que es materia del recurso, el Tribunal Superior de Cali estudia en forma detallada y completa la situación jurídica del acusado en presencia de las pruebas recogidas en el proceso y de ese análisis, llegó a la conclusión de que en los hechos investigados se había cometido el delito de estafa. Los principales fundamentos de orden probatorio que respaldan la decisión de dicha entidad, pueden sintetizarse así:

1º Florencio Rodallega y su concubina Edilma Velasco estaban informados hasta la saciedad, no sólo por claras providencias judiciales sino "por el oportuno consejo de uno de sus abogados, doctor Julio César Gutiérrez, de que para poder determinar la parte o cuota que le correspondía o podía corresponderle a la señora Edilma Velasco en el fundo de San Fernando, era necesario ventilar los correspondientes juicios de sucesión hasta llegar a establecer la cuota hereditaria de sus vendedores o tradentes Zoilo Viáfara, Leopoldo Andrade y Roberto Alaix".

2º Que en tales circunstancias, "mal podían Rodallega y la Velasco vender lotes con señalamiento de linderos, por el solo hecho de haber sido reconocidos como comuneros los primitivos derechos o causantes Francisco Saldarriaga, Pantaleón Viáfara y Elías Andrade, de donde los vendedores a Edilma hacían derivar sus derechos".

3º Que Rodallega recurrió al ardid o artificio de obtener una copia de los planos levantados por el ingeniero en el juicio de división de la finca de San Fernando, poniendo posteriormente, a lápiz, el nombre de Edilma Velasco como adjudicataria de los tres lotes de terreno que le permutó a Soto, anotación falsa que no existía en tales planos, pues la nombrada Edilma no figuraba en el mencionado juicio de división como parte interesada.

4º Que Rodallega en forma habilísima convenció a José Dolores Soto, víctima de la estafa, que

sólo hacía falta la orden del Tribunal de Popayán para que Edilma entrara en posesión de los lotes descritos en la escritura de venta otorgada por ésta a Soto y para ello, le mostró una carta del abogado en Popayán que Rodallega explicó al comprador convencándolo de la inmediata entrega de los terrenos, cuando tanto Rodallega como Edilma sabían con absoluta seguridad que no podía llegar esa orden del Tribunal de Popayán, pues la presunta vendedora en la mencionada sentencia de división del predio de San Fernando, había sido excluida como comunera y para lograr el posible reconocimiento de esa situación tenía que recorrer largo y complicado procedimiento, como era el de ventilar previamente los correspondientes juicios de sucesión de quienes habían sido reconocidos en aquel juicio como comuneros y de los cuales derivaba los derechos que vendió.

5º Que la intención de José Dolores Soto, desde la iniciación del negocio, fue la de celebrar un contrato de permuta y adquirir "una finca con pastos adecuados para el levante de ganado" y no la obtención de simples derechos en una comunidad.

6º Que la posesión material de los terrenos de la comunidad de "San Fernando" la tenía la sociedad comercial Eder & Cía. hacía muchos años, según lo afirmó el testigo Manuel Dolores Serrano G. y en estas circunstancias, se hacían "más ilusorios los derechos de tradentes y adquirentes ante una posible usucapación".

7º Que "todas estas maquinaciones fraudulentas indujeron a Soto al error de despojarse de sus valiosos bienes en favor de Edilma Velasco, a cambio de unos derechos ilusorios"; y

8º Que Rodallega, "sabedor del delito que acababa de cometer, quiso desplazar la responsabilidad penal que le acarrea su actitud, en otra persona, escogiendo para tal fin a su amigo Isaac Vinasco Ramírez, para que sobre él recayera la acción de la justicia civil o penal al no poder cumplir Soto con lo pactado".

El Procurador Delegado en lo Penal en su concepto que obra en los autos, al comentar los fundamentos de orden probatorio que tuvo en cuenta el fallador de segunda instancia para afirmar la comisión por parte del procesado Rodallega del delito de estafa y también las fallas de que adolece la demanda en cuanto a la fundamentación de la causal que se examina, hace las siguientes apreciaciones:

"Como se ve, el Tribunal tuvo en cuenta nu-

merosos hechos y pruebas para dar por demostrado el cuerpo del delito de estafa y la consiguiente responsabilidad de Rodallega; y el demandante se limitó a combatir una mínima parte de tales hechos y de las apreciaciones del sentenciador. Es decir, que la demanda contiene una falla fundamental al respecto, porque si la existencia del delito la deduce el juzgador de la pluralidad de elementos de convicción que se concatenan y refuerzan entre sí, es un deber del demandante atacar todo ese haz probatorio para que sea viable la causal segunda de casación en juicios en que no ha intervenido el Jurado, mayormente tratándose de una tesis tan radical y decisiva como la referente a no haber existido la infracción.

“En este orden de ideas, ha sentado la H. Corte que ‘la invocación de la causal segunda y su adecuada sustentación implican el estudio completo de los elementos que obran en el proceso’. (Sentencia de 16 de octubre de 1946); y que la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar quebrantamiento de las normas legales, ‘si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado’. (Sentencia de 22 de abril de 1952. GACETA número 2113, pág. 737).

Agrega el colaborador, que ese rigor en la técnica de la casación no entraña un formulismo aberrante, ni es un obstáculo para el reconocimiento del derecho sustantivo, pues obedece simplemente a la naturaleza y alcance del recurso extraordinario que como controversia que es entre la sentencia demandada y la ley, en orden a unificar la jurisprudencia, está sometido a un especial tratamiento en su forma y en su fondo, para diferenciarlo de los medios ordinarios de impugnación que son propios de las instancias del proceso.

Además, como ya lo ha observado el Ministerio Público, anota la Sala que el actor no combate todos los fundamentos probatorios que ha tenido el Tribunal para sostener que el procesado cometió el delito porque se le juzga y la falta de ataque completo a todos y cada uno de los presupuestos que le sirvieron para llegar a esa conclusión, da lugar, dada la naturaleza extraordinaria del recurso, a que la Corte no pueda suplir oficiosamente las fallas de la demanda, debiendo tener como fundados y suficientes los ele-

mentos de juicio que por ese aspecto respaldan el fallo acusado.

De otro lado, las pruebas que se tienen en cuenta en la sentencia recurrida para sostener la existencia del ilícito de estafa y la responsabilidad del acusado, claramente establecen que en el caso presente no se trata de un simple contrato de carácter civil, realizado sin dolo y sin artificio de parte de Edilma Velasco y Florencio Rodallega, sino del hecho contemplado en el estatuto represivo como estafa, por haberse llevado a cabo el contrato de que hablan los autos con el empleo de maniobras artificiosas que indujeron en error a la víctima, error que determinó a ésta a disponer de sus bienes en beneficio del sentenciado Rodallega. Y no consistieron los medios artificiosos empleados por el procesado en simples palabras mendaces sino en el despliegue intencional de ciertas actividades, como la presentación del plano de los terrenos de “San Fernando” y la carta del abogado de Popayán sobre la próxima entrega de tales terrenos, cuyo efecto fue el de hacer aparecer a los ojos de la víctima una situación falsa de éstos, que la indujo voluntariamente a permutar sus bienes en su propio perjuicio.

Estas mismas consideraciones, las consigna el Procurador Delegado en lo Penal, en el siguiente aparte:

“Además, no sobra anotar que todo el caudal probatorio aducido por el Tribunal para motivar la existencia de la estafa y la responsabilidad del acusado, deja la plena certidumbre de que el ilícito sí lo cometió Rodallega, mediante maniobras que constituyeron un verdadero ardid, encaminado a crear un error determinante en la víctima, error que fue la causa de la disposición patrimonial por parte de Soto y en provecho del responsable. Más que ardid, hubo aquí verdadera **mise en scene**, especialmente con el empleo de la copia del plano correspondiente a los terrenos de “San Fernando” y la carta que dijo Rodallega haber recibido de su abogado en Popayán. Con tales documentos, a José Dolores Soto se le suscitó un juicio falso y se le convenció de que en realidad a Edilma Velasco se le habían adjudicado los lotes que él deseaba adquirir en aquella hacienda.

“No hay, pues, en el fallo del Tribunal un error grave y evidente que sea necesario enmendar por medio de la causal segunda de casación”.

A todo lo dicho se agrega, que tratándose de la estimación de las pruebas en el recurso de casación, la intervención de la Corte está limitada

a aquellos casos en que es manifiesto el error en que se ha incurrido en la sentencia, porque no se conforme esa estimación a lo establecido en el proceso. Adoptar un criterio distinto sin fundamentos ciertos, sería tanto como acabar con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales.

Por consiguiente, la causal examinada no puede prosperar.

Causal cuarta.—Nulidad del juicio

Sobre esta causal dice el demandante:

"...este proceso se siguió conforme a las ritualidades del Decreto Extraordinario citado (el 1426 de abril de 1950), procedimiento breve y cuyo objeto único es el castigo rápido y eficaz de los delitos contra la propiedad en él contemplados; en estos procedimientos no cabe la intervención de los presuntos damnificados con el delito, como lo han reconocido ya algunos Tribunales del país, puesto que esa intervención desvirtuaría el único objetivo de dicho procedimiento; a la parte civil le quedaría abierto el camino de la justicia civil ordinaria para hacerse pagar los perjuicios sufridos con el delito, a base de la sentencia condenatoria, que en el terreno penal se hubiera fulminado contra los transgresores. Es así que desde la iniciación del proceso se admitió y actuó la parte civil; luego este proceso está viciado de nulidad y la sentencia casada (sic) viola la ley procedimental".

En el aparte antes transcrito, se contiene la única fundamentación que hace el actor acerca de la causal de nulidad alegada. Simplemente enuncia una tesis sin llegar a demostrarla, como es indispensable hacerlo, dado que el recurso extraordinario de casación, es absolutamente distinto a una tercera instancia. El demandante no menciona la causal de nulidad en que se haya incurrido en este proceso y en realidad no podía hacerlo, porque la ley procesal penal no contempla el motivo alegado como nulidad en la actuación. Contempla la ilegitimidad de personería del querellante cuando se trata de negocios en que no pueda procederse de oficio (artículo 198, numeral 2º), pero esa nulidad no se presenta en el caso que se estudia, dado que el delito de estafa para su investigación y castigo, no requiere querrela por tratarse de una infracción de procedimiento oficioso.

En la hipótesis de que la parte civil hubiera intervenido en este proceso con violación de las

normas legales, la actuación no sería nula por este motivo. Esta situación está prevista por el Código de Procedimiento Penal en su artículo 122, en el cual se lee:

"La decisión del superior que resuelva un apelación contra el auto que admitió la demanda, no anula lo actuado ni retrotrae el procedimiento en ningún caso".

Es decir, que por medio de esta disposición el legislador estableció el principio de seguridad de las actuaciones realizadas y también un principio de economía procesal. Y ello porque en materia penal, las gestiones dirigidas a la demostración de los perjuicios causados por la infracción no corresponden exclusivamente a la parte civil, sino también al Ministerio Público y a los Jueces. Y de ahí que cuando no existe parte civil o la demanda ha sido rechazada, es deber de los funcionarios que intervienen en el proceso practicar todas aquellas diligencias encaminadas a la probanza de los daños causados por el delito y a su determinación en concreto, a fin de garantizar el derecho de indemnización que tiene la víctima, casos en los cuales todo lo actuado conserva plena validez legal y jurídica. (Artículos 93 C. P. y 24, 92, 284, 294 y 345 del C. de Procedimiento Penal).

"Y esta conclusión —dice el colaborador— adquire mayor fuerza, si se tiene en cuenta que la sentencia condenatoria en lo penal sirve de título a la persona ofendida o a sus herederos para demandar, por la vía ejecutiva y ante el Juez civil, el pago de los perjuicios reconocidos. (Artículos 135 y 136 del C. de P. P.). Y es entonces, en el juicio ejecutivo, cuando puede discutirse adecuadamente el derecho que tenga el actor para cobrar y recibir el valor del crédito, en lo que atañe a su legítima personería como demandante. Tal es el derecho de excepcionar que consagra el artículo 1025 del Código Judicial".

Estos mismos puntos de vista los expuso la Procuraduría, con la aceptación de la Sala, en la Casación de Justino Jiménez Soler:

"Pero aún en el supuesto de que la persona constituida en parte civil no fuera legítima, y así se declarare judicialmente, ello no incidiría en la validez del proceso, ni tampoco en el derecho a la reparación de los perjuicios: lo primero, porque por expresa disposición legal (artículo 122 del estatuto procesal penal), la decisión del superior relativa a la apelación contra el auto que admite o niega la demanda de constitución de parte civil, no implica la nulidad ni retrotrae el pro-

cedimiento; y lo segundo, porque siendo pública (o mixta, transaccionalmente) la acción para la reparación de los perjuicios, están obligados el Ministerio Público y el Juez, en su caso, a proveer a la fijación y a la condena (en abstracto) cuando los interesados no participaron en el proceso". (Sentencia de 3 de agosto de 1951, GACETA números 2103 y 2104, pág. 140).

Basta lo expuesto, para concluir que la causal cuarta alegada, debe rechazarse.

Causal quinta.—No expresar la sentencia, clara y terminantemente, cuáles son los hechos que considera probados.

Con el objeto de fundar esta causal, el recurrente se expresa en la siguiente forma:

Para demostrar que en la sentencia que motiva esta casación ha ocurrido este caso, basta leer la parte de ella en la cual, después de hacer la relación de los primitivos derechos reconocidos en el juicio de división material de San Fernando y de afirmar no haberse liquidado las sucesiones de ellos ni de sus posteriores causahabientes, se concluye así: "En estas condiciones, bien inteligenciada quedó la señora Edilma Velasco Guzmán de su situación en relación con los derechos adquiridos a Zoilo Viáfara, Leopoldo Andrade y Roberto Alaix, y, por consiguiente, el señor Florencio Rodallega, en el sentido de que tales derechos solamente constituían una mera expectativa, la que era preciso despejar mediante los correspondientes juicios de sucesión".

En seguida el actor formula una serie de interrogantes, exigiendo la prueba de que "dichas sucesiones no se hayan levantado"; la de que los vendedores a Edilma de los derechos herenciales nada tenían en realidad; la de la mala fe de Rodallega y la Velasco en lo concerniente al señalamiento dentro del plano, de los lotes que había comprado y en lo relativo a la entrega inmediata de los terrenos permutados. Y agrega:

"Por todos estos interrogantes, se ve que el Tribunal condenó a Rodallega a base de meras suposiciones, por una parte, e ignorando por completo todo aquello que aparece en el expediente, como exculpativo del procesado, y todo aquello que demuestra la comisión de falsedades y otros delitos cometidos por sus acusadores...".

Se considera:

Examinado el fallo recurrido, se encuentra que el cargo no corresponde a la realidad, pues la sentencia atacada puede considerarse como modelo de orden y claridad, no sólo en la exposición de los hechos, sino en el análisis de las pruebas y en la apreciación jurídica de los elementos de juicio que sustentan sus conclusiones.

La simple lectura del fallo de segunda instancia, aún para las personas no versadas en las disciplinas jurídicas, permite saber cuál es la infracción que es objeto del juzgamiento, cuál la responsabilidad de sus autores y partícipes y la pena aplicable a los mismos. En ella se indican además, con toda precisión, las pruebas en que se basa la imputabilidad y responsabilidad de los acusados con señalamiento de los folios del proceso donde se encuentran, etc., es decir, que la motivación de la sentencia se hace como lo exigen los artículos 163 de la Constitución Nacional y 159 del Código de Procedimiento Penal.

El Procurador Delegado en lo Penal, sostiene estos mismos puntos de vista en relación con el cargo que se examina y agrega que, si hubo de parte del Tribunal una mala interpretación de las pruebas, ello es propio de la causal segunda, y no de la causal quinta.

Por lo tanto, tampoco esta causal puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acordó 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 CASA la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.

Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vázquez.

Julio E. Argüello R., Secretario.

DESISTIMIENTO DE UN RECURSO DE CASACION

El desistimiento como acto procesal obedece o se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para proseguir o terminar el juicio, y si por otra parte, el procesado es la única persona a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad para desistir de la apelación y aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual interpuso el recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Ángel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en sentencia de fecha veintidós de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, condenó a Desiderio Castiblanco o Castelblanco a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio en Juan Bautista Alfonso, ocurrido en la tarde del diez y siete de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, en la fundación de "San Agustín", vereda de "El Palmar", Corregimiento de Tauramena, del Municipio de Chámeza.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación el procesado, concedido el cual por el Tribunal, la Corte lo declaró admisible y dispuso correr el traslado legal al recurrente, dentro del cual y por medio del apoderado nombrado al efecto, doctor Jacinto Rodríguez Suárez, presentó la demanda que corre a fojas 11 a 20 del cuaderno número 6.

Cuando el expediente se hallaba en traslado a la parte no recurrente en virtud de lo dispuesto por el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal, el procesado Castiblanco o Castelblanco se dirigió a la Corte en solicitud del desistimiento del recurso de casación, cuyo memorial le fue devuelto por carecer de la presentación legal.

Nuevamente el procesado, en el memorial que precede, insiste en solicitar de esta Sala el desistimiento del recurso por él interpuesto y asimis-

mo la supresión de las diligencias y demás peticiones elevadas con anterioridad, tanto por el peticionario como por su apoderado, para que el expediente sea devuelto a fin de hacer la petición sobre rebajas de pena a que cree tener derecho.

La solicitud es procedente de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 461 del Código Judicial, aplicable aquí por virtud del artículo 7° del Código de Procedimiento Penal. Como las partes "pueden, separada o conjuntamente, desistir del pleito, reconvenición, incidente o recurso que hayan propuesto en él", según la disposición que se acaba de citar, es el caso de acceder a lo pedido.

"El desistimiento —ha dicho esta Sala— como acto procesal obedece o se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para proseguir o terminar el juicio, y si por otra parte, el procesado es la única persona a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad para desistir de la apelación y aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual interpuso el recurso". (GACETA JUDICIAL, tomo LXIII, pág. 835).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Admitir el desistimiento del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de veintidós de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por la cual se condena a Desiderio Castiblanco o Castelblanco a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio.

2º Declárase ejecutoriada la sentencia de fecha 22 de noviembre de 1951 a que hace referencia el aparte anterior; y

3º Condénase en costas a la parte recurrente. Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez—Ángel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.



SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dos (2) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Aníbal Cardoso Gaitán, obrando como apoderado especial de la señora Elena Canal Sorzano de Rodríguez, presentó demanda contra la Nación ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte, a fin de que en juicio ordinario de única instancia y con audiencia del señor Procurador Delegado en lo Civil, se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera.—El inmueble o predio denominado 'Capachito', situado en el Municipio de Cúcuta, Departamento Norte de Santander, comprendido dentro de los linderos técnicamente expresados que en seguida se copian, de propiedad de mi mandante, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título originario del Estado, o sea la merced otorgada a don José Gregorio Ferreira, por ésa y por mayor extensión de tierras, en el sitio de La Floresta, por el Juez subdelegado de tierras el 24 de enero de 1766, confirmada después, el 19 de septiembre de ese año, por el Virrey Messía de la Zerda y por la Real Audiencia en 6 de diciembre siguiente. Los linderos del inmueble denominado 'Capachito', según los títulos que se acompañan a esta demanda, son: 'Al norte, con el Sindicato Ganadero Colombiano, S. A.; al oriente, con María González N. y Paco Guerrero; por el occidente, con la línea del Ferrocarril; y por el sur, con el doctor Francisco Guerrero'. Aunque estos linderos son los que encierran como ya se dijo el predio denominado "Capachito", sin embargo la declaración de la Honorable Corte debe referirse al mismo fundo de 'Capachito', menos una zona de terreno comprendida entre la Quebrada

Floresta y el Ferrocarril de Cúcuta, pues a esta faja de terreno no se extiende el título originario emanado del Estado, ya que éste tiene como lindero occidental la quebrada Floresta. Por eso, esta primera declaración de la Honorable Corte, que lleva como antecedente ilustrativo para proferirse la alinderación ya copiada que figura en los títulos de propiedad de la demandante, debe sin embargo dictarse reduciéndola al área a que corresponde el plano topográfico de la finca 'Capachito', escala 1:10.000 que se acompaña a esta demanda, cuya alinderación, siguiendo los detalles técnicos y las indicaciones geográficas que en este plano aparecen, es ésta: Linderos de 'Capachito' (en cuanto se superpone a la merced a José Gregorio Ferreira): 'Se toma como punto de partida la desembocadura de la llamada hoy quebrada Carbonera (antigua Floresta) en la quebrada Floresta propiamente dicha. Por la quebrada Floresta, aguas abajo, hasta encontrar la desembocadura de la quebrada El Pino; la línea recta que une estos dos puntos tiene un rumbo de N. 25° 30' E. y una distancia de 3.136 metros. De aquí se sigue por la quebrada El Pino, aguas arriba, hasta el mojón M-168; la línea recta que une estos puntos tiene una distancia de 1.185 metros y un rumbo de S. 70° 30' E., lindando en este trayecto con la finca Tasajero. De aquí se continúa por el lindero oeste de la finca 'El Pino y Las Flores' hasta el mojón M-60; la línea recta que une estos puntos tiene un rumbo de S. 7° 00' W. y una distancia de 2.460 metros, lindando con la finca 'El Pino y Las Flores'. De aquí se continúa al oeste por la cerca de alambre y luego por la quebrada Carbonera hasta la desembocadura de ésta en la quebrada Floresta, punto de partida; la recta que une estos puntos tiene un rumbo de 90° 00' W. y una distancia de 2.166 metros, lindando en este trayecto con la finca de La Reforma".

Segunda.—En subsidio, el inmueble o predio

denominado 'Capachito', situado en el Municipio de Cúcuta, Departamento Norte de Santander, dentro de los linderos ya señalados, de propiedad de mi mandante, salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras.

“Tercera—Como consecuencia de una cualquiera de las anteriores declaraciones, el subsuelo del inmueble denominado 'Capachito', y en particular el petróleo y los demás hidrocarburos que en él se hallen, son de propiedad de la dueña del terreno citado, dentro de la alinderación relacionada en la primera petición.

“Cuarta.—Igualmente, como consecuencia de las declaraciones pronunciadas respecto de los puntos anteriores, el área correspondiente al inmueble 'Capachito', en su suelo y su subsuelo, se excluye del contrato que la Nación celebró con la Compañía de Petróleo La Patricia, el día 10 de marzo de 1951, protocolizado por medio de la escritura pública número 4.456 del mismo año, Notaría 2ª de Bogotá...”

Como hechos de la demanda, se expusieron los que pasan a sintetizarse:

a) La señora Elena Canal Sorzano de Rodríguez es actual propietaria y poseedora inscrita de los terrenos llamados "Capachito", los cuales forman parte de las tierras de La Floresta, que pasaron a ser de propiedad privada en la época colonial.

b) Las tierras de La Floresta, de las cuales hace parte "Capachito", fueron adjudicadas a José Gregorio Ferreira en el año de 1766, con indicación de sus linderos, y mediante el lleno de todos los requisitos exigidos por la legislación entonces vigente.

c) Con posterioridad a tal adjudicación, y como resultado de litigios con algunos colindantes, las autoridades de la Colonia, con intervención de la Real Audiencia de Santa Fe, reconocieron la validez de los títulos expedidos a favor de Ferreira.

El actor acompañó a su libelo varios documentos, e invocó en derecho, entre otras disposiciones, el artículo 4º de la ley 37 de 1931, los artículos 5º, 7º y 10º de la ley 160 de 1936 y el Decreto extraordinario número 10 de 1950.

De la anterior demanda se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó oportunamente, expresando atenerse a lo

que resultará acreditado en el proceso. Llegada después la etapa de pruebas, se practicaron las que fueron pedidas por el demandante. Y finalmente, recibidos los alegatos de las partes y citadas éstas para sentencia, no resta ya sino dictar la decisión definitiva correspondiente, a lo que en seguida se procede.

Se considera:

Respecto de la propiedad actual sobre la finca de "Capachito" a que se refiere la demanda, consta de autos que la señora Elena Canal Sorzano de Rodríguez la adquirió por adjudicación que se le hizo en el juicio mortuario del señor Josué Canal González, protocolizado por escritura número 280 de 9 de abril de 1938 de la Notaría Primera de Cúcuta (fs. 19 a 20 v. del cuaderno número 2); que en sentencia proferida por el Juez 1º del Circuito de Cúcuta, de fecha 30 de septiembre de 1944, se declaró que la señora Canal Sorzano de Rodríguez era "dueña exclusiva y poseedora inscrita y material" de la finca de "Capachito", en juicio seguido contra personas inciertas (fs. 21 a 25 del cuaderno número 2); y por último, que el señor Josué Canal González había adquirido dicha finca por compra a Víctor Manuel Ramírez Yáñez y otros, mediante escritura número 407 de 13 de agosto de 1915 de la Notaría de San José de Cúcuta (fs. 12 a 18 del cuaderno N° 2).

Esta tradición aparece relacionada, además, en certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cúcuta con fecha 1º de agosto de 1951 (fs. 3 y v. del cuaderno número 2).

¿Pero será cierto, como lo ha venido afirmando el señor apoderado del demandante, que la finca de "Capachito" hace parte de un terreno de mayor extensión, comprensivo de seis o siete estancias de ganado mayor, que le fue adjudicado en la época colonial al señor José Gregorio Ferreira?

He aquí lo que sobre tal adjudicación rezan las pruebas allegadas al expediente:

1º En escrito que no lleva fecha, el señor José Gregorio Ferreira solicitó del Juez Subdelegado de Tierras de Pamplona "pase al sitio que llaman de La Floresta, jurisdicción de Pamplona, en frente de San Faustino, donde tiene tierras Antonio de la Parra, y sin perjuicio de dos estancias que dice tiene y parece de sus instrumentos, me ampare en las demás que sobraren, precediendo medida y avalúo, que estoy pronto a satisfacer a su

Majestad su importe..." (fs. 3 del cuaderno número 1).

2º El 21 de enero de 1766 el señor Juez Subdelegado de Tierras de Pamplona, en relación con la solicitud anterior, dio comisión a don Felipe Madariaga, "persona de entereza y satisfacción", para que "con dos evaluadores, recibiendo juramento, pase al sitio que se expresa en el pedimento, y teniendo por independientes las dos estancias de tierra de don Antonio de la Parra, hará un cálculo de las demás (por no haber medidas o acostumbrarse por estas partes) que quedaren baldías, y las hará avaluar, y puesto por diligencia remitirá a mí los autos..." (fs. 3 v. y 4 del cuaderno número 1).

3º El 22 de enero de 1766 don Felipe de Madariaga, estando "en el sitio de La Floresta, jurisdicción de la ciudad de Pamplona, en frente de la ciudad de San Faustino", practicó la diligencia que se le había conferido, expresando textualmente: "...pasé a este sitio en compañía de don Manuel de los Reyes y don Nicolás Carreño, a quienes les recibí juramento en forma de derecho, bajo del cual ofrecieron hacer su oficio a todo su entender y saber, y visto por mí y los dichos las sobras de las tierras de Antonio de la Parra, y éstas ser realengas y en favor de su Majestad, interesé con reflexión y acuerdo de dichos y mi asistencia hallamos ser seis o siete estancias más o menos, pero inhabitables por estar habitadas por los indios bárbaros Motilones, y que su valor de ellas por dicha razón puede ascender e importar hasta cincuenta pesos, quedando bien enteradas y satisfechas las dos estancias de tierras de Antonio de la Parra" (f. 4 del cuaderno número 1).

4º El 24 de enero de 1766 el Juez Subdelegado de Tierras de Pamplona, don Juan Francisco de Rueda, declaró que "sobre el avalúo de los cincuenta pesos se entenderá aquella gracia que se le debía hacer a don Gregorio Ferreira; y teniendo presente lo útil y provechoso que para lo futuro puede ser el que estas tierras perseguidas de indios Motilones se pueblen con ganados o labores... en el modo y vía que más haya lugar lo amparaba y amparé en las consabidas tierras contenidas en las diligencias hechas por don Felipe Madariaga, en nombre de su Majestad (Dios le guarde), poniendo para ello mi autoridad y judicial decreto, bajo las condiciones que ha de ocurrir por sí o por apoderado ante el Excelentísimo señor Virrey de este Reino, juez general de este ramo, a solicitar confirmación de este

amparo según lo prov... por su merced ha de desembolsillar en cajas reales de la ciudad de Santa Fe los cincuenta pesos valor de las tierras y derechos de media anata, y en el entre tanto consigue la confirmación, le servirá éste de bastante título para que pueda usar y valerse de las predichas tierras, y ninguna persona lo inquietará..." (fs. 4 a 5 del cuaderno número 1).

5º Después de pregonadas las seis o siete estancias de tierra del sitio de La Floresta, por orden del Virrey de Santafé, éste terminó por aprobar la merced hecha por el Subdelegado de Pamplona, "bajo los límites y linderos que comprehendien", con fecha 19 de septiembre de 1766 (fs. 15 v. a 16 v. del cuaderno número 1).

6º La Real Audiencia de Santafé confirmó la merced de tierras de que se trata por providencia de 15 de noviembre de 1766, así: "Vistos: Confírmase la merced de tierras hecha a don José Gregorio Ferreira, cuyo título se despache a su favor, constando haber enterado en reales cajas doce pesos por esta gracia... Y para que la gracia concedida tenga su debido efecto, fue acordado por los de la nominada mi Audiencia que os debía mandar librar este mi real título de confirmación de las tierras que van expresadas de La Floresta, sitas en la jurisdicción de la ciudad de Pamplona, a vos don José Gregorio Ferreira, para que las hayais y goceis y poseais, con todos sus frutos, usos, servidumbres, derechos y acciones, y ordeno y mando a todas y cualesquier justicias del distrito, y jurisdicción de la Villa de San Cristóbal y ciudad de Pamplona, cualesquiera que fueseis requerida con esta mi real carta, el que sin poner pretexto ni motivo alguno pongais en posesión de las enunciadas tierras de La Floresta, al mismo don José Gregorio Ferreira, por los linderos y límites que consta de la merced presentada, y en ellas no consentireis se le inquiete ni perturbe por el mi cabildo de dicha ciudad, ni por otra persona alguna, en su posesión, haciendo que conste todo por diligencia auténtica; antes bien lo amparareis y defendereis; que yo desde luego le amparo y he por amparado en su posesión" (Fs. 17 v. a 18 del cuaderno número 1).

7º Habiendo solicitado don José Gregorio Ferreira al Alcalde Provincial de la ciudad de Pamplona y Comandante del valle de Cúcuta que le diera posesión de las seis o siete estancias de tierra que se le habían adjudicado, previa mensura de dos estancias que habían sido mercedadas por el Cabildo de Pamplona y que pertenecían entonces a Antonio de la Parra y a su padre José

Antonio Fernández de la Parra, aquel funcionario declaró, con fecha 11 de diciembre de 1766, que "las dichas dos estancias de tierra de los Parras no se miden por ahora para saber el lindero por las muchas dificultades que ofrece el tiempo y la fragosidad de las montañas, y que aunque **los dichos Parras reconocen y tienen por lindero suyo la frente de las sabanas de Vivas**, no se conforma el dicho don José Gregorio Ferreira, y quiere que se les midan sus dos estancias que tienen con legítimos títulos, y que enterados de ella entre desde aquel lindero la merced que se le tiene concedida, en lo cual se le deja su derecho a salvo para que solicite las dichas medidas..."; después de lo cual el mencionado funcionario, el mismo día 11 de diciembre de 1766, dio posesión a don José Gregorio Ferreira "de las referidas seis o siete estancias de tierra contenidas en el título y real provisión de su Alteza, **que se entienden por el río de Pamplona abajo, hasta lo alto, siendo su primer lindero desde donde remataren las dos estancias de los Parras y hasta donde alcanzaren, y a sus espaldas todo lo que corresponde a las sabanas, hasta donde lindaren con las tierras que al lado de Zulia poseen los padres de la Compañía de Jesús, pertenecientes al Colegio de la ciudad de Pamplona**, y sin perjuicio de las tierras que los dichos padres tuvieron en dicho paraje, y sin perjuicio del derecho y patrimonio real de su Majestad, ni de naturales, ni del de otro tercero que mejor derecho tenga". (F. 20 y v. del cuaderno número 1).

8º Con motivo de haber insistido don José Gregorio Ferreira en la mensura de las dos estancias de tierra de los Parra, la Real Audiencia del Nuevo Reino de Granada, en auto de 27 de junio de 1769, consideró que en los títulos aparecían como linderos de esas dos estancias "por el un lado la Loma de La Floresta abajo, lindando con tierras de El Salado, y por el otro el río de Pamplona abajo, y por frente de las sabanas de Vivas"; después de lo cual y de otras consideraciones resolvió: "Guárdese y ejecútese el auto proveído por don Fermín Dionisio Amado, Teniente de Gobernador en la villa de San Cristóbal, a doce de marzo del año próximo pasado de setecientos sesenta y ocho; y a mayor abundamiento se confirma; y en su consecuencia, se ampara a José Antonio de la Parra y a su hijo Antonio de la Parra en la posesión de las dos estancias de tierras contenidas en los instrumentos por éstos presentados, y bajo los mismos límites y linderos que en ellos se refieren y asignaron, sin

que haya lugar a las medidas que de dichas estancias pretende don José Gregorio Ferreira..." (fs. 22 a 34 del cuaderno número 1).

9º Posteriormente, con ocasión de gestiones adelantadas por don Juan Antonio Romay para que se le adjudicara un pedazo de tierra, situado a inmediaciones de la desembocadura de la quebrada de San Faustino en el río Pamplona, el Virrey de Santafé comisionó al Alcalde ordinario de la villa de San José de Cúcuta, a instancias de Romay, para la mensura de las tierras que fueron de los Parra y de don José Gregorio Ferreira; diligencia de mensura que efectivamente se llevó a cabo por el Alcalde don Benigno Amado, entre los días 2 y 11 de agosto de 1808, con citación de don Juan Gregorio Almeida, quien había llegado a ser propietario de aquellas tierras, y en la cual aparece lo siguiente:

"En el sitio de Guayabal, a dos de agosto de mil ochocientos ocho años, el señor don Benigno Amado, alcalde ordinario de primera nominación, para dar cumplimiento al superior despacho que está por cabeza, asociado de los agrimensores y pisadores nombrados y por ante mí el presente escribano, se procedió a la medida de las tierras, teniendo a la vista los dos cuadernos de diligencias presentadas por don Juan Gregorio Almeida, y estando en la quebrada Floresta, lindero de El Salado, tendiendo la cuerda a buscar el paso viejo del Jagual, y se midieron veinte cabuyas de longitud y cuatro y seis varas de latitud, por el pie y en su medianía a buscar un cimiento de piedra viejo, resultaron nueve cabuyas y cincuenta y tres varas de latitud. Y desde dicho Paso viejo del Jagual hasta dar en donde se junta la quebrada de Aguablanca con la citada Floresta, resultaron de longitud cuarenta y una cabuyas y cincuenta varas, de latitud once cabuyas, que unos y otros terrenos corresponden a Tomás y Joaquín Silva, vendidos por don Gregorio Ferreira, según los documentos que manifestaron, y por ser tarde se suspendió esta diligencia que firma el nominado señor Alcalde con los agrimensores por ante mí el escribano que doy fe". (Aquí las firmas). "En tres del mismo mes y año el señor alcalde ordinario, juez comisionado, por ante mí mandó a los agrimensores y pisadores de la cabuya, la tendiesen desde la citada quebrada Floresta, a buscar el río Pamplonita, linderos de las dos estancias de ganado mayor y menor de Antonio de la Parra, y resultaron de latitud hasta el cerro nombrado Floresta de montaña inculta, cincuenta y nueve cabuyas, y de sabana hasta

el viso del cerro Tasajero, quince cabuyas; y por ser tarde se suspendió esta diligencia para continuarla el cinco del presente por ser feriado el día de mañana, y firma esta diligencia el señor alcalde con los agrimensores por ante mí de que doy fe". (Aquí las firmas).

"En cinco de los mismos, salimos del sitio de San José de Tasajero a Floresta, siendo como las ocho de la mañana, y fuimos a la quebrada Viaguála, linderó de El Salado, siendo como las cuatro de la tarde; y firma el señor alcalde con los agrimensores, por ante mí que doy fe". (Aquí las firmas). "En seis del corriente mes y año, se midieron desde el río Pamplonita quebrada citada Viaguála arriba a buscar la latitud que se dejó el día tres en el cerro Tasajero, resultaron de montaña inculta treinta y tres cabuyas, que unidas con aquéllas componen ciento siete. Desde la quebrada citada Viaguála, linderó del Salado, río Pamplonita abajo se midieron cuarenta y ocho cabuyas de longitud, en donde se clavó un mojón por linderó de las dos estancias de Antonio de la Parra. Siguióse desde éste para abajo hasta sesenta y una cabuyas de longitud, con las que las ciento siete de latitud y las ochenta y tres de la misma que resultan sobrantes en las cuarenta y ocho de Parra, se conceptúa están cumplidas las siete estancias de don Gregorio Ferreira, de ganado mayor por no expresarse en el título si son de éstas, de menor o de pan coger. Con lo cual y por ser tarde mandó el señor alcalde suspender esta diligencia para seguirla el lunes ocho del corriente, y la firma con los agrimensores por ante mí que doy fe". (Aquí las firmas).

"El ocho de los mismos, estando en el sitio del Peñón, desde donde se clavó el antecedente mojón, se midieron noventa y cinco cabuyas de longitud, y se suspendió por ser tarde, y firma esta diligencia el señor alcalde, con los agrimensores, por ante mí de que doy fe". (Aquí las firmas). "En nueve del mismo mes y año se midieron hasta dar con el principio de la posesión de don Juan Antonio Romay, veinte y cuatro cabuyas de longitud, y resultan ciento diez y nueve realengas, por estar ya cumplidas las nueve estancias. Siguióse la mensura de la latitud desde donde concluyó la longitud y resultaron cincuenta cabuyas hasta el viso del cerro Tasajero, y se concluyó esta diligencia por ser tarde, y firma el señor alcalde con los agrimensores por ante mí de que doy fe". (Aquí las firmas).

"En diez del mismo mes y año se procedió desde dicho cerro Tasajero, donde quedó la mensura

anterior, a buscar la quebrada Floresta, y resultaron setenta y tres cabuyas, y son de latitud, por el pie de dichas tierras ciento veinte y tres cabuyas, y firma esta diligencia el señor alcalde con los agrimensores por ante mí de que doy fe". (Fs. 72 a 76 v. del cuaderno número 1).

10º En las mismas diligencias seguidas por Juan Antonio Romay sobre adjudicación de un terreno, resolvió el Virrey de Santafé, a solicitud del oponente Juan Gregorio Almeida, comisionar al Corregidor subdelegado de la Provincia de Pamplona para que "se reconozcan las tierras de la disputa con Romay, con presencia de las escrituras y documentos que exhibiere el interesado..."; reconocimiento que se efectuó por el Juez Subdelegado Joaquín Camacho con fecha veintidós de julio de mil ochocientos ocho, obteniéndose el resultado que en lo sustancial pasa a transcribirse:

"En el sitio de La Floresta, en veinte y dos de julio de mil ochocientos ocho, yo el Juez subdelegado de esta provincia, asociado del presente escribano y de varias personas concurrentes, entre ellas don Juan Gregorio Almeida, para hacer el reconocimiento prevenido en el superior despacho que motiva estas diligencias, habiéndonos trasladado a las tierras de La Floresta, donde actualmente nos hallamos, puestos en un sitio donde se halla una posesión antigua, que se habita hasta la presente, hallándose allí vestigios de una casa destruída, cuyas tapias se conservan, y cuya casa era según se dice de Antonio Parra y José Antonio Parra, su hijo, hallándose por consiguiente situada en tierras que fueron de éstos, las que según se reconoció forman un cuadro, comprendido por un lado por el río Pamplona, linderó fijo y expresado en los documentos que se tuvieron a la vista, y de que después se hará mención; por el otro lado, la Loma de La Floresta; por la parte de arriba, hasta lindar con las tierras de El Salado, y por la de abajo, siguiendo el curso del río hasta las sabanas de Vivas, que se hallan frente al río, muy cerca de la casa donde nos hallamos situados. Este terreno comprende la tierra baja situada sobre las márgenes o vegas del río, y la alta de la pequeña cordillera o loma colateral, que vierte sus aguas a dicho río. Desde el mismo punto de observación se registran las tierras que fueron de don Gregorio Ferreira, que siguen la misma dirección del río de Pamplona, hasta completarse la merced que se hizo al dicho, hallándose al parecer dentro de dicha merced la posesión de don Juan Antonio Ro-

may, según se manifiesta del Plan adjunto que se formó sobre el lugar. Por consiguiente, el terreno denunciado por realengo comprende parte de las tierras de los Parras y parte de las de Ferreira. Lo que parece persuadir la misma situación local. Romay toma para su denuncia un punto arbitrario sobre el río de Pamplona, esto es la desembocadura de la quebrada de San Faustino, río de Pamplona abajo hasta donde tiene cultivado, viniéndose en conocimiento de que se quiere excluir de las antiguas mercedes un pedazo de tierra útil que naturalmente se debía comprender en ellas, pues poniéndose por lindero tanto en la merced de los Parras como en la de Ferreira el curso del río Pamplona y la loma opuesta, parece inverosímil que se hubiese dejado en el intermedio de las dos mercedes el terreno denunciado, mayormente estando tan cercano a la antigua posesión o casas de los Parras, y siendo por otra parte aquel terreno el más apetecible, pues la única tierra de labor que hay en las dos mercedes se reduce a las orillas o vegas del río, siendo la parte alta talvez del todo inútil por lo escarpado y estéril. Este mismo juicio se apoya en los documentos manifestados por Almeida que se han tenido presentes para este reconocimiento...". (Fs. 86 a 87 y 94 v. a 96 del cuaderno número 1).

11º Comentando la mensura practicada por el Alcalde Amado y el reconocimiento llevado a término por el Corregidor o Juez subdelegado don Joaquín Camacho, expresóse así el apoderado de don Juan Gregorio Almeida, al formular sus alegaciones de bien probado en las diligencias de que se viene hablando:

"...Que se examinen las diligencias del Alcalde don Benigno Amado desde fojas 54 en adelante, comparadas con el mapa del terreno levantado por el Corregidor subdelegado (foja 93) y se verá el ridículo empeño que tomó aquel comisionado de medir las tierras de Almeida, comenzando desde las nombradas de El Salado, y sin arreglarse, no digo a los linderos expresados en la merced y títulos de los Parras, pero atropellando la real provisión que corre a fojas diez de las pruebas..... Tenemos, pues, que Amado sin violar el terreno de los Parras debió comenzar a contar las seis o siete estancias de Ferreira desde donde terminaba aquél; esto es, desde las **sabanas de Vivas**. En efecto, en el centro de esta sabana estaba la casa de los Parras, como se ve del mapa, y lo asegura el subdelegado que estuvo en ellas o en sus vestigios y practicó desde allí el

reconocimiento. Pero no lo hizo así dicho Alcalde, sino que comenzando desde las tierras de El Salado, midió las dos estancias de Parra, y luego en la misma sabana de Vivas, en cuya posesión se le había amparado por la Real Audiencia contra la pretensión de Ferreira, contó las seis o siete estancias de éste, de modo que le dejó libre a Romay del pedazo usurpado de su establecimiento; siendo así que según la concesión de Ferreira, hecha en sobras de Parra, allí donde acababan las sabanas de Vivas comienzan los derechos de aquél, en que hoy se ha subrogado Almeida. En una palabra, a éste le tocan todas las tierras de Antonio Parra hasta las sabanas de Vivas, porque las compró; y desde las sabanas de Vivas las de Ferreira, sin separación ninguna, sino a su continuación, porque también las compró... Recomiendo a vuestra Excelencia la gran diferencia que va entre un Alcalde ligado desde luego por conexiones, que aquí no son desconocidas, con Romay y sus fautores, y enemigo talvez de Almeida por el pleito que acaba de sostener con el cabildo de esa Villa, y el citado Corregidor y subdelegado doctor don Joaquín Camacho, a quien requirió con su despacho de pruebas Almeida, en fuerza de su justicia y buena fe, cuando el otro procuró buscarse un juez menos severo. En efecto, si aquel subdelegado hubiese visto que resultaba algún realengo, no habría perjudicado a la real hacienda en su descubrimiento, y habría apurado por ella su escrupulosidad, bien conocida en los destinos que ha ocupado y por el general concepto que le han merecido... (Fs. 101 a 105 del cuaderno número 1).

12º Las gestiones de Juan Antonio Romay ante el Virrey de Santafé culminaron con la siguiente providencia, confirmada más tarde por la Junta Superior de Real Hacienda: "Santafé, marzo 20 de 1809.—Vistos: No hay lugar al denuncia del realengo hecho por don Juan Antonio Romay del terreno disputado, en cuya posesión se mantiene y ampara a don Juan Gregorio Almeida, quien pagará a Romay las mejoras útiles y necesarias que haya hecho en el mismo terreno por sí o su causante, a moderada tasación con rebaja de los arrendamientos del terreno, que pagará Romay al precio, y desde que lo determinó el Gobernador de San Faustino don Juan Agustín Santander; según la declaración de don Manuel Mariano Sánchez, fojas nueve vuelta de este cuaderno corriente. Hay dos rúbricas. — **Bustamante.**— Rúbrica". (Fs. 105 y 106 del cuaderno N° 1).

De otra parte, en el curso de este juicio prac-

ticóse por la Sala una inspección ocular en relación con las tierras de la litis, en asocio de los peritos Luis E. Perdomo, Alberto Antonio Ríos y Peregrino Ossa; inspección en la cual se reconocieron o identificaron los siguientes puntos, que más o menos corresponden a los extremos o vértices de la mensura llevada a cabo en el año de 1808 por el Alcalde don Benigno Amado: confluencia de las quebradas Carbonera y Floresta (vértice sur-oeste); desembocadura de la quebrada Aguablanca en la quebrada Floresta (vértice nor-oeste); y desembocadura de quebrada Viaguála en el río Pamplonita (vértice sur-este). También se estableció que el río Pamplona, Pamplonita o Táchira sigue una dirección aproximada sur-norte a partir de la desembocadura de la quebrada Viaguála, con lo cual resultaba fácil para los peritos precisar el vértice nor-este de aquella mensura de 1808 (fs. 10 a 12 v. del cuaderno número 3).

Siguió luego el informe de los expertos Perdomo, Ríos y Ossa, quienes afirman que el terreno de la demanda está de acuerdo con el plano inicialmente presentado, y que se encuentra localizado dentro de los siguientes linderos: "Por el norte, la quebrada El Pino, desde donde ella cae en la quebrada Floresta, aguas arriba, hasta el sitio en donde se le une la quebrada Drago donde debe estar el mojón 168; por el oriente, una cerca sinuosa de alambre que separa los terrenos Capachito de los terrenos denominados El Pino y Las Flores, cerca que arranca de donde la quebrada Drago se une a la quebrada El Pino, con dirección aproximada al sur, hasta encontrar el mojón 60, colocado al pie de la cerca de alambre que separa los terrenos de Capachito de los denominados La Reforma; por el sur, en parte la dicha cerca de alambre y luego la quebrada Carbonera hasta el punto en donde ésta confluye con la quebrada Floresta; y por el occidente, la quebrada Floresta, desde esta confluencia hasta el punto donde la quebrada El Pino le rinde sus aguas".

Después de esto, y refiriéndose a la adjudicación hecha en 1766 a don José Gregorio Ferreira, continúan así los peritos:

"La superficie del terreno adjudicado al señor José Gregorio Ferreira el veintidós de enero de mil setecientos sesenta y seis (1766), según el título y la diligencia de posesión dada el once de diciembre de este mismo año, que en copia hemos tenido a la vista, se consideró en esa época en seis o siete estancias de ganado mayor, que

equivalen de acuerdo con los planos actuales a cuatro mil setecientos cincuenta y ocho hectáreas, y su localización aproximada es la siguiente: Por el oriente, en parte las dos estancias que fueron adjudicadas a los señores Parras y en parte el río Pamplona o Táchira; por el sur, en parte las mencionadas dos estancias adjudicadas a los Parras y en parte el terreno denominado Hato del Salado, que perteneció al Colegio de Pamplona, regentado por los Jesuitas; por el occidente, con los mismos terrenos denominados Hato del Salado y que según el título eran los terrenos que al lado del Zulia poseía la Compañía de Jesús, pertenecientes al Colegio de la ciudad de Pamplona.

"En consecuencia, dentro de los terrenos que fueron adjudicados al señor José Gregorio Ferreira el veintidós de enero de mil setecientos sesenta y seis y cuya posesión le fue dada el 11 de diciembre del mismo año, están los terrenos 'Capachito' de la señora Elena Canal de Rodríguez, como aparecen localizados en la copia del plano de la propuesta número 324 de 21 de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, por estar al norte de la quebrada Floresta o Carbonera y al oriente de los terrenos que al lado del Zulia poseía el Colegio de Pamplona regentado por los Jesuitas, pues el límite norte del terreno 'Hato del Salado' que perteneció al Colegio de Pamplona está constituido por la quebrada Carbonera o Floresta hasta su nacimiento en el filo, y de este punto toma la quebrada Viaguála hasta su desembocadura en el río Pamplona. Este lindero es el lindero sur de los terrenos de Ferreira en el curso de la quebrada Carbonera y de los Parra en el curso de Viaguála. El lindero oriental de los terrenos que pertenecieron al Colegio de Pamplona, es el occidental de los terrenos de Ferreira. Los linderos del Hato del Salado figuran en la escritura número 308 del 6 de julio de 1894 de la Notaría Segunda del Circuito de Cúcuta. En esta escritura, en que se incorpora un título expedido en 1724, aparece que el lindero norte del Salado coincide con el lindero sur que se puso a las tierras adjudicadas a Ferreira en 1766, lo cual sirve para localizar la adjudicación hecha a Ferreira como contigua por el sur a la ya existente del Salado; y como los terrenos del Colegio de los Jesuitas quedaban situados por el occidente hacia el Zulia, se puede afirmar con entera certeza que la adjudicación hecha a Ferreira en 1766, por su localización, abarca necesariamente el área actual de Capachito".

Dicen luego los peritos que la mensura de 1808

“comprende las siete estancias de ganado mayor entregadas al señor José Gregorio Ferreira en 1766 y las dos estancias, una de ganado mayor y otra de ganado menor, adjudicadas a los Parras”; que verificaron dicha mensura... que el lindero oriental de los terrenos a que ella se refiere va “desde el punto en que la Viaguala desemboca en el río Pamplona, este río aguas abajo hasta completar 143 cabuyas, que equivalen a 10.868 metros”; y que la finca de Capachitos “comprende la esquina suroeste de tales terrenos a partir de la unión de las quebradas Carbonera y Floresta”. Además, agregan sobre un concepto que se les pidiera en el acto de la inspección ocular:

“La determinación de la confluencia de la quebrada Carbonera (antigua Floresta) en la Floresta propiamente dicha como punto de partida de la alinderación en las diligencias de mensura de 1808, se deduce claramente del estudio de los linderos del Salado que figuran en la escritura número 308 de 6 de julio de 1894 de la Notaría Segunda del Circuito de Cúcuta, en que se incorpora un título expedido en 1724 de las tierras del Salado y que en la parte que nos interesa para aclarar este punto son: ‘a coger la quebrada del Oval quebrada abajo a toparse con la quebrada La Floresta y de dicha quebrada Floresta, quebrada arriba, por la falda de Tasajero a dar a la quebrada Viaguala...’ Si tenemos en cuenta que la actual quebrada Carbonera se llamaba antiguamente Floresta y que Oval es el nombre de la parte alta de la quebrada Floresta actual, se entiende muy bien cómo, si vamos por la quebrada Oval aguas abajo (dirección sur-norte) y luego volvemos por la quebrada Floresta (hoy Carbonera) aguas arriba (dirección W-E) sin que haya solución de continuidad en cuanto a linderos se refiere, la unión de las quebradas nombradas debe ser el extremo noroeste de los terrenos así alinderados, o sea El Salado, que precisamente limita por el norte con los terrenos cobijados por la mensura de 1808, y, como por otra parte esta mensura tuvo su extremo occidental en la quebrada Floresta propiamente dicha, se deduce que la referida unión de quebradas constituye el vértice sur-oeste de los terrenos que fueron objeto de la mensura de 1808 a los que se refiere este punto, o sea que la desembocadura de la quebrada Carbonera en la quebrada Floresta fue el punto de partida de la alinderación de las diligencias de mensura de 1808”.

Finalmente, los peritos concluyen su informe expresando que el terreno de la demanda está

comprendido dentro del que se dio en contrato de exploración y explotación de petróleos a la Compañía de Petróleos La Patricia, cuyos linderos afirman que recorrieron en parte. (Fs. 13 a 17 del cuaderno número 3).

Se observa:

En la adjudicación hecha al señor José Gregorio Ferreira en el año de 1766, de las seis o siete estancias de tierras a que se refieren los títulos, es inobjetable para la Corte que se cumplieron todos los requisitos exigidos por la legislación de la época; por lo cual, desde el punto de vista de esta controversia sobre petróleos, la cuestión que queda por aclarar se circunscribe a la ubicación del terreno adjudicado en aquel año, en relación con el que es materia de la demanda.

Al hacer sus apreciaciones sobre este punto, los peritos debieron tomar en cuenta los únicos linderos que figura en la merced hecha a Ferreira, que son los de la diligencia de posesión de fecha 11 de diciembre de 1766, donde se lee que las seis o siete estancias entregadas “se entienden por el río Pamplona abajo, hasta lo alto, siendo su primer lindero desde donde remataren las dos estancias de los Parras y hasta donde alcanzaren, y a sus espaldas todo lo que corresponde a las sabanas, hasta donde lindaren con las tierras que al lado del Zulia poseen los padres de la Compañía de Jesús, pertenecientes al Colegio de Pamplona”. Pero como se advierte, de esta entrega apenas se desprende con claridad que las estancias de Ferreira quedaban entre el río Pamplona y lo alto, que no podía ser sino el cerro de Tasajero, visible al occidente de dicho río en el sector de que se trata. (Véase plano de autos tomado del folio 615 del Tomo XXIX de Tierras de Santander). También se sabe, por los litigios posteriores de Ferreira con los Parra y de Romay con Almeida, que el término de las dos estancias de los Parra, por el norte, eran las **sabanas de Vivas**, situadas también entre el cerro de Tasajero y el río Pamplona. Pero, por qué las seis o siete estancias adjudicadas a Ferreira debían limitar por el occidente con la quebrada Floresta como lindero oriental de los terrenos del Salado pertenecientes al Colegio de Pamplona —según escueta afirmación de los peritos— cuando la entrega dice que aquellas estancias **se entienden por el río Pamplona abajo hasta lo alto**, y siendo como es sabido que la quebrada Floresta queda al occidente del cerro de Tasajero? Nada dicen los expertos sobre el sentido que haya de darse a la expresión “y a sus espaldas todo lo que

corresponde a las sabanas, hasta donde lindaren con las tierras que al lado del Zulia poseen los padres de la Compañía de Jesús, pertenecientes al Colegio de Pamplona"; y de otra parte, tampoco se ha demostrado en estos autos que los terrenos que poseía el Colegio de Pamplona limitaran por el oriente con la quebrada Floresta, pues la única indicación de linderos referentes al Salado es la que aparece inserta en la escritura de protocolización número 308 de 6 de julio de 1894 de la Notaría Segunda de Cúcuta (fs. 9 y v. del cuaderno número 3), donde apenas figura, por lo menos en la copia traída a este expediente, el alineamiento que va "a coger la quebrada Oval, quebrada abaxo a toparse con la quebrada de la Floresta, y de dicha Floresta, quebrada arriba, por la falda del Tasajero a dar a la quebrada Diaguala a donde entra en el río Pamplona", alineamiento que en concepto de los mismos peritos corresponde al lindero norte del Hato del Salado.

De otra parte, la mensura practicada en 1808 por el Alcalde don Benigno Amado no puede aceptarse como aclaración o complemento de los linderos de la merced hecha a Ferreira en 1766, por las siguientes razones concurrentes: a) porque al propio tiempo que esa mensura, en las diligencias promovidas por Juan Antonio Romay aparece el reconocimiento llevado a cabo por el Juez subdelegado don Joaquín Camacho, quien expresa que las tierras que habían pertenecido a los Parra "se reconoció forman un cuadro, comprendido por un lado por el río Pamplona, lindero fijo y expresado en los documentos que se tuvieron a la vista, y de que después se hará mención; por el otro lado, la Loma de La Floresta; por la parte de arriba, hasta lindar con las tierras de El Salado, y por la de abajo, siguiendo el curso del río hasta las sabanas de Vivas, que se hallan frente al río..."; y quien luego agrega: "Este terreno comprende la tierra baja situada sobre las márgenes o vegas del río, y la alta de la pequeña cordillera o loma colateral, que vierte sus aguas a dicho río. Desde el mismo punto de observación se registran las tierras que fueron de don Gregorio Ferreira, que siguen la misma dirección del río Pamplona, hasta completarse la merced que se hizo al dicho, hallándose al parecer dentro de dicha merced la posesión de don Juan Antonio Romay... Romay toma para su denuncia un punto arbitrario sobre el río Pamplona, esto es la desembocadura de la quebrada de San Faustino, río de Pamplona abajo hasta donde tiene culti-

vado, viniéndose en conocimiento de que se quiere excluir de las antiguas mercedes un pedazo de tierra útil que naturalmente se debía comprender en ellas, pues poniéndose por lindero tanto en la merced de los Parra como en la de Ferreira el curso del río Pamplona y la loma opuesta, parece inverosímil que se hubiese dejado en el intermedio de las dos mercedes el terreno denunciado..."; b) porque el apoderado de don Juan Gregorio Almeida, sucesor de Ferreira y de los Parra en la propiedad de las tierras, criticó acerbamente la mensura del Alcalde don Benigno Amado, a quien tildó hasta de ligado por conexiones con Romay; en tanto que, refiriéndose al reconocimiento del Juez subdelegado don Joaquín Camacho, no tuvo sino expresivas frases de elogio, aludiendo a la exactitud y escrupulosidad con que fue practicada esta diligencia; y c) porque como culminación del litigio de que se viene hablando, las autoridades superiores de la Colonia declararon que no había lugar al denuncia de realengo hecho por don Juan Antonio Romay, con lo cual en cierta forma estaban dándole preferencia al reconocimiento del Juez Camacho, para quien tanto la merced de los Parra como la de Ferreira quedaban entre el curso del río Pamplona y la loma opuesta.

En tal virtud, y estando el terreno de "Capachito" situado al occidente del cerro de Tasajero o Loma de La Floresta, los razonamientos de los peritos que actuaron en este juicio no satisfacen ni convencen; y, por tanto, no se ha demostrado en estos autos que dicho terreno esté comprendido dentro de las seis o siete estancias de tierra adjudicadas en el año de 1766 a don José Gregorio Ferreira.

Esta misma circunstancia, como es natural, hace que resulte superfluo el estudio de los actos de explotación económica anteriores al año de 1821 y relacionados con las tierras de que fueron dueños Ferreira y Almeida, actos invocados por el apoderado de los demandantes como título para una justa prescripción.

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, FALLA:

Niéganse las distintas peticiones de la demanda inicial de este juicio seguido por la señora

Elena Canal Sorzano de Rodríguez contra la Nación.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Las costas son de cargo de la parte demandante (artículo 2º, ordinal 1º, del Decreto 0243 de 1951).

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada.
Luis Rafael Robles—Timoleón Moncada R., (Conjuez.—Jorge García Merlano, Secretario.

POR LA SOLA DENUNCIA DEL PLEITO, NO PIERDE LA COMPETENCIA EL TRIBUNAL QUE ESTA CONOCIENDO DEL NEGOCIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro de este juicio sobre rendición de cuentas, promovido por el Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited ante el Tribunal Superior de Bogotá, la entidad demandada le denunció el pleito a la Nación en escrito de 27 de enero de 1947, en el cual alegó su apoderado, doctor Jaime Rodríguez Fonnegra, como fundamento de la denuncia:

“Apóyome al efecto en que las concesiones ferroviarias son derechos reales administrativos asimilables a los derechos reales propiamente dichos (v. Planiol & Ripert, T. III, número 49) y en los siguientes documentos que presento:

“a) Copia de la escritura número 186 de 20 de marzo de 1893, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá.

“b) Copia de la escritura número 187 de 20 de marzo de 1893, pasada en la Notaría Tercera de Bogotá.

“c) Copia de la escritura número 318 de 22 de mayo de 1893, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá.

“d) Copia de la escritura número 286 de 27 de marzo de 1896, pasada en la Notaría Tercera de Bogotá.

“e) Copia de la escritura número 1.450 de 28 de julio de 1905, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá.

“f) Copia de la escritura número 2.668 de 29 de diciembre de 1905, pasada en la Notaría Segunda de Bogotá.

“g) Copia de la escritura número 2.269 de 29 de diciembre de 1905, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá.

“h) Copia de la escritura número 44 de 12 de enero de 1906, otorgada ante el Notario Quinto de Bogotá.

“El contrato primitivo, y cambiado, consta en documento presentado con la demanda”.

A este escrito de denuncia proveyó el Tribunal de Bogotá por providencia de fecha quince de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, en la cual consideró que no estaba en presencia de los casos en que era procedente la denuncia del pleito, y terminó por declarar infundada la The Dorada Railway Company Limited.

De este auto pidió reposición el apoderado de la Compañía, alegando, entre otras cosas, que “siendo la controversia proveniente de contratos celebrados con la Nación, la entidad competente para juzgar al respecto es la Corte Suprema de Justicia, entidad que resulta serlo, por otra parte, para conocer del juicio mismo, conforme al artículo 40 del Código Judicial”. En subsidio manifestó que apelaba.

Esta solicitud de reposición se resolvió por el Tribunal mediante auto de fecha veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, en cuya parte motiva, después de hacerse la transcripción del artículo 40 del C. J., se dijo que “el Tribunal no es competente para conocer de la denuncia del pleito formulada contra la Nación”.

Y en la parte resolutive se dispuso:

“En mérito de lo expuesto, el Tribunal revoca su propio proveído de quince de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, y en su lugar resuelve:

“Pase el presente negocio a la H. Corte a fin de que esta corporación decida lo que estime conveniente”.

Con estos antecedentes, y teniendo en cuenta que en el presente caso no se trata de recurso contra ninguna providencia del Tribunal de origen, se entra a resolver de plano lo que en derecho corresponda, para lo cual se considera:

De acuerdo con las constancias procesales, ciertamente el Tribunal de Bogotá no ha decidido sobre la admisibilidad de la denuncia del pleito a la Nación, pues si en su primer auto (de 15 de febrero de 1947) la declaró infundada, en el segundo (de 20 de noviembre de 1952) se limitó a revocar el primero, pero únicamente para que la

Corte resuelva "lo que estime conveniente". Y como es obvio que por la simple denuncia del pleito no perdió su jurisdicción el Tribunal para seguir conociendo en el negocio, de ahí se deduce que la Corte carece de competencia para resolver sobre tal denuncia, pues de otra suerte usurparía jurisdicción (artículo 148 del C. J.).

Además —se repite— en este caso no hay ninguna providencia del Tribunal sometida a apelación ante la Sala.

Por todo lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia DECLARA

que no tiene competencia para aprehender el conocimiento de este asunto, y ordena devolverlo al Tribunal de origen para que siga su curso normal, empezando por resolver sobre la denuncia del pleito.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín

Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García

Merlano, Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR.—LA DENUNCIA DEL PLEITO NO CAMBIA O MODIFICA EL AMBITO OBJETIVO DE LA CONTROVERSIA

La denuncia del pleito, aún siendo admitida, no cambia o modifica el AMBITO OBJETIVO de la controversia, que sigue desarrollándose de acuerdo con las peticiones iniciales del libelo.

Dentro de estos alcances de la litis, la denuncia apenas tiende a que se llame al juicio a quien debe responder de la evicción, en los casos especialmente previstos por el Código Civil; pero siendo de anotar que con ese llamamiento no se hace forzoso para el denunciado comparecer al juicio, puesto que si no comparece —dice el artículo 1899 de dicho Código— “será responsable de la evicción...”. Y el artículo 1901 agrega: “Si el vendedor comparece, se seguirá contra él solo la demanda, pero el comprador podrá siempre intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos”.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, siete (7) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El apoderado de The Dorada Railway Company Limited, doctor Jaime Rodríguez Fonnegra, solicita reposición de la providencia de esta Sala de fecha diez y ocho de diciembre del año pasado, alegando como razones las que pasan a transcribirse:

“a) El fundamento del auto contra el cual reclamo, o por lo menos el único argumento que en él se aduce, es el de que ‘por la simple denuncia del pleito no perdió su jurisdicción el tribunal para seguir conociendo en el negocio’; lo cual, con ser obvio, como en el auto se anota, no es decisivo, ni determina la conclusión de que ‘la Corte carece de jurisdicción para resolver sobre tal denuncia’, porque actualmente se trata de ver qué entidad es la competente para juzgar acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de la denuncia; de suerte que el no haber perdido el tribunal la jurisdicción que le trajo la demanda

—hecho obvio y evidente, repito— sirve para cualquier cosa, menos para determinar si la entidad competente para juzgar acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de la denuncia posterior a la demanda es el tribunal o la entidad a quien, si la denuncia fuera admitida, tocará conocer del pleito según los artículos 40, 238 y 239 del Código Judicial y 1901 del Código Civil. Tampoco el juez que promueva competencia pierde la jurisdicción, la cual ni aún se suspende cuando la competencia no es aceptada (artículo 147, ordinal 4º); pero esto no significa que no haya lugar a determinar cuál es el juez o tribunal competente para conocer del juicio en que la competencia negativa se suscita, pues ello sería tanto como hacer imposible que el juez requerido la rechazara. El auto del tribunal es comparable con el en que se promueve competencia negativa, y mal está que ésta se rechace con la mera consideración de que el tribunal no ha perdido la jurisdicción proveniente de la admisión de la demanda. El problema es general, como referente a cuandoquiera que, admitida una denuncia, el pleito resulte ser entre el demandante y alguna de las entidades que tienen fuero privilegiado en virtud del cual los juicios que ellas promuevan o que se les promuevan deben decidirse por jueces distintos de los jueces ordinarios.

“b) Y en favor de la tesis de que la entidad competente para conocer de la denuncia formulada contra la Nación es la Corte, que es la tesis del tribunal, obra la circunstancia de que, por tener el denunciado la calidad de demandado en el juicio con arreglo a los textos citados, el auto por el cual se declara que la denuncia es admisible o que ella es inadmisble se equipara al auto por el cual se declara si la demanda es admisible o inadmisble. Tales puntos son materia de controversias previas, y puesto que la controversia a que da lugar la denuncia formulada por la compañía citada proviene de contratos celebrados por la Nación con sus causantes, y como la Sala de Negocios Generales es la única entidad competente para conocer de las controversias provenientes de contratos celebrados por la Nación,

parece que es a esta entidad a quien toca juzgar a ese respecto y determinar si por efecto de la denuncia el juicio ha de seguirse con la Nación o si la denuncia es inadmisibles y no hay lugar a que la demanda se notifique al Agente del Ministerio Público, salvo mejor opinión de la Corte".

Para resolver, se considera:

Parece entender el reclamante que con la denuncia de este pleito a la Nación pasó a ser el negocio de competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, en razón de que al formularla se adujeron relaciones contractuales con aquella entidad. Pero contra esta tesis, si a ella se ha querido llegar cuando se afirma que la aceptación de la denuncia se equipara a la aceptación de la demanda, bástale a la Sala con advertir que la denuncia del pleito, aún siendo admitida, no cambia o modifica el **ámbito objetivo** de la controversia, que sigue desarrollándose de acuerdo con las peticiones iniciales del libelo.

Dentro de estos alcances de la litis, la denuncia apenas tiende a que se llame al juicio a quien deba responder de la evicción, en los casos especialmente previstos por el Código Civil; pero siendo de anotar que con ese llamamiento no se hace forzoso para el denunciado comparecer al juicio, puesto que si no comparece —dice el artículo 1899 de dicho Código— "será responsable

de la evicción...". Y el artículo 1901 agrega: "Si el vendedor comparece, se seguirá contra él solo la demanda, pero el comprador podrá siempre intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos".

De manera que si el denunciado únicamente se hace parte cuando comparece o, asume el pleito, mal puede decirse que en éste de ahora perdiera su jurisdicción el Tribunal de Bogotá, cuando la denuncia a la Nación ni siquiera ha sido aceptada todavía.

Finalmente, la Corte no puede ver analogía ninguna entre este caso y aquel en que se promueve competencia negativa, porque el artículo 414 del C. J. expresa textualmente que "no puede haber competencia entre un Juez o Tribunal y otro que le esté directamente subordinado".

Por todo lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia **NO REVOCA** su providencia de diez y ocho de diciembre del año próximo pasado, dictada en el presente asunto.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada — Luis Rafael Robles — Jorge García Merlano, Secretario.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 56 DEL CODIGO DE COMERCIO

La verdadera interpretación del artículo 56 del Código de Comercio, está en considerar que una de las partes en litigio no podrá OBLIGAR a su adversario a exhibir totalmente sus libros y documentos, sino en los casos taxativamente enumerados allí, pero de ninguna manera da margen para impedir tal exhibición si ésta es VOLUNTARIA.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo diez de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Para resolver el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la entidad demandada en este juicio, contra los autos de fecha 28 de enero y 5 de febrero pasados, dictados por el Magistrado sustanciador doctor Robles, se **Considera:**

Por la primera de aquellas providencias, decretadas fueron varias pruebas solicitadas por el apoderado del Departamento de Cundinamarca, entidad demandante en este juicio —entre ellas la práctica de una inspección ocular en los libros, documentos, comprobantes, recibos y demás papeles de "Almacén Bogotá, S. A." (demandado), con los fines allí indicados.

Por la segunda, se accedió a lo solicitado por el mandatario judicial del Departamento, esto es, a la ampliación de la diligencia de inspección ocular, en el sentido de constatar en los libros, documentos, recibos y demás elementos de la Administración General de Rentas del Departamento de Cundinamarca, Tesorería del mismo Departamento y Fondo Rotatorio de Licores Extranjeros de la misma entidad, los hechos que allí se indican.

Contra la primera providencia el recurso fue interpuesto extemporáneamente, esto es, cuando

el auto que decretó la prueba, ya estaba ejecutoriado; por tanto la improcedencia del recurso es manifiesta.

Respecto de la segunda de tales providencias suficiente es observar, que lo decretado allí no pugna en manera alguna con las disposiciones pertinentes del Código de la materia.

En efecto: estima la Sala que la verdadera interpretación del artículo 56 del Código de Comercio, invocado por el recurrente, está en considerar que una de las partes en litigio no podrá obligar a su adversario a exhibir totalmente sus libros y documentos, sino en los casos taxativamente enumerados allí, pero que de ninguna manera da margen para impedir tal exhibición, si ésta es voluntaria.

En el caso de autos, quien pide la inspección a que alude el auto de 5 de febrero, es el mismo Departamento de Cundinamarca, sobre sus propios libros. En consecuencia el auto suplicado es legal.

Y sin más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte, **RESUELVE:**

I. Declarar inadmisibile el recurso de súplica en cuanto se refiere al auto de 28 de enero pasado, por cuanto dicha providencia se encuentra ejecutoriada;

II. Mantener el auto suplicado de fecha 5 de febrero retropróximo.

III. Condenar al ejecutado en las costas del recurso. Tásense.

Notifíquese.

Luis A. Flórez — Agustín Gómez Prada — Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

LIQUIDACION DE COSTAS.— RECURSO DE SUPLICA

Como el artículo 582 del C. J. establece que en caso de objeciones a la liquidación de costas, el auto que resuelve sobre tales objeciones es inapelable, y como el recurso de súplica sólo se ha instituido para los autos interlocutorios que dicta un Magistrado (artículo 511 del C. J.), resulta improcedente este recurso contra el auto que resuelve las objeciones contra una liquidación de costas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, doce (12) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

A petición del señor apoderado de la Compañía “Cementos del Caribe, S. A.”, el señor Magistrado sustanciador de este negocio, doctor Rafael Leiva Charry, dispuso en auto de diez de noviembre del año pasado:

“Autorízase al mismo apoderado, doctor Camacho, para recibir del Banco de la República la cantidad de ochenta y un pesos con veinte centavos (\$ 81.20) moneda legal, consignada por el doctor Pedro J. Buitrago Gallo para el pago de las costas a que fue condenado en el incidente de nulidad promovido por él en el presente juicio, según consta en el comprobante de depósito número 56033 de 3 de noviembre en curso, expedido por el expresado Banco”.

De este auto pidió reposición el señor Procurador Delegado en lo Civil, para que la suma por concepto de gestiones en derecho se repartiera proporcionalmente entre la Nación y la Compañía codemandada, en vista de que los representantes de una y otra entidad habían alegado en el incidente que motivó las costas.

El señor Magistrado sustanciador resolvió dicha solicitud por auto de fecha nueve de febrero pasado, dándole la razón al señor Procurador Delegado y expresando en la parte resolutive:

“Repónese el auto de fecha diez de noviembre del año próximo pasado, en el sentido de ordenar que la suma de ochenta y un pesos con veinte centavos (\$ 81.20) moneda corriente, consignada en el Banco de la República y a disposición de este Despacho, mediante el comprobante de depósito número 56033 de 3 de noviembre de 1952, y con destino a cubrir las costas judiciales liquidadas a cargo del demandante doctor Alfredo Rivera Valderrama, sea entregada así: para la Compañía de Cemento Caribe, cincuenta y un pesos con veinte centavos (\$ 51.20), y para la Nación, treinta pesos (\$ 30.00)”.

Contra esta última providencia interpuso recurso de súplica el señor apoderado de “Cementos del Caribe, S. A.”, en extenso y razonado memorial de diez y nueve de febrero de este año, con el propósito de que sea revocado y en su lugar “se cumpla el auto aprobatorio de la costas como lo ordenó el señor Magistrado ponente en su auto de diez de noviembre último...”.

Para resolver acerca de la súplica, se considera:

Es indudable que el auto de diez de noviembre del año pasado, sobre entrega del monto de las costas liquidadas al apoderado de “Cementos del Caribe, S. A.”, carecía de la significación necesaria para que pudiera tomarse como interlocutorio, desde luego que tal orden de entrega debía fundarse en lo resuelto en providencias anteriores, de acuerdo con normas procesales.

Por eso seguramente el señor Procurador Delegado en lo Civil se limitó a pedir reposición de dicho auto, considerándolo como de sustanciación. Y por eso seguramente también el propio apoderado de “Cementos del Caribe, S. A.”, al replicar a los argumentos del representante de la Nación, no formuló objeción alguna al carácter de tal auto, y antes por el contrario sostuvo que él era “una simple ejecución de lo dispuesto en el de aprobación de las costas liquidadas”.

Pero si el auto de diez de noviembre había que

apreciarlo como de sustanciación, como lo hizo el señor Magistrado doctor Leiva Charry, podía tener acaso otro alcance el de nueve de febrero del presente año, que resolvió favorablemente la reposición del señor Procurador Delegado? En este último auto se dispuso otra forma de entrega de las costas, o más exactamente de las agencias en derecho, porque se juzgó que no había razón para que se prescindiera de los alegatos presentados en el incidente de nulidad por el señor Procurador Delegado, cuya parte también había sido favorecida por la condena, conjuntamente con la Compañía "Cementos del Caribe, S. A.". Pero admitiendo que esta distribución de las agencias en derecho constituya un **punto nuevo**, tampoco por este aspecto deja de ser de sustanciación el segundo auto de nueve de febrero, si se tiene en cuenta lo que preceptúa el artículo 582 del Código Judicial, cuando establece que en caso de objeciones a la liquidación de costas, el auto que resuelve sobre tales objeciones es inapelable.

De consiguiente, como el recurso de súplica sólo se ha instiuido para los autos interlocutorios que dicta un Magistrado (artículo 511 del C. J.), resulta improcedente el que en esta ocasión ha interpuesto el señor apoderado de "Cementos del Caribe, S. A."

Por todo lo cual, **SE RESUELVE:**

No hay lugar a revisar el auto de nueve de febrero del presente año, dictado en este negocio por el señor Magistrado sustanciador doctor Rafael Leiva Charry.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada — Luis A. Flórez — Luis

Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.



ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

No es necesaria la demostración de la existencia de las personas de derecho público de creación constitucional o legal, como lo es un Departamento de la República. Pero no sucede lo mismo en lo referente a la propiedad de una empresa de ferrocarril por parte de un Departamento, que no puede darse como probada por la simple circunstancia de no haberse contradicho o discutido por la parte demandada. En primer lugar, porque ése no es un hecho de los llamados públicos o notorios, esto es, de aquellos cuya existencia es tan conocida de las gentes que, repugna al sentido común exigir la prueba de su existencia o acreditamiento. Y, en segundo lugar, porque esa vinculación entre el demandado y la cosa causante de los daños es una de las condiciones o hechos que debe acreditar el demandante para la prosperidad de su acción, sin necesidad de que el demandado excepcione contradiciendo expresamente la propiedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiseis de marzo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Manizales, en sentencia de 23 de agosto último, resolvió lo siguiente:

1º Declaró que el Departamento de Caldas, como dueño de la Empresa del Ferrocarril de Caldas, es civilmente responsable, en la proporción indicada en la parte motiva del fallo, de la destrucción del automóvil marca "Chevrolet", modelo 1941, de propiedad del señor Juan de la Rosa Valencia, hecho ocurrido en la ciudad de Pereira, el día 2 de octubre de 1948.

2º Como consecuencia de la declaración anterior, condenó al Departamento de Caldas a pagar al señor Juan de la Rosa Valencia, seis días después de ejecutoriado este fallo, la suma de un mil quinientos pesos (\$ 1.500.00), por concepto de daño emergente, suma que equivale al cincuenta

por ciento del valor total en que fue estimado por peritos el automóvil destruido.

3º Condenó igualmente al Departamento de Caldas a pagar al señor Juan de la Rosa Valencia, seis días después de ejecutoriado el fallo, la suma de \$ 4.125.00, por concepto del lucro cesante sufrido por Valencia entre el mes de octubre de 1948 y el mes de abril, inclusive, de 1952, suma equivalente al 50% del valor total en que los peritos avaluaron dicho lucro cesante.

El Departamento cubrirá igualmente —dice este mismo aparte del fallo— al actor Valencia, a razón de \$ 75.00 mensuales, el valor del lucro cesante producido y que se produzca a partir del 2 de mayo de 1952 y hasta el día en que pague el valor del daño emergente a que se refiere el numeral 2º de esta parte resolutive. Es entendido que a partir del 2 de octubre de 1952 no habrá lucro cesante que indemnizar.

4º No hizo las demás declaraciones pedidas en la demanda.

5º No reconoció como probada la excepción de dolo propuesta en la contestación del libelo.

En fin, el Tribunal no hizo condenación en costas.

Tanto el Departamento de Caldas como el apoderado del actor Juan de la Rosa Valencia interpusieron contra dicha sentencia el recurso de apelación.

Peticiones de la demanda.—Pidió el actor en su demanda que se declarara responsable al citado Departamento de la destrucción de un automóvil cuyas especificaciones se indican, por el accidente ocurrido el 2 de octubre de 1948, por culpa proveniente de negligencia, imprevisión y descuido del maquinista de una locomotora del Ferrocarril de Caldas y por ser la misma entidad la creadora del riesgo; y que, en consecuencia, se condenara al Departamento a pagar \$ 4.000.00 como perjuicios materiales y \$ 250.00 mensuales desde el 2 de octubre de 1948 hasta el día del pago, con sus intereses respectivos, o lo que regularan peritos.

En subsidio solicitó que se declarara que el señor Hugo Soto, "maquinista y el Ferrocarril de Caldas, son culpables del accidente de tránsito"

de que se trata, "por negligencia, descuido e imprevisión".

Hechos de la demanda.—Apoya el actor sus peticiones en diez y nueve hechos, que se relatan en forma sucinta y en cuanto sea indispensable para la configuración de la acción intentada:

El 2 de octubre de 1948 transitaba Juan de la Rosa Valencia, por la ciudad de Pereira, en un automóvil de su propiedad, manejado por Alberto Echeverri, con toda pericia y cuidado, cuando al llegar a la carrilera del ferrocarril que se encuentra en la calle 18, fue atropellado por la locomotora número 13, del Ferrocarril de Caldas, de propiedad del Departamento del mismo nombre.

El automóvil fue totalmente destruido y quedó inservible, lo cual ha ocasionado como daño emergente la suma de cuatro mil pesos que valía el automotor y la de doscientos cincuenta pesos mensuales que dejó de producir.

La culpa es del Ferrocarril, por estas circunstancias: al llegar a la carrilera el conductor del automóvil encontró **vía libre**; en el lugar del accidente no había guardavías ni señales especiales que indicaran peligro; el maquinista no frenó, ni pitó, ni demostró en forma alguna que cruzaría la vía; marchaba a toda velocidad; en el mismo sector se encontraban estacionados dos vagones del ferrocarril, que impidieron que la locomotora fuera vista por los que iban en el automóvil; y, en fin, la locomotora era manejada por Hugo Soto, que no era el maquinista, sino el auxiliar del fogonero cambiados y, por tanto, persona inhábil para su conducción.

Contestación de la demanda.—La parte demandada contestó la demanda ateniéndose a las pruebas en cuanto a la mayoría de los hechos alegados, pero niega los que pueden servir de fundamento a su responsabilidad por culpa.

Así, dice que el conductor no tenía pase o patente para el manejo de carros; que él fue el que procedió imprudentemente al proseguir su marcha; que en el sitio hay visibilidad, por tratarse del patio de un ferrocarril; que no había necesidad de guardavías o señales, dada esa condición y de "su inmensa amplitud"; que aunque la señal del pito era innecesaria "el maquinista sí pitó"; que, en consecuencia, no pueden emanar de los hechos responsabilidades para la entidad demandada.

Termina proponiendo las excepciones de "in-

existencia de la obligación, carencia de derecho para pedir, dolo, y la genérica" (sic).

La **sentencia** terminó en la forma anotada al principio y da como razones, las siguientes, que se presentan en forma por demás abreviada:

El actor no presentó prueba de que el Ferrocarril era de propiedad del Departamento de Caldas, pero éste acepta el hecho; no se ha discutido tampoco sobre la propiedad del vehículo y ella surge, además, de algunas pruebas; "la realización del suceso que culminó con la destrucción del automóvil" está acreditada con varias declaraciones de testigos, que cita; y, por último, la responsabilidad del Departamento, a más de ser presunta, por tratarse de actividades peligrosas, resulta de la circunstancia de haber ocurrido el hecho en una vía pública en que no había barreras, guardavías, ni medios de seguridad para evitar accidentes; pero como también el dueño del vehículo o su conductor (que para el caso es lo mismo) incurrieron en culpa por imprudencia, al no tomar las precauciones necesarias para atravesar la vía, del valor de la indemnización debe descontarse la mitad.

Como ya se cumplió la tramitación de la segunda instancia debè resolverse ahora lo que se estime ajustado a la ley.

Excepciones perentorias.—Ya se advirtió que el Departamento invocó algunas excepciones perentorias, pero la única alegada en forma concreta y especificada es la de dolo.

Esta la hace consistir en que "el conductor seguramente llevó el carro con fines a (sic) futura indemnización", pues "este fenómeno doloso sucedió varias veces en el ferrocarril" (f. 31 del c. 1) y en la circunstancia de haber hecho figurar como testigos en la diligencia de inspección ocular practicada el mismo día del accidente a los señores Aníbal Ramírez y Alberto Cuartas, sin serlo, puesto que tanto el uno como el otro le habían manifestado privadamente al apoderado del Departamento que nada habían presenciado (fls. 31 y 32 del c. 1 y 1 del c. 4).

De la primera circunstancia, o sea, de haber llevado el automóvil con el fin de que fuera destruido para recibir la indemnización, no hay prueba alguna en el expediente, por lo cual debe considerarse como una afirmación sin fundamento.

En cuanto a la segunda, cierto es que en el acta de la diligencia se anota que quien "presenció más directamente el accidente" fué el señor Al-

berto Cuartas, pero éste en su declaración no expone sino lo que le dijo al abogado privadamente, o sea, que estando en su establecimiento había sentido un ruido como de un choque, que al salir había visto aglomeración de gente y que luego había comprobado el estado en que había quedado el automóvil destrozado. En su exposición aclaratoria no hace sino confirmar sus dichos.

Ruiz no figura en el acta como testigo y lo que expone es que estando dentro de la bodega y al ver gente que se aglomeraba acudió a ver de qué se trataba y pudo comprobar la situación en que habían quedado la locomotora y el automóvil destruido. No fue hallado para recibirle declaración aclaratoria.

Como se ve, ningún dato indicativo de dolo surge de estas declaraciones y del acta de inspección ocular.

En consecuencia, debe entrarse al análisis de los hechos, supuesto que no encuentra la Sala probada ninguna otra excepción perentoria.

Consideraciones sobre los hechos.—Como se reclama la indemnización de perjuicios consistentes en la destrucción de un automóvil de propiedad del actor, causados por una locomotora de un ferrocarril de propiedad del Departamento de Caldas, se hace indispensable averiguar si tales hechos, enunciados en la demanda, se hallan demostrados en el expediente.

No debe olvidarse que toda decisión judicial se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostradas, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el código de procedimiento civil, si de proceso civil se trata (artículo 593 del C. J.).

La Sala encuentra como hechos fundamentales plenamente demostrados que en el lugar y tiempo indicados en la demanda fue destruido completamente el automóvil de la marca y modelo también señalados en el libelo, que vale la suma de tres mil pesos, y ello por culpa de una empresa de ferrocarriles que tiene estación ferroviaria en la ciudad de Pereira. La prueba surge de las diligencias de inspección ocular practicadas con asocio de peritos y las declaraciones de varios deponentes.

Pero no encuentra igualmente probados dos hechos fundamentales para la prosperidad de la

acción, a saber: que el ferrocarril cuya locomotora causó los daños sea o fuera de propiedad del Departamento de Caldas, y que el automóvil destruido perteneciera al actor.

El hecho décimo séptimo de la demanda dice que "la máquina pertenecía al ferrocarril de Caldas y éste, a su vez, era de propiedad del Departamento de Caldas, en la fecha del accidente". Hecho al cual contestó el Departamento: "Que se pruebe".

El Tribunal admite como demostrado este hecho, por no haber sido contradicho o discutido por la parte demandada. En apoyo de su opinión cita una doctrina de la Corte, del fallo de 1º de febrero de 1951, en el cual se sostiene que puede darse por demostrada la propiedad del Tranvía Municipal por parte del Municipio de Bogotá, aunque no se trajo prueba alguna de ella, no por ser "simplemente de notoriedad pública" dicha propiedad, "sino por la terminante razón de ser un hecho no discutido, ni controvertido en forma alguna por el representante de la parte demandada". (G. J. Tomo LXIX, número 2096-97, pág. 32).

Al respecto observa la Sala que no es necesaria la demostración de la existencia de las personas de derecho público de creación constitucional o legal, como lo es un Departamento de la República. Pero no sucede lo mismo en lo referente a la propiedad de una empresa de un ferrocarril por parte de un Departamento, que no puede darse como probada por la simple circunstancia de no haberse contradicho o discutido por la parte demandada. En primer lugar, porque ése no es un hecho de los llamados públicos o notorios, esto es, de aquellos cuya existencia es tan conocida de las gentes, que repugna al sentido común exigir la prueba de su existencia o acaecimiento. Y, en segundo lugar, porque esa vinculación entre el demandado y la cosa causante de los daños es una de las condiciones o hechos que debe acreditar el demandante para la prosperidad de su acción, sin necesidad de que el demandado excepcione contradiciendo expresamente la propiedad.

Ahora, tampoco aparece suficientemente acreditada la propiedad del automóvil por parte del actor Juan de la Rosa Valencia. En efecto, desechado el testimonio del conductor Abelardo Echeverri por ser dependiente de aquél, según su dicho (artículos 669 y 672 del C. J.), hablan de dicha propiedad Enrique Jaramillo, Roberto Herrera Cortés y José Daza.

El primero dice que conoce "al señor Abelardo Echeverri y es el mismo que iba manejando un automóvil marca Chevrolet, modelo 1941, de propiedad de Juan de la Rosa Valencia, cuando ocurrió un accidente en el paso nivel que queda en la salida para Armenia. El automóvil, como digo, iba manejado por Abelardo Echeverri y también iba el dueño señor Juan de la Rosa Valencia". Termina avaluándolo en tres mil pesos (f. 11 v. del c. 3).

Herrera Cortés afirma que conoce a Abelardo Echeverri, "el mismo que iba manejando el automóvil Chevrolet 1941 (de propiedad de Juan de la Rosa Valencia, cuando ocurrió el accidente en el paso nivel que queda en la salida para Armenia", y lo avalúa en "unos tres mil pesos (\$ 3.000.00)", como el anterior declarante (f. 13 ibidem).

Daza, en fin, también conoce a los señores Echeverri y Valencia y afirma que el primero era el que iba manejando el automóvil de propiedad del segundo, el día de los sucesos, y que el carro de Juan de la Rosa Valencia podría valer de tres mil a tres mil quinientos pesos (f. 15 ibidem).

Como se ve, ninguno de los declarantes explica

la razón de su dicho, esto es, por qué les consta que el automóvil era de propiedad de Juan de la Rosa Valencia. Se trata de simples afirmaciones que, por sí solas, no prueban el dominio, ya que éste no se demuestra sino por acreditar el hecho de la adquisición o por consistir en actos que demuestran el ánimo de dueño.

Así las cosas, o sea, no encontrando demostrados los hechos fundamentales para la prosperidad de la acción, lo procedente es absolver al Departamento de los cargos hechos en la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar absuelve al Departamento de Caldas de los cargos que en la demanda se le hacen.

Con costas a cargo del demandante (Decreto 0243 de 1951, artículos 2º y 6º).

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry — Luis A. Flórez — Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

LA NULIDAD DE UNA COMPANIA POR NO HABER SIDO CONSTITUIDA EN CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR LAS LEYES, NO ES CAUSA DE NULIDAD DEL JUICIO EN QUE AQUELLA INTERVIENE COMO PARTE, Y QUE PUEDA SER DECIDIDA EN INCIDENTE ANTES DE LA SENTENCIA

En el presente caso se trata —según afirmación del peticionario— de una sociedad que, por haber sido constituida “contra la expresa prohibición de la ley”, resulta indebidamente organizada y por eso la Superintendencia la ha declarado nula y ha ordenado su liquidación.

Pero esta alegación nada tiene que ver con las nulidades adjetivas o procesales de que tratan los ordinales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial, pues éstas sólo hacen relación a la capacidad de las partes para litigar según su condición de sui juris o alieni juris, o a la comprobación del mandato en caso de que intervenga apoderado, a la extensión de sus poderes, a la prueba de la representación que exige la ley en tratándose de sociedades, corporaciones, etc.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, dieciocho de agosto de mil novecientos cincuenta y tres.

El Dr. Juan Bautista Neira solicita de la Corte que “ordene poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad” consistente en la indebida constitución de la Compañía Explotadora del Carare, parte demandada en este juicio, y que se le dé el curso legal marcado por el artículo 436 (sic) del Código Judicial, que permite solicitar la declaración de nulidad antes de que se dicte la sentencia.

En el penúltimo aparte de su escrito dice que presenta este reclamo de nulidad a efecto de que la Corte, que se ocupa actualmente del estudio de fondo de los problemas planteados en este debate, “no omita este aspecto fundamental del problema, al pronunciar el fallo definitivo”.

En apoyo de su solicitud presenta la copia de la parte resolutive de la resolución número 203, de 13 de marzo de 1951, que expresa que “por ser nula dicha sociedad por falta de un requisito

esencial del contrato y por no ser posible su saneamiento por ratificación, debe liquidarse de conformidad con lo expresado, en el acta que se adopta y abstenerse de usar la denominación de sociedad anónima (S. A.)”.

Dice el peticionario que la sociedad se constituyó con cuatro socios solamente; que según la resolución no es posible suplir la presencia de “un accionista que no estuvo presente en tal acto”; que la resolución de la Superintendencia se halla ejecutoriada; y que, por tanto, la sociedad ha degenerado en una sociedad de hecho.

“La inexistencia de la Compañía Explotadora del Carare S. A. —explica— genera la causal de nulidad consistente en la ilegitimidad de la personería de esta compañía, y también en la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio (numerales 2º y 3º del artículo 448 del C. J.).

“No existiendo legalmente la sociedad explotadora del Carare S. A., es claro que el juicio ordinario de la referencia ha debido ser dirigido contra todas y contra cada una de las personas que concurrieron a la constitución de la sociedad de hecho, so pena de incidir, como se ha incidido, en la causal de nulidad consistente en la falta de citación o emplazamiento, en forma legal, de las personas que han debido ser llamadas al juicio, el cual así es nulo desde la notificación de la demanda en adelante, como debe declararlo la Corte”.

Se considera:

Dice el artículo 455 del Código Judicial que “el juez que conoce de un juicio, y que antes de decidir sobre lo principal, observe que exista una causal de nulidad, manda ponerla en conocimiento de las partes, por medio de auto que se notifica personalmente”.

A este respecto estima la Sala que no está obligada a cumplir con este precepto, porque en

la actuación no ha observado hasta ahora que se haya incurrido en alguna de las causales de nulidad previstas por la ley.

Otra cosa es que, como lo establece el artículo 456 (no el 436) del mismo Código Judicial, las partes pueden "pedir que se declaren las nulidades" de que trata el capítulo séptimo, del título 12, del libro 2. del mentado código, que de ellas habla, lo cual pueden hacer "en cualquier estado del juicio, antes de que se dicte la sentencia". El incidente, según el precepto citado, "se sustancia y decide como articulación".

Según se dejó dicho, el peticionario alega la inexistencia de la Compañía como sociedad legítimamente constituida, lo cual genera "la ilegitimidad de la personería de esta Compañía, y también la consistente "en la falta de citación o emplazamiento, en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas al juicio".

La Sala considera que en esa alegación se encuentra un quid pro quo que no encierra una nulidad adjetiva, sino una sustancial, que no procede según la ley y que no puede tramitarse como incidente, sino rechazarse de plano. (Art. 394 del C. J.).

En efecto, en el presente caso se trata —según afirmación del peticionario— de una Sociedad o Compañía que, por haber sido constituida "contra la expresa prohibición de la ley", resulta indebidamente organizada y por eso la Superintendencia la ha declarado nula y ha ordenado su liquidación.

Pero esta alegación nada tiene que ver con las nulidades adjetivas o procesales de que tratan los ordinales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial, pues éstas, como lo ha dicho la Corte, sólo hacen "relación a la capacidad de las partes para litigar según con condición de sui iuris o alieni iuris, o a la comprobación del mandato en caso de que intervenga apoderado, a la extensión de sus poderes, a la prueba de la representación que exige la ley en tratándose de sociedades, corporaciones, etcétera" (Sentencia de 14 de marzo de 1934, G. J., Tomo XLVII, número 1934, página 246).

Así las cosas, el incidente propuesto no procede según la ley, porque no se refiere a ninguna de las nulidades señaladas en el Código Judicial como adjetivas o procedimentales, que son las previstas en el capítulo séptimo del título doce del libro segundo del citado Código y que son las que, según el artículo 456 del mismo capítulo, pueden proponerse hasta antes de que se dicte la sentencia. Por lo cual debe rechazarse de plano, de acuerdo con el artículo 394 del mismo Código.

Por lo expuesto, no es el caso de darle curso al incidente propuesto.

Notifíquese.

Agustín Gómez Prada — Luis A. Flórez —
Rafael Leiva Charry — Luis Rafael Robles —
Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE ACCEDÉ A REPONER EL AUTO ANTERIOR — VALOR DE LOS ACTOS Y CONTRATOS DE UNA SOCIEDAD IRREGULARMENTE CONSTITUIDA, CUMPLIDOS ANTES DE SU ANIQUILAMIENTO

Quando una sociedad se ha constituido irregularmente, todos los hechos cumplidos en nombre de la sociedad con terceros, antes de su aniquilamiento, son valederos como si la constitución de la sociedad hubiera sido regular. Esta solución consulta los preceptos legales y está de acuerdo con la lógica y con la equidad. El problema de la irregular constitución de una compañía es problema de los socios y no de los terceros, que nada tienen que ver en él, pues las convenciones de la sociedad con éstos, tienen que tener plena eficacia.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Esta Sala de la Corte, en providencia de dieciocho de agosto último, resolvió que **“no es caso de darle curso al incidente propuesto”**, que es el de nulidad por ilegitimidad de la personería de la parte demandada y por falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio (ordinales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial).

De esta providencia pide reposición el apoderado de dicha parte demandada, para que en su lugar se ordene la tramitación del incidente de nulidad como, articulación.

Tres fueron las solicitudes que hizo el señor apoderado en su primer escrito: primera, “que la Corte ordene poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad apuntada, cuya evidencia no puede discutirse”; segunda, que la Sala “no omita este aspecto fundamental del problema, al pronunciarse el fallo definitivo”; y tercera, que “se le dé el curso legal” que indica el artículo 456 del Código Judicial.

La razón que tuvo la Sala para rechazar de plano el incidente propuesto la expresó en la providencia recurrida diciendo que tal incidente no

procede según la ley, “porque no se refiere a ninguna de las nulidades señaladas en el Código Judicial como adjetivas o procedimentales” y que son las que, según el artículo 456 del citado Código, pueden proponerse hasta antes de que se dicte la sentencia, “por lo cual —concluyó la Sala— debe rechazarse de plano, de acuerdo con el artículo 394 del mismo Código”.

Mas para proceder con orden conviene indicar, siquiera sea en forma sucinta, cuáles son las razones aducidas por la parte demandada.

Dice el apoderado que la Compañía Explo-tadora del Carare S. A. se constituyó por la escritura número 9, de cuatro de enero de 1938, de la Notaría Segunda de Bogotá, con cuatro socios solamente. Motivo por el cual la declaró nula la Superintendencia de Sociedades Anónimas, “por falta de un requisito esencial del contrato”, y ordenó su liquidación.

En prueba de su afirmación trajo copia de la Resolución número 203 de trece de marzo de 1951, en que, efectivamente, la Superintendencia aludida declara que es nula de nulidad absoluta dicha Sociedad y que “debe liquidarse”, para lo cual le concede un término de sesenta días. Además, la Superintendencia certifica que dicha Resolución “se encuentra ejecutoriada”.

“La resultante obligada del hecho de haberse constituido la Sociedad contra la expresada prohibición de la ley” —dice el apoderado de la parte demandada— “es la nulidad absoluta de la Sociedad, la cual así es legalmente inexistente, y ha degenerado en una Sociedad de hecho, o cuasicontrato de comunidad, sociedad de hecho que legalmente no puede intervenir sino representada por todos y cada uno de los socios que han intervenido en su constitución”.

Por consiguiente, concluye en otro lugar, “el juicio ordinario de la referencia ha debido ser dirigido contra todas y cada una de las personas que concurrieron a la constitución de la Sociedad de hecho, so pena de incidir, como se ha incidido, en la causal de nulidad consistente en la falta de citación o emplazamiento, en forma legal,

de las personas que han debido ser llamadas al juicio, el cual es nulo desde la notificación de la demanda en adelante”.

En el escrito de reposición dice el apoderado que “si los muertos no pueden litigar, tampoco podrán litigar los que, atribuyéndose la vida legal de personas jurídicas, nunca la han tenido”; que se le debe proporcionar la oportunidad de demostrar que “es lo mismo un muerto que una Sociedad que no ha existido nunca”; que si se demandá a una persona considerándola existente y se prueba “que nunca existió, sino que se trata de una equivocación, no debe dictarse sentencia de fondo a favor ni en contra” de ella, “porque la sentencia no vincula a nadie”; y que quien debe responder “de todos los actos de la entidad inexistente”, no es la Compañía Explotadora del Carare S. A., sino quienes “aparecen como socios”, y no una sociedad inexistente, nonata, que nunca ha existido.

“No existiendo la Sociedad, nada es don Pedro N. López, como gerente de ella; no existiendo la Sociedad, debe considerarse que es algo más que *alieni iuris*: es un muerto, un nonato; sería cruel sentenciarlo, porque no se le ha oído, ni puede oírsele porque es la nada, y sería frustráneo reconocerle derechos”.

El señor Procurador, en cambio, contestó el traslado que se le corrió sobre esta reposición, pidiendo que se mantenga el auto recurrido.

Vistas, pues, las solicitudes y los argumentos de la parte demandada, debe resolver la Sala lo que estime legal, y a ello se procede.

Al efecto se principia por recordar la noción elemental de que una cosa son las nulidades de naturaleza sustantiva, a que se refieren las disposiciones del Código Civil (Título 20 del Libro Cuarto), y otras las de carácter adjetivo, contenidas en el Código Judicial (Capítulo 7º del Título 12, del Libro Segundo): Las sustantivas miran a los actos y declaraciones de voluntad cuando éstos carecen de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según la especie de éstos o la calidad o estado de las partes; las adjetivas hacen referencia a las irregularidades de un proceso judicial, a “determinadas y precisas irregularidades de los procesos judiciales”, como lo ha expresado esta Corporación.

“En las nulidades sustantivas — ha dicho la Corte — se trata de los actos o contratos en sí mismo considerados como generadores de consecuencias jurídicas, mientras que en las otras so-

lamente entra en juego el concepto de si el procedimiento como vía legal para obtener la eficacia de un derecho está o no viciado por ajustarse o no a las formalidades de la ley”. (Sentencia de 13 de diciembre de 1945. G. J. Tomo LIX, números 2025-27, pág. 850).

De lo expuesto por la parte demandada se deduce con evidencia que lo que se alega es la invalidez del contrato de sociedad en sí mismo considerado, como ineficaz para producir consecuencias jurídicas, y no la ilegalidad de la representación de la sociedad.

Pero el apoderado arguye que, como la sociedad no se constituyó legalmente, el gerente designado en la escritura no tiene esa investidura, y que, por tanto, deben ser demandados los que aparecen como socios de la Compañía. Dicho en otros términos, la nulidad adjetiva se desprende de la sustantiva, o sea, que porque la sociedad es nula el gerente de la sociedad no lo es en realidad.

Es a esto a lo que la Sala ha contestado diciendo que se alega un *quid pro quo*, vale decir, una cosa por otra, una nulidad sustantiva por una adjetiva, y que ello no se podía admitir. E insiste en su tesis, porque no se ha alegado que el Gerente de la Compañía Explotadora del Carare, S. A. no sea el verdadero Gerente, el representante de la sociedad designado legalmente. Lo que se ha dicho es que, como ha sido demandada una “sociedad legalmente inexistente”, no podía ser representada por un gerente, pues debía serlo por “quienes aparecen como sus socios”.

Aquí no puede hablarse, así las cosas, de ilegitimidad de la personería adjetiva, porque ella “no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, por alguna deficiencia o informalidad del poder, o en que el demandante o el demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio, por ser incapaces o personas jurídicas”, como lo ha expresado la Corte. (Sentencia de ocho de septiembre de 1938. G. J. Tomo XLVII, número 1940, página 119).

“El artículo 448 del Código Judicial contempla el caso de ilegitimidad en la personería: 1º cuando la persona (demandante o demandado) carece de capacidad para actuar en un proceso — sea por su edad, o por estar demente, o en interdicción de administrar sus bienes, etc.; 2º cuando su representante legal o convencional esté incapacitado para actuar como tal, por no llenar los requisitos que exige la ley a los abogados, o por

ejercer un poder mal conferido, o por ejercitarlo en asunto que no le corresponde, etc. Lo que la ley tacha de acto vicioso en el artículo 448, ordinal segundo, es el proceso seguido a persona o contra persona incapaz, o por individuo sin facultades intrínsecas para representar como actor o como apoderado". (Auto de ocho de agosto de 1942. G. J. Tomo LIV, números 1989-90, página 346).

Con estas citas y razones quedan contestados los argumentos del apoderado de la parte demandada. Sin embargo, quiere añadir algunas otras la Sala, con el objeto de responder más cumplidamente lo que se arguye con respecto a la falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio, diciendo que la Compañía Explotadora del Carare tuvo y tiene una existencia verdadera, que compareció en juicio legalmente, y que debe responder de todas las consecuencias legales del proceso.

En efecto, no es lo mismo la existencia de las personas físicas que la de las personas morales y, de todos modos, los terceros que tienen intereses con una sociedad comercial que se declara nula, están amparados por la ley. Ni siquiera fue la Nación quien inicialmente entró a discutir la propiedad privada de los petróleos: fue la Compañía Explotadora del Carare, S. A. la entidad que, aduciendo la escritura pública de constitución y el certificado de la Cámara de Comercio, con los cuales acreditaba al tiempo quién era su gerente, se presentó a dar aviso de exploración y explotación de petróleos; en el expediente de este juicio figuran los propios documentos que demuestran, según las exigencias del código de comercio, la existencia legal de la Compañía demandada y de su representante; es sólo a última hora, cuando la empresa alega su inexistencia por la declaración de nulidad hecha por la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

Pero esa alegación es improcedente, en primer lugar, porque la hace la sociedad comercial demandada, contra el principio de que nadie puede alegar su propia falta; en segundo lugar, porque una compañía disuelta o nula en su origen, ha vivido y continúa su vida para responder de sus obligaciones; y en tercer lugar, porque la nulidad es inoponible a terceros, quienes están protegidos por las disposiciones del código de comercio en lo referente a sociedades.

Resulta extraño que alegue la nulidad la sociedad demandada, siendo así que, como lo ha expresado la Corte, "La falta en que hubiere incul-

rido la sociedad no podría ella aducirla en su descargo, dadas disposiciones legales como las de los artículos 472 y siguientes del código de comercio. Si se la absolviese por ese motivo, la sanción por la falta recaería sobre los terceros, y la sociedad y las personas que de hecho la formaron obtendrían una situación ventajosa, contra lo preceptuado en esas disposiciones y contra el aforismo "nemo auditur propriam turpitudinem allegans". (Sentencia de treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta. G. J. Tomo L, números 1961-63, pág. 30).

En realidad, toda la alegación de la parte demandada se funda en la inexistencia de la compañía, diciendo que es una persona nonata, esto es, que no alcanzó a nacer, y que la Nación ha demandado a un muerto; todo ello porque equipara la vida de las personas morales a la de las personas físicas.

Esta alegación de que la sociedad nula *ab initio* no ha tenido existencia, es demasiado antigua y ha sido abandonada. Ya los comentaristas franceses la enunciaban, diciendo que una sociedad semejante "no había podido producir ningún efecto jurídico", que no era "sino un vano fantasma, la apariencia de una ilusión que debía disiparse desde la declaración de nulidad". Pero esta opinión ha desaparecido, pues los autores y la jurisprudencia la rechazan de consuno afirmando que, en principio, los terceros siempre están a salvo en casos semejantes, puesto que los socios nunca pueden oponerles la nulidad y éstos, en cambio, tienen un derecho de opción entre la validez o la nulidad de la sociedad. (José Hemard, *Théorie et pratique des sociétés des sociétés de fait*, 2ª edición, páginas 1ª y ss. y 281, y C. Houpin y Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, página 946).

Es que, como lo dice Hemard, si la sociedad se declara nula, es porque la sociedad irregular había funcionado, pues no es posible destruir los hechos cumplidos, ni borrar el pasado, demostrable hasta por las pruebas exteriores de su existencia y funcionamiento. De otro lado, y, como lo ha dicho la Corte, es distinta la vida y terminación de las personas naturales y las jurídicas; las personas naturales son físicas, las jurídicas son una abstracción; aquéllas nacen de un hecho natural, éstas tienen una existencia que se origina en la ley; las personas naturales terminan con la muerte, mientras que las jurídicas terminan con la disolución; pero, sobre todo, las sociedades tienen

una supervivencia que las capacita para reclamar sus derechos ante terceros y responder de sus obligaciones.

“Se ha sostenido insistentemente el símil de la persona jurídica a la persona natural —comenta el doctor Félix Cortés— y así se dice que del mismo modo que esta última termina con la muerte la ficticia fallece con la disolución y termina su existencia. Esto no es del todo exacto: la vida de las sociedades se extiende más allá de su disolución, hasta que se verifique y concluya la liquidación”. (Comentarios, pág. 201).

Volviendo a los textos antes invocados del código de comercio (artículos 472 y siguientes), puede afirmarse que, cuando una sociedad se ha constituido irregularmente, todos los hechos cumplidos en nombre de la sociedad con terceros, antes de su aniquilamiento, son valederos como si la constitución de la sociedad hubiera sido regular. Solución que consulta los preceptos legales y está de acuerdo con la lógica y con la equidad. El problema de la irregular constitución de una compañía es problema de los socios y no de los terceros, que nada tienen que ver en él, pues las convenciones de la sociedad con éstos tienen que tener plena eficacia.

En fallo de diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y tres ha expresado la Corte que “la sociedad nula o disuelta conserva su necesaria personería para liquidarse y también para actuar como tal frente a terceros, sin que éstos puedan prevalerse de tal situación para desconocerla y libertarse de toda obligación o de todo reconocimiento de un derecho social. Es ésta una regla moral que domina toda la vida del contrato social”. Y después de sentar los principios que regulan la nulidad entre los socios y entre terceros que no sean socios, prosigue: “En cambio, si se está en presencia de relaciones jurídicas o prestaciones entre la sociedad y un tercero, ninguno de los dos puede invocar la nulidad del pacto social, para eximirse de cumplir sus obligaciones. Los artículos 477 del Código de Comercio y 2084 del Código Civil disponen que los socios de una sociedad nula o de hecho no pueden alegar la nulidad contra los terceros interesados en su existencia o que hayan contratado con ella. En el caso contrario, cuando es la sociedad quien demanda a un tercero, se sigue la misma regla, y el tercero no puede alegarla para, por esa sola circunstancia, exonerarse de sus obligaciones o prestaciones (artículo 479 del C. de Co.)”. Y concluye

la Corte diciendo que aunque el artículo 479 del Código de Comercio se refiere solamente al caso de un tercero que haya contratado con una sociedad que no haya sido constituida legalmente, “vale decir, **que padece de un vicio originario**”, “tal concepto legal y moral tiene que extenderse y tener aplicación a todos los casos similares en que un tercero, sea sujeto activo o pasivo de una obligación, tenga que enfrentarse en juicio con una sociedad nula, disuelta o de hecho, sin que sea necesario investigar el origen de la obligación, que bien puede ser el contrato, la ley, el delito, etc.” (Sentencia de 18 de mayo de 1943. G. J. Tomo LV, números 1998-99, página 515, y subraya la Sala).

En resumen y conclusión, en este juicio la Nación demandó a una sociedad comercial anónima, la Compañía Explotadora del Carare, S. A., y en proceso figuran las pruebas que la ley requiere para acreditar la personería sustantiva o presupuesto procesal que se ha llamado capacidad para ser parte. Por tanto, ningún problema de personería adjetiva se ofrece al estudio de la Sala, que justifique el incidente cuya apertura se reclama y que, por tanto, no procede según la ley, ya que el Código Judicial no ha contemplado este caso como causal de nulidad procesal.

Para terminar sólo quiere recordar la Sala el artículo 264 del Código Judicial, por si alguna duda pudiera quedar en el particular que se estudia, pues tal precepto establece que “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. Tampoco termina —prosigue— por la cesación de las funciones del que lo dio como representante de una persona natural o jurídica si ya está notificada la demanda, mientras aquélla por sí o por medio de un nuevo representante, no lo revoca, o termina el poder por otra causa”.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, mantiene la providencia recurrida de que se ha venido hablando.

Notifíquese.

Agustín Gómez Prada — Luis A. Flórez.—Rafael Leiva Charry — Luis Rafael Robles.—Jorge García Merlano, Secretario.

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE FALSEDAD DE UN INSTRUMENTO NO PUEDE CONTARSE DESDE EL MOMENTO EN QUE FUE INSCRITO EN EL REGISTRO, SINO DESDE AQUEL EN QUE EL INTERESADO EN IMPUGNAR SU AUTENTICIDAD TUVO UN CONOCIMIENTO REAL Y OBJETIVO, QUE DEBE APARECER DEBIDAMENTE ACREDITADO, DESDE QUE EL DERECHO ES ATACADO Y NO ANTES

1.—El punto desde el cual ha de contarse el término de dos años de que trata el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, lo decide el último inciso del mentado artículo 7º, al expresar que las acciones consagradas por el derecho común, en relación con los terrenos a que se refieren las resoluciones del Ministerio, así como las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en los juicios breves y sumarios, “sólo podrán intentarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de su ejecutoria o de su registro en el Ministerio”.

Y aunque antes había dicho el artículo que se comenta que los dos años debían contarse “desde la fecha en que fuere proferido el fallo en el juicio sumario”, debe preferirse la de la ejecutoria, porque siendo distintas las fechas de expedición de una sentencia judicial y la de su ejecutoria, es la última la que debe prevalecer, para los efectos indicados en la norma que se comenta, pues es la que da mayores seguridades de certeza y la que se conforma con los usos procesales.

Además, en este caso no se trata propiamente de una prescripción extintiva, sino de una caducidad o término perentorio, respecto del cual no cabe la interrupción y basta que la acción se ejercite dentro del plazo, y es por eso indiferente para la prosperidad de la misma, que la formalidad de la notificación a la parte demandada o a alguna de las personas que la forman se cumpla antes de expirar los dos años.

2.—Porque el artículo 2538 del Código Civil expresa que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisiva del mismo derecho, no debe exagerarse el alcance de los efectos correlativos entre la acción y la excepción,

porque, la excepción es siempre autónoma de la acción. En particular, la prescripción extintiva “está purificada de toda idea de posesión”, dice Jossierand, tiene “resultado negativo y no positivo”, “en lugar de crear, destruye”. En el caso actual, resulta impropio afirmar que porque la Nación pide una declaración de dominio, la Compañía demandada tiene que demostrar que ha adquirido ese dominio por usucapión. No puede negarse, desde luego, que a la Nación lo que le interesa, en el fondo, es la propiedad de las tierras que se dicen adjudicadas a Juan Florentino Sánchez. Pero ello no significa que la parte demandada no pueda oponer la excepción perentoria de prescripción extintiva de la mera acción de falsedad, con independencia de la acción de dominio, porque así lo enseña la finalidad que persigue la prescripción de que se viene hablando.

En efecto, la prescripción, en este caso concreto, persigue una finalidad: la de dar seguridad jurídica sobre el título o instrumento exhibido por los interesados, para emplear términos de Jossierand.

3.—Si como dicen Planiol y Ripert, “el plazo para la prescripción debe ser un término útil en cuanto al ejercicio de la acción”, en tratándose de la prescripción de la acción de falsedad, no puede comenzarse a contar, estrictamente, sino desde que se notifica al interesado la demanda a través de la cual se hace valer el documento tachado de falso. Pero tomando, como debe tomarse, la palabra demanda o acción, en un sentido amplio, el término debe computarse desde cuando el titular del instrumento pretende hacerlo valer en acción ante las autoridades. No puede contarse el tiempo corrido con anterioridad, porque mal puede

exigirse a quien puede considerarse como contraparte que contradiga un título o instrumento que no se le ha presentado para deducir de él las consecuencias legales; pero ya desde entonces debe correr en su contra, pues si no lo contradice, es porque tácitamente acepta su autenticidad.

Por consiguiente, no basta la publicidad del registro civil, ni menos la del registro administrativo de que habla la Ley 56 de 1905, para que comience a contarse el plazo de la prescripción, como que no basta el conocimiento presunto que los dichos registros determinan para reputar que el interesado abandonó su derecho, sino que se requiere un conocimiento real y objetivo, que debe aparecer debidamente acreditado. La publicidad por medio de los memorados registros no tiene ni puede tener ese alcance, sino el que limitadamente se deduce de los fines a que tales instituciones se hallan destinadas. Diciendo de otro modo lo ya anteriormente expuesto, el tiempo de la prescripción, en tratándose de la acción de falsedad de un instrumento, no puede comenzar a contarse sino desde el momento en que el derecho es atacado y no antes, vale decir, desde que surge un peligro o amenaza para él; no antes, porque hasta ese momento no tiene el presunto opositor de qué defenderse; pero no después, porque ya dependería de su voluntad o de su inercia o negligencia tener que llevar a término estipulaciones que no ha hecho.

Cuando un documento obra en juicio y la contraparte se calla, se presume auténtico o legítimo, porque precisamente se ha presentado para deducir de él consecuencias legales en concreto, frente al obligado, y es natural suponer que si no lo objeta o lo redarguye de falso, es porque tácitamente acepta su legitimidad; pero presumir lo mismo de una inscripción en un registro, es salirse de los linderos que la lógica y la naturaleza de las obligaciones decide a tener por aceptables.

4.—Cuando se trata de la prueba indiciaria, aunque cada indicio debe analizarse aisladamente para ver si está probada su existencia y si guarda relación con el hecho que se investiga, el convencimiento no puede surgir de cada indicio por separado, en tratándose de indicios no necesarios, sino de

su conjunto, como lo indican su propia naturaleza y los términos de la ley. Lo cual se anota porque es muy común que al analizarlos se pierdan de vista los otros, esto es, que se aislen de los demás hechos probatorios indiciales.

El estudio crítico de los indicios que consiste en atacar cada indicio para demostrar que por sí solo no es prueba cabal del hecho que se pretende averiguar, quebranta la naturaleza de esta clase de pruebas, pues que de suyo no puede cada uno serlo. Romper la relación con otro u otros, es ir contra la rectitud del raciocinio, que requiere el enlace para deducir las conclusiones del conjunto.

Y es también quebrantar la ley de procedimiento, que requiere que la convicción se forme, no de un indicio aislado, del que no puede deducirse, sino de un "número plural" de indicios, "conexos entre sí, de modo que concurren TODOS a demostrar, sin lugar a dudas, la verdad del hecho controvertido", como lo estatuye el artículo 665 del Código Judicial.

5.—La prueba indiciaria consiste en una argumentación por hipótesis: se trata de llegar de una causa o hecho conocido, que es el indicio propiamente dicho, al conocimiento del hecho antes ignorado, que tiene que proponerse en el curso del raciocinio indiciario como una hipótesis y que una vez deducida de las circunstancias que le sirven de explicación, constituye la presunción. Pero como cada hecho-indicio puede ser explicado por hipótesis distintas, se hace preciso decir que debe ser aceptada la que esté más de acuerdo con la experiencia, la que guarde mejor relación con el modo ordinario de ser los sucesos de la vida humana. Si entre las varias hipótesis sobre los indicios, hay una que los explica lógicamente y las otras no, aquélla se convierte en tesis o presunción.

6.—El artículo 745 del Código Civil establece que para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como la venta, la permuta, la donación, etc. Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Resulta, pues, esencial e indispensable, para la validez de la tradición, la preexistencia de un título de dominio, siquiera sea putati-

vo, que contenga una obligación de DARE, y no solamente de PRAESTARE, pues con esta última no se hace tradición de dominio. Este precepto se basa en el principio elemental de que nadie puede transmitir lo que no tiene.

7.—La tradición da al adquirente el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía. Pero esto no se realiza, como expresa el artículo 753 del Código Civil, sino en los casos y del modo que las leyes señalan. De suerte que al decir la ley que la tradición de los inmuebles se verifica por el registro, es forzoso suponer que debe tratarse de un registro válido o auténtico, como se deduce de lo establecido en los artículos 756, 785, 789, 791, 2526 y otros del Código Civil, y de la propia naturaleza de las cosas. Si el registro es el signo único de la posesión regular de los inmuebles y la manera exclusiva de transferirlos, un registro falsificado no puede conferir la posesión ni dar derecho para fundar la prescripción adquisitiva de un inmueble.

8.—En tratándose de baldíos no cabe invocar la prescripción; ésta ha sido doctrina constante de la Corte. Desde luego que ha habido controversia sobre si era posible alegar la prescripción de acuerdo con la legislación anterior al Código Fiscal o a la Ley 48 de 1882. Pero después de estas disposiciones no la hay ni puede haberla.

En efecto, la Ley 48 de 1882 decía que las tierras baldías se reputan bienes de uso público "y su propiedad no se prescribe contra la Nación, en ningún caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2519 del Código Civil". Y el artículo 61 del Código Fiscal expresa que "el dominio de los baldíos no puede adquirirse por prescripción".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 16 de abril de 1945, resolvió lo siguiente, en el juicio ordinario iniciado por la Nación contra la

Compañía Explotadora del Carare, S. A.:

Primero, declara "infundadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada" con los nombres de prescripción extintiva de dos años, establecida en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, y de prescripción extintiva ordinaria;

Segundo, declara que "es falso en su forma y contenido el título de dominio privado" que se expresa en la copia de la escritura sin número, de 22 de noviembre de 1837, que se dice otorgada en la Notaría de Vélez (Santander) y protocolizada en instrumento público número 778, de 27 de mayo de 1921, de la Notaría Segunda de Bogotá;

Terceró, declara que "la Nación Colombiana es dueña del suelo y del subsuelo del globo de terreno ubicado en el Municipio de Bolívar, provincia de Vélez, Departamento de Santander, a que se refiere la escritura de 22 de noviembre de 1837", cuyos linderos generales se indican;

Cuarto, declara que la Compañía Explotadora del Carare, S. A. "no tiene derecho a efectuar exploraciones con taladro en los terrenos a que se refiere la declaración precedente, ni a explotar el petróleo y demás hidrocarburos y minas que allí puedan encontrarse";

Quinto, "ordena cancelar el registro de la escritura número 778, de 27 de mayo de 1921, otorgada en la Notaría Segunda de esta ciudad, registro verificado en la oficina de este Circuito el 28 de mayo de 1921";

Sexto, "ordena cancelar el registro de la escritura sin número, de fecha 22 de noviembre de 1837, verificado en la oficina de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Vélez (Santander), el 13 de marzo de 1865, al folio 40 vuelto del libro 1º de registro de ese año";

Séptimo, ordena que, ejecutoriada la sentencia, se inscriba "en las oficinas de registro de Bogotá y Vélez y en los demás circuitos del lugar de ubicación del inmueble a que se refiere la tercera declaración" del fallo; y

Octavo; no condena en las costas de la instancia.

Contra dicha sentencia interpuso apelación el apoderado de la parte demandada, por lo cual ha de revisarse por esta Sala de la Corte.

Antecedentes del negocio

En el año de 1938 se constituyó la sociedad anónima comercial denominada "Compañía Explotadora del Carare, S. A.", por medio de la escri-

tura número 9, de 4 de enero, y con el objeto principal de explotar los terrenos denominados "Títulos del Carare, Guayabito, Flórez", situados en el municipio de Bolívar, Provincia de Vélez, Departamento de Santander.

Cuatro de los socios, los señores Pedro Ignacio Uribe U., Rufiniano Téllez, Rafael Téllez y Pedro A. López, este último como socio administrador de la sociedad de "Pedro A. López & Cía." aportaron a aquella compañía del Carare sus derechos sobre los terrenos conocidos con el ya citado nombre de Títulos del Carare, Guayabito, Flórez, en las proporciones estipuladas por escritura pública, por los linderos que se señalan, y en extensión de 150.000 fanegadas.

La sociedad de Pedro A. López adquirió esos derechos por compra a Uribe, Téllez & Cía., según escritura 226, de 20 de febrero de 1923.

Uribe, Téllez & Cía. los adquirieron, a su vez, vinculados a los terrenos conocidos con el nombre de Títulos del Carare, Guayabito, Flórez, por aporte que el señor Rufiniano Téllez hizo de los derechos que tenía en las sucesiones de los esposos Juan Florentino Sánchez y Casimira Ariza.

En fin, Juan Florentino Sánchez adquirió los terrenos con el nombre ya dicho varias veces, mediante una enajenación o adjudicación de tierras baldías en remate público, contenida en la escritura sin número, de 22 de noviembre de 1837, protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá, con el número 778, de 27 de mayo de 1921.

Tal escritura de 1837 aparece como otorgada por el Tesorero de la Provincia de Vélez, Sixto Antonio Galindo, y autorizada por el escribano público Francisco Santiago García. La copia fue expedida el 10 de marzo de 1865 por el Notario del circuito de Vélez y registrada en la oficina de la misma localidad el 13 de marzo del mismo año y en ella figuran como notario el señor Ignacio Herrera y como registrador el señor Joaquín Serrano.

Pues bien, la falsedad o la autenticidad de la citada escritura de 22 de noviembre de 1837 constituye el fondo mismo de la presente controversia, pues al paso que los causahabientes de Juan Florentino Sánchez han querido derivar de su título los derechos que estiman tener, la Nación no ha creído hasta ahora que el instrumento sea legítimo o auténtico.

Dicho de otro modo, la Compañía invoca como título emanado del Estado que demuestra que los terrenos del Carare a que se alude salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de

1873, fecha de la reserva nacional del petróleo, la escritura de 22 de noviembre de 1837, pero la Nación rechaza ese instrumento por no considerarlo verdadero.

Así, la Compañía, por medio de su apoderado, el doctor Emilio Ferrero, avisó al Ministerio de la Economía Nacional, en el año de 1938, que tenía el propósito de explorar y explotar petróleo en los terrenos del Carare amparados con su título. Pero el Ministerio no estimó suficientes los documentos allegados y ordenó pasar el expediente a la Corte Suprema de Justicia para que se decidiera, en el juicio breve y sumario que entonces debía tramitarse al efecto, lo que fuera legal.

La Corte, en fallo de 1º de abril de 1940, consideró que la Compañía del Carare había presentado "la prueba de que existe el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, sobre la propiedad de los terrenos" y, por tanto, que debía prosperar la pretensión del avistante.

Pero como la Nación no aceptara el hecho de no tener dominio sobre los terrenos del Carare, dictó la resolución número 53, de 5 de marzo de 1942, en la cual, luego de expresar "que un meditado estudio del problema ha confirmado al Gobierno en el convencimiento de que el lote de terreno que se deja deslindado en el punto primero de esta Resolución pertenece a la Nación", autoriza al Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá para que promueva juicio ordinario contra la Compañía Explotadora del Carare o contra quienes figuren como dueños o interesados en la propiedad del suelo y del subsuelo de los aludidos terrenos.

Basado en dicha autorización, el Fiscal 1º del Tribunal, doctor Alejandro Camacho Latorre, presentó la demanda ante dicha entidad el 6 de marzo de 1942, el juicio siguió su curso y fue decidido en primera instancia, como se dijo al principio, o sea, en un todo de acuerdo con las peticiones del Fiscal y en favor de los intereses de la Nación, pues se declara, en sustancia, que la escritura de 22 de noviembre de 1837 es falsa en su forma y contenido y, por tanto, que la Nación es dueña del suelo y del subsuelo de los terrenos del Carare.

Tales los antecedentes del proceso, que se relatan en forma tan sucinta, con el objeto de que sirvan para mejor inteligencia de las cuestiones que en este fallo deben estudiarse.

En seguida se dirá cuáles son las peticiones de

la demanda, para luego anotar los hechos en que se funda y la respuesta de la parte demandada y, en fin, entrar a estudiar los puntos que en el presente juicio se controvierten.

Peticiones de la demanda

En la demanda se solicita que se hagan tres declaraciones:

Primera, que es falsa la copia de la escritura sin número, de 22 de noviembre de 1837, de la Notaría de Vélez, protocolizada por medio del instrumento público número 778, de 27 de mayo de 1921, de la Notaría Segunda de Bogotá;

Segunda, que, en consecuencia, es de propiedad de la Nación el suelo y el subsuelo del globo de terreno que se dice fue objeto de la adjudicación de tierras baldías al señor Juan Florentino Sánchez, de que da cuenta la citada copia de aquella escritura, lote de terreno de 150.000 fanegas o 96.000 hectáreas de extensión, cuya situación y linderos se especifican; y

Tercera, que la Compañía demandada no tiene derecho a efectuar exploraciones con taladro en los terrenos a que se refiere la declaración precedente, ni de explotar el petróleo y demás hidrocarburos y minas que allí puedan encontrarse.

Como consecuencia de estas declaraciones se solicita que se ordene la cancelación, en las oficinas correspondientes, de los registros de las escrituras en que la Compañía demandada pretende fundamentar su dominio sobre el inmueble en referencia, escrituras que aparecen citadas en la relación de hechos.

Subsidiariamente pidió que se hicieran dos declaraciones:

Primera, que es de propiedad de la Nación el subsuelo petrolífero y minero del globo de terreno a que se refieren las declaraciones pedidas como principales, determinado por los mismos linderos; y

Segunda, que, en consecuencia, la Compañía demandada no tiene derecho de efectuar exploraciones con taladro en los terrenos a que se refiere la declaración precedente, ni de explotar el petróleo y demás hidrocarburos y minas que allí puedan encontrarse.

La sentencia, se repite, hizo las tres primeras declaraciones solicitadas por el Fiscal del Tribunal.

Hechos de la demanda

Las anteriores peticiones se fundan en los hechos que la demanda presenta, en número de veinte, y que se refieren en seguida sucintamente:

Primero.—La Compañía Explotadora del Carare, por medio de su apoderado doctor Emilio Ferrero, avisó al Ministerio de Economía Nacional, en escrito de 28 de octubre de 1938, que tenía el propósito de llevar a cabo exploraciones con taladro, en busca de petróleo que reputa como de su propiedad particular, dentro de un globo de terreno de que dice ser dueña y poseedora, llamado Título del Carare, ubicado en el municipio de Bolívar, Provincia de Vélez, Departamento de Santander, por los linderos que se indican.

Segundo.—El Ministerio de la Economía ordenó pasar el expediente a la Corte Suprema de Justicia, surtido el trámite administrativo, porque estimó que los documentos no acreditaban la propiedad particular del subsuelo.

Tercero.—La Sala de Negocios Generales de la Corte decidió el juicio breve y sumario correspondiente, en fallo de 1º de abril de 1940, en sentido favorable a las pretensiones de la Compañía del Carare y adverso a la Nación.

Cuarto.—La Compañía hacía consistir su título de adquisición en las escrituras números 9, de 4 de enero de 1938, y 320, de 25 de febrero del mismo año, por las cuales se constituyó la Compañía explotadora del Carare, a la que dijeron aportar Pedro A. López y compañía sus derechos sobre los terrenos amparados con el Título del Carare demarcados como se indicaba en el mismo aviso de exploración.

Pedro A. López y compañía dijeron haber adquirido el terreno por compra a Uribe, Téllez y compañía, por escritura número 1.370, de 23 de julio de 1919, de la Notaría 2ª de Bogotá.

Uribe, Téllez y compañía, a su turno, dijeron haber adquirido el mismo globo de tierra, por adjudicación hecha a su favor en el juicio de sucesión de Juan Florentino Sánchez y Casimira Ariza, como consta en la escritura número 206, de 13 de junio de 1919, de la Notaría 2ª de Vélez, la cual obtuvieron por el aporte que Rufiniano Téllez hizo de los derechos hereditarios que decía tener por compra a los presuntos herederos de los mentados cónyuges Sánchez y Ariza.

Quinto.—El título de origen tendiente a demostrar que los terrenos materia del aviso de exploración y explotación habían salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, fecha de la reserva nacional del petróleo, fue la copia de la escritura número 778, de 27 de mayo de 1921, de la Notaría 2ª de Bogotá, en donde aparece protocolizada la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, otorgada por el Tesorero de la Provincia de Vélez, Sixto Antonio Galindo, a favor de Juan Florentino Sánchez, sobre adjudicación de 150.000 fanegadas de tierra "en el camino del Carare".

Sexto.—La citada copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, que corre protocolizada en la número 778, de 27 de mayo de 1921, de la Notaría Segunda de Bogotá, "es falsa y apócrifa, y falsos y apócrifos son también los documentos que en ella aparecen insertos".

Séptimo.—La adjudicación y enajenación de tierras baldías por el Gobierno, en el año de 1837, época a que se refiere la adjudicación que se dice fue hecha a Juan Florentino Sánchez, debía sujetarse a lo prescrito especialmente por la ley de 11 de octubre de 1821, por el decreto del Libertador de 17 de enero de 1830 y por el decreto de 1º de febrero de ese mismo año.

Octavo.—Al tenor de lo dispuesto por los preceptos citados, la venta de tierras baldías, en el año de 1837, implicaba la realización de varios actos: solicitud de adjudicación, anuncio al público, mensura del terreno, remate del mismo, liquidación de los vales consignados para el pago, aprobación del remate y expedición de la escritura del caso, previas las autorizaciones correspondientes.

Noveno.—En la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, de adjudicación de tierras a Juan Florentino Sánchez, aparecen incorporados, en orden al cumplimiento de los anteriores requisitos, estos documentos:

1º Nota del Gobernador de la Provincia de Vélez al Secretario de Estado en el despacho de hacienda, sin número, de 20 de mayo de 1835, con la cual remite el expediente de solicitud de adjudicación de 150.000 fanegadas;

2º Nota del Secretario de Estado en el despacho de hacienda al Gobernador de Vélez, con el número 40, de 2 de julio de 1835, en que le co-

munica que el poder ejecutivo ha resuelto adjudicar a Sánchez 150.000 fanegadas de tierras baldías en el camino del Carare;

3º Nota del Gobernador al Tesorero General de Hacienda, número 109, de 27 de agosto de 1835, en que le transcribe la decisión del Gobierno y le remite copia de la diligencia de remate de las tierras;

4º Nota de la Tesorería General de la República a la Secretaría de Estado en el despacho de hacienda, número 168, de 4 de mayo de 1836, en que le da cuenta de haberse practicado la liquidación de unos documentos de deuda pública presentados para el pago;

5º Nota del Secretariado de Estado en el despacho de hacienda al Gobernador, número 66, de 30 de julio de 1836, en la cual le comunica que el rematador Sánchez había consignado, por intermedio de José María Arenas, el valor del remate aprobado por resolución comunicada en nota número 40, de 2 de julio de 1835; y

6º Nota del Gobernador de la Provincia al Tesorero Provincial de Hacienda, sin número y de 18 de agosto de 1836, en la cual le transcribe el oficio anterior número 66 y se le ordena otorgar la respectiva escritura a favor de Juan Florentino Sánchez.

Décimo.—En la Notaría de Vélez, en el protocolo correspondiente al año de 1849, se encontró una escritura en que consta la fianza que, para garantizar el manejo del señor Antonio María Díaz como Administrador General de Hacienda en la Provincia de Vélez, prestaron el 20 de octubre del año citado los señores Ignacio y Pedro Castañeda y Antonio Palomino. Con dicha escritura se agregó al protocolo una copia, expedida por el Escribano Público de Vélez el 20 de mayo de 1840, de la escritura de venta que el 18 de noviembre de 1837 y a nombre de la Nación hizo el Tesorero de Hacienda de la Provincia a Pedro e Ignacio Castañeda y Antonia Palomino y demás herederos del señor Jerónimo Castañeda, de 435 fanegadas de terrenos baldíos en el camino del Carare.

Undécimo.—En la copia de la escritura de 18 de noviembre de 1837 obran, en orden al cumplimiento de los requisitos legales detallados en el punto octavo, los siguientes documentos como pertenecientes al expediente de adjudicación a Jerónimo Castañeda:

1º Nota del Gobernador de Vélez al Secretario

de Estado en el despacho de hacienda, número 86, de 20 de mayo de 1835, con la cual le remite el expediente de la solicitud de adjudicación de 435 fanegadas en el camino del Carare a Jerónimo Castañeda;

2º Nota del Secretario de Estado en el despacho de hacienda al Gobernador de Vélez, número 40, de 2 de julio de 1835, en que le comunica que el Poder Ejecutivo ha resuelto adjudicar las 435 fanegadas a Jerónimo Castañeda;

3º Nota del Gobernador al Tesorero Provincial de hacienda, número 109, de 27 de agosto de 1835, en que le transcribe la decisión del Gobierno y le remite copia de la diligencia de remate de los terrenos;

4º Nota de la Tesorería General de la República a la Secretaría de Estado en el despacho de hacienda, número 168, de 4 de mayo de 1836, en la que le da cuenta de haberse practicado la liquidación del documento presentado por Jesús María Arenas a nombre de Jerónimo Castañeda para pagar las tierras rematadas y de haber quedado un saldo de \$ 181 5 y $\frac{1}{4}$ reales por capital del vale número 1705 de la deuda consolidada;

5º Nota del Secretario de Estado en el despacho de hacienda al Gobernador, número 66, de 30 de julio de 1836, en que le comunica que el rematador Castañeda había consignado, por medio de José M^a Arenas, el valor del remate aprobado por resolución número 40, de 2 de julio de 1835; y

6º Nota del Gobernador de la Provincia al Tesorero Provincial de hacienda, número 116, de 18 de agosto de 1836, en la que le transcribe el oficio anterior número 66 y le manda otorgar la respectiva escritura a favor de los herederos de Jerónimo Castañeda.

Duodécimo.—Los documentos incorporados en la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez y los que constan en la escritura de adjudicación a los herederos de Jerónimo Castañeda, son casi absolutamente idénticos, con las solas diferencias (que anota el hecho) necesarias para establecer la diversidad de compradores, de cosa comprada y de precio.

Décimotercero.—Las diferencias a que se refiere el punto anterior son enteramente accidentales e impuestas por la necesidad de que exista una diversidad de compradores, cosa comprada y precio pagado por ella.

Décimocuarto.—Los documentos insertos en las escrituras de adjudicación a Sánchez y a Castañeda debieran ser distintos, al menos en cuanto a sus números, porque de conformidad con las disposiciones vigentes en 1837, sobre adjudicación de tierras baldías, tales actuaciones debían llevarse en expedientes separados, toda vez que en cada uno de ellos habían de quedar determinados comprobantes, tales como planos diferentes, diligencias de remate propias de cada adjudicación, resoluciones especiales del Poder Ejecutivo, etc.

Décimoquinto.—Los hechos anteriores hacen deducir este otro: una de las dos escrituras mencionadas, la que contiene la adjudicación a Sánchez o la que da cuenta de la adjudicación a los herederos de Castañeda, es falsa.

Décimosexto.—En el punto sexto de esta relación se afirma el hecho de que la escritura de adjudicación a Sánchez y los documentos que en ella aparecen insertos son falsos y apócrifos. Aquí se reitera tal afirmación, con apoyo en los hechos accesorios que se discriminan y que adelante se estudiarán, llegado el caso.

Décimoséptimo.—La Compañía Explotadora del Carare dice haber adquirido las tierras en la forma aquí especificada, por adquisiciones de los derechos de varias personas que, a su vez, las hubieron de la adjudicación hecha de 150.000 fanegadas a Juan Florentino Sánchez y que consta en la escritura de 22 de noviembre de 1837, de la Notaría del Circuito de Vélez.

Décimooctavo.—Las 150.000 fanegadas de terrenos baldíos en el camino del Carare que, según se afirma, fueron objeto de la pretendida adjudicación a Juan Florentino Sánchez en 1837, no salieron entonces, ni han salido después, del patrimonio de la Nación, a la cual pertenecen en calidad de baldíos.

Décimonoeno.—Dentro de las tierras de que se viene hablando, o sea, dentro de las 150.000 fanegadas de tierras baldías que se dice fueron adjudicadas a Juan Florentino Sánchez, en 1837, la Nación ha ejercido siempre y ejerce ahora, no sólo dominio eminente, de soberanía, sino dominio y posesión material.

Vigésimo.—Ese dominio y posesión se ha exte-

rriorizado en numerosos actos, tales como la creación del Territorio Nacional de Bolívar, el contrato de petróleos de la Concesión de Mares, el contrato de explotación de bosques con Carlos Tavera Navas y el traspaso a la Tropical Oil Company de la Concesión de Mares.

Contestación de la demanda

Como el Tribunal y esta Sala de la Corte Suprema declararon infundadas las excepciones dilatorias de declinatoria de jurisdicción, inepta demanda y cosa juzgada, propuestas por la parte demandada, hubo ésta de dar contestación a la demanda.

Por medio de esta contestación se opone a que se hagan las declaraciones pedidas, porque "son inexactos la mayor parte de los hechos que han servido de fundamento a la demanda", como lo explica en la siguiente forma, que la Sala resume:

Comienza por admitir el apoderado de la parte demandada los cuatro primeros hechos, que se refieren al aviso de exploración dado por ella, a la remisión del expediente a la Corte, y al fallo favorable de esta corporación.

En cuanto al quinto aclara que no es solamente la copia de la escritura número 778, de 27 de mayo de 1921, la única prueba del dominio que tiene a su favor, pues la que ha tenido como tal "es la presentada por la señora Mercedes Avila de Camacho, en el año de 1907, ante el Tesorero Municipal de Bolívar", pues la constancia que existe en el libro de Registro abierto en ese año es "una prueba de la existencia del título" (artículo 2675 del C. C.), dada la pérdida del protocolo.

Además, como títulos de propiedad tiene el certificado expedido por el Ministerio de Agricultura y Comercio, en que consta la adjudicación definitiva hecha en 1837 a Juan Florentino Sánchez, de las 150.000 fanegadas de tierra (art. 9º de la ley 56 de 1905), fuéra del certificado del Ministerio de Industrias en que se atestigua que los terrenos están inscritos en el libro de títulos de baldíos.

El 27 de mayo de 1921 fue protocolizada por el señor Leo William Berry, representante de la compañía Lobitos Oilfield Limited, una copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, distinta de la que fue registrada en la Tesorería de Bolívar (S.) después de falladas favorablemente a Pedro A. López y compañía la acción exhibitoria

del título iniciada por ellos contra la Lobitos, protocolización que se hizo para eludir el cumplimiento que ordenaba su exhibición. La copia tiene la presunción de autenticidad, mas en el caso de que se demostrara su falsedad, en nada se afectaría el título de dominio de la Compañía del Carare, pues tal dominio había sido comprobado por otros medios antes de la mencionada protocolización.

Sobre los hechos sexto y séptimo la parte demandada contesta diciendo que no admite la falsedad de la escritura de 1837, y, en cambio, asevera que la adjudicación a Sánchez se ajustó a las prescripciones legales.

El hecho octavo contempla una cuestión de derecho y por eso se remite la parte demandada a lo que disponen las leyes.

El hecho noveno, que trata de la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, protocolizada en la número 778, de 27 de mayo de 1921, es cierto.

Al décimo, que habla de la copia de la escritura de 18 de noviembre de 1837, agregada al protocolo de la Notaría de Vélez, de 1849, observa que, como se ignora la época en la cual esa copia hubiera sido intercalada en ese protocolo, su autenticidad resulta, cuando menos dudosa.

Al undécimo, que versa sobre la misma copia, anota que ella no es parte integrante de la escritura de fianza de Antonio María Díaz.

No es cierto el hecho duodécimo, que deduce un indicio de falsedad de la semejanza de los documentos incorporados en las escrituras de Juan Florentino Sánchez y de los herederos de Jerónimo Castañeda. Las adjudicaciones de baldíos estaban sujetas a determinadas fórmulas y se hacían, como se hace hoy, sobre modelos acordados previamente en las oficinas. Ni es verdad que los documentos sean casi absolutamente idénticos.

Las divergencias que anota el hecho décimotercero no son meramente accidentales, como se afirma, sino sustanciales, pues consagran la diversidad de cosas compradas, compradores y precios.

No es cierto el hecho décimocuarto, pues los documentos mencionados en las dos escrituras son distintos en los puntos en que tenían que serlo, dada la naturaleza de las adjudicaciones.

La deducción del hecho décimoquinto no es lógica, pues los términos del dilema no están demostrados, ni es imposible la coexistencia de una y otra escritura.

Sobre el punto décimosexto, en que se afirma

que la escritura de adjudicación a Sánchez y los documentos que en ella aparecen insertos son falsos y apócrifos, por los indicios que enumera este hecho, contesta la parte demandada afirmando que no son falsos y apócrifos los documentos de que se habla y uno por uno los contradice. Como adelante, llegado el caso de estudiar a fondo la acción propuesta, habrán de estudiarse tales indicios, se traerán a cuento en forma especificada las explicaciones que da la parte demandada sobre ellos.

Sobre el hecho décimoséptimo asevera que la Compañía Explotadora del Carare no solamente dice haber adquirido el dominio de las tierras a que se refiere este hecho, con el título y modo en él relacionados, sino que lo adquirió y lo tiene en su patrimonio.

El hecho décimoóctavo no es cierto.

Tampoco es cierto el hecho décimonoveno, en cuanto se refiere al dominio y posesión material, que han sido de la parte demandada y que provienen de la adjudicación de las 150.000 fanegas a Juan Florentino Sánchez.

En fin, el vigésimo tampoco lo acepta la parte demandada, porque los actos, ejecutados por la Nación en manera alguna exteriorizan el dominio y posesión de ella sobre los terrenos de que se habla en este juicio, como lo explica la respuesta a la demanda en este punto.

Según se advirtió al principio, propuso también la parte demandada las excepciones perentorias de prescripción de corto tiempo y de prescripción ordinaria, que deben estudiarse en seguida.

La llamada prescripción extintiva de dos años, contemplada en el art. 7º de la ley 160 de 1936

El apoderado de la parte demandada dice que este artículo, con la mira de fomentar la explotación de los yacimientos de petróleo en terrenos de propiedad particular y de evitar que las iniciativas de las sociedades o empresas dispuestas a acometer esa explotación se vean entrabadas por la amenaza de acciones judiciales durante un largo período de años, estableció una prescripción especial de corto tiempo, dos años solamente, a fin de que, transcurrido ese breve término, dichas empresas quedaran a cubierto de toda acción judicial por parte del Estado.

Al hablar de la ejecutoria —prosigue adelante— claramente ha querido referirse el artículo a las sentencias que la Corte dicte en los juicios
Gaceta—14

breves y sumarios, de modo que si el caso es de sentencia, el término de los dos años empieza desde la ejecutoria del fallo.

Y como la sentencia que dictó la Corte Suprema en el juicio breve y sumario, el 1º de abril de 1940, quedó ejecutoriada el 6 del mismo mes, y la demanda ordinaria intepada por la Nación fue notificada al representante de la Compañía el 15 de mayo de 1942, estaban ya vencidos los dos años de la prescripción bienal especial establecida en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

El decreto número 756 de 1942, dictado el 26 de marzo de ese año por el Gobierno, y que establece que la prescripción de dos años de que se viene hablando empieza a contarse desde el registro de la sentencia o de la resolución del Ministerio y como medio de interrumpir la prescripción la sola presentación de la demanda, es inconstitucional, porque excede las facultades extraordinarias que le fueron concedidas al Presidente de la República.

En todo caso, los jueces no deben aplicarlo, porque el artículo 215 de la Carta Fundamental establece que cuando haya incompatibilidad entre la Constitución y la ley, deben aplicarse de preferencia las disposiciones constitucionales.

Así, pues, “el término de los dos años de la prescripción corre desde la ejecutoria de la sentencia de la Corte que puso fin al juicio sumario, como es asimismo cierto que la sola presentación de la demanda no bastó para interrumpir dicho término”.

Se considera:

El artículo 7º de la Ley 160 de 1936 expresa, efectivamente, que dictado el fallo en el juicio breve y sumario que debía seguirse anteriormente, si el Gobierno insistía en estimar que el petróleo era de su propiedad, debía intentar las acciones procedentes, “las que no podrán iniciarse después de transcurridos dos años de la fecha en que fuere proferido el fallo en el juicio sumario”.

El fallo en el juicio sumario se profirió el 1º de abril de 1940 (f. 3 del c. 3), se notificó al apoderado de la Compañía el mismo día y al Procurador el 12 de abril, de suerte que a mediados del mismo mes quedó ejecutoriado (f. 33 ibidem). La demanda fue presentada el 6 de marzo de 1942 (f. 40 del c. 1), pero no pudo notificársele al apoderado de la Compañía hasta el 15 de mayo de 1942 (f. 46 ibidem), o sea, transcurridos más de dos años de dictado el fallo por la Corte.

De acuerdo con lo alegado por el representan-

te de la parte demandada, se trata en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 de una prescripción de corto tiempo y de conformidad con los artículos 2524 y 2539 del Código Civil, la sola presentación de la demanda no basta para interrumpirla, pues es necesario que ésta se haya notificado en debida forma.

Entrando a resolver tales cuestiones, estima la Sala que el punto desde el cual ha de contarse el término de los dos años, lo decide el último inciso del mentado artículo 7º de la ley 160, al expresar que las acciones consagradas por el derecho común, en relación con los terrenos a que se refieran las resoluciones del Ministerio, así como las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en los juicios breves y sumarios, "sólo podrán intentarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de su ejecutoria o de su registro en el Ministerio" (subraya la Sala).

Y aunque antes había dicho el artículo que se comenta que los dos años debían contarse "desde la fecha en que fuere proferido el fallo en el juicio sumario", debe preferirse la de la ejecutoria, porque —como ya lo expresó esta Sala— "siendo distintas las fechas de expedición de una sentencia judicial y la de su ejecutoria, es la última la que debe prevalecer, para los efectos indicados en la norma que se comenta, pues es la que da mayores seguridades de certeza y la que mejor se conforma con los usos procesales.

"En efecto —prosigue la Corte— después de expedida la sentencia debe sobrevenir, por mandato mismo de las leyes de enjuiciamiento civil, toda una serie de actos rituales, como son la publicación, la notificación a las partes y los términos de ejecutoria, si no ha mediado solicitud de aclaración, y solamente cuando estas solemnidades se han cumplido, la decisión alcanza la debida firmeza y adquiere el carácter de ejecutoriada (artículos 473 y 482 del Código de Procedimiento Civil)". (Fallo de 1º de octubre de 1946, G. J. Tomo LXI, números 2040-41, pág. 588).

Lo mismo se dijo en el fallo de 15 de mayo de 1944, de Sala Plena, al decidir la inexecutable del artículo 2º del Decreto número 756, de 26 de marzo de 1942, que estatuyó que los dos años debían contarse desde la fecha del registro de la sentencia de la Corte o de la Resolución en el Ministerio, porque, como expresó dicho fallo, "las sentencias de la Corte no tienen por qué registrarse en el Ministerio de Minas y Petróleos para su eficacia"; porque "para su cabal cumplimiento

e imperio, en lo general, una sentencia ha de estar ejecutoriada"; y porque el decreto extralimitó los términos de la ley invadiendo el campo de acción propio del legislador. (G. J. Tomo LVII, números 2010-14, pág. 318).

En cuanto al problema de si es necesaria la notificación de la demanda para que se dé por interrumpida la prescripción, ya lo decidió también esta Sala, en el fallo citado al principio de este aparte, diciendo que aquí no se trata propiamente de una prescripción extintiva, sino de una caducidad o término perentorio, respecto del cual no cabe la interrupción y basta que la acción se ejercite dentro del plazo. "Siendo, pues, la presentación de la demanda ante el juez de la causa el equivalente procesal de la iniciación de la acción —concluye dicho fallo— no puede ponerse en duda que el precepto de la ley 160 se cumple idóneamente si el interesado realiza aquel acto en tiempo hábil, aunque lo haga el último día del término y su libelo no sea admitido y notificado a la contraparte sino con posterioridad al vencimiento de los dos años prefijados". Y más adelante agrega que "es indiferente para la prosperidad de la misma (la acción) que la formalidad de la notificación a la parte demandada o a alguna de las personas que la forman se hubiera cumplido".

Las razones en que esta doctrina se apoya se deducen del propio texto del precepto, de la naturaleza del plazo y de la historia legislativa de la norma que se comenta, como a espacio lo explica el fallo que se viene citando, razones que se resumirán en seguida.

El texto del artículo 7º "no emplea la palabra prescripción, ni alude directa ni indirectamente a las reglas que sobre tal materia trae el título 41 del Código Civil". "En el ordenamiento de la ley 160 —se dice en otro lugar— sólo se prevé que el titular de las acciones de derecho común pueda **iniciarlas** o promoverlas eficazmente dentro de dos años, contados desde determinado hecho, por lo que sería extralimitar el contenido material del precepto exigir el cumplimiento de una formalidad procesal, la notificación de la demanda, a pretexto de interpretarlo, no obstante la claridad de las cláusulas empleadas por el legislador" (subraya ahora la Sala).

De otro lado, el fenómeno que se presenta no es de prescripción, sino de caducidad o de un plazo o término perentorio, como lo explica el fallo que se invoca, con argumentos que no es del

caso ahora analizar. De ellos sólo destaca la Sala que la caducidad no se puede renunciar, que en la caducidad no cabe hablarse de interrupción, que en la caducidad no ha de suponerse una obligación que extinguir; mientras que la prescripción es renunciable, admite suspensión e interrupción, y supone una obligación que extinguir (artículos 2513, 2515, 2535 y 3514 del C. C. y 343 del C. J.).

Por último, "la historia legislativa de la norma indica que se quiso señalar simplemente un plazo para sujetar a él la promoción de las acciones competentes, y no instituir una prescripción de corto tiempo, que obrara contra éstas por vía excepcional. La reforma consagrada en la ley 160 tiene como antecedente inmediato el proyecto elaborado por el Gobierno Nacional, el cual justifica en la exposición de motivos que lo acompañó el alcance y el significado del señalamiento de dos años como término hábil para iniciar las acciones que competen a la parte vencida en el juicio breve y sumario".

Después de citar algunos apartes de la exposición de motivos, concluye la providencia diciendo que de los antecedentes de la ley no puede deducirse que el ejercicio de las acciones sobre hidrocarburos "quiso someterse a los preceptos del derecho común, ni que con la norma expedida se tratara de sancionar por medio de una excepción prescriptiva la negligencia o el abandono en ejercer los derechos o acciones inherentes al propietario del subsuelo. El ánimo manifestado del legislador fue muy otro al instituir el término bienal: estimular la rápida explotación de los terrenos petrolíferos, por medio de una oportuna solución de las situaciones controvertidas que pudieran presentarse sobre la propiedad de los mismos".

De lo cual concluye la providencia que "son ajenos al término establecido en el artículo 7º de la ley 160 los principios generales y las normaciones positivas de la prescripción extintiva", y que, "igualmente sería injurídico aceptar que el mismo pueda sujetarse al régimen que gobierna la interrupción civil de las acciones".

Aunque el fallo que se cita trae otros argumentos en refuerzo de su doctrina, bastan los expuestos para concluir que no puede prosperar la excepción propuesta, ya que la parte demandante presentó su demanda dentro del plazo o término señalado por la ley.

Ello excusa también de estudiar razones dis-

tintas alegadas por el apoderado de la parte demandada.

Prescripción extintiva ordinaria

Hace valer también el apoderado de la parte demandada la prescripción extintiva ordinaria que, según el artículo 2535 del Código Civil, exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se haya ejercido la acción y cuyo término, según el artículo 2536 del mismo código, es de veinte años.

La demanda fue presentada el 6 de marzo de 1942, se notificó el 15 de mayo del mismo año y entre sus peticiones se encuentra la de que se declare que es falsa la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, protocolizada en la número 778, de 27 de mayo de 1921.

"Se ve por el texto mismo de esta petición —dice el apoderado— que la acción de falsedad ha sido introducida cuando habían transcurrido más de veinte años contados desde el día en que la copia tachada de falsa fue protocolizada en la Notaría Segunda de Bogotá, protocolización que, por haber sido hecha ante un funcionario público, como es el Notario, hace presumir que la referida copia fue desde entones conocida por el Gobierno.

"Además, en el supuesto de que la misma copia hubiese sido la que sirvió para el registro del título del Carare, Guayabito y Flórez, efectuado en el Libro de Registro de Baldíos del Ministerio de Obras Públicas en 1907, resulta que tal copia fue conocida del Gobierno desde hace treinta y cinco años.

"De todos modos —concluye el señor apoderado— el término de la prescripción extintiva ordinaria estaba más que vencido cuando la demanda se promovió, por lo cual la excepción perentoria que aquí propongo —concluye— es procedente".

El Tribunal argumenta sobre que no ha ocurrido el fenómeno de la prescripción extintiva diciendo, en síntesis: la prescripción extintiva depende de la pérdida de la acción correspondiente al derecho u obligación, de suerte que este modo de extinción implica siempre que el derecho se adquiera por otra persona (artículo 2538 del C. C.); la acción fundamental en este pleito es la de dominio, de manera que no es posible reconocer la prescripción extintiva de la acción de falsedad "independientemente de la prescripción adquisitiva ordinaria y correlativa del derecho de domi-

nio sobre que recae el instrumento público que se estima apócrifo”.

Y aún admitiendo que el registro le dio publicidad a la escritura de Juan Florentino Sánchez, tampoco estaría consumada la prescripción, porque la Nación tenía a su favor la presunción legal “de que todos los terrenos baldíos y comprendidos dentro del llamado título del Carare eran de su propiedad, presunción que arrojaba sobre la Compañía Explotadora del Carare, S. A., poseedora del título, la carga de destruir ese estado de derecho favorable a la Nación”, haciendo valer el contenido del título en acción contra el Estado.

El apoderado de la parte demandada en esta instancia contesta la anterior argumentación diciendo, en primer lugar, que la acción de falsedad es “sustancialmente distinta de la acción de prescripción”; que no hay relación recíproca entre la acción de falsedad y la acción de prescripción, “porque no es condición esencial de la extinción de la acción de falsedad que el exceptante haya usucapido la tierra a que se refiere el título impugnado”; que la “prescripción extintiva se refiere a las acciones o derechos personales o de crédito y no desempeña sino un solo papel, la extinción de la acción judicial”; que la prescripción de la acción de falsedad debe contarse desde que “la inacción aparezca injustificada” por parte de la Nación y, por tanto, desde el registro de la escritura en 1865, o desde que se registró en el Ministerio de Obras Públicas en 1908, porque “desde entonces comenzó a correr la prescripción de la acción personal de falsedad del título”.

Y en el resumen de lo alegado en la audiencia pública, después de citar a los expositores Planiol y Giorgi, dice:

“Todo el tratado de Planiol, de donde sale este paso, se refiere a deudores y acreedores, no a derechos reales. Por eso es posible alegar que la acción de falsedad está prescrita por haberse adquirido por prescripción de treinta años el derecho de no estar sometido a pesquisas sobre la legitimidad de un título opuesto en forma ostensible desde el principio de ese período al que quiere suscitar la pesquisa”. Y más adelante:

“La acción de falsedad, llámesela acción real o personal, se extingue por la usucapación del derecho de no estar sometida nuestra parte a pesquisas policivas o judiciales sobre hechos ocurridos con anterioridad al comienzo de los treinta años

que arrancan desde que se hizo ostensible el título de propiedad. Así como la acción de dominio se extingue por la posesión sin vicios de treinta años, así la acción de falsedad, o la de nulidad, o cualquiera acción que se ejercita o trate de ejercitarse por la vía ordinaria prescribe en veinte años, porque son acciones personales, sometidas, por lo tanto, al régimen del artículo 2.356, o en treinta años, si alguien piensa que la acción de falsedad es la correspondiente a un derecho real. No sólo veinte sino treinta tenemos en favor de la casa que representamos”.

Se considera:

Según el artículo 329 del Código Judicial, constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió. La excepción perentoria, ha dicho la Corte, consiste en un hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos del hecho afirmado por el actor y, por lo mismo, la acción. Representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado, a su vez, como acción. (Fallo de 31 de julio de 1945. G. J. Tomo LIX, números 2022-24, página 406). Y Jossierand explica que la prescripción es un medio de ayuda que de hecho viene a superponerse a otro medio más efectivo, como pago, remisión de deuda, etc., esto es, que más que un instrumento de prueba es una dispensa de prueba de la liberación. (Derecho Civil, Tomo II, Volumen I, página 742).

El Código Civil consagra la prescripción como medio “que extingue las acciones y derechos ajenos”, y la hace consistir en el transcurso de “cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones” (artículo 2.535). Así, pues, “la única condición necesaria para la prescripción extintiva de acciones y derechos —como lo ha expresado la Corte— es solamente que se cumpla cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones”. (Fallo de 2 de noviembre de 1927, G. J. Tomo XXXV, número 1801, página 57).

Mas porque el artículo 2538 del Código Judicial exprese que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho, no debe exagerarse el alcance de los efectos correlativos entre la acción y la excepción, porque, como lo dijo

también la Corte en el fallo arriba citado, la excepción es "siempre autónoma de la acción". En particular, la prescripción extintiva "está purificada de toda idea de posesión", dice Jossierand, tiene "resultado negativo y no positivo, en lugar de crear destruye". En el caso actual resulta impropio afirmar que porque la Nación pide una declaración de dominio, la Compañía demandada tiene que demostrar que ha adquirido ese dominio por usucapión. No puede negarse, desde luego, que a la Nación lo que le interesa, en el fondo, es la propiedad de las tierras que se dicen adjudicadas a Juan Florentino Sánchez. Pero ello no significa que la parte demandada no pueda oponer la excepción perentoria de prescripción extintiva de la mera acción de falsedad, con independencia de la acción de dominio, porque así lo enseña la finalidad que persigue la prescripción de que se viene hablando.

En efecto, la prescripción, en este caso concreto, persigue una finalidad: la de dar seguridad jurídica sobre el título o instrumento exhibido por los interesados, para emplear términos de Jossierand. Según este autor, la prescripción no sólo constituye un medio de prueba socialmente necesario, sino que presenta la ventaja de evitar averiguaciones inútiles, de conjurar contiendas tardías, de poner término a reclamaciones póstumas "un proceso motivado por un crédito de un siglo o más, suscitara cuestiones de hecho y de derecho cuya solución sería difícil: la seguridad jurídica exige que se ponga un término a las reivindicaciones ya en sus comienzos". (Obra citada, *ibidem*).

Como se anotó al principio de este fallo, en los antecedentes del negocio, la falsedad o la autenticidad de la escritura de 22 de noviembre de 1837 constituye el fondo mismo de la controversia, pues al paso que los causahabientes de Juan Florentino Sánchez han querido derivar de su título los derechos que estiman tener, la Nación no ha creído hasta ahora que el instrumento sea legítimo o auténtico. Pero lo que no se ve es por qué no pueda separarse la acción de dominio de la acción de falsedad, por más que la primera dependa de la segunda. Lo que ha de concluirse es que si la prescripción extintiva prospera, no podrá reclamarse la declaración de dominio; pero si no prospera, ello no impedirá que se estudie si el instrumento es falso o auténtico para declarar o no declarar el dominio que con él se pretende acreditar.

El otro punto que debe resolverse es el del comienzo del plazo de la prescripción extintiva de la acción de falsedad. El Código Civil dice que la prescripción se cuenta "desde que la obligación se ha hecho exigible". Si de un contrato o convenio no tachado de falso se tratara, no habría dificultad alguna; pero como se trata de contar el tiempo para la extinción de la acción proveniente de un contrato que la parte a quien se opone tacha de falso por razón de su origen mismo, o sea, por no ser cierto que ella hubiera intervenido en su formalización, es claro que el término de la prescripción no puede contarse desde que los derechos que de él emanan pueden exigirse.

Si, como dicen Planiol y Ripert, "el plazo dado para la prescripción debe ser un término útil en cuanto al ejercicio de la acción", no puede comenzarse a contar, estrictamente, sino desde que se notifica al interesado la demanda a través de la cual se hace valer el documento tachado de falso. Pero tomando, como debe tomarse, la palabra demanda o acción, en un sentido amplio, el término debe computarse desde cuando el titular del instrumento pretende hacerlo valer en acción ante las autoridades. No puede contarse el tiempo corrido con anterioridad, porque mal puede exigirse a quien puede considerarse como contraparte que contradiga un título o instrumento que no se le ha presentado para deducir de él las consecuencias legales; pero ya desde entonces debe correr en su contra, pues si no lo contradice es porque tácitamente acepta su autenticidad.

Pero se alega que el registro sirve para dar publicidad a los actos y contratos y que desde que la escritura de Juan Florentino Sánchez se registró, en 1865, o desde el registro de 1908 en el Ministerio de Obras Públicas, la Nación tuvo conocimiento de que sus causahabientes consideraban las tierras del Carare como suyas. Desde entonces —se arguye— ha debido la Nación reclamar de los dueños del instrumento la propiedad iniciando la acción de falsedad. Transcurridos veinte años hasta la iniciación del juicio de que ahora trata, como transcurrieron, ya no puede el Estado demandar la falsedad del mencionado instrumento.

La ley 56 de 1905 dispuso que el título de propiedad de adjudicación de tierras baldías debía ser expedido por el Ministerio de Obras Públicas y registrarse en la oficina del circuito en que se hallen los terrenos vendidos (artículo 3º) y, además, registrarse en dicho Ministerio de Obras Pú-

blicas "para que tenga valor legal en lo sucesivo". Y el Código Civil tiene establecido el registro para servir de medio de tradición del dominio, para dar publicidad a los actos y contratos, poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble, y para dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a los títulos, actos o documentos que deben registrarse (artículo 2.637), de manera que ningún instrumento hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, debiendo serlo (artículo 2673).

A lo cual se responde que no basta la publicidad del registro civil, ni menos la del registro administrativo de que habla la ley 56 de 1905, para que comience a contarse el plazo de la prescripción, como que no basta el conocimiento presunto que los dichos registros determinan para reputar que el interesado abandonó su derecho, sino que se requiere un conocimiento real y objetivo, que debe aparecer debidamente acreditado. La publicidad por medio de los memorados registros no tiene ni puede tener ese alcance, sino el que limitadamente se deduce de los fines a que tales instituciones se hallan destinadas. Diciendo de otro modo lo ya anteriormente expuesto, el tiempo de la prescripción, en tratándose de la acción de falsedad de un instrumento, no puede comenzar a contarse sino desde el momento en que el derecho es atacado y no antes, vale decir, desde que surge un peligro o amenaza para él: no antes, porque hasta ese momento no tiene el presunto opositor de qué defenderse; pero no después, porque ya dependería de su voluntad o de su inercia o negligencia tener que llevar a término estipulaciones que no ha hecho.

Siguiendo a Giorgi, sólo puede hablarse de abandono en la prescripción, cuando ha habido contradicción que impida ejercitar las facultades comprendidas en el derecho. Pero esa contradicción no ha de consistir en declaraciones o palabras —para el caso en las constancias del registro o de los registros— porque "las palabras no son sino meras jactancias **hasta que no se realiza la amenaza, y por eso las contradicciones son solamente los hechos o las inhibitorias judiciales**", que ponen un obstáculo legal al ejercicio del derecho. (Teoría de las Obligaciones, Tomo VIII, página 360 y subraya la Sala).

Pero conviene insistir sobre la anterior argumentación, ya que tanto valor le atribuye la parte demandada al registro ordenado por la Ley 56

de 1905. Y considera la Sala que, no por ser el tal registro una diligencia ordenada por el Estado como para delimitar las tierras de la Nación de las de los particulares, puede atribuírsele un valor de legitimación de un instrumento, pero ni siquiera el de proporcionar un conocimiento real y concreto de la transmisión de la propiedad.

Si se le diera semejante alcance, se consagraría un extralimitado valor a una diligencia de registro, que autorizaría sorpresas contra el patrimonio del Estado: porque cuando la Nación expidió el título originario de propiedad en la adjudicación de baldíos, ejecutó un acto de voluntad y supo lo que estaba haciendo y cuáles eran los efectos de su manifestación de voluntad por medio del instrumento: pero cuando ese instrumento se inscribió en el registro administrativo, ignoraba o, al menos, no puede afirmarse que sabía la realidad de adquisición, esto es, si había sido legítima o fraudulenta. Contar desde entonces la prescripción extintiva de la acción de falsedad, es ir contra la lógica y la naturaleza de las cosas, autorizar las sorpresas en lo relativo a la propiedad del Estado y, se repite, extralimitar los efectos del registro administrativo, dándole el alcance de un conocimiento cierto del contenido de los documentos, algo así como la calificación de autenticidad de los mismos, sin base alguna en la realidad.

Lo que hay que presumir es que al ordenar la Nación que se inscribieran administrativamente los títulos, era porque se iban a inscribir los expedidos legítimamente por ella. Pero de ahí llegar a decir que la Nación supo cuál era el contenido real o falso de ellos, es exagerar los límites del conocimiento que proporcionan los hechos.

Esto es tanto más verdadero cuanto que, como lo disponía el artículo 17 de la citada ley, y "con el objeto de evitar dificultades para este registro, la inscripción se hará —dice— ante los Tesoreros Municipales de los respectivos distritos de la ubicación de los terrenos adjudicados". ¿Qué iban a saber los Tesoreros Municipales de la realidad de la transmisión de la propiedad de un terreno baldío?

Mas pudiera insistirse agregando que, como la prescripción debe contarse desde que la obligación se ha hecho exigible, el término corre desde la inscripción del documento en el registro, dado que ante las autoridades se presentó para que tuviera valor en lo sucesivo. A lo cual se responde

que ello sería cierto si el registro constituyera una calificación o presunción de autenticidad, cuando dicho registro perseguía finalidades de estadística o censo, y, aún más; de mayor autenticidad general, pero no conocimiento concreto y determinado de la veracidad del instrumento ante el otro contratante, que es la Nación.

Cuando un documento obra en juicio y la contraparte se calla, se presume auténtico o legítimo, porque precisamente se ha presentado para deducir de él consecuencias legales en concreto, frente al obligado, y es natural suponer que si no lo objeta o lo redarguye de falso, es porque tácitamente acepta su legitimidad; pero presumir lo mismo de una inscripción en un registro, es salirse de los linderos que la lógica y la naturaleza de las obligaciones decide a tener por aceptables.

En la ocurrencia que se estudia, mal podría obligarse a la Nación a defenderse tachando de falsa la escritura de Juan Florentino Sánchez, antes de saber que se le iba a presentar en contra de sus intereses, pues sólo en el momento de su presentación ante las autoridades para deducir de ella consecuencias legales surgió un verdadero peligro, una amenaza positiva, una contradicción al ejercicio del derecho de dominio que la Nación estima tener.

Así las cosas, es aceptable la conclusión del Tribunal, a que llegó por camino diferente: que la Nación no puede recibir la tacha de inercia o abandono, ni temer a la prescripción, sino "desde cuando surgió para ella la necesidad jurídica de ejercitar la acción civil de falsedad contra el referido título, en razón de que la Compañía que lo posee lo hizo valer contra los intereses del Estado, al presentarlo por primera vez ante el Ministerio de la Economía Nacional, con fecha 28 de octubre de 1938, con el aviso de exploración.

"Si entonces el Ministerio no hubiera procedido como lo hizo —prosigue el Tribunal— remitiendo a la Corte Suprema ese aviso y el título que estimó insuficiente administrativamente, entonces sí podría tildarse de abandono a la Nación. De manera que la Nación contradijo oportunamente el título en el procedimiento administrativo del aviso de exploración y luego, en la oportunidad legal correspondiente, y antes de haber transcurrido un lapso de cuatro años siquiera, presentó ante la justicia ordinaria su acción de falsedad contra el título que le invocaba la Compañía".

No hay necesidad, por tanto, de presumir el

dominio por parte de la Nación para llegar a la conclusión que se deja anotada, presunción que, de otro lado, ya no opera en el sentido que el Tribunal entiende, desde el fallo del juicio breve y sumario, que declaró que la Compañía Explotadora del Carare había presentado título de dominio emanado del Estado y que, en consecuencia, podía proceder a explorar y explotar petróleos en las tierras cuya propiedad hoy se controvierte.

Lo expuesto es suficiente para concluir que la excepción perentoria propuesta de prescripción extintiva ordinaria que se ha venido estudiando, no puede prosperar.

La falsedad alegada

Declaradas improcedentes las excepciones perentorias propuestas y no encontrando acreditada ninguna otra, es preciso analizar si se ha probado la falsedad que se alega en las peticiones y en los hechos de la demanda.

Mas se hace indispensable determinar el alcance de la falsedad dicha, pues la parte demandada encuentra un argumento que estima trascendental para enervar la acción en la circunstancia de que la parte demandante ha pedido que se declare la falsedad de una **copia de la escritura** y no la del instrumento mismo. Según alega el señor apoderado, "de la falsedad de la copia de una escritura pública" ningún Juez podrá "concluir sobre el derecho de dominio del objeto del título mismo cuya copia padece acusación de falsedad". Y en otro lugar, al terminar su contestación a la demanda, expresa que como "se ha atacado meramente una copia del título de la Compañía demandada, y no el título en sí", no es lícito "hacer declaraciones y reconocimientos de propiedad y de dominio en favor de la Nación demandante".

Pero la lectura de las peticiones de la demanda y de los hechos que la preceden y la propia interpretación del demandado dejan ver sin lugar a duda alguna que la falsedad que se alega es intrínseca o de contenido, de manera que si se desconoce la autenticidad de la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, no podrá aceptarse la verdad de la adjudicación de tierras a Juan Florentino Sánchez de que en la dicha copia se habla.

"Para interpretar la demanda o fijar su verdadera inteligencia —ha dicho la Corte— no hay que atenerse exclusivamente, a lo literal de la parte petitoria; es necesario, para comprender el

verdadero objeto de ésta, compararla con la expresión de motivos que la preceden, conocido el verdadero objeto de la acción, y lo que es más, fijado su genuino sentido por la interpretación dada por el demandado al aceptar la controversia, hay que estarse más a este sentido racional que a lo literal de términos impropriamente empleados". (G. J. Tomo XVIII, números 889-90, página 39).

La petición primera contiene la solicitud de que se declare "que es falsa la copia de la escritura sin número, de 22 de noviembre de 1837, de la Notaría de Vélez, que obra protocolizada en instrumento público número 778, de 27 de mayo de 1921, de la Notaría 2ª de Bogotá".

Mas la petición segunda ya dice que se declare como consecuencia de la falsedad que "es de propiedad de la Nación el suelo y el subsuelo que se dice fue objeto de la adjudicación de tierras baldías al señor Juan Florentino Sánchez de que da cuenta la citada copia".

Y los hechos o motivos del libelo no permiten interpretarlo en forma distinta a la apuntada, ya que en el hecho quinto se expresa que, como título de origen tendiente a demostrar que los terrenos "habían salido efectivamente del patrimonio nacional", se había presentado la copia aludida de la escritura número 778, de 22 de noviembre de 1837.

En el hecho sexto, que encabeza la enumeración de una serie de indicios que, en concepto de la parte actora, acreditan la falsedad, se repite que dicha copia "es falsa y apócrifa y falsos y apócrifos son también los documentos que en ella aparecen insertos", lo que se reitera en el hecho décimosexto.

En los hechos décimoquinto y décimosexto se habla de que es falsa "la escritura de adjudicación a Sánchez" y de que de ella y de la de adjudicación a los herederos de Jerónimo Castañeda sólo hay copias, porque los originales no existen.

Y en los hechos décimoséptimo y vigésimo se afirma que las tierras adjudicadas a Juan Florentino Sánchez ni salieron ni han salido nunca del patrimonio nacional, que pertenecen a la Nación "en calidad de baldíos" y que sobre ellas ha ejercido y ejerce "dominio y posesión material".

La parte demandada también ha entendido que lo que se ataca es la propiedad misma por falta de título de adquisición. Y, así, al contestar la demanda expresa que ella carece de fundamento,

entre otras razones, porque la compañía "está amparada por la presunción de validez y autenticidad del título en que funda su derecho de propiedad sobre los terrenos del Carare, y amparada asimismo por la presunción de dominio que emana de su posesión sobre aquellos terrenos" (f. 46 del c. 1).

Por último, si alguna duda cupiera todavía sobre el sentido de que de la falta de autenticidad de la copia sí puede desprenderse la alegación de falta de título de propiedad, cabría recordar una elemental verdad, es a saber, que este juicio nació del aviso de exploración y explotación dado por la parte demandada, en el cual se presentó como título para comprobar que habían salido los terrenos del dominio del Estado antes de la reserva nacional del petróleo, la misma copia de la escritura número 778, de 27 de mayo de 1921, de la Notaría Segunda de Bogotá, que contiene la escritura sin número, de 22 de noviembre de 1837, por medio de la cual se adjudicaron a Juan Florentino Sánchez las 150.000 fanegadas de tierra de que en este juicio se habla. Así lo dicen tanto el aviso de exploración, como el fallo del juicio breve y sumario.

Así, pues, la demanda rectamente interpretada ha de entenderse en el sentido de que los actos o documentos que contienen la mentada copia de la escritura no corresponden a la realidad y, en consecuencia, que no se ha presentado título emanado del Estado como acto capaz de sacar las tierras del patrimonio de la Nación.

Desde luego, es igualmente apócrifo, según la demanda, la nota de registro de la misma escritura, que aparece como realizada el 13 de marzo de 1865, en la registratura del circuito de Vélez, por el registrador Joaquín Serrano, puesto que la aludida nota de registro forma parte de los documentos que contiene la copia de la escritura de que se viene hablando.

Aclarado este punto, primordial para la decisión que haya de tomarse, y como de la falsedad alegada no se presentó una prueba directa, sino la indirecta de indicios, se hace oportuno sentar previamente las nociones legales necesarias para apreciarlos.

La prueba de indicios

"Se llama indicio —decía el artículo 587 del antiguo Código Judicial— un hecho cierto y conocido que por la relación más o menos íntima

con el hecho que se cuestiona, puede servir para inclinar la razón a la creencia en la realidad del segundo". Definición que concuerda con la doctrina de los artículos 660 y siguientes del actual Código Judicial, pues según ellos, sobre todo el 663, puede definirse que el indicio es un hecho cuya existencia, una vez comprobada, hace presumir que existe o ha existido otro hecho. No es, pues, una prueba directa, sino una indirecta, que se basa en la constancia y uniformidad que guardan las cosas en sus relaciones y en un proceso de lógica o raciocinio, o sea, de análisis y de síntesis, o lo que es lo mismo, de inducción y de deducción, supuesto que estos dos procesos mentales no se pueden separar en la realidad.

En la prueba de indicios pueden basarse los fallos judiciales, comoquiera que la ley le da el valor de plena prueba a un solo indicio necesario, y en cuanto a los no necesarios les da el mismo valor de prueba completa, siempre que sean varios, graves, precisos y conexos entre sí (artículos 663 y 665 del C. J.). Es más, advierte el Código de Procedimiento que una sola presunción (y los indicios no son sino presunciones) también prueba plenamente cuando, a juicio del juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento (artículo 664 del C. J.). Desde luego, la prueba de indicios no podrá admitirse en los casos en que la ley requiere una especial, con exclusión de otras, lo que no sucede en la ocurrencia que se estudia.

Y es natural que se le haya dado aquella fuerza probatoria a los indicios, supuesto que consiste en hechos y los hechos tienen una existencia material que no está sujeta a los estímulos de pasiones o intereses que puedan tergiversar la realidad. Su valor sólo es relativo, por lo común, en cuanto a la exactitud de la relación que se establece entre el hecho indicio y el hecho que se trata de averiguar. Que es en lo que los comentaristas exigen todo cuidado y discreción, con el fin de que la conclusión no aparezca edificada sobre raciocinios deleznable, sino sobre el fundamento de las leyes que gobiernan los fenómenos de la vida humana, de suerte que ninguna persona sensata pueda dudar de la verdad de lo que se da por demostrado con los indicios.

Por esto, para que un hecho se tenga como indicio, es necesario que esté probado plenamente y que se relacione con el hecho que se pretende demostrar: lo primero, porque la ley estatuye que varias pruebas incompletas constituyen plena prue-

ba, "si cada una está debidamente establecida" (artículo 594 del C. J.); y lo segundo, porque esta clase de probanzas está fundada en el razonamiento, como ya se advirtió, que produce convicción cuando todas concurren a demostrar la verdad del hecho controvertido (artículo 665 del C. J.), por hallarse "en estrecha conexión con el hecho averiguado" (artículo 594 *ibidem*).

Por último y ya que de esta especie de pruebas incompletas se trató, no sobra advertir que si cada indicio debe analizarse aisladamente para ver si está probada su existencia y si guarda relación con el hecho que se investiga, el convencimiento no puede surgir de cada indicio por separado, en tratándose de indicios no necesarios, sino de su conjunto, como lo indican su propia naturaleza y los términos de la ley. Lo cual se anota, porque es muy común que al analizarlos se pierdan de vista los otros, esto es, que se aislen de los demás hechos probatorios iniciales.

El estudio crítico de los indicios que consista en atacar cada indicio para demostrar que por sí solo no es prueba cabal del hecho que se pretende averiguar, quebranta la naturaleza de esta clase de pruebas, pues que de suyo no puede cada uno serlo. Romper la relación con otro u otros, es ir contra la rectitud del raciocinio que requiere el enlace para deducir las conclusiones del conjunto.

Y es también quebrantar la ley de procedimiento, que requiere que la convicción se forme, no de un indicio aislado, del que no puede deducirse, sino de un "número plural" de indicios, "conexos entre sí, de modo que concurren todos a demostrar, sin lugar a dudas, la verdad del hecho controvertido", como lo estatuye el artículo 665 del Código Judicial, ya citado.

La escritura de 22 de noviembre de 1837 y su valor formal de autenticidad

Para proceder con orden, conviene recordar que el documento original no existe, pues no fue hallado en el protocolo de la Notaría de Vélez, donde se dice que se otorgó. Se discute alrededor de una copia, expedida el 10 de marzo de 1865, para el señor Jerónimo Argüello, por orden del juez superior del Circuito, registrada el 13 del mismo mes, y protocolizada en la número 778, de 27 de mayo de 1921, en la Notaría Segunda de Bogotá, por el señor Leonard William Berry, representante de la Lobitos Oilfield Limited.

Esta escritura aparece como otorgada por el Te-

sorero de la Provincia de Vélez, Sixto Antonio Galindo, a favor de Juan Florentino Sánchez y figura con la firma del escribano público y de hacienda Francisco Santiago García, "siendo testigos los señores Santiago Pardo, Santiago Almánzar y Gavino Peñuela", cuyas firmas aparecen al final del documento. El cual comienza expresando que, habiendo comparecido en la fecha consabida el mentado Tesorero ante el Escribano y los testigos, dijo:

"Que habiendo denunciado y pedido en venta el señor Juan Florentino Sánchez ciento cincuenta mil fanegadas de tierras baldías en el distrito de Flórez, para su propiedad, cultivo i beneficio, las que fueron puestas en pregón para el remate, previas las diligencias que disponen las leyes i demás providencias vigentes del caso, se verificó éste ante la Junta de Hacienda de la misma provincia con las formalidades legales en favor de dicho señor Sánchez por la cantidad de ciento cincuenta mil pesos en vales de la deuda doméstica, consolidada de la inscripción del tres por ciento, por igual número de fanegadas de tierra con los linderos i condiciones que constan del remate de siete de mayo de mil ochocientos treinta i cinco cuyas diligencias sometidas que fueron al poder ejecutivo i habiéndole dado su debido cumplimiento, adjudicó dichas fanegadas de tierra al citado señor Sánchez como aparece de la nota de veinte i siete de agosto de mil ochocientos treinta y cinco, marcada con el número 109 de la Gobernación de la provincia i consignada que fue la cantidad en la Tesorería general de la República, en documentos de igual suma de la citada deuda doméstica, como se ve de la nota de diez i ocho de agosto de mil ochocientos treinta y seis, número ciento diez i seis, que se pasó a la misma Gobernación i de ésta a la Tesorería de hacienda para que se proceda a otorgar la correspondiente escritura en favor del citado señor Sánchez, cuyos documentos con los demás de que se ha hecho mención (sic) para la seguridad i validación de esta escritura se agregan i dicen así..." (f. 2 del c. 1).

Los documentos anunciados son las notas de los funcionarios y el acta de remate, de 7 de mayo de 1835, celebrado ante la Junta de Hacienda y en la cual se hace constar que se le adjudican a Juan Florentino Sánchez ciento cincuenta mil fanegadas de tierras baldías, en el camino del Carare, en el sitio de Guayabito, a la derecha de los

ríos Guayabito, Carare y Magdalena, siguiendo su curso.

— Siguen la aceptación del comprador y rematador, y las firmas de éste, de los testigos y del notario o escribano público.

Se encuentra luego esta nota: "Es copia exacta que expido para el señor Jerónimo Argüello, en virtud del auto inserto del señor Juez Superior del Circuito, hoi diez de marzo de mil ochocientos sesenta y cinco, en cuatro fojas. El Notario (fdo.) Ignacio Herrera".

Y, por último, la nota de registro es del siguiente tenor: "Oficina de registro de instrumentos públicos del circuito.—Vélez, marzo trece de mil ochocientos sesenta y cinco.—Queda registrado este instrumento en la oficina de mi cargo al folio cuarenta vuelto del Libro primero de registro del corriente año. (Fdo.) Joaquín Serrano".

El Tribunal estudia muy a espacio el valor de la copia protocolizada en la escritura número 778, de 27 de mayo de 1921, para concluir que no goza de la presunción de autenticidad que tiene la primera copia tomada del protocolo, a la luz de los artículos 681 y 686 del Código Judicial anterior y del artículo 1785 del Código Civil, así como de la legislación española, pues no fue expedida por el mismo escribano que la hizo y autorizó: "El funcionario autor de la matriz —dice— es diferente del que compulsó la copia. En consecuencia, debe estimarse en el presente fallo que la escritura número 778, de 27 de mayo de 1921, de la Notaría 2ª de Bogotá, apenas contiene una copia de copia que no hace plena fe en juicio como documento auténtico". No obstante, prosigue, "como la acción de falsedad ataca el fondo o contenido mismo del documento protocolizado, se procede al estudio consiguiente".

Estima la Sala que la copia de que se viene hablando, por el aspecto formal o probatorio, sí goza de la presunción de autenticidad, pues fue presentada en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo, o sea, por el Notario, y con la nota de haberse hecho el registro en forma debida, como dice el artículo 630 del Código Judicial, en concordancia con el 1758 del Código Civil, lo que en el fondo es igual a lo dispuesto por la legislación vigente en el tiempo en que se hizo la protocolización y se extendió el original de la escritura.

En efecto, el artículo 686 del anterior Código Judicial, vigente en la época de la protocolización de la escritura en la Notaría Segunda de Bogotá,

expresa que los documentos auténticos deben exhibirse en copia autorizada, bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales.

El Código Judicial del Estado de Santander, que comenzó a regir el 1° de enero de 1863 (artículo 963) definía el instrumento público como "todo escrito autorizado por un funcionario público en los negocios concernientes a su oficio o empleo" (artículo 182); que a dicha clase pertenecían "las escrituras públicas otorgadas con las formalidades legales por ante un Notario o el que haga sus veces" (artículo 183, ordinal 1°) y "todos los documentos de carácter público que se hallen en los archivos de la Nación i las copias que de éstos se compulsen por el funcionario respectivo" (ibidem, ordinal 4°); y que "los instrumentos públicos hacen plena prueba", pero que los presentados en juicio debían llevar determinadas condiciones de presentación, esto es, que debía citarse la parte contraria, salvo que ésta haya manifestado "que conviene en la exactitud de la copia" (artículo 185).

Que es lo mismo que se preceptuaba en las leyes españolas, pues según ellas también los notarios podían dar a los interesados, en cualquier tiempo, las copias que quisieran, siempre que no se tratara de escrituras que alguna parte se obliga a la otra de hacer o dar alguna cosa, pues de éstas no se podía dar sino una copia, "salvo por mandamiento de la justicia, llamada la parte" (Libro X, título XXIII, leyes V y X de la Novísima Recopilación).

Aquí pidió la copia Jerónimo Argüello, no se trataba de obligación que se pudiera hacer cumplir con cada copia, y, sobre todo, se expidió por orden de la autoridad. Se cumplen, pues, las condiciones formales de autenticidad del documento, por el aspecto que se ha venido considerando.

Debiera, en consecuencia, procederse al estudio de los indicios de falsedad de la escritura, si antes no apareciera procedente, como aparece, analizar la escritura de los herederos de Jerónimo Castañeda, pues la mayoría de aquellos indicios está basada en la comparación que se hace entre las dos escrituras, la de adjudicación a Juan Florentino Sánchez y la de adjudicación a los herederos de Jerónimo Castañeda.

Así, pues, en seguida se hará un análisis somero de la tan mentada escritura de los Castañedas, como una base más de estudio.

La escritura de los herederos de Jerónimo Castañeda

Es importante, se repite, estudiar la escritura de los herederos de Jerónimo Castañeda porque, como acaba de anotarse, la mayoría de los indicios de la falsedad de la escritura de adjudicación de tierras a Juan Florentino Sánchez tiene como base la comparación con la escritura de adjudicación de tierras a los herederos, de Jerónimo Castañeda. Tan importante es dicho estudio, que la mayoría de las argumentaciones de la parte demandada se han dirigido a enervar el valor de la susodicha escritura.

Es el caso que en la Notaría de Vélez, en el protocolo de 1849, se encontró agregada a la escritura de 20 de octubre de ese año, sobre caución para garantizar el manejo de Antonio María Díaz como Administrador General de Hacienda de la provincia, una copia de la escritura de 18 de noviembre de 1837, de la misma Notaría, que contiene la venta que el Tesorero General de Hacienda de la provincia hizo a Pedro e Ignacio Castañeda y Antonio Palomino y demás herederos de Jerónimo Castañeda, de 435 fanegadas de tierras baldías, en el camino del Carare.

Pues bien, en la demanda se alega que los documentos de esta escritura y los de la de Juan Florentino Sánchez son casi absolutamente idénticos, lo que indica, según se deduce, que ésta se copió de la otra; que la de Sánchez no se protocolizó hasta 1921 mientras que la de Castañeda se protocolizó o aparece protocolizada al poco tiempo; que la de Sánchez aparece extendida en papel común y la de los Castañeda en papel sellado de la época; que aquélla está autorizada por el mismo notario ante quien se extendió el original y ésta no; que la de los Castañedas fue reconocida por las autoridades ante las cuales se otorgó la fianza y la de Sánchez no tiene esa circunstancia a su favor; que en la escritura de Sánchez aparece la firma de los testigos, contra la costumbre legal de la época, en tanto que en la de los Castañedas no aparecen las firmas de tales testigos; en fin, que hay en el Archivo Nacional documentos confirmatorios de la autenticidad de la escritura de los Castañedas, que excluyen la de Sánchez, al paso que no se ha encontrado documento alguno que confirme la verosimilitud del otorgamiento de la escritura de adjudicación de tierras baldías a Juan Florentino Sánchez.

Para hacer el estudio de que se habla al prin-

cipio de este aparte, parece conveniente analizar los argumentos que la parte demandada aduce en contra de la mentada escritura de adjudicación de tierras a los herederos de Jerónimo Castañeda. Así, se dice por la Compañía Explotadora del Carare: que la copia de los Castañedas no se incorporó en la escritura de fianza de Antonio María Díaz; que contiene documentos posteriores a la fecha de dicha escritura; que se dice que Castañeda compareció a pedir, en venta o adjudicación 500 fanegadas y no se le adjudican sino 435; que ni siquiera se sabe cuáles fueron los documentos que el Notario tuvo a la vista para la escritura de fianza de Antonio María Díaz; que no se sabe la fecha en que se intercalaron tales documentos en el protocolo de la Notaría; que la escritura no aparece registrada; y que entre las varias copias presentadas hay divergencias en su texto que hacen dudar de su autenticidad.

La copia de la escritura de los Castañedas —se alega— no se halla inserta en la escritura de fianza de Antonio María Díaz, de 20 de octubre de 1849, “sino que aparece agregada al mismo”, como se hizo constar en la inspección ocular practicada por la Corte el veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y nueve (f. 45 v. del c. 6). “Es decir —como se explica en el acta— que el contenido de la mencionada copia **no está incluido en la redacción del instrumento de fianza**” (subraya la Sala). Argumento con el cual se pretende demostrar que los documentos no se protocolizaron, que no valen, por tanto, como documentos públicos, pero que ni siquiera tienen el valor de documentos privados, y se llega a afirmar que una mano arbitraria los introdujo en el protocolo para perjudicar el título de Sánchez.

La Sala, en la inspección ocular practicada el once de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, verificó la forma como se encontraba la tan mentada escritura de adjudicación a los herederos de Jerónimo Castañeda:

Dice el acta que “los documentos relacionados con la fianza prestada por el señor Antonio María Díaz (inclusive una copia de la escritura pública fechada el diez y ocho de noviembre de mil ochocientos treinta y siete, relativa a la adjudicación hecha a favor de los herederos de Jerónimo Castañeda)”, se encuentran a continuación de la escritura de 18 de octubre de 1849; que “a continuación de estos documentos se encuentra en el protocolo el folio marcado con los números 316 y 310”, folio en el cual termina la escritura de 18

de octubre de 1849 “y en el cual, también, empieza” la escritura de 20 de octubre de 1849 “que da cuenta de la fianza otorgada por el señor Antonio María Díaz”. O como se explica en la constancia segunda que la Sala dejó en el acta misma: que en el protocolo de 1849 se halla la escritura de 20 de octubre de 1849; que inmediatamente antes de empezar tal escritura aparece el final de la escritura fechada el 18 de octubre de 1849, que contiene la venta hecha por Ramón Palomino y Martín Vanegas a Silvestre Cubides; que inmediatamente después de la escritura citada de 20 de octubre de 1849 se halla la de 22 de octubre del mismo año; y que la escritura de 18 de octubre de 1849 sólo consta de dos folios marcados con los números 293 y 288, y 316 y 310” (f. 39 v. del c. 13).

Esta circunstancia de la indebida colocación de los documentos, o mejor, que no se hubieran incorporado en la redacción de la escritura de fianza, no significa que no figuren en el protocolo de la Notaría, que no estén bajo la custodia del Notario y que éste no pueda y no deba dar fe de su contenido como de documentos auténticos. Dicho de otro modo, no significa que no formen parte de la escritura de fianza de Antonio María Díaz, de 20 de octubre de 1849. Así se desprende de las pruebas del expediente, como en seguida se verá.

En efecto, la Sala, en la diligencia de inspección ocular de que se habló con anterioridad, hizo constar que “donde se habla en el texto de esta diligencia de los documentos agregados al protocolo de mil ochocientos cuarenta y nueve entre el folio que empieza la escritura de diez y ocho de octubre de mil ochocientos cuarenta y nueve y el folio en que concluye la misma escritura y en el cual comienza la escritura fechada el veinte de octubre de mil ochocientos cuarenta y nueve relacionada con la fianza de Antonio María Díaz, **se hace relación no sólo a los documentos administrativos referentes a dicha fianza, sino también a la copia de la escritura de fecha diez y ocho de noviembre de mil ochocientos treinta y siete, que da cuenta de la adjudicación hecha A FAVOR DE LOS HEREDEROS DEL SEÑOR GERONIMO CASTAÑEDA**” (fls. 39 v. y 40 del c. 13 y subraya la Sala).

Y esto resulta indudable leyendo la mentada escritura, comoquiera que Antonio María Díaz comparece a otorgar su fianza y al efecto “da por sus fiadores y piales. pagadores a los Sres. Igno. i Dr. Pedro Castañeda i la Sra. Ant^a Palomino”,

quienes así se obligan e hipotecan los terrenos que se les adjudicaron, según los documentos que presentan, pues la escritura dice que se trata de "los terrenos que constan de los documentos que con el de su valor, propiedad y libertad son del tenor siguiente" (f. 10 v. del cuad. 1 y subraya la Sala).

Al señor apoderado de la parte demandada se le hace inadmisibles que la escritura de fianza o hipoteca se contente "con referirse en este punto a los documentos que se agregan", pero sin que determine "en el cuerpo mismo del instrumento la finca que los fiadores dieron en hipoteca". Eso mismo está diciendo que los tales documentos sí se incorporaron en la escritura, sí forman parte de la misma y en los dichos documentos se describen los terrenos que se habían adjudicado a los fiadores. Cuando se dice en la escritura de fianza que los documentos que acreditan la adjudicación de tierras a los herederos de Jerónimo Castañeda "SON DEL TENOR SIGUIENTE", es porque en seguida se van a copiar o incorporar, esto es, porque de todos modos y maneras se consideran como parte integrante del instrumento mismo, si no se prescinde de analizarlo con sentido común.

Fácil resulta explicarse que los documentos no se copiaran en la matriz de la escritura, por no considerarse necesario: estando agregados a ella, bastaba con tenerlos presentes en las copias que de la escritura de fianza pudieran, a su vez, solicitarse y expedirse. Ahora, que no se intercalaran las copias en el cuerpo mismo de la escritura de fianza, es una circunstancia que no tiene la trascendencia que la parte demandada pretende darle, toda vez que obran en el protocolo inmediatamente antes. Que haya una hoja de una escritura anterior metida después de las susodichas copias de los documentos de adjudicación a los herederos de Castañeda, tiene una explicación más que suficiente por el desorden en que se han mantenido los protocolos o archivos. La Sala verificó "que en el protocolo, que está completamente descuadrado, hay varias hojas sueltas". Y fue el propio apoderado de la parte demandada quien dejó constancia de que "el protocolo del año de 1849 se encuentra en mal estado, que hay varios cuadernos y varios folios sueltos y que a continuación de la escritura de diez y ocho de noviembre de 1837 que aparece en dicho protocolo se nota la falta de una hoja que fue desprendida del protocolo... que la numeración del pro-

colo aparece sin orden" (f. 46 del c. 6).

Mas a este argumento se agrega otro que se considera por la parte demandada de tremendo efecto sobre la autenticidad de la escritura de los Castañedas, cual es el de decir que en la escritura citada figuran documentos otorgados con posterioridad al 20 de octubre de 1849, día en que los otorgantes comparecen ante el Notario a prestar la fianza, de lo cual se deduce que el Notario mintió o que la escritura no es auténtica.

Lo primero es cierto, pero la conclusión que se saca no es legítima, en sentir de la Sala. Es cierto que el 20 de octubre compareció Antonio María Díaz ante el Notario, para otorgar la fianza que se le exigía para su empleo de manejo, y para ello ofreció como sus fiadores, según quedó explicado, a Ignacio y Pedro Castañeda y a Antonia Palomino, finalidad con la cual se incorporaron en el protocolo los documentos de adjudicación de tierras a éstos, herederos de Jerónimo Castañeda, y puesto que la Gobernación de Vélez había aprobado el día anterior la dicha fianza (fls. 5 y ss. del c. 1).

Pero ocurrieron dos dificultades: que la Gobernación objetó la fianza por defectos de presentación y por el nombramiento de peritos evaluadores de las fincas; y que hubo necesidad de sustituir como fiador a Pedro Castañeda, para lo cual hubo de presentar otro, José María Olarte. Este segundo inconveniente explica que figuren documentos de fecha posterior al 20 de octubre pues había que acreditar la solvencia del fiador Olarte, como en efecto se acreditó, según consta en la escritura citada. Por eso dice Antonio María Díaz que presenta tales documentos "para que en su vista se sirva darle (el Gobernador) su aprobación y mandarlos a la Escribanía para que se concluya la escritura y se haga de ellos la correspondiente inserción (f. 19 v. del c. 1), y subraya la Sala). Aprobada la fianza del nuevo fiador, se terminó la escritura. Hubo, pues, una interrupción en su otorgamiento, perfectamente explicada, de la cual no puede sacarse la exagerada conclusión de que se perpetró una falsedad, y ocurrió todo ello, como lo anota el señor Procurador, "bajo la firma del Notario, que es ministro de fe respecto de los actos que ocurren en su presencia".

Es tan acerbo el ataque a la escritura de los Castañedas, que no puede menos de pensarse que de su legitimidad debe deducirse una gran fuerza indiciaria en contra de la autenticidad de

la de Juan Florentino Sánchez. Por lo cual no se descuidan ni los menores detalles para hacer aparecer a aquélla como flaco punto de comparación. Así, se alega por el apoderado de la parte demandada, como dato sugestivo de dicha falta de autenticidad, que la escritura aludida dice que Jerónimo Castañeda comparece a solicitar la adjudicación de 500 fanegadas y por ellas hace postura, y, sin embargo, no se le adjudican sino 435. Dato explicado por los agrimensores nombrados para que midiesen, fijasen los linderos de las tierras y levantasen un mapa, "y estos agrimensores cumplieron su encargo dando cuenta en diez de agosto de que los terrenos comprenden cuatrocientas treinta i cinco fanegadas" (f. 12 del c. 1).

El argumento de que ni siquiera se sabe cuáles fueron los documentos que el Notario tuvo a la vista para la fianza de Antonio María Díaz, es otro del mismo género anterior, pues que basta contestar que leyendo la escritura de fianza de Antonio María Díaz, sin los documentos de adjudicación a los herederos de Jerónimo Castañeda, puede observarse, sin asomo de duda, que fueron éstos los presentados y quiénes fueron los fiadores ofrecidos.

Pero también se alega en la contestación de la demanda que "no hay prueba de que la escritura hecha a favor de los herederos de Jerónimo Castañeda, cuya copia aparece expedida el 20 de mayo de 1840, figure en el archivo desde el 20 de octubre de 1849. No se sabe cuándo se intercaló esta copia en el protocolo". Aunque ya está dada la respuesta a este razonamiento, se repite que la fecha en que se intercaló la copia en el protocolo de la Notaría de Vélez se conoce con toda certidumbre, y esa fecha es la indicada por la escritura: el 20 de octubre de 1849, día en que Antonio María Díaz compareció ante el Notario y para garantizar su manejo como Administrador de Hacienda dio por sus fiadores y principales pagadores a Pedro e Ignacio Castañeda y Antonia Palomino, quienes ofrecieron como garantía los terrenos que constan de los documentos de adjudicación de tierras baldías (f. 114 del c. 4).

Mas también se arguye que la escritura de los Castañedas no aparece registrada, y al respecto debe anotarse que ésto se comprobó en la inspección ocular de que antes se habló (f. 45 v. del c. 6). Además, el registrador de Vélez certifica que revisado "el escaso e incompleto archivo de la oficina, no se encontró la inscripción de la escritura otorgada en Vélez el 18 de noviembre de

1837", o sea, la referente a la adjudicación de tierras a Jerónimo Castañeda o sus herederos (f. 31 v. del c. 1).

Sobre el particular se anota que en el cuerpo de la dicha escritura se encuentra la constancia del registrador de que en los libros de Anotación de Hipotecas, salvo en dos años que no existían (los de 1827 y 1828) no aparecían gravados los terrenos, que era lo que se necesitaba para acreditar la libertad de los fundos que se ofrecían en garantía del manejo de Antonio María Díaz como funcionario (f. 16 del c. 1). Y también se anota que Díaz pagó "ocho reales de anotación de hipotecas" de los terrenos (f. 23 v. ibidem).

Mas la realidad es que la escritura de los Castañedas no aparece registrada y entonces, en vez de acudir a hipótesis para explicar el fenómeno, lo procedente es analizar cuál es el valor del documento para los fines con que se aduce como prueba en el proceso.

La ley de 22 de mayo de 1826 incorporó a la hacienda nacional "el oficio de anotación de hipotecas" y estableció el derecho de registro, como un impuesto "que ofrece una garantía a los particulares en sus contratos y actos civiles". En sus artículos 12 y 13 (ordinal 6º) ordenó registrar "todas las escrituras públicas de todo género de contratos celebrados dentro del Cantón"; y en el artículo 18 estatuyó que ninguno de los documentos sujetos al registro "podían admitirse ni valer en juicio ni fuera de él mientras no estén debidamente registrados".

Este ensayo de registro era muy imperfecto, pues, como comenta el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, "apenas servía para dar mayor publicidad a las escrituras en que se hicieran constar los contratos relativos a esa propiedad". "La referida ley de 1826, no hacía, pues, en el fondo, otra cosa que agregar una solemnidad más a los contratos relativos a inmuebles". (Registro de la propiedad inmueble y sus principales aplicaciones. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, números 103-104, página 417).

Por la ley de 19 de marzo de 1838 se ratificó la institución del registro de escrituras y de anotación de hipotecas, pero conservándole los alcances apuntados.

En fin, por la ley de 1º de junio de 1844 nuevamente se reglamentó el registro de instrumentos públicos y anotación de hipotecas. "El objeto del registro de los actos e instrumentos públicos es darles mayor autenticidad para que valgan en

juicio y fué de él", dice el artículo 3º de la citada ley. Y el 22 establece que "ningún documento o acto público de los expresados en el artículo 4º de esta ley tendrá efecto alguno legal, ni hará fe en juicio, ni ante ninguna autoridad o funcionario público, si no ha sido previamente registrado con las formalidades establecidas en la presente ley".

Como se ve, lo dispuesto anteriormente sobre registro concuerda en el fondo con lo vigente en la actualidad, puesto que también el Código Civil dispone que "ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código". Y también establece la ley civil que el objeto del registro, fué de servir de medio de tradición del dominio, objeto para el cual no estaba destinado antes y del que ahora no se trata, es el de dar mayor publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio o le imponen gravámenes o limitaciones, y dar mayores garantías de autenticidad y seguridad de los títulos, actos o documentos que deben registrarse (artículos 2637 y 2673 del C. C.).

Con referencia al valor probatorio de los documentos sometidos al registro, que de dicho valor probatorio se discute, es admisible la tesis del comentador citado —Rodríguez Piñeres— de que, de acuerdo con la anterior legislación, el registro era "una **formalidad esencial** para la validez de los actos que se hagan constar en escritura pública, en los casos y términos de la ley" y que, por tanto, "no puede darse eficacia a una escritura que no esté provista de tal formalidad esencial". Y en otro lugar repite que "en la legislación anterior al Código Civil era perfectamente correcto que no se le prestara fe a una escritura pública que no estuviera registrada, pues el registro era un complemento obligado de la primera, una solemnidad esencial para su validez" (ibidem, páginas 418 y 438).

Mas de dicha doctrina no se deduce que un documento que ha debido registrarse no tenga ningún valor ni pueda admitirse como prueba, si se presenta sin la nota de registro. El documento no hace fe en juicio, no tiene efecto legal, no prueba el acto o contrato que por medio de él se dice celebrado, porque el registro era indispensable para la prueba de los actos o contratos que debían registrarse, como tales actos o contratos.

Pero de ello no puede llegarse hasta deducir que el acto o contrato no tiene determinada forma externa, ni que por medio de él se han hecho determinadas enunciaciones. Cuando la ley decía que una escritura de compra, o de venta, o de hipoteca, o un remate de bienes raíces, debía registrarse y se presentaba sin la nota de registro, el documento no tenía "efecto legal alguno", ni hacía "fe en juicio ni ante ninguna autoridad o funcionario público" como compra, ni como venta, ni como hipoteca, ni como remate; pero de esa carencia de valor para probar aquellos actos o contratos no podía ni puede conducir a declarar que los actos o contratos no se habían celebrado, por el aspecto meramente material, formal o externo, esto es, que no se hubiera otorgado el documento, supuesto que se concluiría entonces en la inexistencia del documento mismo, conclusión a todas luces excesiva y, por tanto, inadmisibles.

Así las cosas, resultan aplicables algunas doctrinas de la Corte, aunque referentes al registro como hoy se halla instituido. Así, por ejemplo, es admisible la que dice "en ninguna manera la falta de la nota del registro puede impedir el que se aprecie y decida **si el documento tiene o no la forma externa requerida por la ley** para que pueda ser registrado y producir efectos". (G. J. Tomo XII, número 612, página 317 y subraya la Sala). Y también aparece oportuna la que expresa que el registro "es de obligatorio cumplimiento cuando se aspira a que un instrumento notarial deba ser recibido y apreciado como prueba suficiente, en aquellos casos en que la ley exige esta clase de solemnidad externa para determinado número de actos o contratos de la vida civil". Y añade la Corte en este fallo que no está **sub judice** "una controversia directa sobre la existencia y validez, naturaleza y extensión del contrato celebrado... considerado este contrato en sí mismo y en cada una de sus cláusulas y obligaciones, sino simplemente de comprobar que tal contrato se celebró". (G. J. Tomo LVIII, número 2016, pág. 30).

Viniendo al caso concreto, resulta indudable que se trata de un documento público, toda vez que fue otorgado ante Notario y se halla incorporado en el protocolo de la Notaría. Además, la Nación no lo ha presentado para comprobar la fianza de Antonio María Díaz, pero ni siquiera para acreditar que a los herederos de Jerónimo Castañeda se les adjudicaron legalmente las 435 fanegas de tierras en el Camino del Carare, por-

que tal venta o adjudicación no se halla en controversia en este juicio: simplemente lo ha presentado para demostrar que contiene unas enunciaciones sobre remate de tierras, su aprobación por el Gobierno y el otorgamiento de la escritura, por el aspecto puramente formal, para compararlas con las mismas enunciaciones del título de Sánchez.

Dicho de otro modo, la parte demandante, o sea, la Nación, no pretende comprobar ningún acto o contrato que dependa del registro de la escritura de los Castañedas y, por tanto, el registro no juega papel alguno en lo referente a dicho documento: se ha traído como medio de comparación de la escritura de Sánchez, cuya validez y autenticidad sí se discute. Bien pudiera tratarse de unos borradores de la escritura, de papeles absolutamente privados, y servirían como punto de comparación de la escritura o documentos de adjudicación a Juan Florentino Sánchez, que de eso se trata y nada más.

Así, pues, dejándola en su genuino significado, viene muy al caso el argumento expuesto por el fallo recurrido, y ya que la escritura de que se viene hablando ha sido objeto de tan rudos ataques, de que la validez de los documentos del mentado instrumento (de los Castañedas) fue reconocida por los funcionarios oficiales que intervinieron para aceptar la fianza de manejo de Antonio María Díaz, para lo cual —se repite— fueron presentados. Este reconocimiento es tanto más importante cuanto se basa en la condición de ser los fiadores dueños y poseedores de los terrenos que ofrecían y la declaración de los peritos evaluadores de los predios de ser éstos los mismos a que se refería la escritura de adjudicación de 18 de noviembre de 1837.

Los mentados peritos, Vicente Camacho y Juan de Dios Girón, afirman que los linderos de los inmuebles "son los mismos que se expresan en la escritura otorgada en esta ciudad (Vélez) el 18 de noviembre de 1837" (f. 17 v. del c. 1).

Y el Gobernador expresa que como "de los documentos que se acompañan aparece que el terreno con que se asegura la fianza en favor (sic) del Sr. Antonio M^a Díaz pa. entrar en el desempeño del destino de Adm^o. Jral. de hacienda de esta provincia, son de propiedad de los fiadores... sé aprueba la fianza que en favor (sic) del Sr. Antonio M^a Díaz otorgan los señores Ignacio y Pedro Castañeda y Antonia Palomino" (f. 18 del c. 1).

Otro argumento en contra de la autenticidad de la escritura de los Castañedas es el de que entre las varias copias presentadas "existen diferentes que al fin y al cabo el lector se queda sin saber cuál es el verdadero ejemplar auténtico". Al efecto, el apoderado en esta instancia, doctor Luis Eduardo Gacharná, hace una doble columna para hacer ver las mentadas diferencias.

El señor Procurador anota que tales discrepancias son enteramente accidentales; que el juez puede dar fe a la copia que le merezca más crédito; y que, en todo caso, subsisten las innumerables semejanzas e identidades entre las dos series de documentos.

En realidad, la mayoría de las discrepancias anotadas son adjetivas, pues consisten en que en una copia aparecen cantidades escritas con letras y en otra con números, en que en una están escritas algunas palabras con mayúscula cuando en la otra lo están con minúsculas, en el cambio de letras de igual sonido, como b por v, c por s, o de sílabas de sonido semejante, como el por al.

En seguida hace también el señor Procurador la doble columna para hacer notar que las diferencias anotadas son tan insignificantes, que hacen concluir que se tomó una copia desmañada, pero no por ánimo doloso, sino por negligencia o descuido. Tan definitiva es la explicación dada, que el funcionario hace ver cómo el señor apoderado, al hacer la comparación "se equivoca" al transcribir las dos copias con que forma su doble columna" (f. 73 del c. 11).

En resumen y conclusión, la escritura de los herederos de Jerónimo Castañeda aparece como auténtica y sirve de punto de comparación para los efectos para los cuales ha sido presentada en este proceso. Otra cosa es el valor probatorio de los indicios que de tal comparación se alegan, pero eso tiene que ser materia del estudio que se haga sobre el particular.

Ha de procederse, por tanto, ahora sí, al análisis de los indicios de falsedad de la escritura de 1837, de adjudicación de tierras de Juan Florentino Sánchez, que la demanda invoca en número de nueve, aunque subdivididos en no pocos numerales. La Sala los concreta en la forma sucinta que se verá en seguida, para mayor facilidad:

1) Hay una casi absoluta identidad de la escritura de 22 de noviembre de 1837, de adjudicación de tierras a Juan Florentino Sánchez, con la escritura de 18 de noviembre de 1837, de ad-

judicación de tierras a los herederos de Jerónimo Castañeda.

2) No se encontró en la Notaría de Vélez, donde se dice que fue otorgada, el original de la escritura de adjudicación de tierras a Juan Florentino Sánchez.

3) La copia de la escritura de Sánchez aparece expedida el 10 de marzo de 1865, pero no se protocolizó hasta el año de 1921, y tal cosa se hizo exprofeso, por persona interesada en la validez de la adjudicación de tierras, al contrario de la de los Castañedas, que aparece en un archivo público a los nueve años de otorgada y no se protocolizó exprofeso, sino para la fianza de Antonio María Díaz como administrador de la Hacienda de la Provincia de Vélez.

4) La copia de la escritura de Sánchez aparece expedida en papel común, la de los Castañeda en papel sellado de la época.

5) La copia de la escritura de Sánchez no fue expedida por el mismo Notario que autorizó el instrumento original, la de los Castañeda aparece autorizada por el mismo Notario que autorizó la escritura matriz.

6) La escritura de los Castañeda fue reconocida implícitamente por las autoridades que aceptaron como fiadores de Antonio María Díaz a los herederos de Jerónimo Castañeda.

7) La copia de la escritura de Sánchez aparece suscrita por testigos actuarios, contra la costumbre legal y uniforme de la época del otorgamiento, al contrario de la de los Castañeda, que no fue suscrita por testigos.

8) De los documentos que obran insertos en la copia de la escritura correspondiente a la adjudicación Sánchez no existe ninguna constancia en los archivos nacionales, mientras que de la escritura de los herederos de Jerónimo Castañeda existen algunos documentos confirmatorios que excluyen la autenticidad de la escritura de Sánchez.

9) Las firmas del Notario Ignacio Herrera y del Registrador Joaquín Serrano, que aparecen en la copia de la escritura de Juan Florentino Sánchez, expedida el 10 de marzo de 1865, no fueron puestas por las personas del mismo nombre, según concepto pericial grafológico o de cotejo de letras.

Al estudiar la Sala tales indicios, procurará seguir la demanda, en cuanto no aconsejen cosa distinta la claridad y el orden.

En seguida se estudiará, pues, el primer indicio de la falsedad, que es el de la casi absoluta

identidad de las escrituras de Juan Florentino Sánchez y de Jerónimo Castañeda.

1) La casi absoluta identidad de las escrituras de Juan Florentino Sánchez y de los herederos de Jerónimo Castañeda, es el primer indicio presentado en la demanda de que la primera es falsa.

Como ya se dijo en el aparte anterior, la demanda expresa que en la Notaría de Vélez, en el protocolo de 1849, se encontró agregada a la escritura de 20 de octubre de ese año, sobre caución para garantizar el manejo de Antonio María Díaz como Administrador General de la Hacienda de la Provincia, una copia de la escritura de 18 de noviembre de 1837, de la misma Notaría, que contiene la venta que el Tesorero General de Hacienda de la Provincia hizo a Pedro e Ignacio Castañeda, Antonia Palomino y demás herederos de Jerónimo Castañeda, de 435 fanegadas de tierras baldías, en el camino del Carare.

“Los documentos incorporados en la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez y los que constan en la escritura de adjudicación a los herederos de Jerónimo Castañeda” —se alega en la demanda— “son casi absolutamente idénticos”, con las solas diferencias necesarias “para establecer la diversidad de compradores, de cosa comprada y de precio”.

“Los documentos insertos en las escrituras de adjudicación a Sánchez y a Castañeda debieran ser distintos, al menos en cuanto a sus números, porque de conformidad con las disposiciones vigentes en 1837, sobre adjudicación y enajenación de tierras baldías, tales actuaciones debían llevarse en expedientes separados, toda vez que en cada uno de ellos habían de quedar determinados comprobantes, tales como planos diferentes, diligencias de remate propias de cada adjudicación, resoluciones especiales del poder ejecutivo, etc.”

Es preciso, pues, parangonar los documentos incorporados en la escritura de Juan Florentino Sánchez y los incluidos en la de los herederos de Jerónimo Castañeda, para ver si se halla comprobada esa identidad y si tiene alguna consecuencia indiciaria.

a) La primera nota que encuentra la Sala, en la escritura de Juan Florentino Sánchez, después de la introducción de comparecencia del Tesorero ante el Notario, el 22 de noviembre de 1837, para hacer la descripción de la manera como se había hecho el remate y la adjudicación de los terrenos, con la orden de extender la escritura, es la nota número 109, de 27 de agosto de 1835, en que el

Gobernador de la Provincia de Vélez le transcribe al Tesorero Provincial de Hacienda la nota o resolución número 40, de 2 de julio del mismo año (f. 3 del c. 1).

La escritura de los Castañedas, después de decir lo de la fianza que debe prestar Antonio María Díaz, trae la introducción de comparecencia del Tesorero ante el Notario, el 18 de noviembre de 1837, en los mismos términos literales de la escritura de Sánchez, con el cambio de los terrenos y del adjudicatario, pero con la cita de iguales fechas y notas. La primera nota es también la **número 109, de 27 de agosto de 1835**, en que el Gobernador de la Provincia de Vélez le transcribe al Tesorero Provincial de Hacienda la nota o resolución número 40, de 2 de julio del mismo año (f. 11 v. del c. 1).

b) La nota o resolución **número 40, de 2 de julio de 1835**, dice, en resumen, en la escritura de Sánchez, que instruido el Presidente de la República de la nota del Tesorero, **de 20 de mayo de 1835**, y que habiendo denunciado el **26 de mayo de 1834** ofreciendo comprar 150.000 fanegadas, mandó pregonar el Gobernador la propuesta; que el 2 de julio nombró a **Agustín Leland** y **José María Landázuri** como agrimensores, quienes dieron cuenta de haber cumplido su encargo el **2 de agosto**; después de dar los linderos se dice que el **1º de diciembre** se decretó la práctica de algunas diligencias; que "los testigos **Lucas, Pedro, Antonio y Francisco Javier Pinzón** declararon bajo de juramento que dichas tierras son baldías"; y que el **7 de mayo** en pública almoneda se hizo el remate en favor del señor Juan Florentino Sánchez (f. 3 v. ibidem).

En la escritura de los Castañedas dice la nota o resolución **número 40, de 2 de junio** (se rectifica junio por julio posteriormente), **de 1835** que instruido el Presidente de la República de la nota del Tesorero, **de 20 de mayo de 1835, número 86**, y que habiendo denunciado el **26 de mayo de 1834** el señor Jerónimo Castañeda ofreciendo comprar 500 fanegadas, mandó pregonar el Gobernador la propuesta; que el 2 de julio nombró a **Agustín Leland** y **José María Landázuri** como agrimensores, quienes dieron cuenta de haber cumplido su encargo el **10 de agosto**; después de dar los linderos se dice que el **1º de diciembre** ordenó el ejecutivo la práctica de ciertas medidas; que los testigos "**Antonio, Pedro Lucas Pinzón y Francisco Javier Pinzón**" declararon bajo juramento que dichas tierras son baldías; y que

el **7 de mayo** se hizo pública almoneda en favor del señor Jerónimo Castañeda (f. 11 v. ibidem).

c) Sigue luego en la escritura de Sánchez el acta de diligencia de remate, como hecho el **7 de mayo de 1835**, en que se adjudican a Juan Florentino Sánchez 150.000 fanegadas de tierra, ante la Junta de Hacienda (f. 5 ibidem).

En la escritura de los Castañedas sigue la copia de la nota número 116, de 18 de agosto de 1836, pero se encuentra luego el acta de la diligencia de remate, como hecho el **7 de mayo de 1835**, por medio del cual se le adjudican a Jerónimo Castañeda cuatrocientas treinta y cinco fanegadas de tierras baldías, por los linderos que se indican, ante la Junta de Hacienda (f. 14 ibidem).

d) En la escritura de Sánchez prosigue la **nota sin número, de 18 de agosto de 1836**, en que el Gobernador de la Provincia le transcribe al Tesorero Provincial la **nota número 66, de 30 de julio de 1836** (f. 6 v. ibidem).

En la escritura de los Castañedas la nota de **18 de agosto de 1836** lleva el **número 116**, y por medio de ella se transcribe la **número 66, de 30 de julio de 1836** (f. 13 ibidem).

e) En la escritura de Sánchez se transcribe la **nota número 66, de 30 de julio de 1836**, en que se dice que "el señor José María Arenas, a nombre del señor Juan Florentino Sánchez, consignó en esta Secretría **unos documentos** de deuda consolidada de inscripción al tres por ciento para pago de tierras baldías que se adjudicaron al último por la resolución que comunicó a Usía, el **2 de julio de 1835, con número 40**". Y que en vista de lo expuesto por esa oficina el **4 de mayo, número 168**, el Poder Ejecutivo ha resuelto depositar en arcas de tres llaves las obligaciones que ha dado en pago Juan Florentino Sánchez anotando al reverso de dichas obligaciones esta circunstancia (f. 6 v. ibidem).

En la escritura de los Castañedas también se transcribe la **nota número 66, de 30 de julio de 1836**, en que se dice que "el señor José María Arenas a nombre del señor Jerónimo Castañeda consignó en esta Secretaría **un documento** de deuda consolidada de inscripción de tres por ciento para pago de las tierras baldías que se adjudicaron al último por la resolución que comunicó a Usía en **2 de julio de 1835 con el número 40**". Que en vista de lo expuesto por esa oficina el **4 de mayo, número 168**, el Poder Ejecutivo ha resuelto depositar en arcas de tres llaves "la obligación" número 1705, y que debe anotarse al respaldo

que en ella quedan a favor de Jerónimo Castañeda 181, 5/4 reales de capital (f. 13 ibidem).

Hasta aquí coinciden los documentos de una y otra escritura, pero en la de los Castañedas, según se dejó dicho, obran otros documentos relacionados con terrenos del fiador que substituyó a Pedro Castañeda, esto es, José María Olarte.

Ahora bien, entre aquellos documentos se encuentra una identidad casi absoluta, como se alega en la demanda, con las únicas diferencias de compradores, de cosa comprada y de precio, lo cual indica que unos documentos se copiaron de los otros, pero sin que tuviera realidad una de las adjudicaciones o compra de tierras baldías.

Porque se comprende que, en tratándose de actividades de la misma especie, se empleen fórmulas semejantes. Y así, es aceptable que la redacción de los documentos en una y otra serie sea igual, literalmente, con las necesarias diferencias de adjudicatarios, de predios, y de valor pagado por ellos.

Lo que aparece menos explicable es que todas esas actividades se lleven a cabo en los mismos días y con la intervención de las mismas personas, tal como aquí sucede. No es comprensible por propósito deliberado, ni menos por repetida casualidad, que en el mismo día se hubieran presentado Sánchez y Castañeda a pedir la adjudicación de tierras, el **26 de mayo de 1834**; que el mismo día, **2 de julio**, hubieran sido nombrados los agrimensores, **Agustín Leland** y **José María Landázuri**; que en la misma fecha se hubiera ordenado la práctica de algunas diligencias, el **1º de diciembre**; que entre el **2 de agosto** y el **10 de agosto** se hubiera practicado la mensura de los terrenos, pues los dos comprenden 150.435 fanegadas; que los **testigos** que declararon en la diligencia sean unas mismas personas; que el remate se haga el mismo día, **7 de mayo de 1835**; y que quien consigne los documentos de pago sea el mismo sujeto, **José María Arenas**. Porque, se repite, la coincidencia de tiempos y de personas es posible, pero la coincidencia unánime de todas las personas que en los mismos días intervinieron en los actos de que se viene hablando, con alguna leve diferencia (2 y 10 de agosto) no puede menos de tenerse por sospechosa.

Pero lo que no puede admitirse razonablemente es que las notas u oficios de remisión de unas autoridades a otras lleven la misma fecha y el mismo número, también con leves omisiones: nota **número 66**, de **20 de mayo de 1835**, y **sin número**

en la de **Sánchez**, para remitir el expediente de adjudicación de tierras; nota **número 40**, de **2 de julio de 1835**, para remitir el expediente al Gobernador de Vélez, con la aprobación del Ejecutivo, en ambas escrituras; oficio **número 109**, de **27 de agosto de 1835**, del Gobernador al Tesorero en que le transcribe la nota anterior, en ambos documentos también; nota **número 168** de **4 de mayo de 1836**, en que el Tesorero General de Hacienda le da cuenta al Secretario de Estado en el ramo de Hacienda de haber liquidado el documento o los documentos para el pago de las tierras, en los dos casos de Sánchez y de Castañeda; nota **número 66**, de **30 de julio de 1836**, el Secretario de Estado en el ramo de Hacienda al Gobernador de Vélez, comunicándole la consignación de los bonos de deuda para pagar, en las dos adjudicaciones; y oficio o nota **número 118**, de **18 de agosto de 1836**, en el expediente de Sánchez, y en que se transcribe el anterior y se ordena extender la escritura, y sin número, pero de la misma fecha, en que se transcribe también el anterior y se ordena extender la escritura, en el expediente de Castañeda.

Y no se puede admitir, porque para las adjudicaciones, como es obvio, tenían que llevarse expedientes separados, pues para cada una debían agregarse planos diferentes, diligencias de remate distintas, y resoluciones especiales del Poder Ejecutivo, como se arguye en la demanda. Basta tener en cuenta la legislación vigente en aquella época, para concluir que las diligencias tenían que llevarse en expedientes separados. Lo cual hace concluir que si los oficios o notas de una autoridad a otra podían ser remitidos en un mismo paquete, como se alega, por la parte demandada, no podrían tener el mismo número ni ser casi idénticos.

Al contestar la demanda admite el señor apoderado lo de la necesidad de los expedientes separados, aunque sin darle trascendencia a la casi absoluta identidad de los documentos, pues considera que son distintos "en los puntos que tenían que serlo". "Precisamente de conformidad con las disposiciones vigentes en 1837 sobre adjudicación y enajenación de tierras baldías —dice— las actuaciones antecedentes de estas escrituras de adjudicación están demostrando que se llevaron en expedientes separados, en cada uno de los cuales debieron quedar determinados comprobantes, tales como planos diferentes, diligencias de remates propias de cada ejecución, resoluciones

especiales del Poder Ejecutivo, etc.” (f. 100 del cuaderno 1).

Pero como se trae el posible error como explicación de la identidad, basta responder con el Ministerio de Industrias que es admisible el error en la cita de uno o más documentos, pero no la igualdad de esas citas, porque el error es accidental, pero no puede ser sistemático y repetido, como en el caso de que se trata. “Bien puede suceder —dice— que al citarse la fecha o el número de un documento se cite los que corresponden a otro, y hasta puede ocurrir que en diversas ocasiones se cite erróneamente un número o una fecha citados equivocadamente antes, pero es inadmisibles que en todas las ocasiones en que se citan tales documentos, por su número o por su fecha, las citas correspondan precisamente a documentos de otro expediente”.

Para terminar este aparte, sólo resta contestar un argumento esgrimido para enervar el indicio que resulta de la casi identidad de los documentos de las dos escrituras y que consiste en afirmar que el Ministerio de Industrias ha dicho que “los documentos que aparecen incorporados en la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez son los mismos que se incorporan en la escritura de adjudicación a los herederos de Jerónimo Castañeda”, pues quien dice los mismos quiere expresar identidad y tal identidad no existe.

No se contestara el peregrino razonamiento, si no se hubiera reiterado, y si la Corte, en el fallo del juicio breve y sumario, no lo hubiera acogido. Y se contesta diciendo que del contexto de la Resolución, del contexto de la demanda y de las alegaciones de la parte actora, se traduce fácilmente que no se ha alegado una identidad absoluta, pues son distintos en unos y en otros documentos, el nombre del adjudicatario, de la cosa adjudicada y del precio; y que si la identidad no fuera “casi absoluta”, sino absoluta simplemente, o sea, si los compradores, la cosa comprada y el precio fueran también idénticos, no habría habido sino una sola escritura de adjudicación y no dos escrituras de adjudicación y entonces este pleito no existiría por sustracción de materia.

Los demás argumentos se refieren todos a la autenticidad de la escritura de los herederos de Jerónimo Castañeda. Pero ya en el aparte anterior se dejó estudiado todo lo relativo a la tantas veces mencionada escritura.

Por ahora debe concluir la Sala que la inexplic-

able “casi absoluta identidad” de los documentos incorporados en la escritura de adjudicación de tierras a Juan Florentino Sánchez con los incorporados en la escritura de adjudicación de tierras a los herederos de Jerónimo Castañeda, induce a pensar que la una se tomó de la otra y que, por tanto, no se otorgó por las personas, ante las autoridades, ni en las circunstancias de lugar, tiempo y modo que en una de las dos se expresa.

En seguida se estudiará el indicio más unido a éste, o sea, el de no haberse encontrado en el protocolo de la Notaría donde se dice, que se otorgó el instrumento, la matriz u original del mismo.

2) La inexistencia de la escritura originaria de adjudicación de Juan Florentino Sánchez, es otro indicio de su falsedad, pues, como alega la demanda, no se ha “demostrado satisfactoriamente que este hecho obedezca a causa extraña”.

Dentro del juicio breve y sumario practicó esta Sala de la Corte una inspección ocular en el protocolo de la Notaría de Vélez, “con el objeto de acreditar si en él existe o no el original de la escritura de 22 de noviembre de 1837”. “Hecho el examen —dice el acta de la diligencia— se constató que no existe en el protocolo el mencionado documento”. Pero como debían averiguarse “las causas de la no existencia de ese original en el protocolo”, la Sala recibió las declaraciones del Notario Matías Cavanzo y del señor Próspero Benavides, este último en su calidad de testigo actuario.

El primero dice que la causa de la inexistencia del documento fue el incendio que en la última guerra hizo el batallón Marín del archivo de la Notaría, incendio que presencié; que en la Notaría hay huellas del incendio, “pues se encuentra (sic) varios legajos quemados en parte”; que “del año de 1837 no hay en la Notaría otros documentos distintos de los que figuran en el legajo que examiné la Sala”; y que es del dominio público allí que el batallón Marín incendió “parte del archivo de la Notaría de esta ciudad” (f. 87 del cuaderno 4).

El segundo afirma también que tuvo conocimiento de que era archivo de la Notaría el incendiado en la última guerra; pero que no se sabe “a qué años correspondería el protocolo quemado”; sobre todo, “yo no presencié el incendio”, dice, “pero el hecho fue público en esta ciudad” (f. 86 v. del c. 4).

A estos datos se añade el de la exposición del Registrador de Vélez, quien también dice que el

archivo de su oficina está incompleto, en su concepto, porque siendo muy niño había en la plaza de la población "fuerzas armadas que quemaban papeles, pero no sé precisamente a qué archivo pertenecían los papeles quemados" (f. 88 del c. 4).

Por último, el Secretario de la Prefectura de Vélez, informaba al Prefecto, el 15 de febrero de 1921, lo siguiente: "En esta oficina existen varias clases de archivos pertenecientes a diversas oficinas, el cual fue hallado en la revolución pasada, en la plaza pública, según datos, el cual no figura en el inventario y está muy desarreglado, mutilado y quemado en parte los expedientes" (f. 100 del c. 5).

En la segunda instancia se recibieron las declaraciones del mismo Matías Cavanzo, de Julio Cortés Acuña, de Buenaventura Lanos y de Antonio González Olarte (folios 41 y vuelto del cuaderno 13).

Cavanzo dice que cuando el batallón Marín entró a Vélez estaba en cama con tifo, pero que luego fue *vox populi* que ese batallón había incendiado los archivos de la Notaría y que había observado huellas de ese incendio.

Cortés Acuña afirma también que el mismo batallón había quemado el archivo de la Notaría y "lo que no quemaron se lo llevaron por las calles"; que apenas había sido una parte —dice luego— porque habían suspendido el incendio.

El tercero vio los rastros del incendio, sucedido en el mes de febrero de 1902, una vez pasado éste.

Y González Olarte vio en Vélez, en 1902, "expedientes o protocolos de la Notaría regados en la plaza, unos quemados y otros en buen estado que se lo llevaron las gentes".

Hay aquí, en concepto de la Sala, un hecho cierto, que es la inexistencia del documento en el archivo de la Notaría, donde se dice que fue extendido y donde debía encontrarse. Y este hecho cierto pretende explicarse por el posible incendio de parte del archivo, lo que no pasa de ser una conjetura más o menos aceptable, pues para ser contradicho con eficacia sería necesaria la prueba de que el protocolo incendiado había sido el correspondiente al año de 1837, cuando la Corte, en la inspección ocular, sólo encontró huellas de incendio en los expedientes de 1850 y 1867, "pues los documentos se encuentran quemados en parte".

De más entidad es el argumento de que los libros del protocolo de la Notaría y los de la Re-

gistratura de Vélez adolecen de graves deficiencias y que sólo valdría la prueba si se hubiera acreditado que los archivos han sido conservados en perfecto buen estado, y lo que está probado es lo contrario, o sea, el deplorable abandono y descuido con que aparecen los protocolos antiguos.

La circunstancia anotada es evidente, pues como se hizo constar en la citada diligencia de inspección, de que se viene hablando, el protocolo de 1837 "se encuentra incompleto: hay en él varias escrituras de diversos años y fechas distintas, legajadas sin orden. También se encuentra la anotación de varios folios sin orden en las páginas del legajo. La última escritura que aparece es otorgada en San Benito el 9 de octubre de 1828" (f. 45 v. del c. 6).

A pesar de ello, la Sala estima que el indicio conserva su valor de prueba incompleta, que es el que tiene. Dejándolo en ese valor, habrá que averiguar si otros datos lo refuerzan haciendo ver, no que desapareció el original por destrucción, sino porque el documento original nunca existió.

El señor Procurador, en el juicio breve y sumario, comenta al respecto:

"La falta del original de la pretendida escritura de 22 de noviembre de 1837, plenamente comprobada en la inspección ocular llevada a efecto sobre el respectivo protocolo, no se ha explicado satisfactoriamente en forma que la haga aparecer como obra de fuerza extraña. Se ha querido atribuírle a un incendio del archivo notarial en la guerra del 99, y efectivamente se observaron sus huellas en la mencionada inspección, fuéramos de que dos testigos, uno de referencia, afirmaron el hecho. Pero es lo cierto que en el legajo correspondiente al año de 1837, que fue materia de especial examen por la Sala, no se observó huella de incendio que hiciera probable la destrucción de la escritura por ese medio.

"De donde surge fatalmente este dilema: o no existió escritura alguna original de adjudicación y venta de baldíos a Juan Florentino Sánchez, o fue sustraída del protocolo con fines fraudulentos. Y tanto la una como la otra hipótesis refuerzan en sumo grado la tesis de la falsedad de la copia expedida en el año 65. Porque si no existió ninguna escritura, la falsedad sería integral. Y si existió, no por puro capricho se la sustrajo del protocolo. La destrucción por el fuego no es sino una simple creencia del Notario y del otro declarante".

Ya se indicaron los testimonios que se adujeron en la segunda instancia, y que no modifican la situación probatoria sobre el indicio; el original de la escritura no se halló donde debía hallarse y la hipótesis explicativa del incendio no ha sido demostrada.

Se analizará en seguida otro indicio íntimamente ligado a los dos que se dejan expuestos, cual es el de analizar los documentos confirmatorios de la existencia de la escritura de los Castañedas, que excluyen la existencia de la de Sánchez.

3) No existe ninguna constancia en los archivos nacionales de los documentos que figuran en la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez.

“En cambio —dice la demanda— de los documentos insertos en la escritura de adjudicación a los herederos de Jerónimo Castañeda, existen en el Archivo Nacional de Bogotá dos documentos originales y auténticos y otro en copia, que hacen enteramente verosímil la adjudicación de tierras” a los herederos del mentado Castañeda.

Además, reposa también en el Archivo Nacional un “copiador de Resoluciones sobre adjudicación de tierras baldías”, según el cual, el 2 de julio de 1835 se dictaron y comunicaron siete resoluciones de adjudicación de tales tierras, entre ellas la de Jerónimo Castañeda.

Aquellos documentos y esta lista de adjudicaciones por referirse a los documentos de adjudicación de tierras a Jerónimo Castañeda, citados en la de Juan Florentino Sánchez, excluyen la verosimilitud de la adjudicación de tierras baldías al mencionado Sánchez, como se alega en varios pasajes de la demanda, según se verá en este mismo aparte.

La Sala estudia este hecho en seguida del anterior, en guarda de un orden más lógico, para seguir el encadenamiento de factores que permitan un mejor concepto global de los elementos de convicción que se presentan.

El primer documento original tomado del Archivo Nacional, en copia expedida por el Archivero Nacional y autorizada por el Ministerio de Gobierno, es la nota número 424 de 12 de abril de 1936, con el fin de remitir el vale de deuda número 1705, para pagar el remate de Jerónimo Castañeda. Dice así:

“Número 424.—República de la Nueva Granada.—Secretaría de Estado del Despacho de Ha-

cienda.—Bogotá, 12 de abril de 1836.—SS. Tesoreros Reales.

“El Sor. José María Arenas ha elevado al gobo. la repon. y el vale de la deuda consolidada de Colombia de la inscripción al 3% qe. acompaño a UU. cuyo capital es de 500 p. (quinientos pesos) y su número es de 1705.

“El objeto en qe. se presenta es el de cubrir el valor de 500 fanegadas de tierras baldías situadas en el camino del Carare, prova. de Vélez y rematado por el señor Jerónimo Castañeda, cuyo expediente también acompaño a UU. para que hagan la liquidación e informen de su resultado. Dios guarde a Ud.—José María Cárdenas” (f. 25 del c. 1 y 60 v. del c. 4).

Esta copia fue tomada del tomo 12 de la Secretaría de Hacienda, página 339, por el Archivero Tomás Galarza, cuya firma como tal fue autenticada por el Ministerio de Gobierno.

El certificado o recibo de J. de D. Aranzazu es el segundo documento original, y dice así:

“Número 25—J. de D. Aranzazu, Secretario de Edo. en el despacho de hacienda.—Certifico en cumplimiento del artículo 1º de la lei de 13 de junio últ., adicional a la de 20 de abril de 1838 que habiendo rematado el Sor. Jerónimo Castañeda ante la Junta de hacienda de la provincia de Vélez cuatrocientas treinta i cinco fanegadas de tierras baldías al precio de ocho reales cada una situadas a orillas del camino del Carare, presentó para cubrir su importe el Sor. José M^{ra} Arenas una obligación de deuda consolidada de Colombia de inscripción al tres por ciento número 1705, capital quinientos pesos; i hecha la correspondiente liquidación por la tesorería jeneral de hacienda i por la comisión auxiliar de la plenipotencia granadina, resulta que aplicados al pago de las tierras el capital de dicha obligación i los intereses devengados hasta el diez de abril de mil ochocientos treinta y seis, queda a favor del Sor. Castañeda un residuo de ciento ochenta i un pesos cinco i cuarto reales (181 ps. 5,¼) por capital, que gana el interés de tres por ciento anual (3%) desde once de abril de mil ochocientos treinta i seis inclusive.

“I para los efectos que expresa el citado artículo 1º de la lei de 13 de junio último, doi la presente en Bogotá a veinte i tres de septiembre de mil ochocientos treinta i nueve.—J. de D. Aranzazu”.

Al través de la primera cara del folio aparece

la cancelación en letra roja, con fecha de 6 de octubre de 1840, firmada debidamente.

La copia de este documento fue expedida por el Archivero Nacional, del tomo 1º de la "Miscelánea General", años de 1880 a 1882, página 0979, y la firma del Archivero que la expidió se halla autenticada como tal por el Ministerio de Gobierno (fls. 25 del c. 1 y 61 del c. 4).

El documento en copia es la resolución número 40, de 2 de julio de 1835, cuyo tenor es el siguiente:

"Julio 2—Número 40.

"Instruido el Presidente de la Repca. del contenido del ofo. de V. S. fha. 10 del pppo. mayo número 86, ha resuelto lo q. copio:

"Examinado este expediente resulta lo sigte.

"En 28 de mayo de 1834 denunció el Sr. Jerónimo Castañeda unas tierras baldías situadas en Carare ofreciendo comprar 500 fanegadas en esta forma: 150 en el río Horta desde el vado público hasta la quebrada Gallegos; 100 en Flores desde la pena del senisero hasta la quebrada del cementerio, y 250 en la Punta desde la quebrada de Cruces hasta el cascajo morado, y pagarlas en documentos de deuda consolidada.

"En dicho día mandó pregonar el Gobor. la propuesta por el término de 30, i en 2 de julio nombró a Agustín Leland i José M^a Landázuri, pa. q. midiesen, fijasen sus linderos y levantasen un mapa; el 1º desde el puente de la quebrada Gallegos en línea recta al Norte hasta encontrarse el río Horta, siguiendo río abajo hasta una quebradita o sankita (sic) inmediata al vado público y de allí siguiendo el camino real hasta el puente de Gallegos, el cual tiene 150 fanegadas; el 2º al frente sobre el camino y del lado de arriba desde la peña del cenicero hasta la quebrada de Flórez, y tiene 550 varas siguiendo la quebrada arriba 20 cabuyas o 2000 varas en donde se fijó un mojón, de allí en línea recta a la peña del cenisero y sigue esta peña abajo hasta el primer lindero, cuyo terreno comprende 110 fanegadas; y el 3º desde el puente de la quebrada de cruces en línea recta al Oriente al río Horta siguiendo río abajo hasta la cuchilla que separa tierras pedidas por el señor Agustín Leland, de allí en línea recta al poniente hasta el camino público, de allí siguiendo todo el camino desde la loma del alto de cascajo morado hasta el puente de la quebrada Cruces q. es el primer lindero y tiene 175 fanegadas.

"Elevado el expediente al P. E. se decretó en

1º de dice. que debieran practicarse ciertas diligencias indispensables, y en consecuencia los peritos agrimensores prestaron juramento ante el Gobor. declarando que la comisión que les había sido conferida, había sido desempeñada a su leal saber y entender; el Alcalde parroquial de Flores certificó que no había colindantes ningunos a quienes citar; y los testigos Antonio Pinzón, Pedro Pinzón, Lucas Pinzón y Franco Xavier Pinzón declararon bajo juramento que dichas tierras son baldías y de la propiedad de la Nación; y por último en 7 de mayo en pública almoneda se hizo el remate a favor del señor Jerónimo Castañeda pr. 435 ps. pagaderos en vales de la deuda doméstica consolidada de inscripción al 3 p. %, bajo la condición de q. si se descubre que el terreno medido comprende mayor extensión de las 435 fanegadas, el exceso será siempre de propiedad de la República.

"A virtud de estos hechos el gobo. adjudica al Sr. Jerónimo Castañeda las 435 fanegadas dentro de los linderos expresados, y dispone que presentadas que sean las obligaciones de deuda consolidada de inscripción al 3 p. % la tesa. de la Prova. otorgue a nombre del gobo. la correspondiente escritura de venta; luego que se dicte la orden del caso pr. la seca. de Hacienda, y en cuya escritura se insertará esta resolución y el acto de remate q. se remitirá en copia.

"Lo comunico a V. S. pa. lo de su cargo, acompañando la copia que se expresa. S. D."

También la copia de ese documento fue expedida por el Archivero Nacional, cuya firma como empleado oficial fue reconocida por el Ministerio de Gobierno, y fue tomada del tomo 2º de la Gobernación de Vélez, años de 1834 y 1835.

Y la lista de adjudicaciones contenidas en el cuaderno o libro que figura en el Archivo Nacional, es como sigue:

"Número 12.—7 de marzo de 1835.—500 fanegadas adjudicadas a Antonio Díaz, así: 117½ fanegadas sobre el camino del Carare y lindando por el norte con el río Horta; y 380½ fanegadas sobre el río Guayábito.

"Número 38.—Julio 2 de 1835.—10001 fanegadas al General Francisco de Paula Santander.

"Número 39.—Julio 2 de 1835.—1157 fanegadas adjudicadas al Dr. Domingo C. Cuenca.

"Número 40.—Julio 2 de 1835.—435 fanegadas adjudicadas al señor Gerónimo Castañeda.

"Número 41.—Julio 2 de 1835.—236 fanegadas adjudicadas al señor Miguel Lozano y Peynado.

"Número 42.—Julio 2 de 1835.—100 fanegadas adjudicadas al señor José Morales.

"Número 43.—Julio 2 de 1835.—500 fanegadas adjudicadas al señor Rafael María Vásquez.

"Número 44.—Julio 2 de 1835.—200 fanegadas adjudicadas al señor Claudio Olarte.

"Número 45.—Julio 4 de 1835.—500 fanegadas adjudicadas al señor José Morales.

"Número 46.—Julio 4 de 1835.—2000 fanegadas adjudicadas al señor Domingo Cipriano Cuenca.

"Número 47.—Julio 4 de 1835.—500 fanegadas adjudicadas al señor Dr. Rafael María Vásquez.

"Número 60.—Agosto 5 de 1835.—600 fanegadas adjudicadas al señor Leonardo Benito.

"Número 61.—Agosto 5 de 1835.—46 fanegadas adjudicadas a los señores Bernardo Olarte y Eugenio Osma.

"Número 62.—Agosto 5 de 1835.—1000 fanegadas adjudicadas al Sr. José María Arenas.

"Número 63.—Agosto 5 de 1835.—1000 fanegadas adjudicadas al Dr. Bernardino Tobar.

"Número 71.—Agosto 18 de 1835.—1147 fanegadas adjudicadas al Sr. José María Triana.

"Número 72.—Agosto 18 de 1835.—114 fanegadas de tierras baldías adjudicadas a los señores Bernardo Olarte y Eugenio Osma.

"Número 73.—Agosto 18 de 1835.—396 fanegadas adjudicadas al Sr. Joaquín Serna.

"Número 91.—Octubre 27 de 1835.—1136 fanegadas adjudicadas al señor Agustín Leland.

"Número 92.—Octubre 27 de 1835.—971 fanegadas al señor Agustín Leland.

"Número 93.—Octubre 27 de 1835.—500 fanegadas adjudicadas al señor Sixto Galindo.

"Número 94.—Octubre 27 de 1835.—1137 fanegadas adjudicadas al señor Agustín Leland.

"Número 107.—Noviembre 13 de 1835.—245 fanegadas adjudicadas al señor Agustín Leland.

"Número 108.—Noviembre 16 de 1835.—158 fanegadas adjudicadas a los señores Juan Isidoro y Juan Nepomuceno Téllez.

"Número 112.—Noviembre 16 de 1835.—44 fanegadas adjudicadas a Antonio Cubides y Juan Nepomuceno Téllez" (fols. 65 v. del c. 4 y 28 v. del c. 1).

También fue expedida la copia de los datos anteriores por el Archivero Nacional, de quien autentica la firma igualmente el Ministerio de Gobierno.

Entrando a analizar tales documentos confirmatorios, se tiene que la nota número 424, el recibo número 25 y la nota o resolución número 40, se

refieren a la adjudicación de tierras a Jerónimo Castañeda, en concordancia perfecta con los datos que ofrecen los documentos de dicha escritura. Como lo expresa el Tribunal, se refieren "concreta y exclusivamente a la adjudicación de 435 fanegadas de tierras baldías a Jerónimo Castañeda", por lo cual no resulta admisible que hubieran sido reproducidos sus datos en la escritura de adjudicación a Sánchez, con las modificaciones indispensables, sin recibir en ésta la tacha de falsedad.

Y en cuanto al cuaderno de apuntes de adjudicaciones, comenta el Ministerio de Industrias en su citada Resolución del 7 de mayo de 1931:

"Por las listas de las resoluciones de adjudicación tomada del libro copiator de resoluciones que reposa en el Archivo Nacional, aparece que el día 2 de julio de 1835 se dictaron y comunicaron siete (7) resoluciones distintas de adjudicación de tierras baldías, marcadas con los números 38, 39, 40, 41, 42, 43 y 44, las cuales se refieren, respectivamente, a la adjudicación de 10.001 fanegadas al General Francisco de Paula Santander 1.157 al doctor Domingo C. Cuenca, 435 al señor Jerónimo Castañeda, 236 al señor Miguel Lozano y Peynado, 100 al señor José Morales, 500 al señor Rafael María Vásquez y 200 al señor Claudio Olarte.

"La circunstancia de haberse dado en un mismo día, el 2 de julio, varias resoluciones de adjudicación podría alegarse para decir que se incurrió en un error al transmitir con el número 40 una resolución que llevaba un número distinto, y que dicho error pasó a la escritura de adjudicación correspondiente. Pero tal argumentación no es aceptable, porque, como se ha visto, cada resolución llevaba un número propio y así se comunicaba al Gobernador respectivo".

La parte demandada, en su alegato de conclusión de la primera instancia, acepta que "está demostrado, con datos que la propia resolución del Ministerio de Industrias suministra, y con otros que aparecen en la documentación al estudio de la Corte, que en el año de 1835 hubo numerosas adjudicaciones de tierras baldías en la región del camino de Carare, y que en una misma fecha solían efectuarse varios remates. Así, el 7 de mayo de 1835, día en que según el título de Juan Florentino Sánchez se efectuó el remate de tierras a favor de éste, se practicaron los remates a favor del General Francisco de Paula Santander y de Jerónimo Castañeda. De otro lado, el encargado

del Archivo Nacional, en la lista que envió al Ministerio y que se halla reproducida en la resolución del Ministerio de Industrias, enumera en una misma fecha, 2 de julio de 1835, siete adjudicaciones distintas" (f. 112 v. del c. 1-A).

No debe dejarse de anotar el contraste que salta a la vista en las adjudicaciones del 2 de julio, entre las 10.001 fanegadas al General Santander, Libertador de la República, que es la referente a mayor extensión territorial fuera de la de Sánchez, y que resulta verdaderamente insignificante al lado de la enorme extensión que se atribuye a un modesto ciudadano, Juan Florentino Sánchez, en cantidad de 150.000 fanegadas.

En contra de este indicio se arguye: que el certificado número 25 "no es parte integrante del título otorgado a los herederos de Jerónimo Castañeda" ni debía "formar parte del título de dominio"; que no existe "copia alguna auténtica de la Resolución número 40, de 2 de julio de 1835", como lo prueba la diligencia de inspección ocular del 6 de noviembre de 1939; que la nota número 424 "no es de los documentos integrantes de la adjudicación hecha a los herederos de Jerónimo Castañeda", ni "es pieza citada en la titulación Castañeda"; y, en fin, que el llamado copiador de resoluciones no es tal libro, no está autenticado por nadie y, sobre todo, está incompleto, pues no contiene citas de otras adjudicaciones hechas y en otros datos fehacientes hay adjudicaciones de las cuales no se cita ni una sola en el tal libro copiador del Archivo Nacional.

Procede, pues, la Sala a analizar estos razonamientos para concluir si este indicio puede darse por acreditado o si carece de valor.

Es evidente de toda evidencia que el certificado número 25, o sea, el recibo de J. de D. Aranzázu no es parte integrante del título otorgado a los herederos de Jerónimo Castañeda ni es documento que al tenor de las disposiciones legales vigentes debiera formar parte del título de dominio referido, como se alega en la contestación de la demanda. Precisamente de tales circunstancias se deduce mayor convicción de autenticidad de la escritura de los Castañedas y de no tenerla la escritura de adjudicación a Sánchez.

En efecto, tal documento acredita varios hechos, "los que el mismo certificado acredita, referentes a la práctica de diligencias que según la ley eran indispensables para la adjudicación por compra de terrenos baldíos. Como tal certificación no se expidió para que formara parte de las diligencias

sobre adjudicación de tierras a favor de los herederos de Jerónimo Castañeda —dice la Resolución citada del Ministerio de Industrias de 7 de mayo de 1931— sino que fue dado para acreditar que los representantes de éste podían cobrar una suma de dinero que adeudaba el tesoro nacional, y es posterior a la escritura de adjudicación, la prueba que, de él resulta, por lo mismo que se refiere a un hecho independiente de la adjudicación propiamente dicha, da notable relieve a aquélla y es testimonio mayor de toda excepción acerca de que la adjudicación a Jerónimo Castañeda realmente existió".

Que no existe copia alguna auténtica de la resolución número 40, de 2 de julio de 1835, como lo prueba la diligencia de inspección ocular del 6 de noviembre de 1939, se afirma también en la contestación de la demanda.

El Jefe del Archivo Histórico Nacional certifica que esta pieza es copia "del documento que en copia y sin firma aparece a folio 33 del Libro copiador de correspondencia, abierto por la Secretaría de la Hacienda Nacional con la Gobernación de Vélez" (f. 29 del c. 1). La circunstancia de que el documento obra en copia y sin firma, no le quita el valor de indicio, dada la coincidencia de los datos que contiene con los de los documentos de los Castañedas, que, como ya se anotó anteriormente, excluyen la autenticidad de la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez. Para negarle su valor sería necesario afirmar que los documentos no son oficiales, o que son falsos, y tales afirmaciones no pueden hacerse.

Al respecto conviene recordar que la ley 40 de 1932 sobre registro y matrícula de la propiedad, dispuso, en su artículo 29, que "las copias expedidas por el Jefe del Archivo Nacional, de acuerdo con lo que dispone la presente ley, tendrán los mismos efectos y fuerza de las autorizadas por los Notarios".

Otro de los argumentos aducidos en contra del indicio es el de que "la nota u oficio número 424, de 12 de abril de 1836, de la Secretaría del Estado en el Despacho de Hacienda, no es de los documentos integrantes de la adjudicación hecha a los herederos de Jerónimo Castañeda el 18 de noviembre de 1837, y no es pieza citada en la titulación Castañeda", como se arguye en la contestación de la demanda.

La demanda lo que dice es que lo expresado en la nota número 424, "coincide exactamente con lo que relata la resolución sobre adjudicación de esas

tierras a Castañeda, que aparece inserta en la escritura". Esto es, la nota u oficio no figura con el número y fecha indicados en ninguna de las escrituras, pero el contenido sí es el mismo en la nota y en la escritura de Castañeda. De esta suerte y, como la demanda lo alega, tal documento "se refiere de modo concreto a la consignación de un vale de la deuda doméstica consolidada, para cubrir el valor de los terrenos rematados por Jerónimo Castañeda", por lo cual indica que, al reproducirse, con los indispensables cambios, en la escritura de Sánchez, permite dudar de la autenticidad de este último documento.

En efecto, en la dicha adjudicación a los herederos de Castañeda, por la nota número 66, de 30 de julio de 1836, le comunica el Secretario de Estado en el ramo de hacienda al Gobernador, que el rematador Castañeda había consignado, por intermedio de José María Arenas, el valor del remate aprobado por resolución número 40, de 2 de julio de 1835. Y en la adjudicación a Juan Florentino Sánchez, por la nota número 66, de 30 de julio de 1836, el Secretario de Estado en el ramo de hacienda le comunica también al Gobernador que el rematador Sánchez había consignado, por intermedio de José María Arenas, el valor del remate aprobado por resolución número 40, de 2 de julio de 1835.

La coincidencia de los datos es indudable, se repite, y el que figuren en la escritura de los Castañedas hace excluir la autenticidad de la de Sánchez. Y la excluye, porque el oficio o nota número 424 se refiere a la consignación del vale número 1705, para pagar las fanegadas de tierra de Jerónimo Castañeda.

En cuanto al copiator de resoluciones, acepta la Sala que no es un libro, que es incompleto, que no tiene firma responsable que lo autentique y, en fin, que "no detalla todas las adjudicaciones hechas en el año de 1835 con indicación del beneficiario y del número de fanegadas adjudicadas". Tales circunstancias no le quitan su valor indiciario al hecho de que, entre las siete adjudicaciones hechas en el mismo día, 2 de julio, y con el número 40, que es la fecha y el número alegados como de la adjudicación a Sánchez, se encuentre es la adjudicación a los herederos de Jerónimo Castañeda. Y no se puede negar que tales apuntes forman parte de documentos conservados en el Archivo Nacional, cuya autenticidad no puede desconocerse, pues hay que suponer que fueron hechos por quien debía estar encargado de

hacerlos, pues no hay razón alguna para afirmar lo contrario.

Estas circunstancias se comprobaron en la inspección ocular practicada el seis de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, en la cual se dejó constancia que el tal libro o cuaderno se llevaba "en la Gobernación de Vélez" y que era "un anotador de oficios o comunicaciones enviados" por dicha Gobernación, aunque "sin expresar la persona o entidad a quien iban dirigidos, ni la fecha ni la firma del funcionario respectivo. Al margen de las anotaciones o extractos figura el número de orden de éstos, y en algunos se hizo constar la fecha". El Procurador deja constancia de "que algunas anotaciones contienen extractos de resoluciones de adjudicaciones de baldíos, entre ellas, una a Jerónimo Castañeda por cuatrocientas treinta y cinco fanegadas en el Carare, que lleva al margen en el número de orden del libro, el número 40 y fecha julio 2". También hizo anotar el Procurador que "entre las anotaciones que figuran en el libro o cuaderno examinado no aparece ninguna que se refiera a adjudicación de terrenos a favor de Juan Florentino Sánchez" (f. 46 del c. 6 y subraya la Sala).

Así las cosas, es preciso concluir aceptando las deducciones que el señor Procurador Delegado hacía en el juicio breve y sumario, a saber, que es excepcionalmente raro que no se hubiera encontrado original alguno de la escritura de adjudicación, a Sánchez, ni del pago del precio, ni documento alguno confirmatorio de ella. "Jamás ha sido descubierto ni presentado por los particulares interesados el menor documento oficial que tenga alguna relación con los que tan sólo en copia se han exhibido, y que hagan siquiera probable la existencia de sus originales, siendo así que, según resulta del proceso, los pretendientes a la propiedad del petróleo han ido hasta lo último en la búsqueda de datos que pudieran serles provechosos".

En el informe del Procurador, doctor Elías Romero, de 14 de junio de 1920, dice que "existe una certificación del Archivo Nacional, fecha cinco, de marzo último, en que asegura que se ha buscado en el archivo la adjudicación hecha a Juan Florentino Sánchez, denominado "Título del Carare o de las Flórez", y no se ha encontrado dato ninguno, ni tampoco se ha encontrado nada referente al pago hecho en la Tesorería por el señor Juan Florentino Sánchez" (f. 56 del c. 6).

Para concluir, debe contestarse un último razo-

namiento que tiene aquí su lugar adecuado, como es el de afirmar que "si bien es exacto que en el archivo nacional no existe o no ha sido hallada la constancia de la adjudicación a Juan Florentino Sánchez, del globo de terrenos baldíos que constituye el título de Carare, Guayabito y Flórez, también es cierto que tal adjudicación figura en la lista o índice general de adjudicaciones que se lleva en el Archivo del Ministerio de la Economía Nacional. Allí figura Juan Florentino Sánchez con 96.000 hectáreas en Guayabito, cabida que corresponde exactamente a las 150.000 fanegadas que comprende el título Sánchez" (f. 125 del c. 1-A).

Por ahora se responde diciendo que tanto vale esta constancia, como vale la inscripción hecha ante el Tesorero Municipal de Bolívar (S.), pues en el Ministerio se hizo el registro de la copia de la escritura "según la relación enviada por el Tesorero Municipal de Bolívar (Departamento de Galán), en oficio número 25, fechado el 10 de diciembre de 1917". Ya se verá en otro lugar que la inscripción o registro de otra copia que se dice fue realizado ante el citado Tesorero, y del cual se tomaron los datos para la inscripción o registro en el Ministerio, no trae ningún peso probatorio en favor de la autenticidad de la escritura de Juan Florentino Sánchez.

4) Las circunstancias de tiempo en que fue hecha la expedición y protocolización de la copia de la escritura de Sánchez, constituyen otro indicio alegado en la demanda como prueba de que no es auténtica, comparándola con las circunstancias en que se extendió y protocolizó la de los Castañedas.

A propósito recuerda la demanda que de tales escrituras solamente existen copias "que se dicen tomadas de sus originales": "la que aparece expedida por el Notario de Vélez el 10 de marzo de 1865, protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá, el 27 de mayo de 1921, bajo el número 778, referente a la adjudicación de 150.000 fanegadas de tierras baldías a Juan Florentino Sánchez; y la que se incorporó en el protocolo de Vélez, correspondiente al año de 1849, que aparece extendida en 1840, sobre adjudicación a los herederos de Jerónimo Castañeda de 435 fanegadas de tierras baldías".

Pues bien, la copia de la escritura de los Castañedas se expidió el 20 de mayo de 1840 "y figura en un archivo público, en calidad de docu-

mento auténtico, desde el 20 de octubre de 1849", es decir, que aparece como protocolizada "nueve años después de su expedición". Es más, esta copia aparece expedida por el mismo Notario que autorizó la escritura original, Francisco S. García, lo que le da mayor relieve a su autenticidad.

Esta copia, anota también la demanda, "no se protocolizó expofeso", es decir, "para que quedara constancia de los hechos sobre venta y adjudicación de terrenos baldíos que en ella se mencionan, sino que la protocolización se hizo con motivo del otorgamiento de una escritura por la cual Antonio María Díaz garantizó al Estado su manejo como Administrador General de Hacienda de la Provincia de Vélez, cargo para el cual había sido nombrado". Al efecto, se obligaron como sus fiadores Pedro e Ignacio Castañeda y Antonia Palomino, quienes señalaron de modo especial y concreto como bienes para responder "los terrenos a que se refiere la escritura de adjudicación ya mencionada".

La copia de la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez aparece expedida el 10 de marzo de 1865, fue registrada el 13 del mismo mes, pero no se protocolizó hasta el 27 de mayo de 1921, "es decir, cincuenta y seis años más tarde, y su protocolización fue hecha por el señor Leonard William Berry". Dicha copia no fue expedida por el mismo Notario que autorizó el original, lo que hace que no tenga esa circunstancia en favor de su autenticidad.

Esta copia, además, si fue protocolizada expofeso, o sea, "por persona interesada en la validez y firmeza de la venta y adjudicación de tierras a que ese instrumento se refiere", pues el señor William Berry compareció a hacer la protocolización como apoderado o representante de la Lobitos Oilfields Limited.

Entrando a analizar las anotadas circunstancias, debe decirse que los datos que se alegan en este aparte están plenamente acreditados. Y tales datos permiten pensar que Juan Florentino Sánchez no tuvo en su poder copia registrada de la escritura de adjudicación, de 22 de noviembre de 1837. "Según documentos traídos al proceso por la propia Compañía —dijo el señor Procurador en el juicio breve y sumario— Juan Florentino Sánchez murió dejando descendientes legítimos como herederos... y es verosímil que quien adquirió en 1837 la enorme extensión de ciento cincuenta mil fanegadas de tierra, pagando por ella la cantidad de ciento cincuenta mil pesos, no hu-

biera obtenido y conservado para él y para sus herederos una copia registrada de tan valiosa propiedad?”.

“Nótese —concluía el Procurador— que la copia del año 65 no aparece expedida para el pretendido adquirente Juan Florentino Sánchez, sino para **Jerónimo Argüello**, en virtud de solicitud de éste”. Rara es, en verdad, la intromisión de Argüello en la titulación que vino por los herederos de Sánchez a Rafael y Rufiniano Téllez y, en últimas, a la Compañía Explotadora del Carare. Es posible que luego haya oportunidad de hablar sobre este punto.

Conviene destacar la circunstancia de que no consta que la copia hubiera sido la primera, tomada de la matriz u original, pues lo que dice el Notario es que se trata de “copia exacta que expido para el señor Jerónimo Argüello, en virtud del auto inserto del señor Juez Superior del Circuito, hoi diez de marzo de mil ochocientos sesenta y cinco, en cuatro fojas. El Notario (fdo.), **Ignacio Herrera**” (f. 8 v. del c. 1).

Respecto del registro se anota que esta Sala, en la inspección de veintitrés de octubre, examinó en la Registratura de Vélez los libros numerosos de 1837 a 1865, y, aunque “se observó que muchos de los libros mencionados se hallan incompletos”, dejó constancia de que “desde la fecha de la escritura de veintidós de noviembre de 1837 atrás mencionada, hasta el 13 de marzo de 1865, no aparece registrado dicho título en ninguno de los libros de esta oficina” (fls. 88 y v. del c. 4).

Al constituirse la sociedad de Uribe Téllez & Cía. se advierte que la escritura de Sánchez aparece como registrada el 13 de marzo de 1865 (f. 69 v. del c. 6).

Volviendo a lo que se comenta en este aparte, se repite que a la Sala no le parece aceptable que no aparezca copia del título y se registre sino veintiocho años después de la fecha en que se afirma que se otorgó, y no se protocolice sino cincuenta y seis años más tarde, o sea, ochenta y cuatro después de la fecha que lleva el mencionado instrumento.

O, como expresa el Ministerio de Industrias en su citada Resolución de 7 de mayo de 1931, “no se explica satisfactoriamente el hecho de que una escritura de adjudicación de 150.000 fanegadas de terreno hubiera permanecido oculta por más de medio siglo, sin que los sucesores del dueño de la adquisición, que bien podrían ser sus herederos, o a falta de éstos, el Municipio de la ubicación

de los terrenos, hicieran algún uso de tan importante patrimonio y del documento demostrativo de su existencia. Ciento cincuenta mil fanegadas de tierra eran en 1865, como son ahora, un inmenso latifundio que no podía pasar inadvertido a las personas directamente interesadas en tan valiosa propiedad.

“Debe también observarse —concluye el Ministerio— que de acuerdo con la constancia que sirve de introducción al texto protocolizado en la Notaría de Bogotá, aparece que la copia de la escritura a que él alude, fue solicitada al Juez Superior del Circuito de Vélez por el señor Jerónimo Argüello manifestando éste, al hacerlo, que pedía tal copia para fines que a él convenían, o empleando sus propias palabras, “que a mis derechos conviene el que usted se sirva ordenar al señor Notario del Circuito que compulse testimonio auténtico...”. Si Jerónimo Argüello pidió en 1865 y para objetos que a él interesaban la copia en cuestión, es también inexplicable que se hubiera limitado a solicitar y obtener tal documento sin hacer de él uso alguno en su propio beneficio”.

En resumen y conclusión y repitiendo lo dicho por el señor Procurador en el juicio breve y sumario, “todo indica que Juan Florentino Sánchez no tuvo en su poder copia registrada de la pretendida escritura. Según dá cuenta el proceso, dicho individuo era un campesino, y todos conocemos el máximo cuidado con que esta gente conserva sus títulos de propiedad inmueble. Si hubiese tenido en su poder la copia, de seguro hubieranla encontrado sus herederos, que eran sus propios hijos, y hubieranla reclamado de éstos los adquirentes de su derecho de herencia”.

Al tratar de este indicio se ataca la copia de la escritura de los Castañedas y se habla de la personalidad y del ningún interés de Sánchez o de sus causahabientes en la explotación de las tierras. Como de los argumentos contra la copia de los Castañedas se habló en otra parte, sólo resta analizar lo referente al interés para la falsificación y lo relativo a la existencia de otra copia de la escritura de Sánchez.

Principiando por el segundo razonamiento, se anota que la parte demandada, al contestar la demanda, apenas afirma que “existen motivos muy fundados para deducir que existe otra copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837”.

A los autos se trajo constancia de la aludida copia, que se dice fue presentada “por la señora

Mercedes Avila de Camacho en su carácter de representante de los derechos pertenecientes a los herederos del señor Heliodoro Ruiz P." ante el Tesorero Municipal de Bolívar, y tal copia es la misma que se le expidió a Jerónimo Argüello por orden del Juez Superior del Circuito y de que se trata en este proceso (f. 118 del c. 6).

Pero la existencia de la copia distinta de que se habla no aparece probada en forma alguna. En efecto, la parte demandada alega que el hecho está demostrado porque en el Municipio de Bolívar y en el Ministerio de Obras Públicas se registró la escritura de 22 de noviembre de 1837 y la copia que se presentó es distinta, supuesto que en ella existían los sellos de la Tesorería de Bolívar y del Ministerio, como lo atestiguan los declarantes José Antonio Cabrera y Bernardo Venegas Dussán.

Pero, como lo alegó la Procuraduría en su alegato de conclusión de la segunda instancia, "la otra copia de la escritura de 1837, de que tanto habla la parte demandada, no fue jamás presentada al Ministerio de Obras Públicas, como erradamente sostiene la Compañía", y al efecto presenta las pruebas de su aserto.

En la inspección ocular practicada por la Corte el 7 de noviembre de 1939 se comprobó que en el libro de registro de baldíos abierto en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 56 de 1905, se encontraba la partida número 49, de 25 de enero de 1908, en la que se dice que se toma nota de varias escrituras "según la relación enviada por el Tesorero Municipal de Bolívar (Departamento de Galán), en oficio número 25, fechado el 10 de diciembre de 1907", relación en la cual figura la escritura de 22 de noviembre de 1837, sobre la adjudicación de 150.000 fanegadas a Juan Florentino Sánchez (f. 91 del c. 4 y subraya la Sala).

Además, en la primera instancia se pidió al Ministerio de la Economía Nacional que remitiera copia de la inscripción hecha y en ella se dice que se toma nota de las escrituras "según la relación enviada por el Tesorero Municipal de Bolívar". Y obra también en copia el citado oficio 25, remitido por el Tesorero del Municipio de Bolívar al Ministerio, en el cual le anuncia el envío de "una relación de los registros de títulos de baldíos verificados en esta oficina en los años de 1906 y 1907, registros verificados en cumplimiento del artículo 17 de la ley 56 de 1907" (fls. 62 y ss. del c. 6).

El Ministerio no tuvo jamás a la vista, pues, para hacer el registro, la copia de la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez y, por tanto, no puede admitirse lo que los testigos Cabrera y Vanegas Dussán afirman, en el sentido alegado por la parte demandada, de que al Ministerio aludido se presentó una copia distinta que lleva los sellos de dicho Ministerio y de la Tesorería de Bolívar, supuesto que en aquella dependencia no se tuvo a la vista copia alguna de la escritura de Sánchez para hacer el registro.

Es más, al solicitar la copia de la inscripción que se alega como hecha ante la Tesorería Municipal de Bolívar, por petición de la parte demandada, no se encontró tal registro. En efecto, se pidió que se librara despacho al Tesorero del nombrado Municipio para que se sirviera expedir y remitir, "tomándola del Libro de Registro de Títulos de Baldíos del Municipio de Bolívar, copia auténtica de la partida número 8, inscrita el 29 de marzo de 1907, relacionada con el título por el cual se le adjudicaron al señor Juan Florentino Sánchez ciento cincuenta mil fanegadas (150.000) de tierras en la región del Carare", y de dicha oficina contestaron que hecho el examen del archivo correspondiente "NO SE HALLO CONSTANCIA ALGUNA REFERENTE AL DESPACHO ANTERIOR" (fls. 104 y 106 y v. del cuaderno 6).

"En suma —dice la Procuraduría— se quiere probar la existencia de esa segunda copia del título de Sánchez con dos registros: el verificado en el Ministerio de Obras Públicas y Fomento y el verificado en la Tesorería Municipal de Bolívar. El Ministerio, según las copias ya examinadas, hizo el registro con base en una relación enviada por el Tesorero Municipal de Bolívar, esto es, sin tener a la vista la fantástica segunda copia; y el Tesorero Municipal de Bolívar dice que en el libro respectivo no se halla constancia de haberse efectuado realmente tal registro; es decir, que el Tesorero Municipal de Bolívar tampoco tuvo nunca ante su vista la segunda copia del título Sánchez. Todo esto equivale a decir que no está demostrada la existencia de ninguno de los dos registros con base directa en la segunda copia mencionada".

Viene ahora el argumento del interés para la falsificación, controvertido como capítulo de suma importancia para formarse criterio sobre el presente negocio. Con razón muy fundamental, como lo es el averiguar cuáles pueden ser los mó-

viles o motivos de un hecho, pues ellos descubiertos o negados pueden atribuirse o negarse su ejecución a una persona.

El dicho argumento se ha formulado diciendo que Juan Florentino Sánchez era un personaje oscuro, que murió en extrema pobreza y que, en tales condiciones, no resulta explicable que fuera dueño o hubiera adquirido las 150.000 fanegadas de tierras de que en su trajinado título se trata.

A lo cual se ha contestado alegando que por decreto de 1º de febrero de 1830 el Libertador asignó cuatro millones de fanegadas de tierras baldías para adjudicar; que tales tierras, pagaderas en bonos de deuda consolidada, resultaban de muy poco precio; que las dificultades de comunicación, el clima malsano y otros factores, las hacían poco codiciables; y que tampoco es admisible la suposición de que pudo realizarse el hecho de la falsedad por el aliciente del subsuelo, comoquiera que en aquella época no se habían iniciado actividades en materia de petróleos en Colombia, ni se habían hecho estudios geológicos que indicaran la posibilidad de que las dichas tierras fueran petrolíferas. Todo ello teniendo en cuenta que la falsedad, de haberse cometido, lo hubiera sido antes de 1906, año en que fue registrada en la Tesorería de Bolívar la copia de la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez.

Para definir el punto conviene advertir que del proceso no puede deducirse quién fue el autor de la falsedad ni en qué tiempo se cometió. Más admitiendo que hubiera sido hecha la falsedad antes de 1906, no parece valedero el argumento, de pública notoriedad, de que los terrenos del Carare no eran codiciables por su fertilidad, por sus minas, ni mucho menos, por el petróleo. Con hechos, también de pública notoriedad, se puede contestar diciendo que lo contrario es lo verdadero, esto es, que desde el siglo pasado se miró la región como propicia para la explotación de las riquezas naturales que encerraba.

Así, don Aquileo Parra, que figura en el proceso como adquirente con José María Olarte del terreno ofrecido en fianza por Antonio María Díaz, relata cómo el General Santander fundó la hacienda de Belisario, y cómo participaron en la empresa del Camino del Carare, junto con Angel María Flórez, Domingo C. Cuenca, Rafael María Vásquez y José María Olarte Ricaurte, algunos de los cuales figuran en este expediente. Relata también cómo esperaba encontrarse abundancia

de oro y cobre, y en partes de sus Memorias y para lo que aquí interesa, dice así:

“Al pie del ramal de la cordillera que limita el valle de ese nombre (Carare) por su lado oriental, se encuentran grandes formaciones de carbón de piedra; y un poco adelante, en la dirección del camino que conduce al Puerto, hay depósitos de petróleo cuya abundancia, no averiguada aún, parece considerable. Pero tanto estas riquezas minerales como la vegetal, consistente en maderas finas, de las que hay una abundancia y variedad incomparables, permanecerán inexploradas, por todo el tiempo que tarde la locomotora en penetrar hasta el fondo de aquella enmarañada selva.

“Menos, muchísimo menos tiempo tardará el cultivo de aquel feracísimo suelo, que hoy más que antes llama la atención de los agricultores de la provincia de Vélez, como resultado del aumento de población y del natural encarecimiento de las tierras habitadas y cultivadas de largo tiempo atrás”. (Memorias, páginas 52 y 53).

Mas no hay necesidad de acudir a hechos de pública notoriedad para explicarse el interés de la falsificación. Consta en el expediente que por contrato de 6 de diciembre de 1905 el Gobierno Nacional otorgó a Roberto de Mares “una concesión para explotar minas de petróleo” en la región del Carare.

Ya sobre el dato concreto del expediente, tampoco puede desconocerse el interés para la falsificación: ciento cincuenta mil fanegadas han sido siempre una extensión considerable para recibir las del Estado, hasta el punto de que si los cuatro millones de fanegadas que ordenó distribuir el Libertador en su citado decreto de 1830 se hubieran adjudicado en cantidad de cien mil fanegadas, apenas hubieran podido hacerse cuarenta adjudicaciones: número exiguo que venía a favorecer a muy pocos ciudadanos, contra el propósito que es forzoso presumir de que debían distribuirse entre el mayor número de sujetos que pudieran trabajarlas.

Compárese aquella cifra con las otras que figuran en el cuaderno de adjudicaciones del Archivo Nacional, de que se habló anteriormente, y se encontrará que sólo hay seis que pasan de las mil fanegadas, de las cuales la mayor es la de 10.001 fanegadas para el General Santander, y las restantes oscilan entre las ciento y las mil fanegadas. El dato alegado de una adjudicación semejante, la hecha a Juan Uribe en 1835, en ex-

tensión de más de 160.000 fanegadas, como excepcional que es, no viene sino a confirmar lo que se viene sosteniendo: que no parece que a un oscuro y modesto ciudadano se le hubiera hecho una adjudicación en la cuantía que se alega, pero que esa cuantía y en esa región sí pudieron inducir al autor de la falsedad del título para llevarla a término.

En los autos obra copia del decreto de 26 de septiembre de 1833, por el cual declaró el General Santander caducados unos contratos de tierras baldías, entre los cuales figuran diez que pasan de cien mil fanegadas (fls. 1 y ss. del c. 6). Esos contratos no son de adjudicaciones de tierras baldías, sino sobre "concesión de tierras baldías", en los cuales es explicable que se hicieran en extensión considerable. Y aún lo exagerado del área concedida para la colonización hizo fracasar el propósito que se perseguía, comoquiera que en los veinticuatro casos de que en el decreto se trata no cumplieron los concesionarios con la obligación de dar principio "a las empresas de colonizar las tierras dentro de los términos señalados."

En conclusión y síntesis, este aparte, que versa sobre las circunstancias de tiempo en que fue hecha la expedición y protocolización de la copia de la escritura de Sánchez, puede llamarse el del interés: el motivo para la falsificación aparece claro y concreto en ese interés de disfrutar directa o indirectamente de una considerable extensión de tierras que, desde el siglo pasado, como es de conocimiento general y como de ello hay pruebas en el expediente, había llamado la atención de las gentes por sus riquezas, pues sabido es que el interés es uno de los móviles más poderosos de las acciones humanas.

Y volviendo sobre el indicio que se analiza, tratándose de la protocolización de una copia registrada de un título, enteramente voluntaria, el considerable tiempo transcurrido antes de efectuarla, permite dudar con fundamento de la autenticidad del título protocolizado.

5) Las firmas del Notario Ignacio Herrera y del Registrador Joaquín Serrano no son auténticas, es otro indicio alegado en la demanda de falsedad de la escritura de adjudicación de tierras a Juan Florentino Sánchez.

La copia de la escritura referente a la adjudicación a Sánchez —dice la demanda— aparece expedida el 10 de marzo de 1865 por el Notario

Ignacio Herrera y registrada el 13 del mismo mes por el Registrador Joaquín Serrano. Pero tales firmas no fueron puestas por Ignacio Herrera, Notario de Vélez en 1865, ni por Joaquín Serrano, Registrador de Instrumentos Públicos de ese circuito en la misma fecha.

Dentro del juicio breve y sumario practicaron un examen pericial los señores Jesús Antonio Uribe Prada, Miguel Aguilera y Plutarco Riaño G., sobre la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, "con el fin de cotejar las firmas del Notario 'Ignacio Herrera' y del Registrador 'Joaquín Serrano', puestas en la mencionada copia, con las de los mismos funcionarios puestas en aquella época en instrumentos auténticos y en partidas y anotaciones de registro existentes en la Notaría y oficina respectivas".

Sobre la firma de Ignacio Herrera estudiaron los peritos en la Notaría de Vélez varios protocolos en que actuó como Notario el mentado Herrera, especialmente el de 1865, por ser contemporáneo de la firma del mismo nombre en la copia de la Notaría 2ª de Bogotá.

Anotan los peritos el hecho de que Ignacio Herrera era "el autor manual de los propios instrumentos que autenticaba en su carácter de Notario (subraya la Sala), circunstancia que aumentó notablemente el elemento comparativo, pues les permitió "apreciar las condiciones de su escritura manuscrita" para decir que su letra es "CLARA, por la absoluta legibilidad; CALIGRAFICA, por la expresión disciplinada y correcta de sus formas, por la armoniosa distribución de gruesos y perfiles y por la belleza del conjunto; ESCRITURA SOBRIA, en cuanto a su admirable sencillez aunque algunas mayúsculas muestran un ánimo de discreta ornamentación, ejecutada con gracia y buen gusto notorios; ESCRITURA RAPIDA, porque no hay manifestaciones de vacilación en el trazado y por el contrario, se muestra suelta y ágil; ESCRITURA AGRUPADA, porque las palabras no aparecen formadas integralmente sino mediante levantamientos de la mano, impuestos por una concepción muy personal del movimiento y sus combinaciones, pero dentro de la escritura agrupada, hay una fuerte tendencia a la escritura ligada, que se manifiesta en la ejecución integral de muchas palabras. En las fotografías números 669, 673, 678 y 680 se pueden apreciar fragmentos de texto ejecutados por el Notario Herrera, los cuales son modelos que Ignacio Herrera era un excelente pendolista y que realizaba el

acto autográfico con indudable complacencia. (Subraya la Sala).

“Las principales condiciones de la escritura de Ignacio Herrera se consagran y sintetizan en sus propias firmas. En efecto, la gracia inimitable con que las mayúsculas de éstas aparecen ejecutadas; la belleza del conjunto; la gracia de los movimientos y la seguridad manual y presuntuoso agrado con que tales firmas fueron trazadas, revelan la misma versación singular en el manejo de la pluma, que delatan los manuscritos extensos. La copiosa colección de firmas de Ignacio Herrera que tuvimos al estudio en los protocolos de Vélez, nos permitió establecer de modo cierto las principales **constantes** gráficas de tales autógrafos, para sentar las bases de la comparación con la firma del mismo nombre en la copia protocolizada por medio de la escritura número 778 de 1921, que reposa en la Notaría 2ª de Bogotá.

“**Combinaciones gramáticas:** entendiendo por tales los levantamientos de la mano en el curso de los autógrafos, en las firmas de Ignacio Herrera que aparecen en los protocolos de Vélez de 1865, esas combinaciones —que obedecen a un ritmo muy personal del movimiento se practicaron así: I-gn-a-ci-o H-errer-a. Dentro de tal procedimiento, que es el más sostenido, a veces Ignacio Herrera introdujo ligeras variaciones accidentales en el desarrollo del plan con respecto al nombre **Ignacio**, aislando el grupo **ei** para trazar esas dos letras separadamente, pero tan precisamente ajustadas, que presentan un aspecto aparente de continuidad. Se observa que esas variaciones accidentales aparecen en aquellos autógrafos que fueron trazados con un mayor acicalamiento o presunción caligráfica, comparados con otros que fueron escritos con relativa negligencia.

“**Intensidad de la presión.** Por este aspecto, hay un claro contraste entre la intensidad de los elementos de mayor amplitud y los que por su misma naturaleza son obligadamente cortos. La mayor presión aparece desarrollada en las mayúsculas y en la rúbrica, por ser elementos más amplios y más libres en su ejecución. Es admirable, por lo mismo el equilibrio de la presión en ellos, pues a mayor extensión de un trazo corresponde caligráficamente una presión que sea proporcionada a sus dimensiones. Las mayúsculas **I, H**, el ampuloso óvalo inicial de la rúbrica y el resuelto rasgo sinistrógiro final que corre bajo

la firma, son constantes en esa armonía entre la intensidad de la presión, y la amplitud o libertad del movimiento.

“**Las rúbricas.** En las firmas de Ignacio Herrera examinadas en Vélez, las rúbricas marcan el momento de mayor animación y habilidad manual. Ellas se inician integralmente desde la **a** del apellido, con un amplio lazo en el cual se admira especialmente la perfecta distribución del grueso que lo exorna. En seguida se desarrolla una serie de movimientos cortos de direcciones alternadas, movimientos ligeramente convulsivos y en todo caso rapidísimos, que son preparatorios del amplio rasgo hacia la izquierda que corre bajo la firma con una gracia, velocidad, resolución y firmeza verdaderamente ejemplares (solamente la desairada firma de la escritura número 108 de 1865 —fotografía N. 669— no contiene esas condiciones de todas las otras rúbricas; y por ser una singularidad dentro de la vastísima colección de firmas de Herrera, la hicimos fotografiar también).

“La firma ‘Ignacio Herrera’ al pie de la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, protocolizada mediante la escritura número 778 de 1921 de la Notaría 2ª de Bogotá, se presenta a la observación pericial con los siguientes caracteres intrínsecos:

“Escritura clara, caligrafiada, lenta, presionada, retocada, fragmentada en cuanto a la abundancia de los levantamientos de la pluma, aunque disimulados con meritoria pulcritud mediante conexiones tendientes a imprimir un aspecto de continuidad al trazado; y escritura desigual, en cuanto a la desproporción de estaturas entre los dos grupos minúsculares del nombre y el apellido.

“El conjunto de la firma se resiente de una notable inmovilidad y tanto los retoques como el proceso de las combinaciones gramáticas contribuyen a darle un aspecto parsimonioso, desapacible y casi inerte. Comparadas las condiciones de esta firma de la Notaría 2ª de Bogotá con las del mismo nombre en la Notaría de Vélez (aquí un facsímil que dice ‘Ignacio Herrera’) en aquella —de la cual presentamos este facsímil porque no se ordenó fotografiarla— se observa que no reúne todos los atributos que contienen éstas. Resumimos brevemente las semejanzas y las diferencias, como fundamento de la conclusión que presentaremos al final de este dictamen.

“En las firmas de Vélez, la escritura de Ignacio Herrera es **caligráfica**, por las razones que dimos

al referirnos a ellas; en la firma de la Notaría 2ª de Bogotá, el conjunto es caligrafiado. Como la diferencia entre las dos palabras pudiera parecer sutil, debemos explicar que la escritura caligráfica es aquella que reúne las condiciones de clara, disciplinada y bella, dentro de la espontaneidad y naturalidad de la ejecución, en tanto que la escritura caligrafiada es la que se ejecuta accidentalmente con un propósito formal de claridad, que por lo mismo requiere una atención consciente para lograr un conjunto agradable y correcto. La escritura caligrafiada, por su mismo origen, está clasificada grafológicamente entre las escrituras artificiales.

“En las firmas de Vélez, la escritura es agrupada, con una sostenida tendencia hacia la escritura ligada; en la firma de la Notaría 2ª de Bogotá, las combinaciones gramáticas o levantamientos de la mano se han practicado en la forma que presentamos a dos tintas para que se aprecie mejor el procedimiento de construcción. Cada elemento de un color, marca una suspensión de la pluma: **Ignacio Herrera**. El procedimiento confirma el artificio y la lentitud en la formación de esa firma, a la vez que define gráficamente la diferencia entre la escritura caligrafiada y la escritura caligráfica.

“En las firmas de Vélez, los grupos minúsculares **gnacio** y **errera** son sensiblemente iguales en extensión y estatura; en la firma de la Notaría 2ª de Bogotá, como se puede ver en el facsímil que acompañamos, el grupo **gnacio** y el grupo **errera** se hallan entre sí notoriamente desproporcionados. El Notario Herrera, como se ve en las fotografías números 669, 673, 678, 680, acostumbra exaltar la escritura de su título mediante la antefirma **El Notario**, en grandes caracteres; y en este detalle, que se repite en la escritura de la Notaría 2ª de Bogotá, alcanzamos a explicarnos que quien escribió en este último documento ‘**El Notario, Ignacio Herrera**’, instintivamente agrandó el grupo minúscular del nombre bajo la sugestión del gran tamaño en que acababa de escribir las palabras de la antefirma.

“En las firmas de Vélez, las rúbricas tienen características propias, inconfundibles y de difícil imitación por sus condiciones de gracia, velocidad y conjunto estético; en la firma de la Notaría 2ª de Bogotá, la rúbrica se presenta vacilante, rectificadora en sus direcciones y retocada en sus trazos de mayor relieve y amplitud. En esta firma, no tiene ninguna explicación lógica la inhibición

Gaceta—16

del movimiento que forma el lazo inicial de ella y menos aún las rectificaciones en varios pasos de su curso, porque deslustran la gracia de su conjunto y marcan un momento de vacilación o desconcierto que no se encuentran ni se conciben en los autógrafos de Vélez, en los que (como ya lo dijimos) las rúbricas son tan ágiles, animadas y fulgurantes.

“Las cuatro primeras hojas de la copia de la Notaría 2ª de Bogotá aparecen rúbricas al margen derecho así:

“Fojas:

“Aquí una rúbrica 1ª

“Aquí una rúbrica 2ª

“Aquí una rúbrica 3ª

“Aquí una rúbrica 4ª

“Nótase en estas cuatro rúbricas que no hay un plan gráfico definido, ni tiene el impulso dinámico y la soltura y firmeza que dominan en las de los autógrafos de Vélez. Debe suponerse que esas cuatro rúbricas marginales, sin uniformidad ni relieve, fueron puestas en acto continuo, lo cual hace más inexplicable la inconsistencia del plan, lo variado de sus formas, lo impreciso del rumbo y otras condiciones negativas de un hábito arraigado”.

Sobre la firma de Joaquín Serrano estudiaron los peritos en la oficina de registro de Vélez “varios documentos en los cuales firmó como registrador la persona de dicho nombre”, de preferencia las de 1865, año del registro de la escritura de Sánchez, pero cuidando de distinguir muy bien las firmas del registrador Serrano con las de otro Joaquín Serrano que firma en las escrituras como testigo y que son muy diferentes de aquéllas.

Los peritos comparan las letras de Joaquín Serrano como registrador con la de Joaquín Serrano como testigo y luego con las del registro de la escritura número 778 de 1921, y dicen así:

“Los autógrafos de ‘**Joaquín Serrano**’ como Registrador de Vélez, grafológicamente analizados definen a una personalidad muy distinta de la anterior. La escritura es clara y simplificada pero rígida y sin relieves. Los elementos que la forman discurren con una vistosa sencillez y no hay trazos superfluos ni caracteres refinados que perturben la sencillez y sobriedad del conjunto (véanse las fotos. 674, 675, 677 y 681). En este grupo de firmas se presentan tres modalidades de

forma que despertaron nuestra atención y que provocaron la idea de que fueran fotografiadas también: nos referimos a las firmas de las fotos. 674, 677 y 681. La de la fotografía 674 es realmente original por la inhibición del trazado, la reducida extensión y la sequedad y simplificación de la rúbrica; la de la fotografía 677 se singulariza por la novedad de la rúbrica, el estilo de las mayúsculas, el final sinistrógiro de la n del nombre **Joaquín** y la desusada forma de la rr del apellido; y la de la fotografía 681 se distingue por el recargo de movimientos de la mayúscula J y por su notable contraste con la expresión simplísima y escuela de la mayúscula S. Pero estas variedades relatadas no introducen modificaciones profundas a esos autógrafos, ni la presencia de ellas, por su número y calidad, autorizan a poner en duda la identidad recíproca de la vasta colección de firmas del Registrador Serrano, porque en los grupos minúsculares oaquín y errano se reúnen o compendian los signos individualizantes o **constantes gráficas** con que el autor caracteriza el ejercicio autográfico.

“En las cinco fotos. citadas que contienen firmas del Serrano Registrador, quedaron muestras apreciables de su escritura de conjunto, que ilustran aún más sobre el procedimiento y el estilo de su grafismo. La escritura del Registrador Serrano carece de toda preocupación estética: es muy poco ágil, de una velocidad desigual y menor que la normal, de una obligada simplicidad, por causa de forzada expresión del movimiento. Se perciben muy bien las manifestaciones de una senilidad aún vigorosa, porque no aparece en ellas el característico temblor de los ancianos, pero sí la pesantez de la mano y la falta de automatismo que no permiten la ejecución correcta de los movimientos ni la libertad completa del movimiento natural hacia adelante. La desigualdad de presión, extensión y velocidad, así como la deformación de los elementos ovales —de una inevitable angulosidad y los cambios intempestivos de inclinaciones y estaturas, son claras manifestaciones con las cuales se anuncia la vejez.

“La comparación de las firmas del Registrador Serrano con las del mismo nombre al pie de la nota de registro que tiene la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, que reposa en la Notaría 2ª de Bogotá (firma a la cual corresponde este facsímil), no presenta dificultad:

“La mencionada firma tiene muy serias dife-

rencias con las indiscutibles, que sintetizamos así: (AQUI UN FACSIMIL).

“Paralelismo muy sostenido de las inclinaciones, en oposición a la inconsistencia de ellas en las firmas de Vélez: suavidad y belleza de conjunto, en oposición a la simplicidad y sequedad de las indiscutibles;

“Predominio de la escritura redondeada, en oposición a la forzada rigidez y angulosidad de las de las autógrafas;

“Correcta y uniforme intensidad de los gruesos —verdaderamente caligráficos— en oposición a las desigualdades de presión en las firmas autógrafas y a la inseguridad manual revelada en éstas a través de la tendencia angulosa y de la dificultad del movimiento hacia adelante y hacia arriba.

“Absoluta diferencia del plan de los levantamientos de la pluma: en las firmas del Registrador Serrano en la oficina de Vélez, hay dos modos de combinaciones: (JOAQUIN SERRANO) y en la firma del mismo nombre en la copia protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá, los levantamientos aparecen practicados así, aunque disimulados mediante falsas uniones con las cuales tomó la firma un aspecto apenas ficticio de continuidad: (JOAQUIN SERRANO).

“Además, la firma de la Notaría 2ª de Bogotá, sin duda por esa construcción fragmentada (17 levantamientos de la pluma en 14 letras) y por el estilo caligráfico que domina en su ejecución, se resiente de una inmovilidad muy apreciable, en contraste con el aspecto de las firmas del mismo nombre en la Registratura de Vélez, firmas en las cuales la misma dificultad de expresión y el esfuerzo para vencerla se combinan para imprimirles un aspecto de firmas **aceleradas**; más propiamente que de rápidas, pero siempre animadas”.

Después de una breve comparación de las firmas del Registrador con las del testigo del mismo nombre de Joaquín Serrano deduce en la intimidad de sus deliberaciones periciales como firmas presumibles de padre e hijo, aunque esa deducción “puede ser arbitraria”, si bien “no completamente desechable”, y concluyen los peritos haciendo la comparación con la letra de la copia de la ESCRITURA NUMERO 11, otorgada en el distrito de Flórez, el 21 de noviembre de 1862, ante el juez del circuito “haciendo las veces de Notario”, protocolizada también por el señor Leonard William Berry, en la misma Notaría 2ª de

Bogotá, bajo el número 779 (la de Juan Florentino Sánchez lo fue con el número 778), y por medio de la cual Juan Florentino Sánchez le vende a Jerónimo Argüello unas tierras.

De esta comparación deducen los peritos:

“**Primero.**—Que la letra en que se escribieron esas dos copias es de una misma mano, no obstante haber sido expedidas, la primera por el Notario Ignacio Herrera, en la ciudad de Vélez, y la segunda por el Juez del Circuito de Flórez, Eleuterio Hernández (subraya la Sala).

“**Quinto.**—Que en las dos certificaciones firmadas por el Registrador Serrano en las copias de los dos instrumentos notariales de que venimos hablando, son similares en su texto, así: (aquí los textos de las notas de registro, y subraya la Sala).

“**Sexto.**—Que la escritura manuscrita de tales constancias en las dos copias es de la misma autora de los textos de tales copias, con ligeras diferencias de inclinación y forma, que delatan una simulación deliberada. Este hecho es de fácil demostración grafológica”. (Subraya la Sala).

Como se ve, la Sala omite transcribir lo expuesto por los peritos sobre algunas circunstancias demostrativas de falta de autenticidad de la escritura número 11. Pero como no se refieren a la letra o escritura, sólo se han traído las que a la prueba de cotejo se refieren de modo exclusivo, como fácilmente se observará de los párrafos anteriores.

Los peritos concluyen su estudio, diciendo:

“Las firmas que dicen **Ignacio Herrera** y **Joaquín Serrano** en la copia de la escritura del 22 de noviembre de 1837, que se halla protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá, por medio de la escritura número 778, de 27 de mayo de 1921, no fueron puestas por los funcionarios Ignacio Herrera, Notario del Circuito de Vélez en 1865, y Joaquín Serrano, Registrador de Instrumentos Públicos del mismo Circuito en el mismo año.

“Las firmas **Ignacio Herrera** y **Joaquín Serrano** que aparecen en la copia mencionada en la conclusión anterior, son hábiles suplantaciones hechas por imitación libre, en los autógrafos de dichos funcionarios, pero que contienen profundas diferencias, grafológicamente analizadas”. (Fls. 32 y ss. del c. 1).

Este concepto ha sido atacado con varios argu-

mentos: que de él no se corrió traslado durante este proceso; que los peritos conceptuaron sobre puntos no sometidos a su análisis; que se contradicen en sus conclusiones; que su dictamen se halla en contradicción con otro concepto pericial; que la prueba de cotejo no es una prueba que merezca mayor crédito entre las admitidas por la ley; y que el registro de la escritura de Juan Florentino Sánchez está demostrado de otras maneras.

El dictamen pericial fue rendido dentro del juicio breve y sumario y de él se corrió traslado a las partes en aquel juicio, sin que lo hubieran objetado por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción (artículo 720 del C. J.). Ni siquiera pidieron que se ampliara o explicara o se rindiera con mayor claridad, y esta Sala reconoció que se trataba de un estudio serio y fundamentado (artículo 719 del C. J.). El concepto fue acompañado con la demanda y, por tanto, forma parte del acervo probatorio (ordinal 1º del artículo 597 del C. J.). Así las cosas, debe ser estimado sin más requisitos al dictarse la sentencia, como lo establece el artículo 207 del Código Judicial.

Se ataca el dictamen porque los peritos se extendieron a cuestiones que no se les habían propuesto, al analizar la escritura número 11, de 21 de noviembre de 1862, protocolizada por medio de la número 779, de 27 de mayo de 1921.

Ya se dijo que, al ordenar la prueba, se dispuso comparar las firmas del Notario Ignacio Herrera y del Registrador Joaquín Serrano con las de los funcionarios del mismo nombre “existentes en la Notaría y oficina respectivas”. Legalmente no puede criticarse la actitud de los peritos al comparar la caligrafía del Notario y del Registrador con la que contiene tan singular documento, protocolizado el mismo día, con el número siguiente al de la escritura que estaban estudiando, y que contenía un contrato celebrado entre Juan Florentino Sánchez y Jerónimo Argüello. Ciertamente es que en el auto en que se ordenó la prueba se dijo que se practicaría la inspección ocular “en la notaría y oficina de registro de Vélez” y que se tomarían “fotografías de las escrituras que se examinen”. Pero eso no quiere decir que los peritos no pudieran buscar puntos distintos de comparación para mejor fundamento de su dictamen. Y ya podrá observarse que la Sala ahora alude solamente en este análisis a lo que fue objeto de la prueba, o sea, al cotejo de letras de Herrera y de Serrano con sus firmas en la copia

de la escritura de Juan Florentino Sánchez.

La contradicción de los peritos es otro de los argumentos esgrimidos por la parte demandada: "los mismos peritos grafólogos que declararon apócrifa la nota de registro de la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, expresan que tanto la leyenda transcrita como la diligencia de registro de la escritura número 11, fueron puestas por Joaquín Serrano". Así se arguye en un alegato presentado en esta instancia, que se refuerza con un concepto del Tribunal en que se afirma igual circunstancia.

Más claramente se explica el razonamiento diciendo: por escritura número 11, de 21 de noviembre de 1862, Juan Florentino Sánchez le vendió a Jerónimo Argüello 450 fanegadas de tierra; tal escritura se registró el 13 de marzo de 1865, esto es, el mismo día en que se registró la de las 150.000 fanegadas de tierra de Sánchez; y a continuación del registro de la mentada escritura número 11, hay una nota sin firma que dice que en la misma fecha se registró al folio 40 vuelto la escritura de Juan Florentino Sánchez. El argumento consiste en decir que los peritos grafólogos que dijeron que la firma de Joaquín Serrano, el Registrador, era apócrifa en la escritura de Juan Florentino Sánchez, aseguraron, sin embargo, que era auténtica en la nota de registro de la escritura número 11, y que la nota sin firma estampada al final de dicha escritura número 11 lo había sido por la persona de Joaquín Serrano.

"Según los peritos grafólogos —dice el alegato aducido por la parte demandada— la anotación del registro de la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837 es apócrifa, y sin embargo auténtica y escrita de la propia mano del Registrador Serrano la anotación sin firma contenida en la escritura número 11 como constancia de haberse hecho el registro que los peritos niegan".

En concepto de la Sala se ha interpretado erradamente lo que dijeron los peritos, pues no afirmaron que fuera el registrador Joaquín Serrano quien firmara la nota de registro de la escritura número 11 y escribiera la nota sin firma que le sigue a esa escritura. La confusión proviene de que en el punto quinto de sus conclusiones sobre la escritura número 11 dicen que son similares en su texto "LAS DOS CERTIFICACIONES FIRMADAS POR EL REGISTRADOR SERRANO"; pero el sentido de la conclusión sexta no deja lugar a duda de que no quisieron decir que fueran puestas por la persona de Joaquín Serrano, sino

que figuraba su nombre en las dos certificaciones.

"La escritura manuscrita de tales constancias —dice— en las dos copias ES DE LA MISMA MANO AUTORA DE LOS TEXTOS DE TALES COPIAS, con ligeras diferencias de inclinación y forma, QUE DELATAN UNA SIMULACION DELIBERADA". Es obvio que esta conclusión, después de la anterior, la explica en forma terminante para significar que no fue la persona del Registrador Joaquín Serrano la que firmó la nota de registro de la escritura número 11 y la que escribió la constancia sin firma que obra en seguida de esa nota, sino la misma mano falsificadora que por "simulación deliberada" estampó la firma y la constancia de que se viene hablando.

También se ataca la ameritada prueba de cotejo diciendo que existe otro dictamen opuesto al de los peritos Uribe Prada, Aguilera y Riaño Garrido.

Es cierto que obra en autos el dictamen de los señores Próspero Benavides y Bernabé Padilla sobre la firma de Ignacio Herrera, y el de Bernabé Padilla y Luis Felipe French sobre la firma de Joaquín Serrano.

Sobre la firma de Ignacio Herrera expresan los peritos que "hay **bastante parecido** en los rasgos caligráficos de la letra y del nombre y la rúbrica, **aunque no podemos afirmar una completa exactitud**". A continuación se hace el análisis de las firmas de Joaquín Serrano, pero al final de la diligencia agregan lo siguiente: "En este estado manifiestan los señores peritos Benavides y Padilla que desean hacer una aclaración a su anterior dictamen pericial, consistente en manifestar que la letra de la firma 'Ignacio Herrera' y que auténtica la copia de que hemos hecho referencia tiene pequeñas diferencias en los perfiles de las firmas que del mismo individuo se encuentran en el protocolo, quizá por causa de la pluma, papel y estado de ánimo del individuo, **pudiendo admitir que bien pudo suceder que una misma mano pusiera ambas firmas**, la de la copia y la del protocolo" (f. 102 vuelto del c. 5 y subraya la Sala).

Sobre la firma de Joaquín Serrano expresan los peritos que las firmas del Registrador del mismo nombre en el libro de registro de Vélez "tienen bastantes diferencias en los rasgos caligráficos de unas con otras; y comparadas esas mismas firmas con las que dicen 'Joaquín Serrano' y que aparecen autenticando las copias presentadas, **encontramos bastante semejanza**, tanto en los

caracteres de la letra como de la rúbrica, por lo cual conceptuamos que **bien pudo suceder que hubieran sido puestas por la misma mano**, aclarando que la letra que de las firmas que aparecen en las copias es más perfecta en sus rasgos grafológicos que las firmas autógrafas del libro de registro, aun cuando eso se puede explicar por la diferencia de pluma" (f. 103 del c. 5 y subraya la Sala).

Al respecto estima la Sala que un dictamen de peritos pierde su fuerza por oponérsele otro dictamen, pero con una condición sustancial: que el segundo tenga igual o mayor poder de convencimiento por las razones en que se basa, porque un dictamen no vale por lo que en él se afirma, sino por los fundamentos en que se apoye. En el caso que se estudia, el segundo dictamen no afecta en lo más mínimo el primero, por dos motivos: porque los peritos no hacen el menor análisis de las cuestiones sometidas a su estudio, ni dan argumento alguno para sacar sus conclusiones, pues el único que presentan es el de que las firmas de la copia se parecen bastante con las que constan en otros escritos con los mismos nombres; y además, porque los peritos nada afirman en concreto que sirva de ilustración a los jueces, como quiera que nada indica el decir que "bien pudo suceder" que la misma persona firmara unos y otros documentos.

En cuanto al tercer argumento de que la prueba de cotejo es incompleta porque la grafología no es una ciencia y en ella no puede fundarse la certidumbre, cabe observar que el admitirla o no admitirla no está en las facultades del juez, ya que la ley la consagra como uno de los medios probatorios, al establecer en los artículos 653 a 655 el cotejo de letras o de firmas para comprobar la autenticidad de los documentos. Es más, en el último se estatuye que "en el incidente sobre autenticidad de un instrumento o sobre suplantaciones hechas en él, se admiten como medios probatorios tanto la confrontación de que tratan los artículos precedentes, como cualquier otro tendiente a establecer el fraude".

Y sobre el valor de la prueba resultante del cotejo advierte la ley que "es incompleta", pero que "constituye un indicio más o menos grave o vehementemente, según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma o letra ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes" (artículo 656 del C. J.).

La Corte, en fallo de siete de julio de mil no-

vecientos cuarenta y cuatro, expresó que "debido a la circunstancia de que la Grafología no es una ciencia exacta, que obedezca a postulados conocidos y de precisión matemática, es por lo que la ley procedimental no le otorga el valor de plena prueba a los dictámenes de esa naturaleza, sino que les asigna el de un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y los medios técnicos de que se hubieren valido para rendirlos y las demás circunstancias anotadas por el Tribunal". (G. J. Tomo LVIII, número 2016, página 28).

Y el señor Procurador Delegado en lo Civil expresaba que el dictamen cotejo de letras de que se viene hablando estaba para él "en el más alto grado de gravedad o vehemencia como elemento indicativo de la falsedad de la pseudo-copia notarial" de la escritura de Juan Florentino Sánchez, por cuatro razones: primera, porque pocas veces podía verse "un dictamen pericial de cotejo que revele estudio tan sólido y extenso"; segunda, porque la fundamentación era completa, pues no se omitía el más mínimo detalle y era fruto de un examen llevado a efecto con toda la técnica; tercera, porque la fama de los peritos era de pública notoriedad; y cuarta, porque el dictamen había sido unánime. (F. 15 del c. 12 ú 8).

Y la Corte, en el fallo del juicio breve y sumario, reconoció la seriedad del dictamen, al expresar lo siguiente:

"Indudablemente el dictamen de los peritos grafólogos señores Aguilera, Uribe y Riaño, es un trabajo erudito, documentado y serio, que corresponde a la merecida fama de los autores, que son personas versadas en la materia" (f. 14 del c. 3). Valor que no pierde por habersele opuesto otro concepto grafológico o prueba de cotejo, por los motivos ya expuestos de que este otro concepto, ni es afirmativo, ni expone razones o fundamentos que le sirvan de apoyo.

Para la Sala esta prueba constituye un indicio vehemente, esto es, de mucha fuerza y eficacia, de la falsedad o falta de autenticidad de la escritura de adjudicación de tierras a Juan Florentino Sánchez. No sólo por los motivos expuestos por la Corte en el juicio breve y sumario, sino por los alegados por el señor Procurador, de tratarse de un dictamen fundamentado, serio, minucioso, hecho por peritos de reconocida fama y en forma unánime.

Viene en seguida la argumentación que la parte demandada considera definitiva para anular el

mérito probatorio de la prueba de cotejo, y es el de hacer valer la autenticidad de la firma de Joaquín Serrano como registrador en la tantas veces mentada copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, y al efecto se argumenta así:

A continuación de la copia de la escritura número 11, otorgada ante el Juez Notario del Circuito de Flórez el 21 de noviembre de 1862, que contiene la venta del terreno llamado "Cenicero", "de cuatrocientas cincuenta fanegadas" hecha por Juan Florentino Sánchez a Jerónimo Argüello, hay esta adición o nota:

"En la misma fecha y al folio cuarenta vuelto se registró la escritura que otorgó el Tesorero de Hacienda en favor de F. S. por ciento cincuenta mil fanegadas de tierras en el sitio de Guayabito con los linderos siguientes, el río Gbto. abajo desde el punto donde le entra la quebrada de Armas a dar donde desemboca en el Carare el Carare abajo hasta donde entra en el Magdalena esta abajo donde le entra el Opón, este río arriba hasta venir a dar enfrente del Cerro de Armas el cual se despunta por medio de una línea trazada desde un punto donde hai una catarata a dar al punto primer lindero que es el punto donde entra la quebrada de Armas al río Guayabito esto con fecha 22 de Nove. de 1837" (f. 20. del c. 6).

La nota se refiere al título materia de este juicio, como se ve por los linderos, por la fecha y nombre del adjudicatario, o sea, Juan Florentino Sánchez, mencionado en la anotación con las iniciales F. S. Tan visible es la alusión a la escritura de Sánchez, que el Ministro de la Economía Nacional, en su Resolución de 16 de mayo de 1939 reconoce que esa nota "debilita algún tanto la tesis del no otorgamiento de la escritura de Sánchez". Y la debilita, porque en concepto de unos peritos grafólogos, tanto la firma del Registrador como la nota puesta después de la citada escritura número once, de venta del terreno del "Cenicero" a Jerónimo Argüello, son de puño y letra del Registrador Joaquín Serrano.

El Ministerio persistió en su duda sobre la autenticidad de la escritura de Sánchez y por eso remitió el expediente a la Corte para que en juicio breve y sumario se decidiera sobre ello.

La Corte expresó que no se veía "la razón jurídica" que hubiera "para desestimar la prueba que se produjo sobre el cotejo de los mismos documentos, con más de diez y ocho años de antelación" y que "la presencia de dos dictámenes contradictorios sobre la misma cuestión, sí sirve para

confirmar lo que se ha expuesto en este fallo sobre la debilidad y posible falencia de la prueba de cotejo de firmas, que sólo puede producir, como lo estiman eminentes expositores, indicios leves".

Al contrario de lo que estimó la Sala en el citado fallo, piensa ahora que la argumentación no desvirtúa en lo más mínimo la prueba de cotejo que dice que la firma de Joaquín Serrano es apócrifa en la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, por dos razones: porque el dictamen de los peritos que afirman que aquella nota y el registro de la escritura, o mejor, la firma de Joaquín Serrano, son de su puño y letra, no ofrece mérito probatorio, y porque otros datos hacen ver que ni la firma ni la nota fueron escritos por el mentado funcionario.

El dictamen es de los peritos Eduardo Toro Pereira y Miguel González Rey, quienes dicen así:

"Analizadas, cotejadas y comparadas todas y cada una de las letras que forman el texto manuscrito al folio 40 y que corresponden a la fotocopia número 99 (la misma que está numerada con el 39 y sus respectivos facsímiles), con todas las letras que componen las autografías que rezan "JOAQUIN SERRANO" en las respectivas escrituras, de donde fueron tomadas las fotocopias de que se ha hablado anteriormente, se presentan, en todas ellas, **los mismos aspectos y modalidades tanto caligráficos como grafísticos.** Además, como una particularidad de esta escritura, se anotan los puntos siguientes: todos los finales de las letras "S" mayúsculas terminan en un gancho, reentrante sobre sí mismo, de tipo dextrógiro, y de tamaño mas bien largo, que demuestra el impulso que poseía el individuo a quien pertenecía la mano, que al ser movida por los movimientos volitivos de los centros vasomotores del cerebro trazaba aquellas letras. Este individuo, que poseía un temperamento nervioso-sanguíneo, con 55 años más o menos, de edad, regularmente instruido, **firme en sus determinaciones, fácil de llevar, por ser bastante dócil,** presenta en sus letras y rasgos especialmente en las letras "ttt" minúsculas, **esta confirmación plena del análisis que se ha efectuado.** Aunque las dichas letras "ttt" **aparecen construídas con cierta fogaosidad, cuando las barras se encuentran trazadas por lo alto, también estas barras se encuentran trazadas hacia atrás, lo cual confirma el estudio de que se habla;** y así sucesivamente, donde

se quiera verificar esta confirmación, se encontrarán los reflejos volitivos que producían los impulsos definidos para darle la forma expresiva a todas sus caligrafías. Después de haber verificado este exámen como los anteriores, con todo cuidado y atención, se puede asegurar que la mano que trazó todo el texto manuscrito, que corresponde al mismo folio en el que fueron tomadas las fotos números 39 y 99, respectivamente, perteneció al individuo que se llamaba "JOAQUÍN SERRANO". (Las fotocopias números 39 y 99 —explicó la Corte en el juicio breve y sumario— f. 36 v. del C. 6, y subraya la Sala).

Se trataba de averiguar por medio de peritos si la mano que había escrito la nota de registro con el nombre de Joaquín Serrano en la escritura número 11, de 21 de noviembre de 1862, fue la que escribió la nota sin firma en que se dice, al final de la misma escritura, que en la misma fecha y al folio 40 vuelto se había registrado la escritura de adquisición de 150.000 fanegadas de tierra por parte de Juan Florentino Sánchez, de 22 de noviembre de 1837.

Pues bien, este dictámen no ofrece mérito probatorio, porque, como lo ha expresado la Corte, un concepto pericial no es aceptable por las afirmaciones que hagan los expertos, sino por los fundamentos que les sirvan de apoyo, como una vez más repite y leyendo con cuidado el análisis transcrito, no se encuentran razones que hagan pensar en su conclusión de que la nota sin firma puesta al final de la escritura número 11 fue escrita por Joaquín Serrano, registrador de Vélez.

En efecto, la primera razón es la de que las letras de la nota sin firma y la de registro y escritura número 11 ofrecen "los mismos aspectos y modalidades tanto caligráficas como grafísticos". En lenguaje corriente quiere eso significar que los rastros de la letra en uno y otro escrito se parecen, y es obvio que las letras, si se quieren imitar de otra persona, tienen que parecerse para que produzcan la impresión de ser, escritas por el mismo sujeto.

Otra de las razones para opinar que Joaquín Serrano fue quien escribió la nota en que cuenta que en la misma fecha se registró la escritura de Juan Florentino Sánchez, es que las letras "SS" mayúsculas terminan en un gancho reentrante. Lo cual quiere decir que tales letras se parecen unas a otras por el gancho con que terminan, que no es un argumento convincente de que fueran escritas por la misma mano.

En fin, vienen en seguida, unas frases que quieren revestir de cierto ropaje técnico los conceptos, como donde se dice que la mano que trazaba las letras "obedecía a movimientos volitivos de los centros vasomotores del cerebro", que el individuo poseía un "temperamento nervioso-sanguíneo", y que era "firme en sus determinaciones, fácil de llevar, por ser bastante dócil". Con poca atención que se preste a las ideas contenidas en esas frases se ve que unas no encierran conceptos que valgan la pena y en las últimas se encuentra una patente contradicción, pues no cabe admitir que un sujeto sea "firme en sus determinaciones" y al mismo tiempo sea "fácil de llevar por ser bastante dócil". Y en esa calificación psicológica sobre su temperamento se basa la explicación de que la barra de las letras "ttt" se encuentre trazada con fogosidad cuando se han trazado por lo alto, pero que también se han trazado hacia atrás.

Pero, de otro lado, no puede invocarse como argumento de valor la firma de Joaquín Serrano puesta en el registro de la escritura número 11, de 21 de noviembre de 1862, ni la nota puesta al final de dicha escritura en que se afirma que en la misma fecha se ha registrado la escritura de adjudicación de 150.000 fanegadas a Juan Florentino Sánchez. Y no puede invocarse, por la sencilla razón de que la autenticidad de esa escritura número 11 está puesta en duda por lo menos en el proceso con poderosas razones.

La misma Corte, en el fallo del juicio breve y sumario, contesta la argumentación del Procurador de que la escritura número 11, de 21 de noviembre de 1862 fue alterada en forma "burda y descarada", diciendo que "el hecho alegado por el señor Procurador es exácto" y que "de la circunstancia apuntada hay numerosas pruebas en el expediente" (f. 19 del c. 3).

Y el propio Gerente de la casa de Pedro A. López & Cía., don Pedro A. López, que formó parte de la Compañía Explotadora del Carare, en memorial dirigido al Ministro de Gobierno en 1920, alegaba que "en la matriz de la escritura (número 11) se verificó una adulteración en la parte sustancial de su contenido por medio de raspaduras, entrerrenglonaduras y testando la escritura original de varios renglones, para borrar los linderos correspondientes al terreno efectivamente vendido y reemplazarlos o sustituirlos por los linderos correspondientes al título de "Carare y Guayabito", de propiedad del señor Juan Florentino

Sánchez y que no había sido materia de la enajenación a favor de Argüello. Todos estos cambios resultan a primera vista". (F. 135 del c. 6).

Si esta escritura aparece falsificada, cómo se invoca esa nota puesta al final para hacer valer el registro del título de Sánchez? Ahora, no se entiende ese sistema de hacer valer el registro de una escritura con notas puestas en el original o en las copias de otra. Y no se olvide el detalle comprobado y no contradicho, de que la copia del título Sánchez lo pide Jerónimo Argüello, que no había adquirido nada de aquél, según lo aseverado.

En consecuencia, el indicio que se deja analizado conserva el valor que se le atribuye en este aparte.

Conclusiones sobre los indicios analizados.—Hecho el análisis anterior, es preciso sacar las conclusiones que de los indicios se desprenden. Pero antes conviene anotar que, de los apuntados en la demanda, algunos se han englobado como argumentos demotrativos en los que la Sala ha aceptado como tales, y otros no merecen calificarse de pruebas indiciarias.

Así, la circunstancia de que la copia de la escritura de los Castañedas aparezca expedida por el mismo Notario "que autorizó la escritura matriz de adjudicación el 18 de noviembre de 1837", al contrario de la de Sánchez, que aparece expedida por "Notario distinto del que autorizó la escritura matriz el 22 de noviembre de 1837" (hecho décimosexto de la demanda, ordinal 6º), es un argumento más de que la primera es auténtica, pero no un indicio separado de que la segunda sea falsa.

Lo propio sucede con el hecho de que la escritura de los Castañedas hubiera sido reconocida, "al menos implícitamente, por los funcionarios oficiales que intervinieron para examinar ese título", al aceptarlo "como válido en una diligencia de fianza de manejo otorgada a favor del Estado" (hecho décimosexto, ordinal 9º de la demanda).

En cambio, no trae a colación la Corte como indicio de la falsedad "el que la copia de la escritura de Sánchez aparece en papel común" y el que "la copia de la escritura Castañeda aparece extendida en papel sellado de la época", puesto que la propia demanda explica el fenómeno diciendo que la copia de la escritura de Sánchez aparece en papel común "porque en 1865 no se usaba papel sellado" (hecho décimosexto, ordinal 6º).

Tampoco acepta la Sala como indicio de falsedad la circunstancia de que la copia de la escritura de Sánchez, aparezca firmada por los testigos actuarios, "contra la costumbre legal imperante en 1837, año del otorgamiento", al contrario de la de los Castañedas, "que no fue suscrita por los testigos actuarios, sino solamente por el Escribano y por los otorgantes, lo que está acorde con la costumbre legal y uniforme de la época del otorgamiento", porque no se estableció que fuera costumbre legal y uniforme el no firmar los testigos actuarios los documentos en que intervenían como tales. No es bastante al efecto, el hecho de que el artículo 30 de la ley de 3 de junio de 1852 hubiera dispuesto que los testigos que intervinieran en el otorgamiento de una escritura debían firmarla, para concluir que antes nunca o por costumbre, no las firmaran, pues la parte demandada, adujo pruebas de lo contrario (fls. 21 y 22 del c. 6).

Casi coincide la Sala con el señor Procurador en la enumeración y análisis de los indicios, pero este funcionario alega, fuera de los aceptados por la Corte: el de la firma de los testigos, que acaba de rechazarse; la falsedad de la escritura de adjudicación de tierras hecha el mismo 22 de noviembre de 1837 a Juan Florentino Sánchez, por 450 fanegadas; la circunstancia de que por medio de la escritura número 11 de 21 de noviembre de 1862 le vendiera Sánchez a Jerónimo Argüello, 450 fanegadas de tierra sin que antes hubiera hecho registrar su título; la sin firma, sobre el registro de la escritura de Sánchez, puesta al final de esta escritura número 11; y el hecho de que Sánchez aparezca firmando a ruego en esta escritura de 21 de noviembre de 1862 y, sin embargo, estampase su firma en su escritura de 22 de noviembre de 1837.

La Sala se limitó a estudiar los hechos relacionados directamente con la escritura de Juan Florentino Sánchez. Lo que demuestran las circunstancias anotadas por el señor Procurador es que hay una doble cadena de títulos: la que arranca de Juan Florentino Sánchez y por sus hijos y nietos vino a dar a los Téllez y López para formar la Compañía Explotadora del Carare; y la que también arranca de Juan Florentino Sánchez y por Jerónimo Argüello vino a dar a la familia Ruíz y, en últimas, a la Lobitos Oilfield Company. Ya antes se hizo notar la intromisión de Argüello al solicitar la copia de Sánchez en 1865. Pero las

demás circunstancias no fueron alegadas en la demanda y no pertenecen directamente a la cuestión que aquí se controvierte.

Hechas estas necesarias advertencias o aclaraciones, debe hacerse ahora sí, el resumen y conclusión del análisis que se ha venido haciendo sobre los indicios de falsedad.

Ya se dijo al principio del estudio de los indicios que una prueba calificada de incompleta no establece por sí sola la verdad del hecho, pero que dos o más constituyen plena prueba si cada una está debidamente demostrada y si son diversas, precisas y en estrecha conexión con el hecho averiguado, pues así lo estatuye el artículo 594 del Código Judicial. Y se recordó también el artículo 665 del mismo código, que expresa que los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos, conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido.

Pero conviene ampliar estas nociones legales sobre los indicios no necesarios, aunque ya se haya expresado lo conducente, diciendo cuál es el criterio que, según los comentaristas, debe emplearse para analizarlos. El cual surge de dos factores: de la relación que debe guardar el indicio con el hecho que se averigua, y de la conexión que los indicios deben tener entre sí.

La prueba indiciaria consiste en una argumentación por hipótesis: se trata de llegar de una causa o hecho conocido, que es el indicio propiamente dicho, al conocimiento del hecho antes ignorado, que tiene que proponerse en el curso del raciocinio indiciario como una hipótesis y que una vez deducida de las circunstancias que le sirven de explicación, constituye la presunción. Pero como cada hecho-indicio puede ser explicado por hipótesis distintas, se hace preciso decir que debe ser aceptada la que esté más de acuerdo con la experiencia, la que guarde mejor relación con el modo ordinario de ser los sucesos de la vida humana. Si entre las varias hipótesis sobre los indicios hay una que los explica lógicamente y las otras nó, aquélla se convierte en tesis ó presunción.

“Lo ordinario —dice Framarino— es la base de la lógica de los indicios contingentes; y lo ordinario consiste en el lazo existente en el mayor número de casos entre hecho indicativo y hecho indicado. Ahora, cuanto más intenso es lo ordinario del caso, tanto mayor es el valor probato-

rio del indicio. Lo que llamamos mayor intensidad de lo ordinario, está determinado por el número de casos en los cuales se verifica el afirmado lazo entre los dos hechos de la relación de indicio, y por el menor, en los cuales aquel lazo no se produce. La fuerza probatoria del indicio está, pues, en razón directa de la frecuencia del suceso indicado, y en razón inversa de la multiplicidad y frecuencia de los contrarios”. (Lógica de las pruebas en materia criminal, página 186).

Y en cuanto a la conexión de los indicios expresa que “varios indicios verosímiles pueden, en su conjunto, constituir una prueba acumulativa probable, y varios probables, del propio modo, pueden reforzar la probabilidad hasta elevarla a un grado sumo”, hasta formar la certeza subjetiva, no por la suma de convencimientos fraccionarios, sino por lo que el comentador citado llama la “convergencia de las pruebas”.

Un hecho que ordinariamente va unido a un suceso dado, lo indica o señala. “A medida que aumenta el número de los indicios concordantes, para no creer en ellos, es preciso ejercer una violencia siempre mayor en nuestra conciencia experimental, admitiendo un número creciente de sucesos extraordinarios verificados. Hé ahí por qué, con el aumento del número de los indicios, aumenta lo improbable de que sean engañosos, o bien crece su fuerza probatoria; por otra parte, este aumento de fuerza probatoria es proporcional, no sólo al número, sino también a la importancia de las pruebas particulares que se acumulan, y tal es el argumento probatorio que llamamos convergencia de pruebas”. Y más adelante:

“Siendo el mundo el reino de lo ordinario, se presume que no pueden en él darse conjuntamente varias cosas extraordinarias. Ahora, cuando varios indicios son concordantes, quiero decir, que explicados como sucesos ordinarios, indican conjuntamente un hecho dado, para no creer en ellos, es preciso explicar cada uno de ellos con sucesos extraordinarios, contra lo que se podía esperar de la presunción supradicha” (ibídem, página 187).

Sobre el punto de que los indicios hay que mirarlos en conjunto, y no por separado, critica Lessona la doctrina de Larombière, de que “cuando cada presunción, tomada aisladamente, es demasiado débil para producir una razonable verosimilitud, su concurso no puede dar la certeza”. “Esta conclusión —dice el renombrado comen-

tador— nos parece errónea, porque considera las presunciones como si fuesen los hilos unidos incapaces de formar a cuerda, mientras que es más exacto decir que la deficiencia parcial de una presunción puede ser completada, integrada y corregida por los elementos de otra”.

“La jurisprudencia —prosigue— tan autorizada en semejantes materias de apreciación, profesa esta segunda opinión, decidiendo que la convicción producida por el exámen de muchos indicios, **no es válidamente combatida con destruir o atenuar singularmente los indicios separados**; que el juez que examina separadamente las presunciones invocadas por las partes y todas las rechaza, considerándolas aisladamente insuficientes, sin examinar si coordinándolas pueden suministrar elementos de convicción, no emite sólo una apreciación errónea, sino que incurre en error de derecho atacable en casación; y que los varios indicios (de la captación) deben ser examinados y valuados en su conjunto y no aisladamente uno por uno. Lo que, sin embargo —termina— no excluye que en algunos casos el exámen aislado pueda dar los mismos frutos que el del conjunto”. (Teoría general de la prueba en Derecho Civil, tomo V, página 404).

“No debe poder desprenderse ningún anillo de la cadena que en la inducción enlaza las circunstancias conocidas al hecho generador de la culpabilidad... —dice por su parte Bonnier— porque si llega a soltarse un solo anillo, se rompe la cadena”. (Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal, tomo II, número 833, página 408).

Se ha detenido la Sala en estas citas para respaldar con el concepto de los comentadores el criterio que la guía en las conclusiones que deben hacerse en este aparte. Ya ahora y con esa luz puede concluirse que la Corte ha encontrado varios indicios, todos ellos graves, precisos, concatenados unos con otros pero que no dependen unos de otros pues están probados plenamente por separado, y todos ellos concurren a demostrar el hecho que se averigua: la falsedad de la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez, sin que racionalmente haya lugar a duda.

En efecto, no se encontró el original de la escritura en el archivo de la Notaría donde se extendió, que es el hecho ordinario, esto es, que en el protocolo se guardan las matrices de las escrituras que ante el Notario se extienden. De la circunstancia se da una explicación extraordina-

ria, no comprobada, que el original pudo quemarse en la última guerra. Mas como el hecho, enunciado en esa forma escueta, es equívoco, aunque no deja de tener valor indiciario, es necesario pasar a otro hecho de los que se invocan como base de la presunción final de la falsedad.

Ese otro hecho es el encontrar la escritura de los Castañedas, que coincide en una forma tan desconcertante con la de Sánchez, no sólo en la circunstancia de que las mismas personas comparecen en los mismos días ante las mismas autoridades a hacer iguales solicitudes, los que dictan iguales providencias, sino en los números y las fechas de los oficios remisorios de unos funcionarios a otros, que no puede menos pensarse que ésta se copió de aquélla, cambiando, como era apenas obvio, los nombres del adjudicatario, de la cosa adjudicada y del precio. Tal es la explicación ordinaria. La extraordinaria es la que da la parte demandada, que se debe a coincidencia o error la cita de iguales datos y de iguales documentos en una y otra, pues la coincidencia y el error no pueden ser sistemáticos, sino excepcionales, o a falta de autenticidad de la escritura de los Castañedas, que no ha sido acreditada.

Viene el tercer hecho indiciario, el de encontrar los documentos del archivo nacional, confirmatorios de los datos de la escritura de los Castañedas y excluyentes, en consecuencia, de la legitimidad de la escritura de Sánchez: Uno coincide en los datos; otro es copia de la resolución número 40, de 2 de julio de 1835, por la cual se adjudican a Castañeda o sus herederos las 435 fanegadas; otro, original, es el recibo del dinero o vale de deuda entregado para el pago, con coincidencia del número del mentado vale y la constancia de lo que queda sobrando; y un cuarto documento es el cuaderno copiador de resoluciones de adjudicación, en que con el número 40 y con fecha 2 de julio de 1835, número y fecha que alega el título Sánchez, se encuentra es la adjudicación a Castañeda.

La explicación obvia de la existencia de estos documentos es que la escritura de los Castañedas sí es auténtica y de que no lo es la de Sánchez. La explicación extraordinaria es la de que hay una coincidencia en los datos de los documentos, que los tales documentos confirmatorios son falsos; lo primero resulta inadmisibles, lo segundo no aparece demostrado. Luégo queda en pie un dato más que se enlaza con los otros y

que lleva a la presunción de falsedad del título de Juan Florentino Sánchez, tanto más cuanto que este indicio conlleva el dato negativo, de que no existe ningún documento confirmatorio del título de Sánchez.

Pero viene un cuarto hecho, cual es el de que habiéndose otorgado la escritura en 1837, no se expida copia y se registre hasta 1865 y no se protocolice sino en 1921, tratándose como se trata, de un título de adjudicación de una enorme extensión de tierras, o sea, de 150.000 fanegadas. Lo ordinario es que las gentes se hagan expedir copias de sus escrituras de propiedad inmediatamente que se extiendan y, sobre todo, las hagan registrar, pues el registro era formalidad esencial para la validez del documento como título de propiedad; también lo ordinario hubiera sido que apenas se tuvo la copia registrada en 1865 se hubiera protocolizado, dado caso que el original se hubiera perdido por cualquier causa. Pero viene aquí esta circunstancia, que se añade a las otras, como indicio de la falta de autenticidad de la escritura de Sánchez como es la aquí anotada, de que no se registre hasta veintiocho años más tarde de su otorgamiento, y no se protocolice hasta cincuenta y seis años más tarde de expedida esta copia registrada. El hecho no tiene explicación lógica y obvia dentro de la manera normal de proceder las gentes y, por tanto, contiene un señalado valor indiciario de falsedad.

Finalmente, si unos peritos grafólogos afirman en forma terminante que las firmas del Notario Ignacio Herrera y del Registrador Joaquín Serrano son falsas en la copia de la escritura de Sánchez, no puede menos de concluirse con bastante probabilidad que la tal escritura no es auténtica. La interpretación ordinaria es que un concepto serio y fundamentado ofrece mérito probatorio, que es el que la propia ley le asigna, de indicio más o menos grave o vehemente —aquí vehemente— de la falsedad; la interpretación excepcional es la de que los peritos erraron, o la de que otras pruebas le quitan su mérito, cosa que no ha acontecido.

En resumen, siguiendo el criterio de Framarino, se llega a la presunción de la falta de autenticidad de la escritura de Sánchez: porque si no se encontró el original de la escritura de Sánchez donde debía encontrarse; si, en cambio, se encuentra en un protocolo otra escritura que coincide en todos sus datos con aquélla, con excepción de algunos absolutamente indispensables para diferenciarlas, pero no lo suficientes para ha-

cer ver que una no se copió de otra; si de aquella escritura de la cual parece copiada hay documentos que la confirman y, al contrario, de la de Sánchez no se halla el menor dato que haga verosímil su otorgamiento, ni el pago de las tierras, ni la adjudicación; si se otorga en 1837, pero no se registra hasta 1865 y no se protocoliza hasta 1921, casi al siglo, y por persona interesada en la validez de la adjudicación; y si finalmente, un dictámen grafológico niega la autenticidad de las firmas del Notario y del Registrador que constan en la copia de la escritura, no puede menos de concluirse, mirando estos indicios en conjunto, en la forma más desprevénida, que la tantas veces nombrada escritura de adjudicación de baldíos a Juan Florentino Sánchez no se extendió en el tiempo, ante las autoridades ni con el contenido que su texto reza, en una palabra, que es falsa.

Ahora, empleando el criterio de la parte demandada, que no es el de lo ordinario, sino el de lo extraordinario y excepcional, se tiene: que el original de la escritura no se encontró donde debía encontrarse, porque posiblemente se quemó; que la coincidencia de los datos del documento con el de los Castañedas se debió a error o a casualidad o a la costumbre de usar patrones o modelos y de enviar varios oficios en un mismo paquete; que los documentos confirmatorios de la escritura de Castañeda no merecen crédito; que la demora en el registro y protocolización se debe al poco interés que tenían las tierras en el siglo pasado; y que los dictámenes grafológicos no merecen mayor acatamiento. Y así otras explicaciones, ya vistas y analizadas, que se fundan todas en lo excepcional y no en lo ordinario.

Con este sistema debería suprimirse del código la prueba de indicios, porque, en no siendo necesarios, no hay ninguno que no pueda explicarse por hipótesis, por alejadas de la realidad que sean. Pero aceptando el criterio de los comentaristas, que es el de la lógica jurídica, se llega a la presunción, que la Sala da por demostrada, de que la escritura de Sánchez no es auténtica, tal como lo reconoció el fallo apelado.

No queda por contestar sino el razonamiento del apoderado de la parte demandada, que habla de "una verdadera conspiración contra la legitimidad del título de Sánchez", que se hace así:

"Una mano delictuosa" falsificó una partida de defunción haciendo aparecer en su lugar la de Juan Florentino Sánchez; "otra mano criminal" hizo aparecer la venta de 150 fanegadas de Juan

Florenino Sánchez a Jerónimo Argüello, como la de 150.000 fanegadas, con la cual se estafó a una compañía inglesa; y en el resumen de la audiencia pública enumera como documentos en que se ven delitos consumados contra dicho título, es decir, que son falsos, la escritura de 22 de noviembre de 1837, sobre adjudicación de 450 fanegadas a Juan Florentino Sánchez; el testamento del mismo, que es la escritura número 9, de 8 de septiembre de 1858; la partida de defunción ya citada; y agrega la sustracción del Libro de Inscripciones de Baldíos del Municipio de Bolívar.

Sobre el particular estima la Sala que las falsedades o falsificaciones de que habla la parte demandada no han sido objeto de la controversia que en este proceso se debate. La Sala no ha querido hacerlas valer, no sólo por no estar demostradas plenamente, pues de cada una, apenas hay un dictámen pericial, salvo la de la escritura número 11, admitida por la parte demandada, sino porque no fueron objeto de alegación en la demanda, y de ella no ha querido salirse la Corte.

Pero, admitiéndolas como probadas, tampoco afectarían la conclusión de tener por establecida la del título de Juan Florentino Sánchez.

En efecto, ignorándose, como se ignora, quién o quiénes fueron los autores de las tales falsedades, no puede decirse que hubiera un propósito insistente en su autor o en sus autores de perjudicar el título Sánchez.

Además, no puede olvidarse que hay dos series o cadenas de títulos que arrancan ambos de Juan Florentino Sánchez: la que por los hijos y nietos de Sánchez vino a dar a la Compañía Exploradora del Carare y la que por Jerónimo Argüello y los Ruíces (hijos de Heliodoro Ruíz P.), vino a dar a la Lobitos Oilfield Limited. Lo que puede decirse por sospechas, es, pues, que el interés no era el de perjudicar el título Sánchez, sino el de hacer valer en alguna forma su propio título por una u otra serie. No debe olvidarse que quien pide la copia del título Sánchez que figura en este proceso es Jerónimo Argüello y quien la protocoliza es el señor Leonard William Berry, representante de la Lobitos. Todavía más, el doctor Rufiniano Téllez, que les compra a cerca de cuarenta presuntos herederos de Juan Florentino Sánchez sus derechos y acciones en su sucesión, como adelante se verá, que adelanta este juicio de sucesión entre 1918 y 1919, es quien también por escritura pública número 56, de 28 de febre-

ro de 1915, le da poder al doctor Joaquín E. Muñoz, representante de Roberto de Mares, Rodolfo Samper Uribe y Miguel S. Uribe Holguín, para que adelanten hasta su conclusión los juicios de sucesión de Jerónimo Argüello y Juan de Dios Argüello o "sólo el de sucesión del señor Jerónimo Argüello". En compensación, Téllez les cede a Muñoz y a los otros las tres quintas partes que le corresponden como cesionario de los derechos de Juan de Dios Argüello, "herencia en que se comprende la del señor Jerónimo Argüello en el título del Carare, cuya totalidad comprende una extensión superficial de ciento cincuenta mil fanegadas de tierra" (subraya la Sala). Lo restante significa que Juan de Dios Argüello era el padre de Jerónimo y que Rufiniano Téllez les había comprado a éste y a sus hijos, distintos de Jerónimo, sus derechos en la sucesión de los Argüellos.

Más adelante está el poder que de Mares, Uribe Holguín y Samper Uribe le dan al doctor Muñoz para que los represente, con el fin de que "negocie con los herederos del señor Heliodoro Ruíz... y con el señor Rufiniano Téllez los derechos y acciones y las cuotas herenciales de los hijos y nietos del señor Juan de Dios Argüello... o en la sucesión del señor JERONIMO ARGUELLO". Persiguen también "poner en claro los títulos de propiedad de los bienes", etc. (fls. 154 v. y ss. del c. 6).

Así, pues, Rufiniano Téllez, que con Uribe y los López forma la Compañía Exploradora del Carare, parte demandada en este proceso, se asegura por un lado y por otro o por ambas series de titulaciones, sus derechos en las tierras del Carare. Cómo puede hablarse de conjura o conspiración contra la legitimidad del título del Carare, cuando éste arranca de la misma fuente, Juan Florentino Sánchez, y en las dos series de titulaciones tiene interés la parte demandada?

Pero, en definitiva, la existencia de otras falsedades no significaría que no se hubiera realizado la que ha sido objeto del debate, pues es la del título de Sánchez la que ha sido materia de la controversia probatoria y no las demás falsedades que se aducen.

En el camino de las sospechas o suposiciones se puede llegar muy lejos, pero no acertadamente, y así como todas esas "maniobras" puede pensarse que iban contra el título de Sánchez, también pueden atribuirse al deseo de hacerlo aparecer como verdadero, como anteriormente se dejó ex-

presado. Pero no es ésa la vía que la ética, la lógica y la ley le ordenan seguir a los jueces: el Código Judicial manda fallar, no sobre sospechas o conjeturas, sino sobre "los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostradas, de manera plena y completa, según la ley" (artículo 593). Y sobre los indicios, que es la prueba más fundada en el razonamiento, pero también la más propicia a los errores judiciales, estatuye, como amplia y repetidamente se dejó anotado, no sólo que deben estar probados de manera completa los hechos que los constituyen, sino que deben guardar relación con el hecho que se trata de averiguar.

Los indicios de que en este proceso se habla, están plenamente probados cada uno y todos concurren a demostrar, en forma que no deja lugar a duda para la Sala, que la escritura de adjudicación de las 150.000 fanegadas de terrenos baldíos no se otorgó legalmente, como se repite una vez más.

Ello aceptado, es procedente estudiar si puede hacerse la declaración consecuenencial de ser de propiedad de la Nación el suelo y el subsuelo del globo de terreno que se dice fue objeto de la adjudicación, como lo reza la copia de la escritura número 778, de 27 de mayo de 1921, por medio de la cual se protocolizó la escritura sin número, de 22 de noviembre de 1837.

La propiedad de la Nación. — Las conclusiones anteriores llevan a declarar "que es falsa la copia de la escritura sin número de 22 de noviembre de 1837, de la Notaría de Vélez, que obra protocolizada en instrumento público número 778, de 27 de mayo de 1921, de la Notaría 2ª de Bogotá", como dice la petición primera de la demanda.

Procede ahora averiguar si puede hacerse la declaración segunda de la demanda, de que, "en consecuencia, es de propiedad de la Nación el suelo y el subsuelo del globo de terreno que se dice fue objeto de la adjudicación de tierras baldías al señor Juan Florentino Sánchez, de que da cuenta la citada copia de la escritura sin número, de 22 de noviembre de 1837, de la Notaría de Vélez, que obra protocolizada en instrumento público número 778, de 27 de mayo de 1921, de la Notaría 2ª de Bogotá, lote de terreno ese de 150.000 fanegadas o 96.000 hectáreas de extensión, ubicado en el Municipio de Bolívar, Pro-

vincia de Vélez, Departamento de Santander", cuyos linderos generales se describen.

Ya se recordará que la Compañía Explotadora del Carare, en escrito de 27 de octubre de 1938, se dirigió al Ministerio de la Economía Nacional para darle aviso de que se proponía llevar a término exploraciones en busca de petróleo en los terrenos del Carare comprendidos en el título de Juan Florentino Sánchez (f. 10 del C. 4).

La Corte, en el fallo del juicio breve y sumario que surgió del aviso, consideró que la Compañía había presentado "la prueba de que existe el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, sobre la propiedad de los terrenos" (f. 29 del c. 3).

Pero la Nación insistió en estimar que las tierras eran y son de su propiedad, en calidad de baldíos, por no haber salido de su patrimonio, supuesto que el título presentado como base del aviso de exploración no es auténtico.

Este proceso tiene, pues, como base el artículo 7º de la ley 160 de 1936, que en su ordinal c) establece que "si el fallo en el juicio sumario de que se trata fuere adverso a la Nación, y el Gobierno insistiera en estimar que el petróleo en referencia es de ella, procederá a dar autorizaciones e instrucciones al respectivo Agente del Ministerio Público, o a constituir apoderado que intenten las acciones que sean procedentes". Y añade el inciso siguiente que "se ejercitarán al mismo tiempo, especialmente, y sin perjuicio de las demás que sean procedentes, y las acciones accesorias del demandante, establecidas en el artículo 939 del Código Civil y en las disposiciones procedimentales que regulen su ejercicio".

Así, pues, deben recordarse brevemente siquiera los hechos de la demanda en que se concretan las peticiones de dominio y las pruebas que la parte demandada ha presentado para comprobarlo.

En los hechos de la demanda se apunta que la Compañía del Carare presenta como título de origen tendiente a demostrar que los terrenos "habían salido con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha de la reserva nacional del petróleo", del patrimonio del Estado, la copia de la tantas veces nombrada escritura de 22 de noviembre de 1837, pero que tal escritura es falsa y apócrifa. Por eso se alega, al final, que las 150.000 fanegadas de tierras baldías, en el campo del Carare, que se dice que fueron objeto de la adjudicación a Juan Florentino Sánchez, "no salieron entonces, ni han salido después, del patrimonio de la

Nación, a la cual pertenecen en calidad de baldíos”.

Se agrega que la Nación ha ejercido siempre y ejerce dominio y posesión material sobre las tierras, como se demuestra con la creación del Territorio Nacional de Bolívar, con el contrato de Concesión de Mares y con el celebrado con el señor Carlos Tavera Navas.

De su lado, la parte demandada alega como pruebas de su dominio sobre las tierras, las siguientes:

1º Copia de la escritura número 778, de 27 de mayo de 1921, de la Notaría 2ª de Bogotá, que contiene la protocolización de la escritura de 22 de noviembre de 1837, por la cual se adjudican a Juan Florentino Sánchez las 150.000 fanegadas de tierras, de que tanto se ha hablado (fls. 1 del c. 1 y 1 del c. 1-A).

2º Copia de la escritura número 1244, de 2 de junio de 1931, de la Notaría 2ª de Bogotá, por medio de la cual se protocolizó la partida número 9, expedida por el Tesorero Municipal de Bolívar, tomada del libro de registro llevado en esa oficina en virtud de lo dispuesto por el artículo 17, de la ley 56 de 1905, y 49 del decreto número 1105, de 19 de septiembre de 1905, que acredita que la escritura que contiene el remate hecho por Juan Florentino Sánchez el 22 de noviembre de 1837, ante la junta de hacienda de la Provincia de Vélez, fue inscrita en ese libro el 29 de marzo de 1907 (f. 118 del c. 6).

3º Copia de la escritura número 1243, de 2 de junio de 1931, de la Notaría 2ª de Bogotá, que contiene la protocolización de una copia de la partida número 49, del título de Baldíos del Ministerio de Obras Públicas y Fomento, que acredita que la escritura contentiva del remate de Juan Florentino Sánchez se inscribió en dicho Ministerio, en virtud, de las mismas disposiciones (f. 116 del c. 6).

4º Copia de la escritura número 2336, de 24 de octubre de 1924, de la Notaría 2ª de Bogotá, que contiene la protocolización de un certificado del Secretario del Ministerio de Industrias, referente al hecho de haberse tomado razón del título del Carare o Flórez en el libro de registro de títulos del Ministerio de Obras Públicas, según la citada ley 56 de 1905, y sobre el hecho de que la Concesión de Mares dejó a salvo los derechos de propietarios particulares (f. 114 del c. 6).

5º Copias de las escrituras número 23, del 7 de enero de 1914; 68, del 15 de febrero de 1914; 83,

del 17 de diciembre de 1914; 69, de 8 de diciembre de 1917; y 70, de 9 de diciembre de 1917, por las cuales los herederos de Juan Florentino Sánchez y Casimira Ariza cedieron sus derechos al doctor Rufiniano Téllez (fls. 15, 17, 19, 22 y 25 del c. 5). Tales herederos son las siguientes personas según el orden que traen las citadas escrituras: Jeremías Rincón, Teodomila Nieves, José Ariza Nieves, Verónica Rincón, Ricardo Pinzón, María de los Reyes Nieves, Carmen Nieves, Justo, Segunda y Maximina Pardo Sandalia, Agustina, Amelia y Cristina Nieves, Carmen Suárez, María Pardo de Velasco, Tomasa Nieves de Cavanzo, Domingo y Vidal Peña, Paz, Concepción, Idalecio y Amalia Peña, Agripina Peña de Cavanzo, Laura Peña de Hernández, Verónica Rincón de Nieves, María de los Reyes Nieves de Pinzón, Agripina Peña de Cavanzo, Laura Peña de Hernández, Carmen Nieves, Idalecia, Paz y Amelia Peña, Domingo y Vidal Peña, Agustina, Amalia, Sandalia y Cristina Nieves, Segunda Pardo, Rosa Pinzón, Belisario y Aquilino Suárez.

6º Copia de la escritura número 1197, de 28 de octubre de 1918, por medio de la cual se constituyó la sociedad de Uribe, Téllez y Compañía, a la cual aportó el doctor Rufiniano Téllez los derechos adquiridos en la sucesión de Juan Florentino Sánchez y Casimira Ariza (f. 169 del c. 6).

7º Copia de la escritura número 206, de 13 de junio de 1919, que contiene la adjudicación del globo de terreno denominado Título del Carare, Guayabito y Flórez a la sociedad de Uribe, Téllez y Compañía, como subrogataria de aquellos derechos (f. 154 v. del c. 6).

8º Copia de la escritura número 1370, de 23 de julio de 1919, por la cual Uribe, Téllez y Compañía vendieron a Pedro A. López y Compañía los mentados terrenos (f. 123 del c. 6).

9º Copia de la escritura número 226, de 20 de febrero de 1923, por la cual el doctor Rufiniano Téllez, con el consentimiento de los otros socios, vendió a Pedro A. López y Compañía el dominio de 2.000 fanegadas de tierras dentro de los linderos del terreno denominado Título del Carare, Guayabito y Flórez, porción que se había reservado el doctor Téllez excluyéndolo del aporte a la sociedad Uribe, Téllez y Compañía (f. 177 del cuaderno 6).

10. Copia de la escritura número 9, de 4 de enero de 1938, y de la 320, de 25 de febrero del mismo año, de la Notaría 3ª de Bogotá, por la cual se constituyó la Compañía Explotadora del

Carare, S. A., a la cual aportó la sociedad de Pedro A. López y Compañía el terreno conocido con el nombre de Título del Carare o de Flórez (fls. 181 y ss. del c. 6).

11. En fin, siete certificados de libertad del citado terreno (fls. 80 y ss. del c. 5).

Como se ve, la titulación presentada arranca de la adjudicación hecha a Juan Florentino Sánchez el 22 de noviembre de 1837, y así lo admite expresamente la parte demandada al decir en la contestación de la demanda:

“El título de la Compañía Explotadora del Carare S. A. emana, efectivamente, de la adjudicación hecha a Juan Florentino Sánchez el 22 de noviembre de 1837, de 150.000 fanegadas de tierra.”

A propósito, expresa el Tribunal, que la Nación estimó conveniente atacar la autenticidad del título de dominio privado que la Compañía había aducido como prueba de haber salido del patrimonio del Estado las tierras de que se trata, porque mientras el instrumento aparentemente auténtico gozara de la presunción de autenticidad que le otorgan los artículos 1759 y 630 del Código Judicial, las pretensiones de dominio de la Nación tropezarían con la escritura de 22 de noviembre de 1837, protocolizada por la número 778, de 27 de mayo de 1921, de la Notaría 2ª de Bogotá.

La petición de la declaración de falsedad del mencionado instrumento —concluye el Tribunal— entraña en el fondo uno de los hechos pertinentes para el suceso de la acción de dominio, que al estimarse probado, como lo está, influye decisivamente en la prosperidad de la acción fundamental, que es la declarativa de dominio en favor de la Nación.

En efecto, ya dijo la Sala que la Compañía tenía a su favor la presunción de ser la dueña de los terrenos en disputa. Pero como aquí se ha entrado al estudio de fondo del título presentado por ella y lo ha encontrado falso o carente de autenticidad, esa presunción desaparece.

Volviendo entonces a los principios generales sobre adquisición del dominio, se tiene que el artículo 745 del Código Civil establece que para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como la venta, la permuta, la donación, etcétera. Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se

confiere. Resulta pues, esencial e indispensable, para la validez de la tradición, la preexistencia de un título de dominio, siquiera sea putativo, que contenga una obligación de **dare**, y no solamente **praestare**, pues con ésta última no se hace tradición de dominio. Este precepto se basa en el principio elemental de que nadie puede transmitir lo que no tiene.

De consiguiente, no habiendo en realidad existido y siendo falso el remate público de 150.000 fanegadas de terrenos baldíos en la región del Carare, que se dice efectuado por Juan Florentino Sánchez el 7 de mayo de 1835, en los términos de la escritura sin número, de 22 de noviembre de 1837, es claro que aquel rematante y presunto adquirente del dominio privado de los terrenos que en este juicio se controvierten, nada pudo transmitir a sus causahabientes y sucesores, ni por testamento ni abintestato, en virtud del título traslativo que invoca la Compañía demandada.

En el fallo apelado se hace la anotación oportuna de que los sucesores directos de Juan Florentino Sánchez, si los tuvo, ignoraron la existencia del famoso remate de las 150.000 fanegadas atribuido a su causante, puesto que solamente en el presente siglo y por los años de 1914 a 1917 comparecieron ante el Notario de Vélez numerosas personas que, diciéndose nietos y titulares de derechos en la doble sucesión de Juan Florentino Sánchez y Casimira Ariza, transmitieron esos derechos al doctor Rufiniano Téllez.

“Este cesionario —prosigue el fallo— hizo levantar luego la sucesión de aquellos esposos, en que se dictó sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación con fecha 6 de mayo de 1919 y auto de ejecutoria con fecha 12 de mayo de 1919, providencias que fueron registradas en el libro de causas mortuorias del Circuito de Vélez el día 14 de mayo de 1919. En esta fecha comenzó pues, la titulación inscrita sobre los terrenos litigiosos del Carare, en cabeza de la sociedad civil colectiva de “Uribe, Téllez & Compañía”, adjudicataria de ellos en la doble sucesión Sánchez-Ariza, y antecesora inmediata de la firma “Pedro A. López & Cía”... con base en una hijuela de partición sin dominio en el respectivo causante.”

Ya en este punto, no quedan por analizar sino los argumentos de la parte demandada sobre el particular de la propiedad. Los cuales se fundan en dos afirmaciones que es preciso tener muy en cuenta:

Primera: "El título de la Compañía Explotadora del Carare S. A. EMANA EFECTIVAMENTE DE LA ADJUDICACION HECHA A JUAN FLORENTINO SANCHEZ el 22 de noviembre de 1837, de 150.000 fanegadas de tierra en el camino del Carare."

Segunda: "Pero la copia de la escritura de adjudicación que se ha tenido siempre... como prueba ES LA PRESENTADA POR LA SEÑORA MERCEDES AVILA DE CAMACHO en el año de 1907 ante el Tesorero Municipal de Bolívar, para dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 17 de la Ley 56 de 1905, copia que fue registrada el 29 de marzo de 1907 por el funcionario aludido, bajo la partida número 8, y a la cual debió de ponerse, como lo ordenaba la ley, la constancia correspondiente". (Contestación de la demanda, cuaderno 1, página 98 vuelto).

De estas dos afirmaciones, sobre todo de la segunda, deduce la parte demandada la consecuencia de que ha cumplido con el deber de presentar la prueba supletoria del título, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, que ordena presentar el título mismo, o los documentos públicos de origen oficial, emanados de autoridad competente que acrediten su existencia.

Esta argumentación se refuerza diciendo que la copia protocolizada bajo la número 778, de 1921, de la Notaría 2ª de Bogotá, debió de hacerse teniendo a la vista un original auténtico, de la escritura de Juan Florentino Sánchez, que fue entregado a don Joaquín Muñoz, pues en 1915 se había hecho una negociación entre este sujeto y los herederos del señor Heliodoro Ruiz P. sobre varias propiedades, entre ellas las 150.000 fanegadas de que trata este proceso. Todo esto, según un informe del Investigador doctor José María Uricoechea y Montoya (f. 131 v. del c. 1-A).

La Ley 56 de 1905, en su artículo 17, dispuso que los títulos de adjudicación definitiva de terrenos baldíos debían inscribirse en el Ministerio de Obras Públicas para que tuviesen valor legal en lo sucesivo, inscripción que debía hacerse ante los Tesoreros Municipales, lo que se realizó con respecto a la escritura de 22 de noviembre de 1837 otorgada a Juan Florentino Sánchez.

La copia presentada al Tesorero de Bolívar tuvo que ser devuelta al interesado, según el artículo 48 del Decreto 1113 de 1905, con la nota de haber sido inscrita. La copia protocolizada en la No-

taria 2ª de Bogotá, no tiene la nota que "habría puesto allí el Tesorero de Bolívar, en cumplimiento de lo prescrito en el precitado artículo 48." Es presumible, pues, que existe otra copia de la escritura de Juan Florentino Sánchez.

El registro ante el Tesorero "lo mismo que el efectuado en el Libro de Registro de Baldíos del Ministerio de Obras Públicas, constituyen la prueba supletoria admitida por el artículo 7º, letra a), de la Ley 160 de 1936, del título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, pues tales inscripciones son documentos públicos de origen oficial que proceden de autoridad competente y que acreditan la existencia de aquel título."

"En apoyo de esa prueba supletoria del título viene también como elemento importante la ya conocida nota que el Registrador Joaquín Serrano puso a continuación de la nota de registro de la escritura número 11, de 21 de noviembre de 1862."

Además, en el Archivo del Ministerio de la Economía Nacional se encontró en el "Índice de adjudicaciones de baldíos" la inscripción de la adjudicación de 96.000 hectáreas a Juan Florentino Sánchez, o sea, 150.000 fanegadas, el 22 de noviembre de 1837.

Para concluir alega el apoderado de la parte demandada que, según lo dispuesto en la Ley 56 de 1905, el título de propiedad de terrenos baldíos adjudicados, lo constituye el certificado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, en que conste la adjudicación definitiva y se halle, además, registrado en la oficina de registro a que pertenezca el respectivo Municipio en que están ubicados los terrenos.

Como esta prescripción fue cumplida por la parte demandada con respecto a la adjudicación a Juan Florentino Sánchez, pues obran varios certificados, la Compañía del Carare presenta un verdadero título de propiedad que es una prueba de carácter principal. En todo caso y, como "no existe prueba ninguna de que el referido registro se hubiera verificado con vista en la copia que se ha tachado de falsa", existe una demostración plena que "acredita supletoriamente la existencia del título originario de la propiedad".

Como se vé, toda la argumentación de la parte demandada gira alrededor de la copia que se dice presentada ante el Tesorero Municipal de Bolívar por la señora Mercedes Avila de Camacho, que alega ser distinta de la protocolizada por la

número 778, de la Notaría Segunda de Bogotá. Mas para la Sala esta argumentación no desvanece el concepto de falsedad de la adjudicación a Juan Florentino Sánchez, como enseguida se verá.

En primer lugar, ya se explicó antes, cómo no existía prueba de que ante el Tesorero de Bolívar se hubiera presentado copia de la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez, pues al pedirse copia de la partida de inscripción del título, "no se halló constancia alguna", previo el examen del archivo (fols. 104 y 106 y v. del c. 6).

Pero admitiendo que ante el mentado Tesorero sí fué presentada una copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, tal copia es la misma protocolizada por la número 778 en la Notaría 2ª de Bogotá; esta copia de la Notaría 2ª fué pedida por **Jerónimo Argüello**, al señor Juez Superior del Circuito de Vélez, se ordenó expedir el 2 de marzo de 1865, se expidió el 10 de marzo de 1865, en cuatro fojas, y aparece registrada el 13 de marzo del mismo año (fols. 1 v. y 8 v. del c. 1); la copia que se dice presentada por la señora Mercedes Avila de Camacho ante el tesorero de Bolívar también fué pedida por **Jerónimo Argüello**, al señor Juez Superior del Circuito de Vélez, se ordenó expedir el 2 de marzo de 1865, se expidió el 10 de marzo de 1865, en cuatro fojas, y aparece registrada el 13 de marzo del mismo año (fols. 118 v. y 121 v. del c. 6).

Con tales datos no es posible deducir que se trate de una copia distinta, porque si tal fuera, hubiera sido solicitada por otra persona, o en otra fecha, u ordenada expedir en día distinto. A no ser que se admita que en este proceso todo coincide en fechas, personas, lugares y demás circunstancias, como fenómeno ordinario, lo que no puede admitirse en sana lógica.

Queda así contestada la argumentación de hecho. Sólo resta añadir que la inscripción en el índice de adjudicaciones de baldíos no ofrece mérito probatorio distinto al de la copia, o si se quiere, al de las copias del título de Juan Florentino Sánchez, pues ya se vió que no hay prueba de la inscripción ante el Tesorero de Bolívar, o al menos, de que exista una copia distinta.

Como afirmó el señor Procurador en el juicio breve y sumario, "es preciso no incurrir en el error de creer que las anotaciones oficiales encontradas en el Archivo Nacional al practicarse la diligencia de inspección ocular decretada por la Sala, referentes al registro de la pretendida ad-

judicación Sánchez, y del título que de élla se hace desprender, constituyen elementos indicativos de su autenticidad y de la existencia de los documentos originales. No: esas anotaciones de registro del pretendido título fueron tomadas de la misma copia exhibida por los interesados, cuya autenticidad se viene impugnando con elementos de convicción plena. De suerte que tales constancias de registro no tienen más valor que el que pueda tener la copia de donde se tomaron". Y así resulta al detenerse en el exámen de las anotaciones aludidas y de la fecha en que fueron realizadas, como lo pedía antes el Ministerio Público.

Y en cuanto a la conocida nota puesta por el Registrador Joaquín Serrano después de la nota de registro de la escritura número 11, de 21 de noviembre de 1862, cabe repetir lo dicho ya en otro aparte, de que en vez de ser una prueba supletoria del título, es más bien un indicio de su falsedad.

Sobre los argumentos de derecho, comienza la Sala por admitir que el artículo 17 de la Ley 56 de 1905 ordenaba que "los títulos de adjudicación definitiva de terrenos baldíos hecha, ya a cambio de títulos o ya a cultivadores o colonos, deben registrarse en el Ministerio de Obras Públicas, para que tenga valor en lo sucesivo". Y que la inscripción debía hacerse "ante los Tesoreros Municipales de los respectivos distritos de la ubicación de los terrenos adjudicados".

También admite, porque así está preceptuado en el artículo 9º de la citada ley, que "el título de propiedad de terrenos baldíos adjudicables lo constituye el certificado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, en que conste la adjudicación definitiva y se halle, además, registrado en la oficina de registro a que pertenece el respectivo Municipio en que estén ubicados los terrenos".

Pero sobre estas razones de derecho apenas tiene que repetir lo dicho por el Tribunal, fuera de las de hecho anotadas con anterioridad y que las desvirtúan, a saber: que los preceptos invocados se refieren a títulos legítimos de adquisición de baldíos y que ninguna disposición se dictó ni podía dictarse con el alcance de expedir o crear títulos de dominio, pero ni siquiera con el de calificarlos con autoridad de coña juzgada.

De esta suerte y, por lo hasta ahora analizado, es forzoso concluir que la parte demandada no ha presentado el título de propiedad que alega, ni los documentos públicos de origen oficial que pro-

cedan de autoridad competente y que demuestren su existencia.

Mas como la Compañía Explotadora del Carare alega la posesión inscrita y la posesión material, se hace indispensable estudiar este aspecto, relacionado intimamente con el de la propiedad, y a éllo se procede enseguida.

La prescripción adquisitiva de dominio. — Ya en este punto pudiera darse por terminado el estudio de la propiedad por parte de la Nación. Pero es necesario analizar el aspecto de la prescripción adquisitiva, porque la parte demandada la alega en cuanto el registro produce efecto retroactivo y también con base en la posesión material.

En cuanto al registro dice el apoderado de la parte demandada en esta segunda instancia que si llegara el caso de que se “desconociera el título atacado en la demanda y se nos rechazara el presentar el otro título, el del certificado del Ministerio, si sería operante la prescripción. Pues también alegamos —prosigue— porque el registro del título de Sánchez, no sólo el efectuado en 1865, sino el que exhibe nuestra copia, **produce efecto retroactivo; se vuelve hacia el momento de la adjudicación, es decir, se vuelve a un período en que era posible adquirir contra la Nación por prescripción los terrenos baldíos**”.

Sobre la posesión material, alega el apoderado en el escrito, resumen de la audiencia pública, que élla tiene una “posesión ostensible”, que consta en varias escrituras públicas sobre “explotación de los terrenos del Carare”, y que tampoco se debe olvidar su prueba testimonial de más de diez declarantes no contradichos “demostrativos de posesión material desde hace muchos años, lo mismo que la certificación de pago de impuesto predial, continuamente” (f. 123 del c. 11).

Al final del escrito, resumen de la audiencia en esta instancia, vuelve a repetir el señor apoderado: “hemos invocado y continuamos invocando la prescripción ordinaria y la extraordinaria contra la Nación en lo relativo al derecho mismo del dominio de las tierras, suelo y subsuelo, sobre que versa esta litis, para cualquier extremo en que se coloque la Corte al calificar el derecho de nuestra parte” (fls. 123 y vuelto del c. 11).

En realidad, al contestar la demanda en primera instancia decía el apoderado de la Compañía

Explotadora del Carare, que dicha sociedad “por sí y por medio de sus antecesores en el dominio sobre las 150.000 fanegadas de terreno que fueron adjudicadas a Juan Florentino Sánchez, ha tenido en dominio y ha ejercitado la posesión” (f. 102 y v. del c. 1).

En el alegato de conclusión arguye que a más de ser propietaria la Compañía Explotadora del Carare con justo título y buena fé, “tiene acreditado estar en posesión actual, y haber poseído esos mismos predios, tanto por sí, como por medio de sus predecesores en el dominio y causahabientes, durante un periodo continuo superior a treinta años”.

Y agrega que el Procurador General de la Nación había dicho al Gobierno en el año de 1920 que si la sociedad de Pedro A. López y Cía. “ha entrado en posesión material de los terrenos baldíos a que se refiere la escritura mencionada anteriormente, debe el Gobierno promover contra élla la acción reivindicatoria”.

“De manera que justo título y buena fé, y posesión material, pacífica, ininterrumpida durante más de treinta años, junto con título originario, emanado del Estado, que se remonta hasta 1837, es la posesión que presenta ante ese honorable Tribunal la Compañía demandada.” (f. 134 v. del c. 1-A).

Finalmente, aduce la parte demandada el alegato presentado en el juicio breve y sumario, en el cual se arguye que, en el caso de que la Corte llegara a la conclusión de que “no es auténtica la copia de la escritura” de Juan Florentino Sánchez, se acoge la Compañía Explotadora del Carare “a su condición de tercero adquirente de buena fé”.

La buena fé se presume y la mala fé debe probarse (artículo 769 del C. C.) y esta presunción es suficiente para que se tenga a la Compañía del Carare y a sus antecesores como poseedores de buena fé, en todas las consecuencias que éllo comporta.

Esta presunción está reforzada por el principio de que el error común engendra el derecho (error communis facit ius), y ese error común está acreditado por varias pruebas del expediente. La escritura de Juan Florentino Sánchez fué registrada en el Ministerio de Obras Públicas y en virtud de ese reconocimiento del Gobierno, procedió la Compañía a invertir ingentes sumas de dinero en los terrenos del Carare. Pero no sólo élla ha hecho negociaciones sobre la confianza

de ser legítimo el título: en 1914 o 1915 los señores Mario y Carlos Ruiz Camacho pactaron con otros sujetos un convenio para la formación de una compañía que negociara los terrenos; los mismos señores Ruiz Camacho celebraron otro convenio con el señor Aurelio Mora Vásquez sobre los mismos terrenos; la Lobitos, que deriva sus derechos **"de la supuesta venta de Juan Florentino Sánchez a Jerónimo Argüello"**, cedió sus derechos a la Tropical Oil Company; en fin, consta en el proceso que Rufiniano Téllez adquirió de los herederos de Sánchez, que luego los transmitió a Uribe Téllez y compañía, luego a Pedro A. López y compañía, y, en últimas, a la Compañía Explotadora del Carare, negociaciones todas llevadas a cabo ya "con entera prescindencia de los **supuestos derechos provenientes de Jerónimo Argüello**" (fls. 53 y ss. del c. 10).

Planteada así la cuestión propuesta por la parte demandada, debe resolverse lo que sea legal con referencia al registro con efecto retroactivo, a la posesión material para usucapir y al efecto de la buena fé de la Compañía del Carare como tercero adquirente.

En relación con el efecto retroactivo del registro, consideró el Tribunal que lo que había que estudiar era si se había cumplido con lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 200 de 1936, sobre tierras, que permite acreditar "propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial" desvirtuando así la presunción de ser baldíos los predios rústicos no explotados económicamente, no sólo con el título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, sino también con los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la dicha ley, "en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria".

El Tribunal estima que la parte demandada no presentó la prueba de ser de su propiedad las tierras en disputa, pues no alcanza a tener veinte años la titulación que presenta.

En efecto, el fallo de primera instancia parte de la base de que no existió el remate de Juan Florentino Sánchez y, por tanto, de que nada pudo transmitir a sus causahabientes y sucesores el rematante y presunjo adquirente en virtud del título traslativo que la Compañía demandada invoca. Por eso no cuenta el término desde que varias personas, diciéndose nietos y titulares de derechos herenciales en la doble sucesión de Sán-

chez y de su mujer Casimira Ariza, comparecieron ante el Notario de Vélez a transmitirle esos derechos a Rufiniano Téllez.

El dicho término lo cuenta desde el 14 de mayo de 1919 —como ya se anotó con anterioridad— pues en esa fecha se inscribió en el libro de causas mortuorias del circuito de Vélez la sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación del juicio sucesoral Sánchez-Ariza, pues se trata de una "hijuela de partición y sin dominio en el respectivo causante". "En esta fecha comenzó, pues, la titulación inscrita sobre los terrenos litigiosos del Carare, en cabeza de la sociedad civil colectiva de Uribe, Téllez y compañía, adjudicataria de ellos en la doble sucesión Sánchez-Ariza y antecesora inmediata de la firma Pedro A. López y compañía".

"Ahora —dice el Tribunal— desde el 14 de mayo de 1919 a la fecha en que comenzó a regir la Ley 200 de 1936, o sea, el 7 de abril de 1937, apenas transcurrieron cerca de diez y ocho años". Contando el término en la forma más favorable a la Compañía, que es el de veinte años, según el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, los títulos presentados no demuestran el dominio privado sobre el suelo o superficie a que se refieren.

Las razones del Tribunal son jurídicas y se ajustan a la realidad procesal. Pero lo que la parte demandada alega es que el registro del título de Sánchez produce efecto retroactivo, esto es, "se vuelve hacia el momento de la adjudicación, es decir, se vuelve a un período en que era posible adquirir contra la Nación por prescripción, los terrenos baldíos".

Al respecto es bueno recordar que la tradición es un modo de adquirir el dominio; que la de los bienes raíces se efectúa por el registro del título; y que la tradición dá al adquirente el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía. Pero esto último no se realiza, como expresa el artículo 753 del Código Civil, sino en los casos y del modo que las leyes señalan. De suerte que al decir la ley que la tradición de los inmuebles se verifica por el registro, es forzoso suponer que debe tratarse de un registro válido, o auténtico, como se deduce de lo establecido en los artículos 756, 785, 789, 791, 2526 y otros del Código Civil, y de la propia naturaleza de las cosas. Si el registro es el signo único de la posesión regular de los inmuebles y la manera exclusiva de transferirlos, un registro falsificado no puede conferir la posesión ni dar dere-

cho para fundar la prescripción adquisitiva de un inmueble.

Volviendo a la tesis del Tribunal, que la Sala estima jurídica, es preciso aceptar que solamente el 14 de mayo de 1919 "comenzó la titulación inscrita sobre los terrenos litigiosos del Carare" y que no tiene efecto retroactivo en este caso, supuesto que se trata de una "hijuela de partición y sin dominio en el respectivo causante". De lo cual es forzoso concluir que no "se vuelve hacia el momento de la adjudicación", o sea, que el registro no tiene el efecto retroactivo de volver a un período o tiempo en que era posible adquirir contra la Nación por prescripción, los terrenos baldíos.

En cuanto a la posesión material, comienza por repetir la Sala los principios elementales sobre la materia diciendo que la prescripción es un modo de adquirir el dominio mediante la posesión material de un inmueble por determinado tiempo; que el Código Civil distingue la prescripción ordinaria, que requiere posesión regular, o sea, con justo título y buena fé, por diez años (arts. 2528 y 2529 del C. C.), y la extraordinaria, que requiere solamente posesión por treinta años, o por veinte, con ánimo de dueño (arts. 2532 del C. C. y 1º de la Ley 50 de 1936).

Entrando al fondo de la cuestión controvertida, estima la Sala que la Compañía Explotadora del Carare no puede acogerse al régimen de derecho común, sino que tiene que aceptar el régimen especial de tierras baldías en esta materia de la propiedad, y que, en tratándose de baldíos, no cabe invocar la prescripción:

La Compañía Explotadora del Carare no puede acogerse al régimen común de la propiedad, porque la controversia no gira alrededor de terrenos cuyo dominio se discute entre particulares, sino sobre terrenos que la Compañía alega haber adquirido legítimamente del Estado, en calidad de baldíos, y a cambio de bonos de deuda interna. La Nación le ha demostrado a la Compañía que la copia del título que ha presentado no es auténtica: mal puede admitírsele que alegue ahora que prescinde de su título y que, en cambio, se acoge a la usucapión, porque la condición de las tierras no se cambia porque la parte demandada prescinda de un modo de adquisición de la propiedad. Las tierras fueron y son baldías y como tales pretendieron adquirirlas los causahabientes o presuntos causahabientes de Juan Florentino Sánchez; de suerte que lo que hay que averi-

guar no es si puede presumirse si son baldíos los terrenos del Carare, pues sobre ese carácter no puede haber controversia; sino si tales terrenos, que fueron y son baldíos, pueden ser adquiridos mediante la usucapión o prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria.

Ahora que, en tratándose de baldíos no cabe invocar la prescripción, ha sido doctrina constante de la Corte. Desde luego, que ha habido controversia sobre si era posible alegar la prescripción de acuerdo con la legislación anterior al Código Fiscal o a la Ley 48 de 1882, y por eso, como se vió antes en este mismo aparte, el apoderado de la parte demandada quiso retrotraer la usucapión a un tiempo en que era posible alegarla contra la Nación. Pero después de estas disposiciones no la hay ni puede haberla.

En efecto, la Ley 48 de 1882 decía que las tierras baldías se reputan bienes de uso público "y su propiedad no se prescribe contra la Nación, en ningún caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2519 del Código Civil". Y el artículo 61 del Código Fiscal expresa que "el dominio de los baldíos no puede adquirirse por prescripción".

Y tal ha sido la doctrina constante de la Corte, como puede verse por las citas que en seguida se hacen:

"Los colonos tienen el carácter de poseedores de las tierras que cultivan. No tienen, por cierto, todas las ventajas de los poseedores, pues no pueden invocar contra la Nación la prescripción adquisitiva, según el artículo 61 del Código Fiscal, pero sí tienen ese carácter respecto de terceros". (Sentencia de 17 de noviembre de 1927. G. J. Tomo XXXV, número 1803, página 120).

"Es indiscutible que el particular que vende un terreno baldío que no le ha sido adjudicado por la Nación, vende cosa que no le pertenece, vende cosa ajena; pero asimismo es incuestionable que tal venta no vale contra la Nación, cuyos derechos no se extinguen por lapso alguno de tiempo, según lo establecido en el artículo 61 del Código Fiscal". (Sentencia de 1º de diciembre de 1930, G. J. Tomo XXXVIII, número 1873, página 337).

"Al paso que en el Derecho Civil común la ocupación con ánimo de dueño origina posesión y ésta hace presumir el dominio o lo engendra por el transcurso del tiempo (prescripción adquisitiva), en el régimen legal sobre baldíos la sola ocupación no funda dominio, entre otras razones, porque los baldíos no pueden adquirirse por prescripción (artículo 61 del Código Fiscal). Así, para

adquirir derecho de propiedad sobre un terreno baldío, se necesita título de adquisición, el cual se obtiene o a cambio de bonos de baldíos o mediante la ocupación del terreno y el cultivo del mismo". (Sentencia de 23 de junio de 1945. G. J. Tomo LIX, números 2022-24, página 362).

Así las cosas y, repitiendo lo dicho antes, puede contestarse la alegación de la parte demandada sobre posesión material de los terrenos del Carare, diciendo que ella entró a ejercitar algunos actos de explotación económica sobre la base de ser baldíos adjudicados por el Estado a su causante Juan Florentino Sánchez. Tanto es así que la Compañía Explotadora del Carare se constituyó con el "objeto principal" de explotar "los terrenos denominados Título del Carare, Guayabito o Flórez" (f. 181 del c. 6); que las copias de las escrituras de Sánchez —la protocolizada en la Notaría Segunda de Bogotá y la que se dice presentada por doña Mercedes Avila de Camacho— contienen la adjudicación de tierras baldías a Juan Florentino Sánchez; y que la Compañía alega con insistencia el registro de su título en el Libro de Registro de baldíos del Ministerio de Obras Públicas. De manera que si entró a explotar o poseer algunas porciones de terreno, lo hizo sobre la base de ser terrenos baldíos que el Estado le había adjudicado a sus antecesores.

Pero sobre el particular no puede haber duda alguna, toda vez que el propio apoderado de la parte demandada en esta segunda instancia retrotrae la posesión a la época en que sí "era posible adquirir contra la Nación, por prescripción, los terrenos baldíos" lo que a contrario sensu significa que después de las disposiciones atrás invocadas no es posible adquirir contra la Nación, por prescripción, los terrenos baldíos.

Sobre el particular, dice el Tribunal:

"De autos consta que la Compañía demandada ocupa y explota varias porciones superficiarias (suelo del terreno litigioso), y ha invertido fuertes sumas de dinero para conservar esa ocupación y para mejorar el estado inculto de ella. Pero como la Nación no ha intentado contra ella en este juicio la acción restitutoria de esas porciones, sino simplemente la acción declarativa de dominio sobre el globo general que las comprende, el Tribunal sentenciador no tiene nada que decidir acerca de los derechos que competen a la Compañía demandada, ora conforme a la doctrina del artículo 4º de la Ley 200 de 1936, o bien conforme a las normas civiles comunes que amparan

los derechos del poseedor vencido en juicio. Si posteriormente la Nación deduce acción reivindicatoria de esas porciones del suelo litigioso, surgirá entonces el problema de esas prestaciones.

"Se observa apenas, que los terrenos baldíos pueden adquirirse gratuitamente mediante el cultivo y la explotación económica a título de colono o cultivador en pequeña escala y en extensiones no mayores de cincuenta hectáreas; a cambio de bonos territoriales o a título de agricultor en mayores extensiones y en cantidad no superior a quinientas hectáreas para la agricultura y mil quinientas para la ganadería. Adjudicaciones que, naturalmente, deben sujetarse al procedimiento adecuado."

"Como los terrenos baldíos no eran prescriptibles antes de la Ley 200 de 1936, la posesión efectiva que de esas porciones ejercitara la Compañía con anterioridad a ese estatuto, tampoco sería útil para dar lugar a la prescripción adquisitiva del dominio en contra de la Nación, con respecto a las correspondientes zonas superficiarias."

Con las razones anteriores, queda contestado también todo lo relativo a la buena fé alegada en favor de la Compañía demandada como tercero adquirente. Porque si ella debe presumirse y así se presume, debe tener por basamento para servir de modo de adquirir el dominio la posibilidad de que el bien sobre que recae la posesión material o inscrita sea adquirible por medio de dicha posesión.

También llevan las consideraciones del aparte anterior y del presente, a concluir que hizo bien el Tribunal al hacer la segunda declaración solicitada en la demanda, sobre el dominio del suelo y del subsuelo del terreno demarcado en la escritura de 22 de noviembre de 1837.

Otras peticiones y costas. Exploración y explotación de petróleos. — En la petición tercera de la demanda se solicita que se declare que la Compañía demandada "no tiene derecho a efectuar exploraciones en los terrenos a que se refiere la declaración precedente, ni de explotar el petróleo y demás hidrocarburos y minas que allí puedan encontrarse".

Ya se advirtió que este proceso surgió del aviso de exploración y explotación de petróleos que la Compañía Explotadora del Carare hizo a la Nación; que, como creyera ésta que el título presentado no era auténtico, pasó el expediente a la Corte para que se decidiera en juicio breve y

sumario el problema de la propiedad de los petróleos; que la Corte, en el fallo de 1º de abril de 1940, decidió que la Compañía había presentado el título de adquisición de la propiedad, otorgado antes del 28 de octubre de 1873, fecha de la reserva nacional del petróleo; y que la Nación, dentro de los dos años que la ley señala, había presentado la demanda en este juicio, para reclamar no sólo la propiedad de los petróleos, sino la del suelo y del subsuelo de los terrenos del Carare, por no haber salido de su patrimonio.

Ya se dijo también que, para la Sala, no había demostración de que la propiedad de los terrenos sea particular o, en concreto, que el dueño sea la Compañía Explotadora del Carare, porque el título presentado no es auténtico y porque no encuentra que haya adquirido su dominio por otra causa.

Consecuencia del estudio hecho en los apartes anteriores es el de que la parte demandada no presentó las pruebas que la ley reclama para efectuar exploración y explotación de petróleos, pues no demostró que las tierras en que pretendía hacer esas exploraciones y explotaciones hubieran salido del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

En efecto y, como lo dice el Tribunal, en este caso hay que partir de la falsedad e inexistencia del remate o adjudicación de tierras a Juan Florentino Sánchez en 1837. Por tanto, debe accederse a hacer la declaración tercera pedida en la demanda.

Peticiones subsidiarias. — Habiendo declarado procedentes las peticiones principales, no era el caso de estudiar las peticiones subsidiarias que trae la demanda.

Cancelación de los registros — Sobre cancelación de los registros pide la demanda que, como consecuencia de las declaraciones principales se ordene la cancelación “en las oficinas correspondientes, de los registros de las escrituras en que la Compañía demandada pretende fundamentar su dominio sobre el inmueble en referencia, escrituras éstas que aparecen citadas en la anterior relación de hechos”.

Sobre el particular dice el **Tribunal**:

“Al declararse la falsedad intrínseca o de contenido de la copia sin número, de 22 de noviembre de 1837, de la Notaría de Vélez, que obra protocolizada en instrumento público número 778, de

27 de mayo de 1921, de la Notaría 2ª de Bogotá, debe desaparecer ese título de la escena jurídica, y, por consiguiente, deben cancelarse cuantos registros de él consten de este proceso, a fin de prevenir a terceros. En consecuencia, no solamente debe cancelarse el registro de la escritura de protocolización, verificado en la oficina de este Circuito, con fecha veintiocho (28) de mayo de mil novecientos veintiuno (1921), en el Libro 2º, partida número 1444, de la página 193, sino también el siguiente:

“El registro de la escritura sin número, de fecha 22 de noviembre de 1837, otorgada por el Tesorero de la Provincia de Vélez, verificado, según la nota puesta en la copia de la escritura de protocolización número 778, de 27 de mayo de 1921, en la Oficina de Instrumentos Públicos de Vélez, el trece (13) de marzo de mil ochocientos sesenta y cinco (1865), al folio 40 vuelto del Libro 1º de Registro de ese año.”

Pero en ninguna parte del expediente se encuentra la constancia de ese registro hecho en los libros de la Registratura y con el registro de la sentencia se consulta lo que la ley establece sobre el particular.

“Borrado así el sedicente título originario de dominio privado sobre los terrenos del Carare que han sido objeto principal de la controversia, los títulos traslaticios creados a partir de mil novecientos catorce (1914) en adelante, en virtud de las diferentes compras de derechos hereditarios en la sucesión Sánchez-Ariza, verificados por el doctor Rufiniano Téllez y vinculados a los mismos terrenos a que se refería aquel título de origen, quedaron evidentemente afectados en su contenido, en cuanto recaigan sobre los referidos terrenos. Esto le acontece no solamente a las compras de derechos herenciales que hizo el citado Rufiniano Téllez, sino a la partición y adjudicación hecha a la sociedad Uribe, Téllez & Compañía en el juicio de sucesión de Juan F. Sánchez y Casimira Ariza, de que dá cuenta la escritura pública número 206, de 13 de junio de 1919, de la Notaría de Vélez, que contiene esos actos; a la compra realizada por la sociedad de Pedro A. López & Compañía, mediante la escritura pública número 1370, de 23 de julio de 1919, de la Notaría 2ª de Bogotá, a Uribe, Téllez y compañía; y el aporte que luego hizo la firma de Pedro A. López y Compañía, de los mismos terrenos de la sociedad demandada, Compañía Explotadora del Carare S. A., mediante la escritura pública nú-

mero 9, de 4 de enero de 1938, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, y aclarada por la escritura número 320, de 25 de febrero del mismo año, otorgada también en la Notaría 3ª de Bogotá.

“Sin embargo, como en la creación de esta cadena de títulos inscritos intervinieron también personas que son verdaderos **terceros** con relación a las **partes** del presente juicio, y la cancelación inicial de un título inscrito debe hacerse precisamente con citación y audiencia de quienes lo otorgaron, el Tribunal estima que no es el caso de ordenar a los respectivos registradores la cancelación de las inscripciones que de ellos se hayan hecho, porque tal orden debe ser en cada caso una consecuencia de haberse decretado la cancelación del título de que procede la inscripción o registro (artículo 2676 del Código Civil).

“Estima también el Tribunal que el registro que se haga de esta sentencia, si llega a ejecutoriarse, en todos los circuitos donde están registrados los títulos preindicados, implícitamente satisfará esa pretensión del señor Fiscal.

“El aludido registro de la sentencia no sólo procede, conforme al artículo 2652, ordinal 2º del Código Civil, sino también en presencia del registro de la sentencia de fecha 1º de abril de 1940, de la Sala de Negocios Generales de la honorable Corte Suprema.”

Costas. Sobre costas dice el Tribunal que, aunque no se formuló pedimento especial en la de-

manda, considera que la oposición de la Compañía demandada a las peticiones de la parte actora no es temeraria ni maliciosa (artículo 575, ordinal 1º, del C. J.), por lo cual no es el caso, de condenarla al pago de ellas.

No es el caso tampoco de condenar en costas por la apelación porque estima la Sala que no hubo temeridad en interponer y sustentar el recurso.

Nulidad de lo actuado. — En cuanto a la nulidad propuesta a última hora por la parte demandada, la Sala se remite a lo dicho en providencias de fechas diez y ocho de agosto y veintiuno del presente mes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada de que se ha venido hablando, con excepción del punto sexto de su parte resolutive, que se revoca.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry; con salvamento de voto, **Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano,** Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LUIS RAFAEL ROBLES

Como no estoy de acuerdo con el fallo anterior de la Sala, procedo a exponer las razones que me han llevado a separarme de mis honorables colegas:

I

Aceptando que la acción de falsedad prescribe en veinte años de acuerdo con los artículos 2535 y 2536 del Código Civil, dice la Sala que esa prescripción sólo empieza a contarse "desde que se notifica al interesado la demanda a través de la cual se hace valer el documento tachado de falso". Y luego agrega: "Pero tomando, como debe tomarse, la palabra demanda o acción en un sentido amplio, el término debe computarse desde cuando el titular del instrumento pretende hacerlo valer en acción ante las autoridades. No puede contarse el tiempo corrido con anterioridad, porque mal puede exigirse a quien puede considerarse como contraparte que contradiga un título o instrumento que no se le ha presentado para deducir de él las consecuencias legales; pero ya desde entonces debe correr en su contra, pues si no lo contradice es porque tácitamente acepta su autenticidad."

Y así, partiendo de estos conceptos, y después de referirse al registro administrativo de 1907 y 1908, que se realizó en cumplimiento de la Ley 56 de 1905, concluye la Sala:

"Así las cosas, es aceptable la conclusión del Tribunal, a que llegó por camino diferente: que la Nación no puede recibir la tacha de inercia o abandono, ni temer a la prescripción, sino desde cuando surgió para ella la necesidad jurídica de ejercitar la acción civil de falsedad contra el referido título, en razón de que la Compañía que lo posee lo hizo valer contra los intereses del Estado, al presentarlo por primera vez ante el Ministerio de la Economía Nacional, con fecha 28 de octubre de 1938, con el aviso de exploración."

Mas con esta tesis incurre la Sala, a mi juicio, en una lamentable confusión, que proviene de no distinguir entre el incidente de falsedad y la acción principal de falsedad.

Que hay necesidad de esta distinción, lo expre-

sa claramente Lessona en los siguientes términos refiriéndose a conceptos de Frojo, para quien la querrela de falsedad de un documento sólo puede proponerse por la vía incidental:

"Por lo demás, si se concibe la querrela de falsedad en el momento en que se le invoca contra un documento probatorio, se puede llamarla incidental o excepción; pero si se la concibe en el momento en que se quiere alegar un peligro futuro, se la debe llamar principal, esto es, acción.

"Felizmente, a los argumentos teóricos de Frojo pueden oponerse las razones positivas aducidas por los escritores a favor de la querrela principal de falsedad civil.

"Tales razones son conocidísimas, y Pisanelli las resumía en su informe, haciendo notar que "cuando un documento sea falso o falsificado, aunque no se pueda indicar el autor de la falsedad, o haya cesado el mismo de vivir, o bien aunque la acción penal se haya extinguido, el hecho del delito, sin embargo, puede ser todavía susceptible de una reparación directa; el documento falso puede ser reducido a la nada, la parte falsificada puede ser restaurada según su verdadero modo de ser. Hay, pues, interés en proceder por vía civil a la demostración de la falsedad, a fin de no dejar subsistir un documento que más tarde será llamado a hacer fé de una verdad que no es tal".

"Por qué ha de prohibirse quitar de en medio la amenaza permanente contra nuestro derecho, nacido de un documento falso? A qué esperar que sea invocado, cuando acaso están en vía de desaparecer, de perderse, las pruebas de la falsedad?" (Teoría General de las Pruebas en Derecho Civil, Tomo III, página 332).

Pero si la acción de falsedad de un documento generalmente se promueve antes de que éste se presente en juicio, cuándo comienza a contarse el término de prescripción de esa acción de falsedad?

En mi concepto, dos son las condiciones concurrentes que se necesitan para que la acción de que se trata pueda ejercitarse, y por ende para que empiece a correr el término de la prescripción extintiva: que la persona a quien pueda perjudicar el documento sepa de su existencia y lo co-

nozca de manera incuestionable, y que esa persona pueda presentarlo o aducirlo como objeto del juicio, sin lo cual no podría resolverse nada sobre su falsedad.

Ahora bien, en el caso de autos no puede ponerse en duda que la copia de la escritura de 1837 a que se refiere la demanda, copia que se dice expedida por el Notario de Vélez don Ignacio Herrera el 10 de marzo de 1865 y registrada el 13 de los mismos mes y año, por el Registrador de aquel Circuito don Joaquín Serrano, fue presentada e inscrita en la Tesorería Municipal de Bolívar en el año de 1907 (fs. 118 a 122 del cuad. N° 6), de lo cual se tomó nota más tarde, en el año de 1908, en el Ministerio de Obras Públicas (fs. 63 a 64 del cuad. N° 6), todo de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 56 de 1905, que ordenaba ese registro administrativo de los títulos de adjudicación de baldíos, **para que tuvieran valor en lo sucesivo**. Pero si el Gobierno tuvo conocimiento de la copia en cuestión, en los años antes mencionados, no puede aceptarse sin embargo, que desde entonces pudiera ejercitar la acción de falsedad material de esa copia, puesto que habiendo sido devuelta a los interesados después de la inscripción en la Tesorería de Bolívar, y hallándose por lo tanto en manos de particulares, faltaba una de las condiciones para el ejercicio de aquella acción: la de poder presentar o aducir la copia ante la autoridad judicial, ya que sobre ella debía versar el juicio.

¿Cuándo fue viable para el Gobierno, entonces, aducir la referida copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, que se dice otorgada a favor de Juan Florentino Sánchez?

Ciertamente élla fue protocolizada por la "Lobitos Oilfields Limited" en la Notaría Segunda de Bogotá el 27 de mayo de 1921, mediante instrumento N° 778 (fls. 1 a 4 v. del cuad. N° 1-A); pero como en autos no consta que el Gobierno tuviera conocimiento de estos hechos sino en el año de 1930, cuando la sociedad "Pedro A. López & Cía." presentó copia de tal protocolización al Ministerio de Industrias con memorial de 29 de septiembre (fs. 38 a 72 del cuad. N° 4), sólo desde entonces puede decirse que el Gobierno pudo ejercitar la acción de falsedad de la susodicha copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, comenzando así a correrle el término de la prescripción extintiva.

De esta suerte, y como la demanda de la Nación fué notificada el 15 de mayo de 1942, estoy

de acuerdo con la mayoría de la Sala en que no puede prosperar la excepción de prescripción de la acción de falsedad alegada por la Compañía Explotadora del Carare, si bien por razones distintas de las que se dan o exponen en la sentencia.

II

Respecto de la falsedad demandada, resume así la Sala las pruebas o indicios que en su concepto concurren a demostrarla:

"En efecto, no se encontró el original de la escritura en el archivo de la Notaría donde se extendió, que es el hecho ordinario, esto es, que en el protocolo se guarden las matrices de las escrituras que ante el Notario se extienden. De la circunstancia se dá una explicación extraordinaria, no comprobada, que el original pudo quemarse en la última guerra. Mas como el hecho, enunciado en esta forma escueta, es equívoco, aunque no deja de tener valor indiciario, es necesario pasar a otro hecho de los que se invocan como base de la presunción final de la falsedad.

"Ese otro hecho es el encontrar la escritura de los Castañedas, que coincide en una forma tan desconcertante con la de Sánchez, no sólo en la circunstancia de que las mismas personas comparecen en los mismos días ante las mismas autoridades a hacer iguales solicitudes, las que dictan iguales providencias, sino en los números y las fechas de los oficios remisorios de unos funcionarios a otros, que no puede menos de pensarse que ésta se copió de aquélla, cambiando, como era apenas obvio, los nombres del adjudicatario, de la cosa adjudicada y del precio. Tal es la explicación ordinaria. La extraordinaria es la que dá la parte demandada, que se debe a coincidencia o error la cita de iguales datos y de iguales documentos en una y otra, pues la coincidencia y el error no pueden ser sistemáticos, sino excepcionales, o a falta de autenticidad de la escritura de los Castañedas, que no ha sido acreditada.

"Viene el tercer hecho indiciario, el de encontrar los documentos del archivo nacional confirmatorios de los datos de la escritura de los Castañedas y excluyentes, en consecuencia, de la legitimidad de la escritura de Sánchez; uno coincide en los datos; otro es copia de la Resolución número 40, de 2 de julio de 1835, por la cual se adjudican a Castañeda o sus herederos las 435 fanegadas; otro, original, es el recibo de dinero

o vale de deuda entregado para el pago, con coincidencia del número del mentado vale y la constancia de lo que queda sobrando; y un cuarto documento es el cuaderno copiador de resoluciones de adjudicación, en que con el número 40 y con fecha 2 de julio de 1835, número y fecha que alega el título Sánchez, se encuentra es la adjudicación a Castañeda.

“La explicación obvia de la existencia de estos documentos es que la escritura de los Castañedas sí es auténtica y de que no lo es la de Sánchez. La explicación extraordinaria es la de que hay una coincidencia en los datos de los documentos, o que los tales documentos confirmatorios son falsos; lo primero resulta inadmisibile, lo segundo no aparece demostrado. Luego queda en pié un dato que se enlaza con los otros y que lleva a la presunción de falsedad del título de Juan Florentino Sánchez, tanto más cuanto que este indicio conlleva el dato negativo de que no existe ningún documento confirmatorio del título de Sánchez.

“Pero viene un cuarto hecho, cual es el de que habiéndose otorgado la escritura de 1837, no se expida copia y se registre hasta 1865 y no se protocolice sino en 1921, tratándose como se trata de un título de adjudicación de una enorme extensión de tierras, o sea, de 150.000 fanegadas. Lo ordinario es que las gentes se hagan expedir copias de sus escrituras de propiedad inmediatamente que se extienden y, sobre todo, las hagan registrar, pues el registro era formalidad esencial para la validez del documento como título de propiedad; también lo ordinario hubiera sido que apenas se tuvo la copia registrada en 1865 se hubiera protocolizado, dado caso que el original se hubiera perdido por cualquier causa. Pero viene aquí esta circunstancia, que se añade a las otras, como indicio de la falta de autenticidad de la escritura de Sánchez, como es la aquí anotada, de que no se registre hasta veintiocho años más tarde de su otorgamiento, y no se protocolice hasta cincuenta y seis años más tarde de expedida esta copia registrada. El hecho no tiene explicación lógica y obvia dentro de la manera normal de proceder las gentes y, por tanto, contiene un señalado valor indiciario de falsedad.

“Finalmente, si unos peritos grafólogos afirman en forma terminante que las firmas del Notario Ignacio Herrera y del Registrador Joaquín Serrano son falsas en la copia de la escritura de Sánchez, no puede menos de concluirse con bas-

tante probabilidad que la tal escritura no es auténtica. La interpretación ordinaria es que un concepto serio y fundamentado ofrece mérito probatorio, que es el que la propia ley le asigna, de indicio más o menos grave o vehemente —aquí vehemente— de la falsedad; la interpretación excepcional es la de que los peritos erraron, o la de que otras pruebas le quitan su mérito, cosa que no ha acontecido.”

Si transcribo las anteriores apreciaciones de la Sala, que determinan el sentido de su fallo favorable a la Nación, es para fijar enseguida mi criterio disidente sobre muchas de esas apreciaciones, que en mi concepto son equivocadas.

Que la matriz de la escritura de 22 de noviembre de 1837, otorgada a favor de Juan Florentino Sánchez, no se encuentra en el protocolo de ese año de la Notaría de Vélez, es un hecho evidentemente incuestionable (y de paso debe advertirse que tampoco existe la matriz de la escritura de los Castañedas); pero también lo es que dicho protocolo de 1837, según inspección ocular practicada por la Corte, “se encuentra incompleto”, que “hay en él varias escrituras de diversos años y fechas distintas, legajadas sin orden”, que “se encuentra la anotación de varios folios sin orden en las páginas del legajo” y que “la última escritura que aparece es otorgada en San Benito el 9 de octubre de 1828” (fs. 45 v. y 46 del cuad. N° 6).

Y si tal es el estado de desorden en que se halla el protocolo de Vélez examinado por la Corte, y si tanto el Código Civil como el Judicial le dan valor de plena prueba a las copias cuando se ha perdido o no existe el protocolo, ¿cómo ver en la falta de la matriz de la escritura de Juan Florentino Sánchez un indicio de falsedad de la copia expedida en 1865? ¿Existe acaso alguna relación o conexión circunstancial entre la falta de la matriz y la falsedad material de la copia de 1865 impetrada por la Nación? Yo no la veo.

Tampoco encuentro que sea indicio contra la autenticidad de la copia de 1865, el hecho de haberse expedido veintiocho años después del otorgamiento de la escritura, y de haberse protocolizado esa copia mucho más tarde, en el año de 1921. Nada se sabe de cierto sobre si se expedieron otras copias distintas de la tildada de falsa, con anterioridad, pues en ésta sólo dice el Notario: “Es copia exacta que expido para el señor Jerónimo Argüello, en virtud del auto inserto del Sr. Juez Superior del Circuito, hoy 10 de marzo de

mil ochocientos sesenta i cinco, en cuatro fojas.” (F. 8 v. del cuad. N^o 1). En todo caso, de tales hechos podrán sacarse conjeturas, mas no decirse que constituyan indicios de falsedad. Si no, hé aquí más o menos cómo podría sintetizarse el razonamiento de la Sala: Lo **ordinario** es que las gentes se hagan expedir copia de sus escrituras inmediatamente que se extiendan, y que una vez obtenida la copia se haga protocolizar a la mayor brevedad; en este caso la copia de 1865 se expidió veintiocho años después de otorgada la escritura, y sólo se vino a protocolizar esa copia en 1921; luego es probable que la dicha copia sea falsificada. No entiendo la congruencia de la conclusión, ni aun aceptando la exactitud total de la premisa mayor.

Estoy, sí, en absoluta conformidad con la Sala cuando dice que los documentos encontrados en el archivo nacional confirman la autenticidad del título de los Castañedas, como ocurre especialmente en el caso de la nota número 424 de 12 de abril de 1836, por la cual la Secretaría del Estado del Despacho de Hacienda remitió a la Tesorería General el vale de deduda consolidada **número 1705** (que se cita en la copia de los Castañedas), de un capital de \$ 500.00, con el objeto de “cubrir el valor de 500 fanegadas de tierras baldías situadas en el camino de Carare, prova. de Vélez y rematado por el señor Jerónimo Castañeda...”; y también en el caso del certificado N^o 25 de 23 de septiembre de 1839, en el cual hace constar el Secretario de Estado en el Despacho de Hacienda, don J. de D. Aranzazu, que “habiendo rematado el Sor. Jerónimo Castañeda ante la Junta de Hacienda de la provincia de Vélez cuatrocientas treinta i cinco fanegadas de tierras baldías al precio de ocho reales cada una, situadas a orillas del camino de Carare, presentó para cubrir su importe el Sor. José Ma. Arenas una obligación de deuda consolidada de Colombia de inscripción al tres por ciento N^o 1705, capital quinientos pesos; i hecha la correspondiente liquidación por la tesorería jeneral de hacienda i por la comisión auxiliar de la plenipotencia granadina, resulta que aplicados al pago de las tierras el capital de dicha obligación i los intereses devengados hasta el diez de abril de mil ochocientos treinta i seis, queda a favor del Sor. Castañeda un residuo de ciento ochenta i un pesos cinco i cuatro reales (181 ps. 5, $\frac{1}{4}$) por capital, que gana el interés de tres por ciento anual (3%)

desde once de abril de mil ochocientos treinta i seis, inclusive.”

Pero si los documentos mencionados corroboran o confirman, como ya he dicho, la autenticidad de la copia de la escritura de los Castañedas, otorgada el 18 de noviembre de 1837 en la Notaría de Vélez (en la cual se cometió por el Notario una falsedad parcial en cuanto a la fecha de élla, según resulta de algunas piezas a que allí se alude), no encuentro que tales documentos sean “excluyentes” de la legitimidad de la escritura de Juan Florentino Sánchez, por dos razones: primero, porque no hay prueba en el expediente de que se buscaran y no se hallaran en el archivo nacional documentos relacionados con esa escritura de Sánchez; y segundo, porque esa “exclusión” la deduce la Sala de una serie de coincidencias entre el título auténtico de los Castañedas y la copia de la escritura de Sánchez, cuestión ésta que se estudia como indicio separado.

Y con esto, paso ahora a ocuparme de las pruebas que en mi concepto tienen verdadera importancia en este asunto, para explicar por qué a la luz de éllas no he llegado a formarme la misma convicción de mis honorables colegas.

Ante todo, debo expresar que estoy de acuerdo con el juicioso estudio de la Sala sobre el dictamen de los peritos grafólogos doctores Jesús Antonio Uribe Prada, Miguel Aguilera y Plutarco Riaño, que “es un trabajo erudito, documentado y serio que corresponde a la merecida fama de los autores, que son personas versadas en la materia”. Pero como ese dictamen, desfavorable a la autenticidad del título de Juan Florentino Sánchez, no constituye plena prueba (art. 656 del C. J.) sino solamente un indicio de cierta gravedad, entro en seguida a referirme a las coincidencias entre dicho título y el auténtico de los Castañedas —que es el otro argumento fundamental en este negocio—, a fin de que se vea cuál es la razón de mi inconformidad con la decisión a que ha llegado la Sala.

Que tales coincidencias existen, en cuanto a fechas de varias actuaciones, números de oficios, peritos que actúan y algunas otras, es cuestión que resulta de la simple comparación de los dos títulos, como lo destaca acertadamente el fallo a que me vengo refiriendo.

Pero ¿eran o no frecuentes estas coincidencias en la tercera década del siglo pasado? Nada se sabe de cierto por los autos, a pesar de que era fácil su verificación, con sólo traer copia de otras

adjudicaciones de la época en la misma región, sobre las cuales se tiene noticia en el proceso.

Sin embargo —y ya diré por qué— no vacilo en traer a cuento una experiencia personal y concreta sobre las tan mentadas coincidencias, adquirida recientemente en el archivo nacional, cuando con otro de mis colegas me dió por examinar los documentos de más de un siglo que allí existen sobre la adjudicación a los Castañedas, documentos de los cuales hay copia en el expediente.

Viendo entonces el libro que se ha llamado Copiador de Comunicaciones de la Secretaría de Estado en el Despacho de Hacienda con la Gobernación de Vélez, me encontré, para mi sorpresa, con que las coincidencias que han llamado tanto la atención entre los títulos de Sánchez y de los Castañedas, era algo relativamente frecuente en la época en que se dice fueron expedidos.

En efecto, en dicho copiador figuran varias comunicaciones similares a la que se ha venido llamando resolución número 40, que en realidad no es sino el número de orden de las inscripciones en el Libro: pero lo particular es que entre esas comunicaciones o resoluciones hay algunas en que existen muchas coincidencias, como ocurre especialmente con las que figuran inscritas con los Nos. 41 y 45, que son casi idénticas, en cuanto a fechas de actuaciones y peritos, a las que se incorporan tanto en el título de los Castañedas como en el de Sánchez.

He aquí dichas coincidencias, que relaciono bajo mi responsabilidad:

Número 41. Adjudicación de 236 fanegadas a Miguel Lozano y Peynado. — Se dió el denuncia del baldío el **26 de mayo de 1834**; el mismo día se ordenaron los pregones; el **2 de julio** se nombró para la mensura a Agustín Leland y a José M^a Landázuri; éstos cumplieron su encargo el **10 de agosto**; se hizo el remate el **7 de mayo del año siguiente**; y se remitió el expediente al Despacho de Hacienda el **10 del mismo mes de mayo antes citado**, con oficio número 84.

Número 45. Adjudicación a José Morales de 500 fanegadas. — Se dió el denuncia del baldío el **26 de mayo de 1834**; el mismo día se mandó pregonar; el **2 de julio** se nombró para la mensura a Agustín Leland y a José M^a Landázuri; éstos cumplieron su encargo el **20 de agosto**; se hizo el remate el **7 de mayo del año siguiente**; y se remitió el expediente al Despacho de Hacienda el **10 del**

mismo mes de mayo antes citado, con oficio número 82.

También debo agregar que la redacción de las comunicaciones o resoluciones del Libro Copiador es en todos los casos muy semejante.

Ahora bien, en presencia de este conocimiento personal y privado mío, adquirido en la forma que antes he expresado, ¿qué debía yo hacer?

Hacerlo saber de la Sala y proponer, como lo hice, que se dictara un auto para mejor proveer, que a mi juicio cabía dentro de lo previsto por el artículo 600 del C. J., para que se allegaran a los autos las siguientes pruebas: a) copia de las varias comunicaciones o resoluciones del Libro Copiador a que me he venido refiriendo; b) copia de las escrituras sobre adjudicación de baldíos corridas en Vélez en los años de 1837, 1838, 1839 y 1840; y c) solicitar del archivo nacional que, buscando en libros como aquel en que se encontraron otros documentos relacionados con la escritura de los Castañedas, certificara si se encontraban documentos referentes a la escritura de Juan Florentino Sánchez, y en caso afirmativo enviar copia de tales documentos.

Y que ese auto para mejor proveer era pertinente, lo veo ahora más claro todavía, por estas razones:

1° Porque cuando no se han verificado las circunstancias infirmativas o corroborativas de un hecho indiciario, apenas se tiene un indicio en estado bruto, como observa el tratadista de pruebas don Antonio Dellepiane, quien agrega: "La sóspecha es un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda, como basada en un indicio en estado bruto, en un indicio (lato sensu) que requiere verificación". Y después de poner algunos ejemplos, continúa Dellepiane: "Los ejemplos apuntados hacen ver que, en presencia de un rastro, vestigio, objeto o circunstancia cualquiera, de un indicio en estado bruto, susceptible de convertirse, por vía de análisis crítico, en verdadero indicio de un delito, el primer deber del juez instructor debe ser, ante todo, comprobarlo suficientemente por pruebas directas, y, en seguida, someterlo a una serie de operaciones analíticas encaminadas a individualizar y precisar dichos rastros, para lo cual es menester que **investigue y examine todos los hechos y circunstancias capaces de corroborar o disipar sus primeros juicios**". (Nueva Teoría General de la Prueba, páginas 95 y 96);

2° Porque tratándose del conocimiento perso-

nal del juez con motivo de sus funciones, existen precedentes legales en otros Códigos, como en el portugués, que establece que si tal conocimiento se quiere hacer valer, debe ordenarse que al proceso se una el documento que así lo compruebe. (Tomado de Manuel de la Plaza en su obra Derecho Procesal Civil Español, Vol. I, pág. 487).

Pero como la Sala consideró que no era procedente el auto para mejor proveer por mí solicitado, debo ya solamente agregar por qué me he valido de mi experiencia personal en este salvamento de voto, que obedece a una razón muy sencilla:

Como ocurre en materia de indicios, la Sala, para valorar el de las coincidencias, se basa en su **experiencia general**, que con independencia de las pruebas del proceso le indica que tales coincidencias no es **lo ordinario, lo normal; en tanto** que yo, para enjuiciar esas mismas coincidencias, me fundo en una **experiencia concreta**, también con independencia de las pruebas de autos, que me ha convencido de que las dichas coincidencias sí eran frecuentes en la época en que se dicen expedidas las escrituras de los Castañedas y de Sánchez.

Finalmente, no estoy de acuerdo con los con-

ceptos de la Sala sobre lo que se ha llamado con-fabulación contra el título de Sánchez, que ciertamente, en mi sentir, no deja de tener importancia en el ánimo del juzgador. Una simple observación al respecto. Se dice en el fallo a que me refiero que "ignorándose, como se ignora, quién o quiénes fueron los autores de las tales falsedades, no puede decirse que hubiera un propósito insistente en su autor o en sus autores de perjudicar el título Sánchez". Pero yo me pregunto: ¿si hubo una serie de falsificaciones burdas y ostensibles en varias actuaciones notariales, en perjuicio de la autenticidad del título de Sánchez, cómo puede decirse que porque no se sabe quiénes fueron sus autores, ello carece de significación en el proceso?

En todo caso, con las razones que dejo expuestas he creído cumplir con mi deber y mi conciencia, ya que las pruebas del proceso no han logrado convencerme de la falsedad del título de Juan Florentino Sánchez, en que se basan los demás pronunciamientos de la Sala.

Bogotá, 26 de septiembre de 1953.

Luis Rafael Robles



I N D I C E

Págs.

Págs.

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de nulidad de una donación.—Para que la donación en favor de un menor sea válida y se considere legalmente aceptada, es suficiente el consentimiento de un ascendiente legítimo.—La falta de aceptación por el donatario no es causa de nulidad de la donación.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira profirió en el juicio ordinario de José Omar Toro contra Clementina Buitrago y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 289

Acción de indemnización de perjuicios.—Responsabilidad civil de los amos y empleados por los daños ocasionados con sus hechos por los dependientes y empleados de aquéllos.—En el juicio ordinario que Rafael Ospina O. siguió contra la Compañía Colombiana de Electricidad, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga. Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 296

Acción de filiación natural.—La ilegitimidad de la personería sustantiva no es causal de nulidad—No casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que Antonia Dulcey, en representación de Cecilia Dulcey y otros, siguió contra Sofía Ponce Angulo y otras. Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña.. 303

Acción reivindicatoria.—En el juicio ordinario de Miguel Valencia y otra contra Gilberto López O., se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña..... 308

Dentro del régimen de la Ley 28 de 1932,

cada uno de los cónyuges debe considerarse como dueño exclusivo de las acciones y defensas judiciales vinculantes y vinculadas a los bienes que poseía al casarse y a los que adquiriera luego a cualquier título. Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Manizales profirió en el juicio ordinario que se originó en el rechazo dado por el señor Tomás Botero P. a las objeciones que los herederos de Epifanio Peláez hicieron a las cuentas rendidas por aquél de la administración de unos bienes de Peláez.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 314

Acción de indemnización de perjuicios ocasionados con un denuncia criminal.—Excepcionalmente, la verdad de los hechos denunciados puede no ser bastante para establecer la falta de malicia del denunciante y la consiguiente irresponsabilidad en las consecuencias perjudiciales de su acto.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Luis Angel Salazar contra Angelino Valdés y otros. —Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña.. 326

Cuándo puede variarse en casación la interpretación que el Tribunal hizo de un contrato.—Requisitos de la demanda de casación.—En el juicio que María Reyes Castillo de Montero siguió contra José Manuel Enciso, no casa la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 332

Acción de filiación natural.—Testimonio.—El error de hecho en casación.—Error de hecho evidente en la apreciación de indicios. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, dictada en el juicio ordina-

Págs.

Págs.

rio seguido por Cornelia Olivo y otros contra Tulia Maya de Castrillón y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 337

ta Rosa de Viterbo, proferida en el juicio ordinario de Josefina Zambrano contra Enrique Zambrano.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo-A..... 387

Acción reivindicatoria. — Singularizada una finca raíz por su situación y linderos, cuando se segreguen de ella porciones por parcelación, no es necesario que en cada segregación se vaya alinderando la parte que queda.—La Corte no infirma la sentencia que el Tribunal Superior de Buga dictó en el juicio ordinario seguido por Tito Uribe White contra Tomás Uribe Bernal.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique 353

Acción de nulidad de un testamento.—Causal 2ª de casación. — Excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada y de ineptitud sustantiva de la demanda.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario que, sobre nulidad del testamento otorgado por Tulia Montaña Alvarez, siguió José María Montaña contra Magdalena Montaña de Izquierdo y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 398

Quién puede invocar la causal sexta de casación fundado en nulidad por ilegitimidad de la personería.—La incongruencia entre la sentencia y las pretensiones de las partes, no es materia de esta causal, sino de la segunda.—Requisitos para que pueda prosperar la causal tercera de casación. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el juicio que el Municipio de la misma ciudad siguió contra María Lozano P. de Saavedra Galindo, y otros, como herederos de Paulina Pedroza de Lozano, sobre pertenencia de un inmueble.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 361

Acción de pago de unos honorarios profesionales.—Causal 2ª de casación.—En el juicio ordinario que Manuel González González siguió contra Leocadio González, representado por su curador, Francisco A. Herrera, sobre pago de unos honorarios profesionales, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 405

Las adjudicaciones de baldíos deben registrarse en el libro número primero y en el libro duplicado de éste. — Una desacertada invocación de la ley por el actor, no puede llevar al desconocimiento del derecho de éste.—En el juicio ordinario que, sobre reivindicación, siguió Enrique E. Ceballos contra Fabio Durán, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 379

La incongruencia como causal de casación.—La prohibición contenida en el artículo 2233 del Código Civil, sólo es aplicable al mutuo. La Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, proferida en el juicio ordinario seguido por la Diócesis de la mencionada ciudad contra Amanda Rosales de Martínez, sobre resolución de un contrato, y por ésta contra aquélla, en demanda de reconvencción.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas..... 409

No es necesario seguir otro juicio para lograr que por el Juez se otorgue un instrumento que estaba obligado a otorgar quien fue demandado en juicio ordinario en que se declaró tal obligación.—La Corte no infirma la sentencia del Tribunal Superior de San-

Acción de indemnización de perjuicios.—Culpa de la víctima.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Quibdó profirió en el juicio ordinario seguido por la viuda de Jean Baptiste Hestres contra la "Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A."—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas 415

Matrimonio de extranjeros celebrado en el exterior.—La prueba de la ley extranjera. En el juicio ordinario que Atilio Varani

Págs.

Págs.

siguió contra Cesarina Ghimenti vda. de Varani, sobre que la demandada no tiene derecho a la mitad de gananciales en la sucesión de Ernesto Varani, se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 421

Acción de indemnización de perjuicios.—En los juicios por accidentes en que los empleados o trabajadores se causen daño en los momentos en que actúan, no es aplicable la presunción de culpabilidad, aunque se trate de actividades peligrosas.—En el juicio ordinario que, sobre el objeto expresado siguieron Domingo Ruiz y otra contra Jesús María Henao Defrancisco, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 428

SALA DE CASACION PENAL

Delitos de prevaricato y de abuso de autoridad.—Se confirma el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Tunja profirió en favor del doctor Hernán Salamanca Porras, por cargos que, como Juez 2º del Circuito de Chiquinquirá, le hizo el doctor Melquisede Amézquita.—Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno 436

Delito de detención arbitraria.—No todo sindicado que deba rendir su primera indagatoria debe ser capturado.—Confirma la Corte el auto de proceder que, por el delito de detención arbitraria, profirió el Tribunal Superior de Tunja contra el doctor José Antonio Jiménez Corredor.—Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 438

Colisión de competencias para conocer de un proceso por delitos de rapto y estupro, cometidos en lugares distintos.—Se dirime la colisión suscitada entre el Juez 1º Penal del Circuito de Cali y el Juez 2º Penal del Circuito de Cartago, para conocer de un proceso contra Germán Elías Sánchez Pinzón, y se señala como competente al Juez

de Cartago.—Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 441

El cambio de radicación de un proceso por conveniencia para la salud del procesado, puede tener lugar sólo cuando éste se encuentre detenido.—La Corte emite concepto desfavorable a la solicitud de cambio de radicación de un proceso que, por el delito de homicidio, se sigue en el Distrito de Bogotá contra el doctor Jaime Dangond Ovalle.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 444

Delito de prevaricato.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena en favor del señor Francisco Prado Villanueva, por cargos de prevaricato como Juez Promiscuo del Circuito de Lorica.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 449

Delito de homicidio.— Cuando la ira no ha sido causada por grave e injusta provocación, es inaplicable el artículo 28 del C. P. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por la cual se condenó a Abelardo López Reyes como responsable del delito de homicidio en Luis Ayala.—Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 452

No es causa de nulidad el que haya participado en el proceso como parte civil una persona cuya personería no es legítima.—Causal segunda de casación.— Cuando la Corte puede modificar en casación la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio contra Florencio Rodallega por el delito de estafa.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 455

Desistimiento de un recurso de casación.—Se admite el desistimiento que el procesado Desiderio Castilblanco o Castelblanco hizo del recurso de casación que el mismo interpuso contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en proceso contra aquél por el delito de homicidio.—

Págs.

Págs.

Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 461

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos.—En el juicio ordinario que siguió Elena Canal Sorzano contra la Nación, para que se declare, entre otras cosas, que el petróleo que se encuentre en el inmueble denominado “Capachito”, y ubicado en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, es de propiedad particular; la Corte niega las peticiones de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles 462

Por la sola denuncia del pleito, no pierde la competencia el Tribunal que está conociendo del negocio.—Declara la Corte que no tiene competencia para conocer del juicio sobre rendición de cuentas promovido por el Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company, que denunció el pleito a la Nación; y, en consecuencia, ordena devolverlo al Tribunal Superior de Bogotá, para que resuelva sobre la dicha denuncia.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles 472

No se repone el auto anterior.—La denuncia del pleito no cambia o modifica el ámbito objetivo de la controversia.—No se accede a la solicitud de reposición formulada por el apoderado de The Dorada Railway Company, contra el auto de que da cuenta el aparte inmediatamente anterior de este índice.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles 474

Interpretación del artículo 56 del Código de Comercio.—En el juicio que el Departamento de Cundinamarca sigue contra “Almacén Bogotá, S. A.”, se declara inadmisibles el recurso de súplica contra la providencia que decretó varias pruebas solicitadas por la parte demandante, porque la providencia recurrida se encuentra ejecutoriada; y se mantiene el auto por medio del cual se accedió a lo pedido por el apoderado de la misma parte, para que se am-

pliara la diligencia de inspección ocular.—Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez.. 476

Liquidación de costas.—Recurso de súplica.—Resuelve la Corte que no hay lugar a revisar el auto por medio del cual el Magistrado sustanciador repuso el que autorizó al apoderado de la compañía “Cementos del Caribe, S. A.” para que recibiera una suma de dinero consignada por la parte demandante, como pago de costas a que fue condenada en un juicio seguido contra la Nación y contra la mencionada compañía.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles 477

Acción de indemnización de perjuicios.—En el juicio ordinario seguido por Juan de la Rosa Valencia contra el Departamento de Caldas, se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Manizales.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 479

La nulidad de una compañía por no haber sido constituida en conformidad con lo dispuesto por las leyes, no es causa de nulidad del juicio en que aquélla interviene como parte, y que pueda ser deducida en incidente antes de la sentencia.—Se declara improcedente el incidente de nulidad que el apoderado de la Compañía Explotadora del Carare promovió en el juicio ordinario que contra aquélla adelantó la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 483

No se accede a reponer el auto anterior.—Valor de los actos y contratos de una sociedad irregularmente constituida, cumplidos antes de su aniquilamiento.—La Corte no accede a la solicitud de reposición del auto de que da cuenta el aparte inmediatamente anterior de este Índice, solicitud formulada por el apoderado de la parte demandada en el juicio ordinario que la Nación siguió contra la Compañía Explotadora del Carare. — Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 485

La prescripción de la acción de falsedad de un instrumento no puede contarse desde el

Págs.

Págs.

momento en que fue inscrito en el registro, sino desde aquel en que el interesado en impugnar su autenticidad, tuvo un conocimiento real y objetivo, que debe aparecer debidamente acreditado, desde que el derecho es atacado y no antes.—En el juicio ordinario que la Nación siguió contra la "Compañía Explotadora del Carare, S. A.", sobre falsedad de una escritura de adjudicación de terrenos baldíos realizada en el año de 1837 y en relación con tierras ubicadas en el camino del Carare y denomi-

nadas "Títulos del Carare, Guayabito, Flórez", y sobre pertenencia a la Nación de las dichas tierras y del subsuelo que en ellas se encuentre; se confirma parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, favorable a las pretensiones de la parte demandante. — Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 489

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Rafael Robles 552

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXIV - BOGOTA, COLOMBIA. ABRIL DE 1953 - NUMERO 2127

SALA DE CASACION CIVIL

PRESCRIPCION DEL COMUNERO. — UNION DE POSESIONES. — CUANDO TIENE LUGAR. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

1.—Cuando la sentencia del Tribunal niega las declaraciones solicitadas en la demanda, no es procedente invocar contra ella la segunda de las causales de casación por no estar el fallo en consonancia con las pretensiones de las partes, ya que esa negativa, lo mismo que la absolución, resuelven concretamente sobre los extremos planteados en la demanda. El error o desacierto de las razones que hayan conducido a esa conclusión, sirve para atacar el fallo por causales distintas, como así lo tiene admitido la doctrina de la Corte.

2.—Los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1943 reconocen la prescripción entre comuneros. Y al efecto permiten al condómino adquirir por ese medio, ordinaria o extraordinariamente, el todo o la parte del inmueble indiviso que haya sido explotado económicamente durante el término y en las condiciones legales, pudiendo con tal fin añadir él a su propia posesión la de sus causantes a título universal o singular.

Y no es óbice para que el fenómeno prescriptivo se consume, el hecho de que el comunero de que se trata reconozca que en el indiviso hay otras personas que inicialmente fueron condueñas, ni el hecho que se haya promovido el correspondiente juicio

divisorio, a sabiendas. Lo importante es que la parcela a que el sedicente comunero contrae sus aspiraciones de dominio, haya sido o esté poseída con ánimo exclusivo de señor o dueño, de la manera ya expresada, por persona o personas que tengan identidad jurídica. Es decir, puede prescribir el comunero en la misma forma que lo haría un extraño a la comunidad. Pero, para que la usucapión o la mera prescripción ordinaria se consumen por el medio de las posesiones agregadas, es indispensable que el antecesor o los antecesores, lo mismo que el sucesor, hayan señoreado el inmueble desconociendo en él derechos ajenos por no haberlos ejercitado sus titulares. Y esto no ocurre en la simple transmisión del derecho de comunidad, que jamás puede significar traspaso de cuerpo cierto con ánimo de poseedor excluyente, según se ha visto.

3.—Terminada, por cualquier causa, aún voluntaria, la posesión de una persona sobre la cosa, si otra la toma, sin la transmisión de dominio o propiedad, no hay lugar a la unión de posesiones. Será el caso del artículo 787 del Código Civil, según el cual, se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b). — Bogotá, abril seis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 1947 ante el Juzgado Civil del Circuito de Tuluá, los señores Apolinar Gutiérrez Mejía, Humberto Zuluaga Arango y Mercedes Ochoa de Botero solicitaron, que previa citación por medio de edicto, de los comuneros del indiviso de "El Overo", ubicado en jurisdicción de Bugalagrande, y del Personero Municipal de aquella ciudad, se haga la declaración judicial de pertenencia, por prescripción adquisitiva de dominio", a favor suyo, y sobre los siguientes lotes que hacen parte de dicha comunidad:

a) El doctor Gutiérrez Mejía, por haber poseído durante más de treinta años, agregada a su posesión, la de sus tradentes, "la finca llamada 'La Alsacia', con tres casas de habitación, cercada de alambre toda, ocupada con ganados, de extensión de 400 plazas más o menos, con pastos de distintas clases, por estos linderos: Norte, carretera Sevilla-Bugalagrande; Sur, con Mercedes v. de Hincapié y Jorge Yusty, o Marco Moreno; Oriente, con Heriberto Zuluaga, en toda su extensión y Occidente, con Fernando Echeverri, Pedro Maya e Ismael Aguirre";

b) El señor Zuluaga Arango, por haber poseído en las mismas condiciones de tiempo y modo la "finca llamada 'La Ofelia', con casa de habitación, finca cercada con alambres, ocupada con ganados, y por estos linderos: Oriente, la señora Mercedes O. de Botero y Marco Moreno; Occidente, con el Dr. Apolinar Gutiérrez Mejía en toda su extensión; Norte, con la carretera Sevilla-Bugalagrande; y Sur, con Marco Moreno".

c) La señora Ochoa de Botero, por haber así mismo poseído "la finca llamada 'Las Mercedes', compuesta de pastos, galpón para la fábrica de ladrillo y teja y en un establecimiento muy bien montado, casa de habitación ocupada la finca con ganados y cerca toda de alambres y por estos linderos: Norte, carretera Sevilla-Bugalagrande; Sur, con Pedro Moreno y Humberto Zuluaga; Oriente, Tomás Hidrobo o Huidrobo, Aura Zuluaga, Jesús Muñoz; Occidente, Humberto Muñoz".

El Juzgado del conocimiento decidió la demanda en fallo de veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, negando las peticiones en ella formuladas; por lo cual, y apelada esta

providencia, fué luego desatado el recurso en sentencia de veintisiete de julio de mil novecientos cincuenta, proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el sentido de confirmar la de primer grado "en lo que hace relación a los actores Apolinar Gutiérrez Mejía y Humberto Zuluaga", y revocarla "en lo referente a la actora señora Mercedes Ochoa de Botero, para decidir en cambio:

"1º DECLARASE judicialmente como de pertenencia por PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO de la señora Mercedes Ochoa de Botero, el predio denominado 'Las Mercedes' por los linderos que se le dan en la demanda, o sea: 'Por el Norte, carretera Sevilla-Bugalagrande; Sur, propiedades de Pedro Moreno y Humberto Zuluaga; Oriente, con predios de Tomás Hidrobo o Huidrobo y Aura de Zuluaga y Jesús Muñoz; y por el Occidente, con el predio de Humberto Muñoz con extensión de 200 fanegadas".

2º INSCRIBASE esta providencia, una vez ejecutoriada, en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, matriculando el dicho predio, para que así surta esta sentencia los efectos de las dictadas en los juicios especiales de división de bienes comunes reglamentados en el Código Judicial (Artículo 7º de la Ley 51 de 1943).

Como fundamentos de la negativa a que llegó el Tribunal respecto de las pretensiones de los señores Mejía Gutiérrez y Zuluaga Arango, a que se concreta el recurso ante la Corte, se expresan los siguientes:

"El Tribunal estudiando, en primer lugar, las diferentes certificaciones expedidas por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Tuluá, tales como el certificado 816 de fecha 13 de octubre de 1947 (fs. 1º a 6 del cuaderno ppal.), encuentra que Apolinar Gutiérrez Mejía y Joaquín Londoño Botero partieron el lote de terreno conocido con el nombre de "La Alsacia", según lo afirman los declarantes Luis E. Posada y Antonio Figueroa a folios 17 vto. y 18 vto. del cuaderno 2º, quedando dicho Gutiérrez Mejía dueño del lote de terreno identificado por él en el numeral 1º de la demanda.

"En segundo lugar encuentra el Tribunal, según el certificado Nº 120 de folios 22 y 23 del cuad. principal, que Joaquín Londoño Botero vendió a Humberto Zuluaga el lote de terreno que le quedó en la división material de que habla el certificado 816. Este predio es el que designa la demanda con el nombre de "La Ofelia" y que delimita el mismo numeral 1º, así: "Norte, con la

carretera Sevilla-Bugalagrande; Sur, con Marco Moreno; Oriente, con Mercedes O. de Botero y el mismo Marco Moreno; y Occidente, con Apolinar Gutiérrez Mejía, en toda su extensión”.

“Según el mismo certificado 120 (que tiene fecha 16 de febrero de 1948) observa el Tribunal que no se había hecho en esa fecha ninguna división del indiviso de “El Overo”.

“... Ahora, por el certificado 896 de fecha 19 de octubre de 1949, se vé que por medio de la escritura 272 de 2 de septiembre del mismo año los demandantes Gutiérrez Mejía, Mercedes O. de Botero y Humberto Zuluaga, adquirieron por compra hecha a la señora María Jesús Escobar de M., un peso de derecho de origen primitivo en el terreno indiviso de “El Overo” en jurisdicción del Municipio de Bugalagrande, indiviso que el mismo certificado identifica con estos linderos: “Por el Norte, con terrenos de la antigua hacienda de “La Paila”; Sur, terreno indiviso de “La Pontezuela”; Oriente, la Sierra Alta de los Pijáos; y Occidente, el río Cauca”. Acreditando así, los demandantes con la dicha escritura 272 y que aparece de folios 1 y 2 del cuaderno 3º, su calidad de comuneros del indiviso anteriormente nombrado.

“INSPECCION OCULAR. — De la inspección ocular y, sobretodo, con las declaraciones de los ss. Luis E. Posada y Antonio Figueroa (fs. 16 a 18 vto. del cuaderno 2º) y de Mercedes S. de Orozco y Jesús Otálvaro (fs. 10 vto. y 11 vto. del cuad. 3º), se deduce con certeza judicial que los demandantes han dejado completamente acreditados los hechos fundamentales de su demanda, como son: su posesión material por más de treinta años sumando a la suya la de sus antecesores de los lotes materia de la demanda. Posesión material que ha consistido en su explotación económica manifestada en cultivos, cerramientos, cría de ganados y construcción de casas; actos posesorios a virtud de los cuales, en la diligencia de inspección ocular, pudieron verse en forma de mejoras, cultivos, desmontes y existencia de casas de habitación y cerramientos, tal como lo acreditan también los citados declarantes por haberles constatado —como dicen ellos— haber sido por espacio de más de treinta años la posesión que han tenido los actuales demandantes agregando a la de ellos la de sus antecesores.

“Por la inspección ocular se constató igualmente el hecho, con evidencia absoluta, que los lotes materia de la demanda se hallan dentro de los linderos del indiviso de “El Overo”; indiviso que, según certificaciones y especialmente los Nos. 120

de fecha 16 de febrero de 1948 y 551 de 6 de julio de 1949, no hay constancia, a partir del año de 1858, que tal indiviso haya sido materia de división.

“POSESION MATERIAL TREINTENARIA. De la que deben acreditar para el caso planteado en este juicio, hay que decir que aunque de élla asegura la prueba testimonial que las fincas materia de la declaración demandada tienen más de treinta años de plantadas, por lo que hace a los actores Apolinar Gutiérrez Mejía y Humberto Zuluaga, quienes alegan ser poseedores por dicho tiempo, agregando a la suya la de sus antecesores, hay que decir que debían haber acreditado que, en realidad, jurídicamente, son continuadores de aquéllos, es decir, que les ha faltado comprobar el vínculo legal que les dé la calidad de legales sucesores. Pues, por lo que se vé, con relación a dichos ss. Gutiérrez Mejía y Zuluaga, no se puede decir con la evidencia que se requiere en el juicio, que en ellos ha quedado realizada la posesión treintenaria que exige la ley para tenerlos como dueños de los lotes que especifican en su demanda, ya que dos o más posesiones sucesivas no pueden sumarse con tal fin, aunque sean continuas, si no las ata un vínculo de derecho. Lo que equivale a decir que no basta la posesión de hecho para configurar la anexión de posesiones que se contempla en esta clase de juicios. Y la falta de ese vínculo jurídico, para la alegada posesión de los actores Gutiérrez y Zuluaga, es la que aparece manifiesta del certificado N° 816 de 13 de octubre de 1947 que hace referencia al primitivo lote perteneciente en común a los señores Apolinar Gutiérrez Mejía y Joaquín Londoño Botero, lote que dividido por escritura N° 180 de 25 de febrero de 1947 quedó formando los dos lotes denominados “La Alsacia” y “La Ofelia”, nombres éstos con que ahora los actores Gutiérrez Mejía y Zuluaga, diciéndose dueños, los delimitan en su demanda.

“Pues bien: el antiguo lote que recibía antes de su partición el nombre de “La Alsacia”, fué adquirido —como lo reza el certificado 816— por compras parciales hechas a Gregorio Ocampo, David Grajales e Isidoro Ocampo, según las escrituras 503, 2009 y 533 de 19 de noviembre, y 3 de diciembre de 1945 la primera y la última, y 31 de diciembre de 1946, la segunda. Y estudiando la tradición de tales títulos ha llegado la Sala a la conclusión de que el vínculo de continuidad jurídica está roto, para los actores nombrados, respecto a los dos lotes que integraban el de “La

Alsacia", o sea: el que conservó este mismo nombre y el que, según el certificado 120 de fecha 16 de febrero de 1948, compró Humberto Zuluaga al Sr. Londoño Botero y que en la demanda figura con el nombre de "La Ofelia". Y se dice que se rompe el vínculo de continuidad jurídica de la posesión material treintenaria para los dichos actores, o que por lo menos no hay base en el juicio para contarles una posesión por los treinta años exigidos por la ley, porque Gutiérrez Mejía y Zuluaga (este último como sucesor de Londoño) sólo adquirieron unos derechos hereditarios en ambos casos por compras en 1941 y 1945 con la advertencia expresa de que quedaban vigentes otros derechos hereditarios, lo que significa que sólo a partir de entonces tuvieron los actores, antes nombrados, una posesión a propio nombre. De tal modo que si a su posesión se pretende agregar la de sus antecesores, deberían hablar entonces a nombre de esas sucesiones ilíquidas."

De esta providencia recurrió en casación el señor apoderado de los demandantes Gutiérrez Mejía y Zuluaga formalizando contra élla los siguientes cargos:

Primero. Con fundamento en la causal segunda, por "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Tanto los señores Personeros Municipales de Esguigrande y Tuluá, como el curador ad-litem de los comuneros, al contestar la demanda, manifestaron expresamente no oponerse a las pretensiones invocadas en élla; y más explícitamente en su alegato de conclusión manifestó el curador que "apareciendo debidamente comprobados todos los hechos de la demanda es procedente proceder a lo pedido" (sic) y el Fiscal del Tribunal conceptuó que "es el caso de acceder a las peticiones de la demanda, revocando la sentencia que fué materia de la alzada". De esta suerte al sostener el fallador de segunda instancia la resolución negatoria respecto de los recurrentes, hizo inconsonante la sentencia con las pretensiones de las partes que, "nemine discrepante", solicitaban decisión favorable a las peticiones del libelo de demanda".

Segundo. Con base en la causal primera, por estos dos conceptos:

a) Por violación directa de los artículos 2512, 2527 a 2529 y 2531 del C. C., que tratan de la prescripción; 1º, 2º, 5º, y 7º de la Ley 120 de 1928, "que autorizan la acción de que trata la demanda y la postulación de los hechos aquí controvertidos", y 1º y 2º de la Ley 51 de 1943, "que

tratan especialmente de la posesión entre comuneros.

Según la doctrina de la Corte, dice el recurrente, "para el comunero que ha invocado el título de tal, sólo para iniciar la explotación, la posesión material es lo esencial: su conducta es la de propietario singular y aún cuando sepa que se trata de un predio que pertenece a varios y que la cuota de cada cual es aún indeterminada, este aspecto le tiene sin cuidado y es enteramente secundario en sus planes y actividades, tal lo que ocurre en aquellas comunidades a las que se han vinculado derechos provenientes de sucesiones ilíquidas de origen inmemorial en las que no sólo hay incertidumbre respecto al número de comuneros sino al mismo origen de la comunidad. Son, pues, comunidades nominales; la multiplicidad numérica por sí, no le dá su verdadero carácter puesto que los interesados se comportan como dueños individuales. Luégo si estos comuneros poseen en las condiciones legales, pueden prescribir contra la comunidad de propiedad del lote que ocupan". (G. J. Tomo 68, N° 2087, pág. 21).

"El Tribunal de Buga, en el fallo recurrido, no niega el hecho de que tanto los actores Gutiérrez y Zuluaga como sus antecesores, han poseído materialmente los bienes que forman el objeto de esta demanda, pero niegan a dichos actores facultad para agregar a la suya la posesión de los antecesores, porque el comunero que posea materialmente un lote en la comunidad, que transfiera a un tercero sus derechos, transmite únicamente su cuota, pero no la posesión individual particular, según la flamante tesis del honorable Tribunal. Esta tesis viola el precepto fundamental del artículo 778 del C. C. que permite agregar a la propia la posesión de los antecesores, precepto en que se apoya el derecho alegado por mis poderdantes. La violación de esta norma, y las anteriormente citadas, en forma directa, determinaron la resolución desfavorable proferida por el Tribunal de Buga, que debe casarse para en su lugar decretar la usucapión pedida".

b) "El Tribunal, además, incurrió en errores de derecho y de hecho manifiestos, en la apreciación de las pruebas del proceso, a consecuencia de los cuales violó la ley sustantiva...

"...En efecto, tanto, Juan de Jesús Orozco Otálvaro como Mercedes Mesa de Orozco (C. N° 3, fol. 10 y 11) afirman que tanto el Dr. Gutiérrez como Zuluaga, y sus antecesores, han poseído materialmente los bienes cuya usucapión demandan.

Así lo reconoce el mismo Tribunal en el siguiente-

te párrafo de su fallo: "Inspección Ocular. De la Inspección Ocular y sobre todo, con las declaraciones de los señores Luis E. Posada y Antonio Figueroa (fs. 16 a 18 vto. del cuad. 3º) y de Mercedes S. de Orozco y Jesús Otálvaro (fs. 10 vto. y 11 vto. del cuad. N° 3º), se deduce con certeza judicial que los demandantes han dejado completamente acreditados los hechos fundamentales de su demanda, como son: su posesión material por más de treinta años, sumando a la suya, la de sus antecesores de los lotes materia de la demanda..." (fol. 78 del cuad. Princ.).

"Lo anterior sirve para respaldar esta afirmación: El Tribunal no puso en duda la posesión treintenaria, pero, en cambio, no falló de acuerdo con la demanda porque, según él, el certificado N° 816 de 13 de octubre de 1947, los actores no son continuadores de la posesión de sus tradentes, sino meros adquirentes de derechos. Por esto, el Tribunal incurrió en los siguientes errores: a) De hecho manifiesto, puesto que, el Tribunal dejó de relacionar el certificado con la inspección ocular y los testimonios de Posada, Figueroa, Orozco y Otálvaro que, según el mismo Tribunal, acreditan la posesión material treintenaria, como se vió anteriormente. En otros términos: el certificado demuestra la tradición de unos derechos sobre inmuebles comunes, y las pruebas aludidas prueban que los sujetos de esos derechos tenían posesión material sobre el inmueble en que poseían derechos. Luego, relacionando el certificado y las pruebas restantes, se tiene que estas prueban la posesión material y aquél la agregación de esa posesión a favor de mis poderdantes. Por tanto, hubo manifiesto error de hecho al desvincular las pruebas y el certificado, para salir diciendo que el certificado prueba derechos, pero no posesión particular. El Tribunal, al dejar de apreciar conjuntamente con el certificado las pruebas de la inspección y la testimonial aludida, incurrió en error evidente de hecho, que lo llevó a la violación de las siguientes normas: arts. 1º y 2º de la Ley 51 de 1943, que tratan de la posesión particular del comunero; 1, 2, 5 y 7 de la Ley 120 de 1928, que autorizan la acción de esta demanda y los artículos 2512, 2527 a 2529 del C. C., que versan sobre usucapión, y el artículo 778 del C. C., que faculta para agregar posesiones, disposiciones violadas por no haber sido aplicadas, violación que determinó la sentencia adversa, que debió ser favorable".

Se considera:

Primero. Cuando la sentencia del Tribunal niega las declaraciones solicitadas en la demanda, no es procedente invocar contra élla la segunda de las causales de casación por no estar el fallo en consonancia con las pretensiones de las partes, ya que esa negativa lo mismo que la absolución, resuelven concretamente sobre los extremos planteados en la demanda. El error o desacierto de las razones que hayan conducido a esa conclusión, sirve para atacar el fallo por causales distintas, como así lo tiene admitido la doctrina de la Corte. Por éello el cargo que se ha propuesto con base en dicha causal, es inaceptable, y debe rechazarse.

Segundo. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 51 de 1943, "El comunero, que posea materialmente, en las condiciones legales, el predio común, proindiviso o alguna parte de él, podrá hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, según el caso, contra los demás comuneros, lo mismo que contra terceros extraños a la comunidad, sobre lo que tenga poseído y explotado económicamente. — "La prescripción que se establece podrá invocarse judicialmente como acción o como excepción".— La prescripción extraordinaria se verifica cuando el que posee como comunero haya completado o complete veinte (20) años de posesión y explotación económica, antes o después de la vigencia de esta ley.— "A la posesión propia se puede agregar la de los antecesores en las condiciones del artículo 778 del Código Civil".

Esta unión o incorporación de posesiones, como lo ha dicho la Corte, "tiene que realizarse a través del vínculo jurídico de causante a sucesor, que es el puente por donde el primero trasmite al segundo, a título universal, por herencia, o singular, por contrato, las ventajas derivadas del hecho de una posesión que se ha tenido.

"No puede concebirse así el fenómeno de la incorporación, en posesiones aisladas unas de otras, en que no haya mediado transmisión de una persona a otra, bien por herencia, legado, o bien por contrato o convención. Por eso dice el artículo 778: "Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios."

"De consiguiente, terminada por cualquier causa, aún voluntaria, la posesión de una persona so-

bre la cosa, si otra la toma, sin transmisión de dominio o propiedad, no hay lugar a la unión de posesiones. Será el caso del artículo 787 según el cual, se deja de poseer una cosa desde que, otro se apodera de élla, con ánimo de hacerla suya.

“Tampoco se efectúa la incorporación entre dos poseedores convenidos y simultáneos, en el supuesto de que uno de ellos, por muerte o por otra causa, se desapodere de la cosa. Los dos poseían así en proindivisión. Desaparecido uno de los sujetos de ésta, sin dejar sucesor universal o singular, el otro necesitaría nueva posesión unitaria sobre la cosa, abandonando el ánimo de comunidad, y sólo desde este momento podría correr el lapso de prescripción sobre toda la cosa”. (Sentencia de 14 de agosto de 1946. G. J. LX, pág. 810).

Esta doctrina, como bien lo observa el señor Procurador, “no contradice los ordenamientos contenidos en los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1943, que llevan incorporado a sus textos el artículo 778 del C. C., relativo a las posesiones sucesivas y complementarias vinculadas por un título.

“Los citados artículos 1º y 2º de la Ley 51 reconocen la prescripción entre comuneros. Y al efecto, permiten al condómino adquirir por ese medio, ordinaria o extraordinariamente, el todo o la parte del inmueble indiviso que haya sido explotado económicamente durante el término y en las condiciones legales, pudiendo con tal fin añadir él a su propia posesión la de sus causantes a título universal o singular.

“Y no es óbice para que el fenómeno prescriptivo se consume, el hecho de que el comunero de que se trata, reconozca que en el indiviso hay otras personas que inicialmente fueron conductas, ni el hecho que se haya promovido el correspondiente juicio divisorio, a sabiendas. Lo importante es que la parcela a que el sedicente comunero contrae sus aspiraciones de dominio, haya sido o esté poseída con ánimo exclusivo de señor o dueño, de la manera ya expresada, por persona o personas que tengan identidad jurídica. Es decir, puede prescribir el comunero en la misma forma que lo haría un extraño a la comunidad. Pero para que la usucapión o la mera prescripción ordinaria se consumen por el medio de las posesiones agregadas, es indispensable que el antecesor o los antecesores, lo mismo que el sucesor, hayan señoreado el inmueble desconociendo en él derechos ajenos por no haberlos ejercitado sus titulares. Y esto no ocurre en la simple transmisión del derecho de comunidad, que ja-

más puede significar traspaso de cuerpo cierto con ánimo de poseedor excluyente, según se ha visto”.

Esto supuesto, cuál la situación exacta de los demandantes Gutiérrez y Zuluaga, frente a la incorporación de posesiones en que fundan la declaración de pertenencia que es objeto del juicio?

Según los certificados expedidos por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Tuluá, las fincas de “La Alsacia” y “La Ofelia”, sobre las cuales versa la acción de los señores Gutiérrez y Zuluaga, respectivamente, formaron en su origen una sola propiedad, de extensión aproximada de 600 plazas en los terrenos del indiviso del Overo o Burila, adquirida en común y proindiviso por el primero de ellos y por don Joaquín Londoño, causante inmediato de los derechos del segundo, y que luégo dividieron mediante escritura pública N° 180 de 25 de febrero de 1947 de la Notaría de Sevilla.

Ese condominio se formó a través de las compras que los señores Gutiérrez y Londoño hicieron a Gregorio Urbano Ocampo, Isidoro Ocampo y David Grajales, así:

a) De **Gregorio Urbano Ocampo** adquirieron, según escritura N° 503 de 19 de noviembre de 1945, Notaría de Bugalagrande “una finca ubicada en el Distrito de “La Cueva”, sobre el terreno indiviso del Overo... de una extensión de **cuatrocientas** plazas aproximadamente”.

Gregorio Urbano adquirió de José Caicedo, por escritura N° 533 de 25 de junio de 1935 de la Notaría de Sevilla.

Y Caicedo, lo hubo por ocupación como colono, sin títulos de adjudicación.

b) De **Isidoro Ocampo** adquirieron, por escritura N° 533 de 3 de diciembre de 1945 de la Notaría de Bugalagrande, “unas mejoras agrícolas ubicadas en el sitio de “La Cueva”, sobre el terreno alto indiviso del Overo... de cuarenta plazas de extensión, más o menos”.

Isidoro había adquirido por compra que hizo a Pedro Sánchez según escritura N° 206 de 25 de abril de 1945 de la Notaría de Apía, “el derecho que le corresponde o pueda corresponder al tradente, como hermano legítimo del señor José Ma. Sánchez.

Don José María adquirió las mejoras a que se halla vinculado el derecho que enajenó su hermano Pedro, por compra que hizo a Celia Rosa Cardona v. de Alvarez y Luis Angel Alvarez, según escritura N° 21 de 19 de febrero de 1934 de la Notaría de Bugalagrande, “para sí y para Pe-

dro Antonio Sánchez, por haber éste contribuido con la mitad del dinero valor de la venta”.

La señora de Alvarez y su hijo recibieron tales mejoras, a título de herencia, no liquidada, de su esposo y padre Víctor Alvarez, quien las plantó, con la anuencia del Dr. Tomás Uribe Uribe, “interesado en el indiviso del Overo”.

c) Finalmente, de **David Grajales** adquirieron los señores Gutiérrez y Londoño, según escritura N° 2009 de 31 de diciembre de 1946, otorgada en la Notaría Segunda de Manizales, “una finca rural de pastos, con todas sus mejoras y anexidades, situada en el paraje de “La Paila”, denominada “La Floresta”, y alindada como en tal instrumento se expresa.

Grajales había adquirido de Ana Carlina García de González, María Jesús García de Lamus y María Dioselina García de Gaitán, primero, y de Juan Esteban García, después, según escrituras números 251 y 269 de 24 de noviembre y 9 de diciembre de 1941, otorgadas en la Notaría de Bugalagrande “los derechos y acciones que a los exponentes les corresponden o pueda corresponderles, en unas mejoras agrícolas denominadas “Buenavista”, ubicadas en el sitio de “La Cueva”,... de una extensión superficial de **treinta** plazas más o menos”, y que les corresponden por herencia de su madre legítima señora Ana Rosa Aguirre de García, cuya mortuoria no ha sido liquidada. Se hace constar además, que de la expresada propiedad quedan aún sin vender y pro indiviso los derechos de los menores María Elisa y Matilde García y de los mayores Marco Julio, Libardo y Juan Esteban García”.

El señor Juan Esteban García, padre de los anteriores tradentes, había adquirido tales mejoras, “para la sociedad conyugal formada con la señora Ana Rosa Aguirre de García, por compra que hizo a los señores Francisco Téllez S. y Agripina Soto de Téllez, por medio de la escritura N° 38 otorgada en la Notaría de Bugalagrande el 14 de marzo de 1939”.

D. Francisco y doña Agripina adquirieron en virtud de compra hecha por el primero al señor Manuel Urías, según escritura N° 44 de 21 de junio de 1933 de la misma Notaría; éste, de don Jorge Caicedo, conforme documento privado de 9 de junio de 1930; y Caicedo, como simple colono, sin título de adjudicación.

De estas tres series de tradiciones, sólo la primera tiene desde sus orígenes un cuerpo cierto; por lo cual y establecidas como aparecen respecto de la parte del inmueble a que ella se refiere,

la posesión y consiguiente explotación económica durante el lapso requerido para adquirir por el modo de la usucapición, bien puede aceptarse como cumplida en favor de los demandantes, como sus actuales poseedores.

No sucede lo propio en relación con las parcelas que éstos adquirieron de los señores Isidoro Ocampo y David Grajales:

A Ocampo, según se ha visto, sólo le transmitió el señor Pedro Sánchez, el derecho que a éste podía corresponderle como heredero de su hermano José María, quien apenas era dueño de la mitad de las mejoras, en conformidad con lo expresado en la escritura N° 21 de 19 de febrero de 1934, por medio de la cual adquirió de Rosa Cardona de Alvarez y Luis Angel Alvarez; luego el ánimo de exclusivo señor y dueño que conlleva la posesión, no puede sostenerse respecto de los antecesores de Ocampo ni, por lo tanto, agregarse el tiempo que éstos tuvieron la cosa en su poder, a la posesión apenas podría reputarse como principiada con Ocampo, o sea en el año de 1945.

David Grajales causante inmediato de Gutiérrez y Londoño en otra de las partes que forman el inmueble materia de la demanda, aparece adquiriendo en 1941, no propiamente el dominio sobre un cuerpo cierto, sino los simples derechos y acciones que en la sucesión de Ana Rosa Aguirre de García les correspondían a algunos de sus herederos, no a todos, sobre las mejoras agrícolas de Buenavista; lo que en otras palabras significa, que los tradentes de Grajales tampoco poseyeron como señores y dueños exclusivos ese inmueble ni por consiguiente, puede agregarse el tiempo que lo tuvieron al de la posesión que en 1941 pudo iniciarse con Grajales.

En consecuencia, y por no hallarse acreditado, respecto de las dos últimas parcelas antes mencionadas, el estado de posesión anterior que los actores invocan, para completar con ella el tiempo requerido por la ley para adquirir por el modo de la prescripción, ni ser posible la identificación de las partes que en la primera pueda haberles correspondido a cada uno de los demandantes en el juicio, el sentenciador de instancia —al negar como lo hizo— la declaración de pertenencia que fué objeto del juicio, interpretó y aplicó debidamente a través de la prueba producida, los preceptos sustantivos que el recurrente estima violados; y que por lo tanto, los cargos correspondientes deben 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 veintisiete de julio de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este negocio.

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,

Gúalberto Rodríguez Peña, Manuel José Vargas,

Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL.—LA INCONGRUENCIA COMO CAUSAL DE CASACION

1.—La causal de incongruencia o disconformidad entre lo pedido y lo fallado, de que se ocupa el ordinal 2º del artículo 520 del C. J., es la que rompe las normas consagradas en el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, porque no armonice o se ajuste la parte resolutiva de la sentencia, que es en la que se concreta su imperio, con las partes que han sido objeto de los pedimentos de la demanda y su contestación o de las cuestiones que la ley autoriza plantear en los litigios fuera de estas oportunidades, es decir, porque la resolución del fallo sea omisa, 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.

De esta suerte, los errores en la motivación, aún respecto del sentido mismo de las pretensiones aducidas por las partes, si conducentes para otras causales, no lo son para fundar la de incongruencia entre lo pedido y lo resuelto por el sentenciador.

2.—De acuerdo con el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, tiene lugar la declaración judicial de la paternidad natural, “en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiera nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que cesaron”.

En consecuencia, y para que esta causal pueda mirarse como propuesta para un determinado caso de reconocimiento judicial de la paternidad, estrictamente será necesario afirmar en la demanda, no sólo el hecho, de las relaciones sexuales habidas entre los presuntos padres, sino que éllas fueron NOTORIAS Y ESTABLES, y que el HIJO NACIO DESPUES DE LOS CIENTO O-

CHENTA DIAS siguientes al en que comenzaron, o dentro de los trescientos al en que terminaron; o al menos, e interpretada la ley con amplitud de criterio, que genéricamente se determinen los hechos que el ordinal 4º citado previene como elementos constitutivos esenciales de dicha causal.

3.—Por mandato expreso del artículo 7º de la Ley 45 de 1936, a la notoria posesión del estado civil de hijo natural, de que trata el ordinal 5º del artículo 4º de la misma ley, le son aplicables, entre otras disposiciones del Código Civil, los artículos 398 y 399, cuyo texto dice así: “Art. 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”; “Art. 399. La posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable;...”

Y tales previsiones no son accidentales o puramente accesorias en la naturaleza de la prueba, sino sustanciales o de fondo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b). — Bogotá, abril seis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña).

Por conducto de apoderado promovió el señor Ovidio Mercado o Lourido ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali, demanda civil ordinaria contra la sucesión de Mario Botero Restrepo, representada por sus herederos Bernardo, Eugenia y María Cecilia Botero Restrepo, para que con citación y audiencia suya se declare: “Que Ovidio Mercado o Lourido, es hijo natural del señor Mario Botero Restrepo.”

Como hechos fundamentales de la acción invocó los que describe en los numerales 6º a 8º de la demanda, sobre relaciones sexuales habidas entre los pretensos padres del actor a partir de “principios del año de 1919” a virtud de las cua-

les nació éste el 23 de enero de 1920; y los contenidos en los numerales 11 a 15 de la misma, que aluden al trato de hijo que el señor Botero le diera, "pues lo sostuvo en su primera edad en el Colegio Complementario y en los años de la adolescencia, de 1934 a 1936, lo matriculó personalmente en el Colegio de Santa Librada de Cali, y tanto en el primero como en el segundo colegio, lo hizo asentar en el Libro de Matrículas con el nombre de Ovidio Botero y últimamente lo hizo tomar clases de inglés con un profesor particular de nombre Cliptor Rizo...; presentó a numerosos amigos suyos a Ovidio como a su hijo, y es por esta razón por la cual tanto los amigos del señor Mario Botero Restrepo, como el vecindario en general, hayan reputado y reconocido (sic) a Ovidio como hijo natural...; últimamente el señor Mario Botero Restrepo, se dispónia a complementar los estudios de su hijo Ovidio, y con tal fin, lo hizo sacar el pasaporte para viajar hacia los Estados Unidos de América, pocos días antes de sorprenderlo la muerte".

Y en cuanto a los fundamentos de derecho, invoca "El ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en relación con el artículo 6º de la misma ley: 'Hay lugar a declarar la paternidad cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo' que consisté en que el respectivo padre, haya tratado al hijo como a tál, proveyendo a su subsistencia y establecimiento y que sus deudos y amigos o el vecindario en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre a virtud de aquel tratamiento".

El negocio fué decidido en primera instancia, mediante sentencia de treinta de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, declarando no probadas las excepciones perentorias propuestas y absolviendo a los demandados, como representantes o herederos de la sucesión del señor Mario Botero Restrepo de los cargos formulados en la demanda.

Apeló de este proveído la parte actora para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, donde en sentencia de fecha siete de octubre de mil novecientos cincuenta, se resolvió:

"1º REVOCASE LA SENTENCIA apelada, que es de fecha mayo 30 de 1949, y fué pronunciada por el Juez Tercero Civil de este Circuito, en el juicio ordinario sobre filiación natural de Ovidio Mercado, Lourido o Botero, contra la sucesión de Mario Botero Restrepo, representada por los hermanos legítimos de éste, señores Bernardo, Eugenia y María Cecilia Botero Restrepo.

"2º No han sido establecidas las excepciones propuestas por los demandados;

"3º DECLARASE QUE OVIDIO MERCADO O LOURIDO ES HIJO NATURAL DEL SEÑOR MARIO BOTERO RESTREPO, YA FALLECIDO.

"Tómese nota de esta setencia y del cambio que élla produce en la filiación de Ovidio Mercado o Lourido al margen de la partida de nacimiento de origen eclesiástico del mismo, para lo cual se hará la comunicación del caso al respectivo párroco.

"Sin costas."

En apoyo de estas conclusiones comienza la sentencia por relacionar estos cuatro hechos a que aluden los testigos que declararon en el juicio:

"1º Ovidio Mercado (que también se conoce en este negocio por razones que en el expediente hallan explicación, con los apellidos de Lourido y Botero) nació en esta ciudad el 23 de enero de 1920, siendo hijo, según el acta, de Inés Lourido... Padrinos, Arturo Posada Patiño y María Morales de Abadía. Fué bautizado en la Catedral (fls. 37, C. Nº 6º v. hecho 11 demanda, fs. 2v. C. P.).

"2º En el año de 1927, fué matriculado por el propio don Mario Botero Restrepo en la escuela privada (de primeras letras) que tenía y tiene en esta ciudad la señora Mercedes Jiménez de Castrillón, con el nombre de Ovidio Botero, "como está en el libro de matrículas de ese año, y en los dos años subsiguientes, o sea desde 1927 a 1930, o sean tres años que fué el tiempo que él estuvo en el colegio". (fs. 59 íbidem).

"3º En los libros de matrículas del Colegio de Santa Librada de Cali, correspondiente a los años de 1934-1935-1936, aparece matriculado OVIDIO BOTERO con catorce años de edad, natural de Cali, por Roberto Maya V., quien aparece en la matrícula como padre del mismo. Esto se explica porque Inés Mercado después de sus relaciones con Mario Botero Restrepo y estando ya Ovidio "caminadorcito", hizo vida marital con Roberto Maya V., quien "lo atendía por estar viviendo con la madre", le tocó matricularlo en Santa Librada y en otros colegios y quien por lo que veía en las relaciones de Ovidio con don Mario, sabía que aquél era hijo de éste (fs. 24, 50 y 51 íbid.).

"4º El 14 de mayo de 1946, se expidió a favor de Ovidio Lourido en la Gobernación de este Departamento el pasaporte número 21608, para salir del país, en el año de 1948, aproximadamente".

Prosigue luégo en el estudio de la prueba a través de la cual encuentra acreditadas: las rela-

ciones amorosas habidas entre Botero y la Mercado, de las que tanto los vecinos como los amigos y relacionados de uno y otro son testigos ocasionales, aunque constantes y conscientes de las mismas"; las amonestaciones y castigos de la madre para Inés, por dicha causa; el embarazo que le sobrevino para nacer el niño que hoy es el demandante en este juicio; los auxilios médicos y económicos que Botero Restrepo le prestó con este motivo y para atender más tarde a su subsistencia; y en fin, el trato de padre que éste continuó dándole al niño, frente a sus relaciones y al vecindario en general, matriculándolo en la escuela y atendiendo allí los gastos correspondientes. Entra luego a ocuparse de los testimonios de amigos y parientes de Botero Restrepo, que dicen no haber tenido noticia alguna de las relaciones entre éste y la Mercado, ni menos aún del nacimiento del hijo como fruto de tales relaciones, para desecharlas, habida consideración del carácter de negativas indefinidas que tienen las originadas, y por la parcialidad que se presume en la segunda. Y concluye así:

"...de la amplitud del debate judicial que se ha surtido con respecto al caso de que se trata y del acervo probatorio producido en él para las partes con amplitud ilimitada, y especialmente para los demandados en la contraprueba de las repreguntas, se saca la convicción profunda, como interpretación de la prueba, de las circunstancias de tiempo, lugar, modo y personas autoras de los hechos", que Mario Botero Restrepo, enamorado de Inés Mercado, y correspondido por ésta, tuvo primero relaciones amorosas con la misma, que pasaron luego a ser sexuales, en esta ciudad, por los años de 1919 a 1920 y que como fruto de tales relaciones, nació un niño a quien de acuerdo entre los dos le pusieron Ovidio; (fs. 8-C. 2º). Que este niño fué atendido desde su nacimiento por Mario Restrepo, quien lo tenía por hijo suyo, y así lo presentó a varias personas de sus relaciones en esta ciudad; proveyó luego a su subsistencia, educación y establecimiento desde 1920, en que nació el niño, hasta 1946, en que murió, pues en este año le fomentaba un viaje al exterior, según el pasaporte expedido para realizarlo de conformidad con lo que expresan varios testigos sobre el particular. El tratamiento de hijo que Mario Botero Restrepo dió al muchacho desde que nació y durante toda la vida posterior de éste hasta su muerte, hizo que por amigos y vecinos de Mario y de la familia Mercado se tuviera a Ovidio como hijo natural de Mario Botero

Restrepo e Inés Mercado, concepto vecinal y común que consolida para Ovidio la posesión del estado de hijo natural de Mario Botero Restrepo. "Las relaciones sexuales reiteradas y estables entre Mario Botero Restrepo e Inés Mercado, en el tiempo y lugar en que pudo efectuarse la concepción de Ovidio por Inés Mercado, acreditadas de manera indirecta, pues de ellos "no hay más testigo que la cama" según la contestación de uno de los deponentes a una repregunta inductiva, y la posesión del estado de hijo natural de éste con respecto de Mario Botero Restrepo, quien, a pesar del carácter timorato y santurrón con que pretenden presentarlo los impugnadores de la paternidad natural de que se trata, consideraba con respecto al caso "que no era pecado tener un hijo" y se complacía en él que tuvo, dan perfecto fundamento a la acción incoada por el demandante y que se ha desarrollado en el presente juicio, acción que por lo tanto, tendrá que ser declarada en consonancia con las peticiones de la demanda".

De este fallo recurrió en casación la parte demandada, formalizando contra él los siguientes cargos:

Primero. Por "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes" (causal 2ª del artículo 520 del C. J.), en razón de un doble concepto, así: a) "en lo que respecta a los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, que la demanda no invocó" y b) "en lo que se relaciona con la causal 4ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936, que no fué alegada en el libelo inicial, pero sí fué admitida en la sentencia, como una de las bases de las declaraciones de filiación"; y

Segundo. Subsidiariamente, por considerar que la sentencia es violatoria de los artículos 4º (ordinales 4º, 6º, 7º) y 29 de la Ley 45 de 1936 y 398 y 399 del C. C., por errores de hecho y de derecho en que incurrió el fallador al interpretar los fundamentos esenciales de la demanda, así como la prueba testimonial que se adujo al juicio para acreditar la notoria posesión del estado civil de hijo natural provocada por el actor, y las relaciones sexuales estables y notorias habidas entre los pretensos padres en la época en que tuvo lugar la concepción de aquél.

Para resolver, se considera:

La inconsonancia del fallo con las pretensiones del actor, en que se concretan los dos primeros cargos propuestos por el recurrente, se hace con-

sistir, "en el hecho de haberse reconocido por el sentenciador la causal de las relaciones sexuales permanentes y notorias entre los pretendidos padres durante el tiempo en que debió tener lugar la concepción del hijo, así como elementos constitutivos esenciales de la de posesión notoria del estado civil, cuando la demanda no mencionó tales extremos, ni podía, por consiguiente la sentencia apoyarse en ellos, aún dentro del supuesto de que estuviesen acreditados".

Pero sucede que, como lo tiene repetido constantemente la Jurisprudencia, la causal de incongruencia o disconformidad entre lo pedido y lo fallado, de que se ocupa el ordinal 2º del artículo 520 del C. J., que precisamente invoca el recurrente, "es la que rompe las normas formales consagradas en el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, porque no armonice o se ajuste la parte resolutive de la sentencia, que es en la que se concreta su imperio, con las partes que han sido objeto de los pedimentos de la demanda y su contestación o de las cuestiones que la ley autoriza plantear en los litigios fuera de estas oportunidades, es decir, porque la resolución del fallo sea omisa, 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". De esta suerte los errores en la motivación aún respecto del sentido mismo de las pretensiones aducidas por las partes, si conducentes para otras causales, no lo son para fundar la de incongruencia entre lo pedido y lo resuelto por el sentenciador.

Por lo tanto, los cargos que con fundamento en este concepto equivocado, se han propuesto, son improcedentes y deben rechazarse.

De las acusaciones restantes propuestas con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., la Sala procede a considerar, la que sostiene la violación del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por errores de hecho y de derecho tanto en la interpretación de la demanda, al reconocerse como alegada en ella la causal de las relaciones sexuales permanentes y notorias, como en la apreciación de la prueba que se adujo para establecerla, "por estimar que en tales testimonios se afirma la notoriedad..., cuando ninguno de los declarantes hace referencia a dicha calidad".

De acuerdo con el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 tiene lugar esta causal de declaración judicial de la paternidad natural, "En el caso de que entre el presunto padre y la madre

hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación 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".

En consecuencia, y para que esta causal pueda mirarse como propuesta para un determinado caso de reconocimiento judicial de la paternidad, estrictamente sería necesario afirmar en la demanda, no sólo el hecho de las relaciones sexuales habidas entre los presuntos padres, sino que ellas fueron **notorias y estables**, y que el **hijo nació después de los ciento ochenta días** siguientes al en que comenzaron o dentro de los trescientos al en que terminaron; o al menos e interpretada la ley con amplitud de criterio, que genéricamente se determinen los hechos que el ordinal 4º citado previene como elementos constitutivos esenciales de dicha causal. Y en el caso que se examina, ninguna de estas afirmaciones se hizo en la demanda. En efecto:

En relación de hechos que distinguen los numerales primero a séptimo inclusive, apenas se detallan las circunstancias en que Botero-Restrepo y la Mercado se conocieron "hasta llegar a intimar... en tal forma, que iniciaron unas apasionadas relaciones amorosas,, en el año de 1918. Luégo, afirma el hecho octavo, "Los amores fueron tomando fuerza, hasta culminar a principios del año de 1919 en la unión sexual que no tardó en dar su fruto, el 23 de enero de 1920 con un varón a quien se le puso el nombre Ovidio". Y en los numerales siguientes, se limita la demanda a sostener: "los solícitos y muy especiales cuidados —de parte de Botero— para que su compañera Inés Mercado diera a luz al niño resultado de su mutuo amor" (noveno); la consecución que el mismo hizo de los servicios médicos y de enfermera, para el alumbramiento de la enferma, e inscripción posterior de la partida de nacimiento (décimo y undécimo), y, en fin, el trato, presentación, etc., que a través de distintos actos le dio Botero al actor, como a su propio hijo.

Como se vé, sólo en el hecho octavo se alude a la unión sexual en que hubieron de culminar las antiguas relaciones amorosas entre Botero y la Mercado, fuera de los conceptos de notoriedad y permanencia que exige la ley como requisitos constitucionales necesarios de dicha causal y a los que precisamente se oponen la singularidad

que se le asigna al acto de la unión sexual y la prouitud con que se sostiene, sobrevino el efecto.

Pero es más: Al señalarse el fundamento con que en derecho se promovía la acción, el demandante se limitó a señalar de un modo específico y expreso, el ordinal 5º del artículo 4º y el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, que hablan de la posesión notoria del estado civil y de los hechos que la constituyen sin aludir para nada a la causal 4ª.

Y luego, del contenido de la prueba, tampoco resultan establecidas tales relaciones, ni menos aún con el carácter de permanencia y notoriedad requerido por la ley, y que el fallo deduce equivocadamente del trato amoroso que Botero y la Mercado se dispensaban; de la manifestación que la última le hiciera a la testigo Rosa Victoria, quien "nunca vió que entre ellos ocurrieran hechos deshonestos e inmorales, sino simples caricias de enamorados"; y más concretamente, del testimonio de Guillermo Andrade quien pudo darse cuenta "de cuando don Mario Botero tenía amores con la señorita Inés Mercado y de las amonestaciones y castigos de la madre de Inés por dicha causa y de lo cual resultó como causante el embarazo de Inés y de ese embarazo el hijo que se llamó Ovidio". Porque las relaciones simplemente amorosas, no demuestran el hecho de la unión sexual; como tampoco lo acreditan la relación que la Mercado hiciera a su amiga de la causa de su embarazo; ni comprueban las condiciones de notoriedad y permanencia, las amonestaciones y castigos que Francisca Mercado le hiciera a su hija, por dicha causa.

Hubo, pues, error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda y de la prueba testimonial por el sentenciador, en cuanto aceptó como propuesta y demostrada la causal de relaciones sexuales notorias y estables entre los pretendidos padres del demandante en la época en que debió tener lugar la concepción de éste, y como consecuencia de ese error, violó el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, invocado como base de la declaración que se hizo en la sentencia. En consecuencia, y debiendo casarse el fallo, por este motivo, se procede a considerar en instancia el que debe reemplazarlo, en conformidad con la prevenido por el artículo 538 del C. J.

A más de la causal deducida de las relaciones sexuales permanentes y notorias de que se ha hablado anteriormente, se propuso en la demanda y fué motivo principalísimo de la decisión del Tribunal, la de notoria posesión del estado ci-

vil de hijo natural, de que trata el ordinal 5º del artículo 4º de la citada Ley 45 de 1936, y a la que, por mandato expreso del artículo 7º siguiente, le son aplicables entre otras disposiciones del C. C., los artículos 398 y 399 cuyo texto dice así: Art. 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". Art. 399: "La posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable;..."

Y el cumplimiento de tales previsiones que no son accidentales o puramente accesorias en la naturaleza de la prueba, sino sustanciales o de fondo, no aparece, debidamente, a través de la que se produjo para la comprobación de dicho estado. En efecto:

Guillermo Andrade, primero de los testigos traídos por la sentencia, dice al respecto: "Me consta que don Mario, cuando esa familia (la de la señora Inés) se trasladó a vivir a Restrepo, don Mario pagó un tonto para que lo llevara allá y que ese tonto venía a donde don Mario por lo necesario para la subsistencia de Ovidio e Inés; posteriormente me tocó hacerle ropa a Ovidio, que don Mario pagó...; y añadido más: Sé también que aquí en Cali, ya grande Ovidio, Inés iba a donde don Mario Botero a recibir auxilios de don Mario, algo más, cuando Ovidio estuvo en lista para el servicio militar, Inés fué a la oficina de don Mario... a pedirle que no dejara llevar a Ovidio al regimiento y que don Mario le dijo que era conveniente que fuera para que allí se hiciera más hombre y dejara de estar debajo de las faldas de ella".

Juan Antonio Lasso, el tonto a que se refiere el testigo Andrade, dice: "Yo iba con Ovidio a la oficina de don Mario, y él acariciaba al niño, lo contemplaba y después yo salía", confirma luego la relación de Andrade sobre su viaje a Restrepo con la familia Mercado, agregando que "recuerdo eso porque a mí me tocaba viajar a Restrepo, y únicamente mientras estuve con la familia durante tres o cuatro meses, durante unas vacaciones, fué cuando don Mario le daba dinero, pues don Mario no desconfiaba de mí".

De estas dos primeras declaraciones resulta que el pretendido Padre de Ovidio le dispensó a éste un trato como de tál, durante los tres o cuatro meses en que Antonio Lasso estuvo al servicio

de la familia; que más tarde le hizo suministro de vestidos, sin referencia alguna al tiempo, ni a la regularidad de tales suministros.

El doctor **Cristóbal Sierra**, quien desempeñaba las funciones de farmacéuta en la Droguería del Dr. Juan Antonio Bonilla del año de 1920 en adelante dice que éste, a solicitud de Botero, atendió como médico al niño Ovidio y que al declarante le correspondió preparar algunas fórmulas y aplicarle algunas inyecciones, todo por cuenta de aquél; que Botero demostraba un vivo interés por la salud del referido niño y le dispensaba un trato paternal. No expresa el testigo, desde qué fecha o época, ni hasta cuando, le consta el trato derivado de tales hechos ni la continuidad del tiempo empleado en estas atenciones.

Antonio Ti, dice, haber visto a Botero cargando a Ovidio cuando estaba niño; y que una vez que Ovidio estuvo en el campo, le enviaba dinero con un muchacho mandadero, ordenándole a éste que se lo entregara a Inés.

Benigno Varela, conoció desde el año de 1921 a Ovidio, "pues don Mario me mandaba a la casa de la señora Inés... a llevarle dinero, gallinas y mercado"; su padre no lo presentaba como hijo natural suyo, pero frecuentemente era llevado a su oficina" y todos los que en ella trabajaban sabíamos o nos dábamos cuenta de que era hijo de él por las atenciones que le prodigaba tanto a él como a la madre"; además cuando sus amigos conversaban de su paternidad, no la negaba sino que admitía chanzas y conversaciones que en este sentido le dirigían; finalmente le consta que Botero atendió a Ovidio desde su nacimiento "pues le suministraba dinero a la madre y remesas que a mí mismo me tocaba comprar y llevarle, pero no me doy cuenta que lo haya tenido en escuelas y colegios, pues cuando yo me retiré del servicio de don Mario, todavía el niño no tenía tiempo de ir a la escuela".

Mercedes Figueroa, quien atendió a la Mercado en el alumbramiento, sólo declara sobre las circunstancias en que prestó sus servicios, contratada y pagada por D. Mario.

Rosa Victoria, declara sobre las relaciones amorosas de Botero y la Mercado, la visita que por solicitud del primero le hizo a la señora al día siguiente del parto, y sobre la manifestación que el mismo señor le hiciera de que Ovidio era su hijo.

Concepción Ruiz de Montaña, dice en relación con el trato que Mario Botero le diera a Ovidio: "Sé que Mario Botero trató a Ovidio como a su hijo natural, porque me lo dijo la misma Inés"; y más adelante agrega: "Es verdad que don Mario Botero me presentó a Ovidio como su hijo natural, y asimismo es cierto que a los vecinos del barrio también les presentó el señor Botero a Ovidio como su hijo natural. Y es verdad que el vecindario lo tenía a Ovidio como hijo natural de Inés Mercado y de Mario Botero Restrepo. También es cierto y éllo me consta que don Mario Botero trató a Ovidio como a su hijo natural, desde el nacimiento hasta la muerte de dicho señor".

Este testimonio, nada demuestra en relación con el "trato de diez años continuos por lo menos", que exige la ley para ser tenido como prueba de la posesión notoria, porque a más de no expresar los hechos en que ese trato consistió "desde el nacimiento hasta la muerte", explícitamente dice que sabe de ese trato "porque me lo dijo la misma Inés", o sea por referencia de la madre, naturalmente interesada en comprobarlo a través del juicio.

Edmundo Ortiz. Conoció a Ovidio por haber sido matriculado en el año de 1933 en la escuela pública que él dirigía, y a D. Mario y la Mercado los trató algunas veces "con motivo de llamamientos que se hacían a los padres, a los que unas veces asistió la señora Mercado, y otras veces el señor Botero... en la vez que más tiempo tuve para hablar con él fue alguna vez que se trató de una excursión y se exigió una cuota a los alumnos, y don Mario se presentó a la escuela a conversar conmigo sobre ese motivo y dio por anticipado la cuota que le correspondía a Ovidio... me consta que en las ocasiones a que me he referido anteriormente, el señor Botero manifestó que Ovidio era hijo de él y que quería que se educara".

Como se ve, aun cuando de este testimonio resultan hechos importantes al trato que el actor recibía de Botero como hijo suyo, ellos se hallan precisamente limitados a la parte del año de 1933, en que estuvo bajo su dirección docente.

Otro tanto sucede respecto de las declaraciones de Gilberto Ocampo que limita el trato de don Mario para Ovidio, al tiempo en que éste cursaba estudios en el colegio de Santa Librada; Roberto Paz, que se refiere concretamente a una ocasión en que el primero le dijo refiriéndose al

segundo: "Sabes que este muchacho es hijo mío"; Mercedes Jiménez de Castrillón, quien refiere aquel trato al tiempo en que Octavio fue matriculado en la escuela; y María v. de Abadía, que fue buscada por Botero para que le sirviera de madrina al muchacho, de quien le consta haber sido presentado en la fiesta por aquél, como su propio hijo.

Cecilia Caicedo v. de Martín, quien sin duda ofrece la declaración más completa en relación con el trato de hijo que don Mario le diera a Ovidio, refiere: que estando éste de unos seis meses fue llevado a la fotografía de su esposo por don Mario, con el objeto de hacerlo retratar; que con este motivo, don Mario presentó al niño como hijo, "pues él iba con frecuencia con el niño por allí en el año de 1921 a 1922, y es por esta razón por lo que tanto los amigos del señor Mario Botero Restrepo como el vecindario, han tenido y reputado desde su nacimiento a Ovidio hasta la muerte de don Mario Restrepo, como hijo natural de éste"; que "lo atendió en vida a Ovidio desde su nacimiento suministrándole todo lo necesario para su subsistencia y proveyendo a su educación y establecimiento de una manera competente, pues lo sostuvo en sus primeros años de edad en colegios complementarios y posteriormente en el colegio de Santa Librada y recibió las primeras nociones en la escuela privada de la señorita Mercedes Jiménez, quien le enseñó a leer, pagada por el señor Botero Restrepo.

Aun cuando del contexto de esta declaración resulta una continuidad de trato, no aparece en el resto de los testimonios de que se ha hablado, no puede sin embargo concluirse que ese trato abarque los diez años que como mínimo exige la ley para dar por legalmente acreditada la notoria posesión del estado civil.

Ni del conjunto de las declaraciones que par-

cialmente se refieren a él, puede tampoco llegarse a dicho resultado, cuando el artículo 399 del C. C. transcrito en otro lugar, exige perentoriamente "un conjunto de testimonios que establezcan de modo irrefragable" todos y cada uno de los hechos en que consiste la posesión notoria del estado civil.

La prueba que se deja relacionada puede muy bien hasta fundar un grado de certeza que por fuera de las rigurosas prescripciones de la ley, sería suficiente para aceptar el hecho de la paternidad que se disputa; pero no lo es, frente a las condiciones específicas de modo y tiempo que el derecho prescribe y que por no hallarse satisfactoriamente cumplida, deben determinar el rechazo consiguiente de la acción.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha siete (7) de octubre de mil novecientos cincuenta (1950) pronunciada por el Tribunal Superior de Cali en este juicio, y en su lugar confirma la de primer grado de fecha treinta (30) de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), dictada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de aquella misma ciudad.

No hay costas en el juicio.

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

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo.

Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL.—VALIDEZ DE LAS PRUEBAS QUE CONSIGRA EL ARTICULO 4º DE LA LEY 45 DE 1936, AUNQUE LOS HECHOS PERTINENTES HAYAN TENIDO OCURRENCIA ANTES DE LA VIGENCIA DE ESTA LEY

1.—El actor que ha triunfado en sus peticiones principales, ningún interés jurídico puede tener en apelar de la sentencia porque no estudió una de las varias causales o fundamentos aducidos en la demanda, si precisamente en tal abstención incurrió el Juez por haber encontrado suficiente para su pronunciamiento favorable, otro u otros fundamentos del libelo.

La Corte ha dicho que carece de interés para impugnar un fallo la parte favorecida con la decisión, a pesar de que esté inconforme con algunas de las consideraciones contenidas en la motivación e incluso con todas, porque lo favorable o desfavorable dice relación con la parte resolutive. Con mayor razón se debe concluir, pues, que tampoco es pertinente apelar si la sentencia accedió a las peticiones pero no estudió o no aceptó la validez de todas y cada una de las razones o causas invocadas por la parte favorecida en la demanda o en su contestación y alegaciones.

2.—Cuando el Tribunal se separa del concepto del juez respecto a las causas que lo indujeron a fallar en determinado sentido para tomar la decisión pertinente está en el deber de examinar el litigio por sus demás aspectos, de acuerdo con los hechos de la demanda y las excepciones alegadas o probadas. Así es frecuente que aquél, a pesar de separarse de la motivación expuesta por el inferior, mantenga la sentencia apelada con fundamento en razones o causas totalmente distintas.

Vale decir lo anterior que si el Juez, por ejemplo, encuentra probada una excepción perentoria total, puede desestimar por tal motivo la demanda y absolver al demandado, sin necesidad de estudiar las demás excepciones invocadas e incluso probadas. Y si el Tribunal al revisar dicho fallo por apelación del demandante, encuentra errada la apreciación de que tal excepción esté pro-

bada, rectifica esta conclusión del Juez; pero entonces queda obligado a pasar al estudio de la litis por todos sus aspectos para comprobar si existe o no otra excepción perentoria que deba prosperar, pues caso afirmativo tiene que abstenerse de revocar la sentencia, sujeto como queda a adoptar la misma conclusión desestimatoria de la demanda.

Y lo mismo sucede cuando el fallo apelado fue favorable al actor. Este indudablemente no necesita apelar para que el Tribunal, en el supuesto de no compartir las tesis o apreciaciones del Juez sobre los motivos o causales que lo llevaron a acceder a sus pretensiones, pase entonces al examen de las demás razones y causales en que pueda fundamentarse la demanda. En tal caso, si el superior rechaza la fundamentación de la sentencia y considera que la causal que en ella prosperó no es pertinente o no está probada, debe proceder al estudio total de la litis, especialmente en cuanto a los hechos de la demanda y fundamentos alegados, para ver si por motivos distintos se debe siempre acceder a lo pedido, o si, por el contrario, no existen otras razones sobre las cuales deba mantenerse la resolución acogida por el inferior.

Cosa totalmente distinta ocurre cuando la parte parcialmente favorecida en la sentencia se conforma con ella, y, en consecuencia, sólo apela la parcialmente favorecida. Entonces, si el superior concluye que debe revocarse el punto desfavorable al apelante y favorable a quien no apeló, no le está permitido entrar al examen del resto de la litis. En tal evento los aspectos del pleito no sometidos a su consideración en el recurso de alzada, no son objeto de su decisión. Respecto de ellos el debate ha precluido. En consecuencia, el fallo de segunda instancia no puede favorecer a quien se conformó con la decisión del inferior res-

pecto de tales puntos, ni hacer más gravosa la situación del apelante que ya había triunfado en esa parte, a menos que por razón de la imprescindible conexión entre aquéllos y ésta, se imponga la aplicación de la reformatio in pejus para mantener la unidad del fallo y evitar que haya en él contradicciones.

3.—Es cierto que la parte motiva de la sentencia debe ser estudiada para relacionarla con la resolutoria y así conocer más exactamente el alcance de la decisión adoptada. Pero no es forzoso que el juez fundamente su decisión en cada uno de los hechos cuando cualquiera de ellos basta para que prosperen las peticiones de la demanda.

4.—La violación de textos legales debe aparecer como consecuencia de lo resolutorio de la sentencia.

5.—Por regla general, para que el artículo 494 del C. J. sea violado se necesita que el fallador de segunda instancia reforme la sentencia apelada en la parte favorable al apelante, para hacer más gravosa la situación de éste.

6.—Para que una norma sustantiva haya sido violada por falta de aplicación, se requiere que en razón de los hechos demostrados en el juicio, aparezca que efectivamente debía haberla aplicado el Tribunal; pues de lo contrario, es decir, sin que aparezca la prueba del evento contemplado en la norma, la aplicación de ésta es imposible.

7.—Es bien sabido que, al tenor del artículo 723 del C. J., el dictamen pericial, aún en el caso de que exprese uniformidad de criterio entre quienes lo rinden, no obliga al fallador. Este puede apreciar su mérito con arreglo a la fuerza de convicción de las razones en que se apoye y de las deducciones e inferencias que en él se hagan y también según la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen.

Si el concepto uniforme de dos peritos obligara necesariamente al fallador, se tendría que aquéllos y no éste vendrían a ser los jueces del caso, usurpando las funciones que privativamente pertenecen al funcionario que administra justicia.

Cuando se trata de cotejos de firmas, es

más evidente aún que el dictamen uniforme de los peritos apenas constituye un indicio más o menos grave o vehemente, de acuerdo con la fundamentación y demás circunstancias del dictamen a que alude el artículo 723 citado. Es éste el sentido claro y expreso del artículo 656 del C. J.

Significa lo anterior que el juzgador de instancia tiene soberanía para apreciar el mérito y valor del dictamen pericial sobre cotejo de firmas y que, en consecuencia, su conclusión no puede ser atacada en casación sino por manifiesto error de hecho; es decir, cuando aparezca claramente contraria a la evidencia.

8.—Tres son los requisitos indispensables para configurar la posesión notoria del estado civil de hijo natural: 1º Que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; 2º Que los deudos y amigos del padre o madre o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento; 3º Que las relaciones de tal género entre el padre o madre y el hijo y la reputación aludida hayan durado diez años, al menos, en forma continua.

Se observa que la fama no puede consistir simplemente en que exista la creencia, el rumor o la convicción en abstracto de que el interesado sea hijo de ese padre presunto; es indispensable que el convencimiento tenga por causa el trato que le haya dispensado el padre en la forma indicada. Porque muy a menudo, en razón de haber existido relaciones sexuales esporádicas o permanentes durante algún tiempo entre la madre y un determinado sujeto, puede haber en el vecindario la creencia más o menos fundada de que el hijo de aquél lo es también de éste, y gozar por tanto tanto de la reputación de serlo en efecto, sin que el presunto padre lo reconozca así, ni le dé el trato correspondiente, ni le proporcione la respectiva asistencia. La fama en tales condiciones formada no sirve para configurar la posesión de estado civil de hijo natural. Es absolutamente necesario que la reputación sea consecuencia del trato y asistencia que el presunto padre le haya dado

al hijo. Los dos primeros requisitos son, pues, indispensables.

Igualmente, para establecer la prueba de posesión de estado de hijo natural, es condición esencial que la doble situación comentada haya tenido una duración mínima de diez años continuos. Así, pues, si el padre ha tratado y presentado al hijo como tal y le ha prodigado asistencia y ayuda en la vida ordinaria, en su educación y establecimiento, y los hechos correspondientes se encuentran plenamente probados, pero no durante los diez años que exige como mínimo el artículo 398 del C. C., no es posible alegar la posesión notoria como prueba del estado civil.

Y, por último, para que la prueba se configure, es necesario que el término mínimo de diez años aparezca en forma continua, sin que valga sumar distintos periodos que en total excedan de aquel tiempo.

En cuanto a la prueba para establecer estos elementos y llegar a la conclusión de que la posesión del estado civil se encuentra demostrada, el artículo 399 del C. C., aplicable a la filiación natural por mandato del artículo 7º de la Ley 45 de 1936, es muy claro: se requiere un conjunto de testimonios que además de ser fidedignos, de dar plena fe de su dicho, la establezcan de un modo irrefragable, o, lo que es igual, sin que quede la menor duda al respecto.

9.—Las pruebas que consagra el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 tienen plena validez, sea que los hechos pertinentes hayan tenido ocasión antes o después de la vigencia de dicha ley.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

El día 30 de mayo de 1946, se presentó Roberto Mera Lehmann ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Popayán, demandando a Federico Carlos Lehmann Mosquera para que con audiencia suya y previos los trámites correspondientes al juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera.—Roberto Mera Lehmann, es hijo natural del finado Federico Roberto Lehmann Goldsmichdt, ciudadano alemán fallecido en la población de Buenosaire, Departamento del Cauca, el 21 de febrero de 1944.

“Segunda.—Roberto Mera Lehmann en su calidad de hijo natural del causante Federico Roberto Lehmann Goldschmidt, tiene derecho de herencia sobre todos los bienes dejados por el causante indicado a la fecha de su fallecimiento, sin exclusión alguna”.

“Tercera.—En consecuencia de las declaraciones anteriores el señor Federico Carlos Lehmann Mosquera, mayor, vecino del Municipio de Popayán, una vez que quede ejecutoriado el fallo que ponga fin a esta controversia, restituirá al demandante Roberto Mera Lehmann, con todos sus frutos civiles y naturales, desde el día en que ocupó la herencia, la totalidad de los bienes raíces y muebles que forma el patrimonio dejado por el causante Federico Roberto Lehmann G. y que fueron inventariados por el Juzgado Civil del Circuito de Santander el día 7 de julio de 1944, y adjudicados al demandado en la partición de los bienes de la expresada mortuoria.

“Cuarta.—El demandado pagará las costas y expensas que ocasione este juicio, si se opone a que se hagan las anteriores declaraciones”.

En subsidio de las declaraciones segunda y tercera principales, demandó las siguientes:

“Para la segunda: Roberto Mera Lehmann, en su calidad de hijo natural del causante Federico Roberto Lehmann Goldschmidt tiene derechos hereditarios absolutos, por concepto de legítima y cuarta de mejoras, sobre las tres cuartas partes de los bienes dejados por el causante señor Francisco Roberto Lehmann G. a la fecha de su fallecimiento, ocurrido en Buenosaire (Cauca) el día 21 de febrero de 1944.

“Parágrafo. En los anteriores términos queda reformado el testamento otorgado por el señor Federico Roberto Lehmann Goldschmidt, el día 11 de junio de 1943, ante el Notario Público de Santander, Departamento del Cauca, mediante escritura número 27.

“Para la tercera: En consecuencia de las declaraciones anteriores el señor Federico Carlos Lehmann Mosquera, mayor de edad, vecino de Popayán, en su carácter de heredero universal instituido por el causante en su testamento de

11 de junio de 1943, de la Notaría de Santander (Cauca), una vez que quede ejecutoriado el fallo que ponga fin a esta controversia, restituirá al demandante Roberto Mera Lehmann, con todos sus frutos civiles y naturales desde el día en que ocupó la herencia, las tres cuartas partes de los bienes raíces y muebles que forman el patrimonio dejado por el causante ya nombrado, que fueron inventariados en el Juzgado Civil del Circuito de Santander el 7 de julio de 1944, y adjudicados al demandado en la partición de bienes por el mismo Juzgado...".

Como principales fundamentos de esta demanda, se dieron los siguientes:

a) Entre los señores F. Roberto Lehmann G. y la señora Amalia Mera, existieron, de manera notoria, relaciones sexuales estables, desde antes del mes de enero de 1894 hasta mucho después del mes de diciembre de 1915;

b) Dentro del período de dichas relaciones y como fruto de ellas, nacieron en Caldonó, Celso y Roberto Mera Lehmann, el primero el 15 de julio de 1896, y el segundo el 14 de diciembre de 1899;

c) Desde que nacieron Celso y Roberto Mera Lehmann, su presunto padre Federico Roberto Lehmann G. proveyó a su subsistencia, suministrándoles vivienda, alimentación, vestuario, educación, etc., como a sus propios hijos; les reconoció esa condición a través de numerosa correspondencia, y en dicha calidad fueron presentados por él a sus amigos y relacionados de Buenosaires y Caldonó, donde residían;

d) Estos hechos constitutivos de posesión notoria de su estado de hijos naturales de Federico Roberto Lehmann G., duraron por un lapso mayor de diez años continuos;

e) Los expresados hijos fueron concebidos y nacieron, cuando sus padres no eran casados entre sí, ni con otra persona;

f) El señor Federico Roberto Lehmann G., falleció bajo memoria testamentaria consignada en escritura pública número 27 de 11 de junio de 1943 de la Notaría de Santander, en la que instituyó como heredero a su sobrino don F. Carlos Lehmann Mosquera, contra quien se dirige la demanda; y

g) En tal condición le fue adjudicada al señor Lehmann Mosquera dentro del correspondiente juicio de sucesión, la totalidad de la herencia de su tío, presunto padre natural del demandante.

Esta demanda fue decidida por el Juzgado del conocimiento, en sentencia de treinta y uno de

enero de mil novecientos cuarenta y ocho, de conformidad con las peticiones principales de la demanda, salvo la relacionada con las costas.

La sentencia del Tribunal

De la anterior providencia apeló la parte demandada para ante el Tribunal Superior de Popayán. Tramitado el recurso, fue decidido el trece de junio de mil novecientos cincuenta. Este fallo revocó la sentencia de primer grado y absolvió consecuencialmente al demandado de todos los cargos que le fueron propuestos.

Los cargos en casación

Contra el fallo de segunda instancia recurrió en casación la parte actora, y con base en la causal primera del artículo 520 del C. J. le opuso varios cargos, algunos de los cuales se estudiarán conjuntamente.

Primer cargo.— Por violación directa del artículo 494 del C. J., e indirecta del numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, en cuanto, no obstante haberse aducido en la demanda tres causas legales, como base de la declaración judicial de paternidad, el sentenciador de segundo grado se abstuvo de considerar una de ellas, estimando erróneamente que por haber sido ésta descalificada en la primera instancia y no haber interpuesto el demandante victorioso recurso alguno contra la decisión, el estudio consiguiente de dicha causal quedó por fuera de las facultades del superior.

Se considera:

En la parte pertinente dice la sentencia recurrida:

"Conforme a los pedimentos del libelo y los hechos enunciados las causales que se invocan para que se declare la filiación natural, son las previstas en los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, que dicen:

"Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural: . . . 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

hubiera nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que cesaron. 5º Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.

“Pero es evidente, como lo afirma el apoderado de Lehmann, que el Tribunal no tiene para qué detenerse a estudiar la causal comprendida en el numeral 4º pues en el fallo recurrido el Juez de Primera Instancia no la encontró probada y porque el apoderado del demandante se conformó con ese fallo. De suerte que el superior no podía enmendar la sentencia en la parte que no es objeto del recurso. Y obsérvese además, que el señor apoderado de Roberto Mera en su alegato de bien probado que presentó en la segunda instancia hizo omisión de la causal mencionada y concretó sus razonamientos a las causales 3ª y 5ª”.

Los conceptos del Tribunal que en este primer cargo se impugnan, son, sin duda alguna, equivocados. En la demanda no se formuló ninguna petición especial para que se declarara probada la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, pues lo que allí se pide, en forma muy general, es la declaración de que Roberto Mera Lehmann “es hijo natural del finado Federico Lehmann Gódschmidt”. Para fundamentar esta pretensión, se afirmaron en los hechos del libelo las causales 4ª, 3ª y 5ª (relaciones sexuales estables desde enero de 1894 hasta después de diciembre de 1915; prueba escrita en donde aparece una confesión inequívoca de paternidad, y posesión de estado civil de hijo natural).

Por consiguiente, la declaración favorable del juzgador de primera instancia respecto a la paternidad invocada y a las demás peticiones principales de la demanda, satisfizo totalmente las pretensiones del actor, salvo en lo tocante a las costas, que es un aspecto adjetivo de la litis. En estas condiciones, el demandante no tenía por qué apelar de la sentencia del juzgado, pues tal recurso se utiliza contra las providencias desfavorables en su totalidad o en parte, pero no contra aquellas que han sido completamente favorables.

El actor que ha triunfado en sus peticiones principales, ningún interés jurídico puede tener en apelar de la sentencia porque no estudió una de las varias causales o fundamentos aducidos en la demanda, si precisamente en tal abstención incurrió el Juez por haber encontrado suficiente

para su pronunciamiento favorable, otro u otros fundamentos del libelo.

La Corte ha dicho que carece de interés para impugnar el fallo la parte favorecida con la decisión, a pesar de que esté conforme con algunas de las consideraciones contenidas en la motivación e incluso con todas, porque lo favorable o desfavorable dice relación con la parte resolutive. Con mayor razón se debe concluir, pues, que tampoco es pertinente apelar si la sentencia accedió a las peticiones pero no estudió o no aceptó la validez de todas y cada una de las razones o causas invocadas por la parte favorecida en la demanda o en su contestación y alegaciones. (G. J. 1975, pág. 834, y 1934, pág. 233).

Cuando el Tribunal se separa del concepto del juez respecto a las causas que lo indujeron a fallar en determinado sentido, para tomar la decisión pertinente está en el deber de examinar el litigio por sus demás aspectos, de acuerdo con los hechos de la demanda y las excepciones alegadas o probadas. Así es frecuente que aquél, a pesar de separarse de la motivación expuesta por el inferior, mantenga la sentencia apelada con fundamento en razones o causas totalmente distintas.

Vale decir lo anterior que si el juez, por ejemplo, encuentra probada una excepción perentoria total, puede desestimar por tal motivo la demanda y absolver al demandado, sin necesidad de estudiar las demás excepciones invocadas e incluso probadas. Y si el Tribunal al revisar dicho fallo por apelación del demandante, encuentra errada la apreciación de que tal excepción esté probada, rectifica esta conclusión del Juez; pero entonces queda obligado a pasar al estudio de la litis por todos sus aspectos para comprobar si existe o no otra excepción perentoria que deba prosperar, pues en caso afirmativo tiene que abstenerse de revocar la sentencia, sujeto como queda a adoptar la misma conclusión desestimatoria de la demanda.

Y lo mismo sucede cuando el fallo apelado fue favorable al actor. Este indudablemente no necesita apelar para que el Tribunal, en el supuesto de no compartir las tesis o apreciaciones del juez sobre los motivos o causales que lo llevaron a acceder a sus pretensiones, pase entonces al examen de las demás razones y causales en que pueda fundamentarse la demanda. En tal caso, si el Superior rechaza la fundamentación de la sentencia y considera que la causal que en ella prosperó no es pertinente o no está probada, debe

proceder al estudio total de la litis, especialmente en cuanto a los hechos de la demanda y fundamentos alegados, para ver si por motivos distintos se debe siempre acceder a lo pedido, o si, por el contrario, no existen otras razones sobre las cuales deba mantenerse la resolución acogida por el inferior.

Cosa totalmente distinta ocurre cuando la parte parcialmente favorecida en la sentencia se conforma con ella, y, en consecuencia, sólo apela la parcialmente favorecida. Entonces, si el Superior concluye que debe revocarse el punto desfavorable al apelante y favorable a quien no apeló, no le está permitido entrar al examen del resto de la litis. En tal evento los aspectos del pleito no sometidos a su consideración en el recurso de alzada, no son objeto de su decisión. Respecto a ellos el debate ha percluido. En consecuencia, el fallo de segunda instancia no puede favorecer a quien se conformó con la decisión del inferior respecto a tales puntos, ni hacer más gravosa la situación del apelante que ya había triunfado en esa parte, a menos que por razón de la imprescindible conexión entre aquéllos y ésta, se imponga la aplicación de la **reformatio in pejus** para mantener la unidad del fallo y evitar que haya en él contradicciones.

Pero lo sucedido en el caso de autos encaja de manera perfecta en la primera hipótesis estudiada. Al prosperar en la primera instancia la acción de filiación natural y las otras ejercitadas como principales, el demandante **satisfizo absolutamente** sus pretensiones. No le interesaba que una de las tres causales invocadas no hubiera sido estimada, ya que una de ellas debidamente demostrada era suficiente para el éxito de la acción.

En tales circunstancias, era improcedente la apelación del demandante favorecido. El Tribunal se separó del criterio del juez respecto a la apreciación de la prueba de las causales 3ª y 5ª, que sirvió de apoyo a la decisión favorable al actor. Por tanto, para resolver la litis en instancia, como le correspondía al Superior, estaba en el deber de analizar los demás fundamentos aducidos en la demanda, y concretamente en los hechos primero a quinto, en los cuales se alega la existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre el presunto padre y la madre del demandante, desde mucho antes del período legal de la concepción hasta 16 años después del nacimiento.

No se trataba de que el apelante se hubiera

conformado con la decisión desfavorable sobre una de las peticiones de la demanda, caso en el cual sí le era prohibido al Tribunal entrar nuevamente a estudiarla, sino de que no lo afectaba provisionalmente la desestimación de una causal, o motivo, o razón expresamente invocada en la demanda, para sustentar la misma petición principal primera, de ser el actor hijo natural del señor Roberto Lehmann. La paternidad y la filiación pretendidas son una sola, cualquiera que sea el número de causales o razones invocadas para obtener su declaración.

Es cierto que la parte motiva de las sentencias debe ser estudiada para relacionarla con la resolutive y así conocer más exactamente el alcance de la decisión adoptada. Pero no es forzoso que el juez fundamente su decisión en cada uno de los hechos cuando cualquiera de ellos basta para que prosperen las peticiones de la demanda.

Por tal razón, como en el caso de autos el demandante se limitó a pedir que se le declarara hijo natural del causante, al pronunciarse favorablemente sobre tal filiación el Juez de primera instancia dejó satisfechas las peticiones principales del libelo. Cosa muy distinta sucedería si en la demanda y en forma de peticiones separadas, se hubiera impetrado, por una parte, la declaración de que hubo relaciones sexuales estables y notorias durante la época de la concepción; por otra, que se comprobó la posesión notoria del estado civil de hijo natural, del actor en relación con el causante; y, por último, que existe prueba escrita inequívoca de la paternidad, proveniente del mismo causante. Y que, como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de estas tres peticiones separadas o de todas, se hubiera solicitado la declaración de que el actor es hijo natural del causante. En esta hipótesis, la negativa del juez a aceptar una cualquiera de tales peticiones, sí habría tenido el significado de fallo adverso al actor en ese punto. Y entonces, la falta de apelación, aun cuando se hubiera declarado la filiación como resultado de otra de esas primeras peticiones, habría dejado en firme respecto a aquella causal el fallo de primera instancia. Porque entonces el juez debía pronunciarse precisamente sobre cada una de esas tres causales, formuladas como peticiones distintas.

Pero, en el caso presente es muy otra la situación. El actor se limitó a pedir, se repite, que se le declarara hijo natural del causante; y como simples fundamentos de hecho y de derecho, adujo la existencia de los hechos constitutivos de las

diversas causales contempladas en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Puesto que cuanto así se perseguía era la declaración de la filiación natural, en nada afecta el resultado favorable la circunstancia de que no se hubieran estimado probados algunos de los hechos de la demanda. Por consiguiente, el demandante no tenía interés jurídico en apelar, pues hubiera sido tanto como hacerlo contra la simple motivación del fallo.

La tesis contraria conduciría a aceptar que a pesar de acceder totalmente a las peticiones del libelo, siempre que se desconozca por el juzgador la existencia de alguno de los hechos de la demanda que concurran a fundamentar el derecho pretendido, habría necesidad de apelar para darle al superior competencia de estudiarlos, en el caso de que llegare a juzgarlos con criterio diferente al del juez a quo. Y esto no es lógico.

El Juez a quo no negó, pues, ninguna petición para que se declarara la existencia de la causal del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, porque no se le formuló. Por el contrario, se limitó a acceder a la petición principal de filiación natural, tal como le fue hecha.

Claro está que si en la demanda no se hubieran alegado esas relaciones sexuales notorias y estables, el Tribunal habría estado impedido para hacer la declaración de filiación con base en esta causal, pues entonces sí se apartaría de la **litis contestatio**. Pero como la causal estaba expresa y claramente invocada, el Tribunal debía hacer el estudio de la prueba aducida para su demostración, una vez que concluyó por rechazar el concepto del juzgado sobre la existencia de prueba suficiente de las causales 3ª y 5ª, en las cuales éste halló fundamento para proferir el fallo favorable al demandante.

Resulta de todo lo expuesto, que la crítica hecha en este cargo al transcrito concepto del Tribunal es perfectamente fundada.

La violación de textos legales debe aparecer como consecuencia de lo resolutivo de la sentencia. Por regla general para que el artículo 494 del C. Judicial sea violado, se necesita que el fallador de segunda instancia reforme la sentencia apelada en la parte favorable al apelante, para hacer más gravosa la situación de éste.

En el presente caso, el único apelante fue el demandado, contra quien se profirió la sentencia del juez en forma totalmente desfavorable; y el Tribunal revocó precisamente en su favor dicha sentencia.

Así, pues, el concepto expuesto por el Tribunal

en el párrafo de la sentencia transcrito, contiene una interpretación equivocada del sentido y alcance del artículo 494 del Código Judicial, que lo indujo a abstenerse de estudiar una causal expresamente invocada en los hechos de la demanda. Este error de derecho hubiera conducido al Tribunal a violar el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, si al realizarse tal estudio se hubiera podido llegar a una conclusión distinta en la parte resolutive de la sentencia, es decir, a declarar probada esta causal y, consecuentemente a acceder a las peticiones de la demanda mediante la confirmación del fallo de primera instancia.

Para que una norma sustantiva haya sido violada por falta de aplicación, se requiere que en razón de los hechos demostrados en el juicio aparezca que efectivamente debía haberla aplicado el Tribunal; pues de lo contrario, es decir, sin que aparezca la prueba del evento contemplado en la norma, la aplicación de ésta es imposible. Y, en el supuesto que se estudia, sin existir la plena prueba de las relaciones sexuales estables y notorias, que coincidan con la época de la concepción, el fallador no puede aplicar el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45; lo que equivale a decir que, si no aparece que aquélla condición estaba satisfecha, la violación del texto legal por supuesta falta de aplicación no puede ocurrir.

Por otra parte, estudiando el acervo probatorio del juicio, aparece que el actor y recurrente no demostró la existencia de las pretendidas relaciones sexuales estables y notorias, durante la época de la concepción. El análisis de las pruebas que sobre este punto hizo el juzgado del conocimiento está ajustado a la realidad, y la conclusión a que llegó para negar los fundamentos de la causal, es correcta. Dice el sentenciador de primera instancia: "El hecho establecido por el numeral 4º del artículo 4º de la misma Ley no resulta probado de la tarifa de pruebas, porque los declarantes a pesar de sostener que entre el pretendido padre natural y la señora Amalia Mera, madre del demandante, existieron, de manera notoria, relaciones sexuales estables, no concretan las fechas en que principiaron y terminaron esas relaciones y por lo mismo no resulta acreditado que el demandante nació después de ciento ochenta (180) días, contados desde que ellas empezaron, o dentro de los trescientos (300) días siguientes a aquel en que cesaron".

La misma conclusión se deduce claramente del

análisis minucioso de la prueba testimonial, hecho por el Tribunal en su sentencia. E igualmente, sin poder evitarlo, del estudio directo de tales pruebas se llega a idéntica decisión. Los testigos casi en su totalidad se limitan a deponer respecto del tratamiento que el señor Lehmann le daba al actor, a la fama que éste gozaba de ser hijo de aquél, a la ayuda que le dispensó, y a cuestiones parecidas. Y si bien algunos afirman que existieron relaciones sexuales entre Lehmann y la madre del actor, ninguno precisa el tiempo de su duración en forma de poderse saber si el nacimiento ocurrió después de los 180 días contados desde que ellas empezaron, o dentro de los 300 días siguientes a aquél en que cesaron. Tampoco se demostró que tales relaciones hubieran tenido la estabilidad y notoriedad indispensables para la configuración de esta causal.

En estas condiciones, la violación del artículo 494 del C. J. no incidió en lo resolutivo del fallo. El Tribunal de ningún modo podía aplicar el ordinal cuyo quebranto se alega, porque aún en el supuesto de que hubiera estudiado el punto, forzosamente habría concluido declarando, como lo hizo el Juez el primera instancia, la falta de prueba de la mencionada causal.

El error en que incurrió el Tribunal al interpretar el artículo 494 del Código Judicial, que antes se comentó, no puede conducir a la casación por la falta de prueba.

Segundo y cuarto cargos

El recurrente los formula en los siguientes términos:

Apartes fundamentales del segundo

“Se lee en la sentencia que no obstante las afirmaciones de los peritos Villaquirá y Rivera y de que aún al mismo fallador es notoria la similitud de los caracteres gráficos de las cartas examinadas con las firmas auténticas Lehmann, teme sin embargo aceptar la autenticidad de las cartas, por razón de lo que afirman los peritos Ante y Montilla, a saber: “que no es posible, sin base científica afirmar o negar de manera absoluta que una persona haya signado determinado documento; y que solamente empleando el método denominado de **grafología policíaca**, es posible llegar a conclusiones fundadas. “El fallador —concluye el Tribunal— debe atenerse al concepto de los peritos que afirman que sólo este

método fue el que debió aplicarse al estudio de la identificación de las firmas, y que fuera de ese sistema no caben afirmaciones categóricas ni definitivas para concluir que firmas puestas en cartas o documentos sean de puño y letra de determinada persona.

“Conforme lo advierte el Magistrado que salvó el voto, la sentencia le asigna un valor exagerado a la exposición de los señores Ante y Montilla “quienes sin llegar a conclusiones que impliquen el cumplimiento del encargo a ellos conferido, se limitan a indicar los sistemas más adelantados de la grafología y a decir que por carecer de elementos y del tiempo necesario se hallan incapacitados para definir la cuestión sometida a su juicio, y a sugerir dudas acerca de las probalidades de acierto que puedan tenerse en esa materia”. La exposición de los mencionados señores en su primera y segunda parte no hace más que mencionar los diferentes métodos que existen para el estudio de la falsificación de escritos, tomándolos de la lectura que por primera vez hicieron, según es bien notorio, de párrafos de la obra que ellos citan. En la tercera parte del dictamen incurren los peritos en lamentable contradicción, pues no obstante lo que habían sostenido, de que sólo el método de **análisis de las variaciones**, es el que proporciona seguridad, analizan las firmas de las cartas presentadas con la demanda por el mismo sistema de cotejo que acaban de desechar por empírico, deduciendo que en las firmas de las cartas encuentran variaciones que los hacen dudar de su autenticidad. Con la circunstancia bien curiosa de que el cotejo lo hicieron según diligencia de fecha 18 de febrero de 1947 (fls. 7 y 8 del c. número 5), con documentos que exhibió el propio demandado en esa diligencia, que no se conocen en el expediente, porque no se agregaron a éste, por cuya razón ignórase el hecho esencial de su autenticidad”.

“El Código Judicial, en consideración precisamente a que parte del supuesto de que la grafología es una ciencia incipiente, y a que entre nosotros no es posible todavía acudir a los medios ultramodernos de investigación científica, por falta de laboratorios y de técnicos en número suficiente, que aporten en la investigación resultados de evidencia absoluta acerca de la autenticidad de los escritos, se contenta con sistemas menos perfectos, de simple comparación de letras por expertos, en el análisis de los grafismos de la escritura, y no proscribire este método, a **priori**, como lo ha hecho el Tribunal, al desechar

de plano, sin otro estudio, el dictamen de los señores Villaquirá y Rivera, simplemente porque no adoptaron el llamado método de **análisis de las variaciones**. De ahí que el artículo 656 del C. Judicial disponga que la prueba del cotejo es siempre incompleta; pero que constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos del examen pericial y otras circunstancias dignas de tenerse en cuenta. De consiguiente los dictámenes periciales sobre cotejo de firmas, en ningún caso forman plena prueba por sí mismos, en lo cual la ley establece una excepción al artículo 722 del mismo Código, basado en la falta de seguridad de que adolecen los resultados de todo cotejo, siguiendo los métodos habituales de la justicia en Colombia.

“La tercera parte del escrito de los señores Ante y Montilla, está igualmente desprovista de importancia. Pasando por alto la contradicción en que incurren dichos señores, según lo apuntado anteriormente, el cotejo que aparece allí descrito, lo elaboraron sobre la base de documentos que no tienen el sello de la autenticidad, pues aparte de que no son de origen oficial, pertenecen al archivo del demandado, y no se agregaron al expediente para tener oportunidad de conocerlos, y además, para cumplir siquiera con el requisito elemental de darle oportunidad al demandante de manifestar su conformidad con ellos, en forma expresa, o en la tácita prevista en el artículo 645 del C. Judicial. Por ende, el concepto de los señores Ante y Montilla, contenido en la última parte de su memorial no merece ninguna atención por haber practicado el cotejo sin contar con elementos serios de comparación. Lo expuesto anteriormente acredita que el Tribunal, atribuyéndole mérito probatorio al pseudo dictamen de los señores Ante y Montilla, incurrió en manifiestos errores de derecho, que violan las disposiciones que más adelante indicaré al concretar el cargo.

“B.—Para negarle autenticidad a las cartas presentadas con la demanda, la sentencia se apoya en otro argumento deducido de las declaraciones de los señores Mario Caicedo Ayerbe, Carlos Arturo Mosquera, Hernando Arboleda y Enrique París, quienes en sus disposiciones arróganse la función de peritos, emitiendo conceptos sobre la autenticidad de las firmas de las cartas. Sin embargo el Tribunal le asigna mérito probatorio a esas declaraciones, y las toma en calidad de **“conceptos que tienden a poner más en duda la autenticidad de las firmas que se dice fueron escri-**

tas por el señor Lehmann G.” olvidando la diferencia fundamental que separa la prueba pericial de la testimonial, cuya naturaleza y fines no se pueden confundir, sin vulnerar la ley.

“C.—El Tribunal trae otro argumento para negarle autenticidad a las cartas presentadas con la demanda, y oponerlo a manera de indicio contra el dictamen pericial Villaquirá-Rivera; es el dictamen de los señores Chaux y Cepeda, en la parte que transcribe y que subraya el fallo. Aquí también el sentenciador incurrió en un manifiesto error de hecho pues la base para tal indicio es una mera invención de aquél. Bien; los peritos Chaux y Cepeda dicen ver bastante semejanza en el tipo de máquina de escribir utilizada en las cartas a que se refieren. Pero con todo no se atreven a sostener que la máquina y la cinta fueron las mismas. Más aún admitiendo la diferencia de máquinas, eso no va contra la autenticidad, que sólo se refiere a las firmas, pues las cartas bien habían podido ser escritas en distintas máquinas, o a mano, sin que por ello pierdan su origen legítimo o dejen de reconocer por autor a quien aparece firmándolas.

“Resumiendo los tres aspectos analizados del presente cargo, ahora sí procedo a concretarlo con la cita de las disposiciones quebrantadas. Por los manifiestos errores de hecho y de derecho anotados en la letra A, aceptando en calidad de prueba pericial el dictamen de los señores Ante y Montilla fueron violados los artículos 722 y 723 del C. Judicial por indebida aplicación. Merced al error de derecho explicado en la letra B, fueron violadas por el mismo concepto las mismas disposiciones, además de los artículos 696 y 697 del propio estatuto, también por indebida aplicación. Y por razón del error de hecho evidente, explicado en la letra C de igual manera fueron quebrantados los artículos 722 y 723, relativos al valor de la prueba pericial. Además todo este camino de errores condujo en definitiva a que indirectamente se quebrantase, por falta de aplicación al caso del pleito, el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936’.

El cuarto.—“Anteriormente se hizo alusión al dictamen pericial de los señores Chaux y Cepeda, de cuya última parte el Tribunal dedujo, infundadamente, de acuerdo con la demostración dada, un indicio contra la autenticidad de las cartas presentadas por la parte actora en la demanda. En cambio por el criterio unilateral que le aplicó a la solución del problema, nada advirtió en la primera parte de ese experticio, en donde

se contiene un vehemente indicio, que se abstuvo de mencionar y por lo tanto de valorar. En efecto; esos peritos teniendo por base comparativa las once cartas exhibidas en la diligencia de inspección ocular de 18 de febrero de 1947, fl. 2 del c. número 6, tomadas del archivo particular del doctor Herman W. Lehmann, suscritas por el presunto padre natural señor Roberto Lehmann, cartas que se agregaron al expediente sin objeción de la contraparte, por lo cual están implícitamente reconocidas como auténticas, concluyen en el numeral b) de su dictamen así: "Estas cartas están suscritas como ya se dijo, no por 'Roberto Lehmann G.' sino por una persona que firma 'roberto Lehmann, Rob. Lehmann, Robert Lehmann' y 'F. Roberto Lehmann', según discriminación hecha en el punto anterior. Estas firmas están hechas con tinta o lápiz de tinta en forma similar a las que aparecen al pie de las cartas presentadas con la demanda y con la corrección de la demanda; tal similitud abarca, no sólo a la manera como se escribió el nombre del dirigente (tinta o lápiz de tinta), sino a la disparidad de nombres que, en veces es 'Roberto Lehmann', 'Robert Lehmann' o 'F. Roberto Lehmann', disparidad que se observa tanto en las cartas que obran en autos como en las once (11) presentadas por el doctor Herman W. Lehmann, advirtiendo que las cartas que figuran en el archivo particular del doctor Herman W. Lehmann agregadas al juicio en el momento de practicarse la diligencia a que nos venimos refiriendo, hay dos con esta firma: 'Rob. Lehmann', firma que no aparece en las que figuran agregadas a la demanda y a su corrección como prueba, y, en cambio, en éstas se encuentran unas cartas suscritas así: 'F. R. Lehmann' y 'R. Lehmann'. Pues bien, esta conclusión uniforme y explicada de los peritos es un factor sumamente significativo que refuerza el dictamen de los peritos Villaquirá y Rivera, pero que en la sentencia ni se menciona siquiera. Al desatender el sentenciador esta prueba para formar su juicio, incidió en error de hecho evidente. **Por lo tanto acuso la sentencia por ese error que es manifiesto**, mediante el cual quedó violado el artículo 722 del C. Judicial, por falta de aplicación. **Este error provocó además la violación del numeral 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, también por falta de aplicación**".

Se considera:

La esencia de estos cargos consiste en que,

para el recurrente, el Tribunal violó los artículos 722 y 723, 696 y 697 del C. Judicial, al no apreciar como auténticas las cartas presentadas al juicio como del señor Lehmann y al no acoger como plena prueba de su autenticidad el dictamen de los peritos Villaquirá y Rivera, quienes conceptuaron favorablemente a tal autenticidad.

Estima el recurrente que hubo error de hecho en la estimación de tales pruebas y error de derecho por infracción de las normas citadas; y que uno y otro condujeron al Tribunal a violar por falta de aplicación el artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Los esfuerzos del recurrente se encaminan a atacar el dictamen de los peritos señores Ante y Montilla, rendido dentro del incidente de objeciones al experticio de Villaquirá y Rivera. Aquel dictamen le parece desprovisto de valor porque quienes lo rindieron no llegaron a conclusiones concretas sobre la autenticidad de las firmas de las cartas, pues se limitaron a decir, que el concepto fundado en simple método comparativo es insuficiente y que no se disponía de tiempo ni de elementos de juicio en número necesario para aplicar un método más técnico como el del análisis de las variaciones o el de la grafología políciaca.

Efectivamente, el concepto de Ante y Montilla no contienen una afirmación contra la autenticidad de las firmas discutidas y tachadas de falsas. Pero el Tribunal tampoco pretende que constituyan una prueba de su falsedad, ni le reconoció mérito alguno como tal. Simplemente, el Tribunal estimó que eran muy importantes las razones expuestas por Ante y Montilla sobre las deficiencias del método empleado por los otros peritos, señores Villaquirá y Rivera, que efectivamente el simple método comparativo se presta a darle mérito a firmas falsificadas por personas hábiles en esos menesteres, y que las observaciones hechas por aquéllos sobre algunos aspectos de la escritura, agregadas a las anteriores, le quitaban al concepto de los últimos la firmeza y seguridad indispensables para reconocerle el valor de plena prueba.

Es decir, el Tribunal estimó que la fundamentación que los peritos Villaquirá y Rivera le dieron a su dictamen, no era suficientemente convincente y científica; por tanto, en ejercicio de su indiscutible facultad de apreciación de la prueba pericial, la estimó deficiente y se negó a reconocerle el pleno valor que lo otorga a esta clase de pruebas el artículo 722 del C. J.

Es bien sabido que, al tenor del artículo 723 del C. J., el dictamen pericial, aún en el caso de que exprese uniformidad de criterio entre quienes lo rinden, no obliga al fallador. Este puede apreciar su mérito con arreglo a la fuerza de convicción de las razones en que se apoya y de las deducciones e inferencias que en él se hagan y también según la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen.

Si el concepto uniforme de dos peritos obligara necesariamente al fallador, se tendría que aquéllos y no éste vendrían a ser los jueces del caso, usurpando las funciones que privativamente pertenecen al funcionario que administra justicia.

Cuando se trata de cotejos de firmas es más evidente aún que el dictamen uniforme de los peritos apenas constituye un indicio más o menos grave o vehemente, de acuerdo con la fundamentación y demás circunstancias del dictamen a que alude el artículo 723 citado. Es éste el sentido claro y expreso del artículo 656 del C. J., que a la letra dice: "La prueba resultante del cotejo es incompleta; pero constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma o letra ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes".

Significa lo anterior, que el juzgador de instancia tiene soberanía para apreciar el mérito y valor del dictamen pericial sobre cotejo de firmas, y que, en consecuencia, su conclusión no puede ser atacada en casación sino por manifiesto error de hecho; es decir, cuando aparezca claramente contraria a la evidencia.

Como ha dicho la Corte, el juzgador de instancia puede apreciar con libertad la prueba indiciaria "porque siendo la apreciación una operación mental encomendada al criterio personal del fallador, en la cual juega papel preponderante el criterio subjetivo de éste, la Corte no puede deestimar la valoración de esa prueba, ni sustituir el criterio subjetivo del fallador de instancia, sino cuando el demandante demuestre que se ha incurrido en error evidente en la apreciación de los hechos..." (G. J. número 2083-2084, pág. 521, junio 16 de 1950).

En casación civil de noviembre 22 de 1951, dijo en el mismo sentido la Corte, que no hay error

de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria, sino cuando "su interpretación repugna a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos". (G. J. número 2107-8, pág. 834).

Y sobre la apreciación concreta de dictámenes periciales, ha dicho esta Corporación: "Lo fundamento del dictamen es condición que aprecia libremente el juzgador y que la Corte no puede variar sino en tanto que se demuestre que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o manifiesto en los autos". (Casación Civil, junio 19 de 1950, G. J. 2083-4, pág. 398).

El Tribunal resumió su concepto sobre esta cuestión así: "En síntesis: las razones para que ante el criterio del fallador no esté demostrada la autenticidad de las cartas presentadas con la demanda son: el peritazgo de los expertos Villaquirá y Rivera dista de ser un indicio grave, por carecer de fundamentos científicos, según se expresa en el dictamen de los doctores Ante y Montilla. Aunque el primer estudio pericial sea plenamente afirmativo respecto de la autenticidad de las firmas, el fallador no puede aceptarlo, pues la fuerza probatoria del dictamen pericial depende de los fundamentos que sirvan de base a sus conclusiones y de la técnica, de los materiales y de los métodos que los científicos recomiendan usar para llegar a conclusiones ciertas. El sistema de simple comparación de caracteres gráficos, empleado por Rivera y Villaquirá, resulta demasiado empírico e ineficaz, y, por tanto, las conclusiones de tales peritos no pueden aceptarse como ciertas".

No ha demostrado el recurrente que la anterior apreciación del Tribunal constituya un error manifiesto y evidente, pues, por el contrario, se mantienen en pie las dudas sobre el mérito científico de tal dictamen y las razones que indujeron al Tribunal a rechazarlo. La simple diferencia de criterio en la estimación de un dictamen, no constituye motivo de casación, como en abundante jurisprudencia lo tiene establecido esta corporación.

No hubo infracción de los artículos 722 y 723 del C. Judicial que cita el recurrente, porque el Tribunal se limitó a usar de la facultad de apreciación que en ellos mismos se consagra, en armonía con lo dispuesto por el artículo 656 ibidem.

Tampoco aparece la pretendida violación de los artículos 696 y 697 del C. Judicial, porque si bien el Tribunal se refirió a los testimonios de los

señores Caicedo, Mosquera, Arboleda y París, y dice que "expresan conceptos que tienden a poner más en duda la autenticidad de las firmas que se dice fueron escritas por el señor Lehmann" (c. 1º, folio 178 vta. infra.), no fue éste el fundamento que tuvo para rechazar el dictamen de Villaquirá y Rivera, como del párrafo antes transcrito de la sentencia se deduce claramente.

No habiéndose demostrado el error manifiesto de hecho ni el de derecho que se alegan respecto a la apreciación de las pruebas, la violación indirecta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, tampoco resulta establecida.

Los cargos, pues, no prosperan.

Tercer cargo

Lo presenta el recurrente en los siguientes párrafos principales: "El certificado está expedido por el señor Manrique en su calidad de maestro de la escuela en ejercicio de sus funciones. Es decir por un funcionario público según el artículo 5º del Código Político y Municipal. El artículo 316 del mismo Código autoriza la expedición por los funcionarios públicos de esta clase de certificados. De otra parte, el artículo 632 del C. Judicial le dá el carácter de plena prueba a esta clase de instrumentos, provenientes de funcionarios públicos que ejercen cargos oficiales en lo referente al ejercicio de sus funciones. De esta manera el certificado del director de una escuela pública referente al hecho de figurar en el libro de matrículas de determinado año la diligencia de inscripción de un alumno, autorizada por su padre, o por quien responde del niño, por sí mismo es documento de origen oficial, revestido por tanto de la presunción de verdad. De consiguiente, el hecho de que el menor fue matriculado por el señor Lehmann en la escuela de Buenosaires, en el año de 1907, y en su calidad de padre natural, es un hecho incontrovertible en el proceso. Contraria a toda noción jurídica es además la peregrina tesis del Tribunal de que por ser aplicación de los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 y 18 de la Ley 92 de 1938, "tratándose de un documento que tiene por objeto demostrar el estado civil de hijo natural, como sería la diligencia de matrícula es obvio, que por igualdad de razones la certificación del Director de la escuela debió contener la copia de tal diligencia". En el párrafo transcrito, que resume el pensamiento del Tribunal se ocultan más errores que palabras. Las disposiciones citadas contemplan

las pruebas principales del estado civil, es decir las copias de las notas respectivas. Pero el Tribunal no para mientes en que la ley también autoriza la prueba supletoria en caso de falta de la prueba principal, según el artículo 19 de la misma ley de 1938 que él invoca: que esa prueba supletoria puede consistir en "otros documentos auténticos"; que la posesión notoria es otro medio supletorio para establecer el respectivo estado civil; y que para probarla son admisibles las declaraciones de testigos o cualesquiera otros elementos de convicción que establezcan plenamente la posesión del respectivo estado. Apoyado en los motivos expuestos formulo ya concretamente el presente cargo de violación de la ley, por parte del sentenciador así: **Por haber desestimado el mencionado certificado del señor Manrique incurrió en grave error de derecho, pues dejó de darle a esta prueba el valor que legalmente le corresponde, violando el artículo 632 del C. Judicial. Igualmente incidió en error de derecho y en evidente error de hecho por haber desatendido el valor legal de las declaraciones de los señores Manrique y Astudillo, y por no haber advertido el hecho que de ellas se deduce, vulnerando con estos dos errores el artículo 697 del mismo estatuto. Y también hizo responsable de evidente error de hecho violatorio del mismo artículo 632 del C. Judicial, por haberle asignado al certificado expedido por Bolaños el valor de contraprueba que destruye el autorizado por Manrique, siendo así que entre esos dos certificados no existe oposición, como está demostrado.** Como consecuencia de todos estos errores, que le impidieron reconocer la acción de filiación, por la posesión del respectivo estado civil, y aplicar los artículos 6º y 4º, numeral 5º de la Ley 45 de 1936, el Tribunal quebrantó esas disposiciones".

Se considera:

Sobre este certificado de matrícula, dijo el Tribunal: "Otro de los elementos de prueba con que se ha pretendido demostrar la posesión notoria de hijo natural de Roberto Mera consiste en el certificado expedido por el Director de la Escuela Urbana de Buenosaires (fls. 4 vto. c. 1º), que dice: "El suscrito Director de la escuela urbana de varones del municipio de Buenosaires, Cauca, vista la solicitud que antecede y de acuerdo con los Libros de Matrícula que reposan en el archivo de este establecimiento, correspondientes a los

años de 1907 y 1910, **Certifica:** Que en los aludidos libros aparece la constancia de haber sido matriculados los alumnos Celso y Roberto Lehmann como hijos naturales del señor Federico Roberto Lehmann, quien contrajo las obligaciones establecidas para con los escolares. Para constancia se expide la presente certificación en Buenosaires a los veintinueve días del mes de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro. — El Director (fdo.), Félix Antonio Manrique S. — Hay un sello de la Escuela de Buenosaires.—Gabriel Manrique”.

“El señor Félix Antonio Manrique (fls. 71 vto. c. 2º) dice: “Es verdad y así lo afirmo que el día 29 de abril de 1944 a solicitud del señor Roberto Mera Lehmann (sic), y en mi carácter de Director de la escuela urbana de este lugar ‘Gabriel Manrique’, de Buenosaires, expedí el certificado que figura en esta diligencia que para mayor claridad vuelvo a redactar: **Certificado:** ‘Que en los libros aludidos aparece la constancia de haber sido matriculados los alumnos Celso y Roberto Lehmann (sic) como hijos naturales del señor Federico Roberto Lehmann (sic)... Es verdad y así lo afirmo, que dicha certificación la expedí teniendo a la vista los libros de matrícula correspondientes a los años de 1907 a 1910. Estos libros se encontraban hasta entonces en el archivo de la escuela dirigida por mi propia persona... Yo me separé de éste lugar en el mes de octubre de 1944, es decir, me hicieron un traslado a la escuela urbana del municipio de Timbío, por cuya razón, hasta la fecha que dejo anotada, entregué todo el archivo y dependencias a mi sucesor, que fue el señor Telmo Diógenes Velasco. En el año de 1945, refundieron las dependencias de la escuela, por cuanto estaban divididas en dos, una figuraba donde está actualmente la escuela de niñas y la otra donde ha estado y está siempre la escuela de varones; como actualmente estoy encargado de esta escuela, no se han podido encontrar dichos libros de matrícula, no sé si hayan desaparecido o se hayan extraviado, o si, así fue, pudo haber sido por negligencia de los directores que trabajaron en los últimos años... Es verdad y así lo afirmo, lo recuerdo, que las diligencias de matrícula a que se refiere el certificado de fecha 29 de abril de 1944, estaban suscritas (sic) por el señor Roberto Lehmann G. (sic), en su carácter de padre natural de los menores Celso y Roberto Lehmann (sic), quienes figuraban entonces con el apellido de Lehmann (sic), diligencias que aparecían fir-

madas y estaban firmadas por dicho señor Lehmann (sic)... Las matrículas, que afirmo en mi certificado, estaban firmadas (sic) con el puño y letra del señor Federico Roberto Lehmann (sic) y decía y sostengo, F. R. Lehmann (sic), y no estaban matriculados por otra persona que yo recuerde, esto era hecho siempre (sic) por su propio padre, señor Lehmann”.

“Con relación a este punto del certificado de matrícula conviene recordar que Ismael Astudillo declara (fls. 117, c. 2º) que siendo director de la escuela urbana ‘Gabriel Manrique’ en los años de 1907 a 1910, le correspondió matricular a Roberto y Celso Mera Lehmann, como hijos de don Roberto y que en esa época se apellidaban Lehmann y no Mera; que don Roberto mismo suscribió la diligencia de matrícula con su puño y letra, con la siguiente firma: ‘Roberto Lehman’. Al tenor de esta declaración se observa que existe una notoria contradicción entre el dicho de Félix Antonio Manrique y el de Astudillo, pues el uno dice que las matrículas estaban firmadas con el nombre de ‘F. R. Lehman, en tanto que el otro dice que la firma era ‘Roberto Lehmann’”.

Como se ve, el Tribunal no desconoce que el certificado y las declaraciones mencionados tengan algún valor probatorio; niega, sí, que sean por sí solos plena prueba, suficiente para hacer la declaración de paternidad natural que se impetra. Así se deduce más claramente del siguiente párrafo que forma parte de la crítica general a la prueba del juicio: “Podrá incidir para efectos de la confesión de paternidad y para acreditar hechos propios del estado civil de hijo natural, la prueba consistente en la certificación expedida por el Director de la Escuela de Buenosaires, quien afirma que en los libros de matrícula del establecimiento aparecen matriculados Celso y Roberto Mera, como hijos naturales del señor Roberto Lehmann y que éste firmó la partida o acta de matrícula. Pero esta prueba de por sí aparece deficiente, pues está demostrado en autos que en aquel establecimiento escolar no aparecieron los libros de matrícula correspondientes y que el mismo ex-director de la escuela señor Félix Manrique, quien expidió la certificación, afirma que la diligencia de matrícula estaba firmada exactamente por el señor Federico Roberto Lehmann (sic), y no es posible aceptar que el propio don Federico se equivocase en la verdadera escritura de su apellido”.

Al decir el Tribunal que está demostrado en autos que en aquel establecimiento escolar no

aparecieron los libros de matrícula correspondientes, se está refiriendo al certificado expedido por el Director del plantel en el año de 1946, cuyo texto reza: "Los suscritos director y Seccionales de la Escuela U. de Varones, 'Gabriel Manrique', de Buenosaires (Cauca), a petición del señor Federico Carlos Lehmann Mosquera, **Certifica:** 1º Que revisado cuidadosamente el archivo de la Escuela, no se encontraron libros de matrícula de los años de 1906 a 1915; y 2º Que en los libros de matrícula existentes desde los años de 1927 en adelante, no figura ningún alumno con el apellido de Lehmann. El Director (fdo.), C. Bolaños M. Seccionales (fdo.), Roberto Jaramillo Z.; (fdo.), Julio Muñoz M."

El recurrente considera que de conformidad con el artículo 632 del C. J., el aludido certificado del ex-director Manrique constituye plena prueba del hecho de las matrículas durante los años de 1907 a 1910.

Dice este artículo: "632.—Hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los Secretarios o empleados encargados de los archivos; las certificaciones de los Jueces y Magistrados sobre hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso y en los demás casos autorizados por la ley, y las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil de las personas, dadas con inserción de las actas correspondientes".

De la simple lectura del artículo transcrito aparece que no es posible fundar en él la conclusión a que llega el recurrente. Porque solamente se habla allí de certificaciones de jueces y magistrados sobre hechos que pasen ante ellos, y de quienes llevan el registro del estado civil de las personas. En cuanto a la manera de probar la existencia de documentos, por intermedio de quienes ejerzan el cargo de secretarios o encargados de los archivos donde se hallen, el artículo exige que se obtengan copias de éstos, expedidas formalmente y autorizadas por dichos empleados, con lo cual está diciendo que no es admisible como prueba la simple certificación sobre su existencia. Cuando se habla de funcionarios en general que ejerzan cargos por autoridad pública, se está refiriendo el artículo a "los demás instru-

mentos provenientes de ellos" y no a las certificaciones que expidan.

En consecuencia, son válidas las copias de las actas de matrículas que reposan en los archivos de un establecimiento público de educación, expedidas por su director; mas carecen de valor legal los certificados que sobre su existencia expida, a no ser que inserte copia de la matrícula respectiva. Se observa que el carácter de empleado público de quien firma el certificado, no está claramente establecido, porque no hay constancia de que se trate de una escuela pública. Además, conforme al artículo 315 del C. P. y Municipal, únicamente los secretarios y jefes de las corporaciones y autoridades públicas, en la rama administrativa, pueden expedir certificados que den fe en relación con los negocios que les estén confiados por razón de su empleo. Los maestros de escuelas públicas no son autoridades, ni en el desempeño de sus funciones forman parte de corporaciones.

Es por la razón expuesta que la apreciación del Tribunal respecto al mérito probatorio del certificado en estudio, se ajusta a la ley. No es porque tienda a probar el estado civil de hijo natural, que ese certificado ha debido expedirse con reproducción de las matrículas respectivas, pues como lo observa con razón el recurrente, no se trata de un acta de estado civil ni los artículos 22 de la ley 57 de 1887 y 18 de la ley 92 de 1938 tienen aplicación a este caso. Pero tal concepto errado del Tribunal ninguna importancia tiene para la prosperidad del cargo, porque de la recta interpretación del artículo 632 del C. J. se llega a la misma conclusión.

Además, como ya se observó, el Tribunal no negó todo valor al certificado del ex-director Manrique y a las declaraciones que tienden a corroborarlo. El sentenciador se limitó a considerar con acierto, que "esta prueba de por sí aparece deficiente". Apreciación que resulta correcta por los motivos expuestos.

El cargo, pues, no prospera.

Cargos quinto, sexto, séptimo y octavo

Se estudian en conjunto estos cargos por referirse a la apreciación que el Tribunal le dio a la prueba de la posesión de estado civil de hijo natural alegada por el demandante.

Por este aspecto el recurrente formula contra la sentencia varios reparos que pueden resumirse así:

1º Que el Tribunal le dio mérito de pruebas indiciarias a las declaraciones de Nieto, Ocoró, Mina y la Caniquí, testigos que deponen acerca de la protección que el señor Lehmann le dio a otros jóvenes a quienes profesó cariño; y que por darle tal alcance a las dichas declaraciones ha desvirtuado las consideraciones que como a hijo le dispensó el señor Lehmann al demandante, cuando no está probado que a aquéllos los trataba con igual predilección y paternal afecto. Que así se violaron los artículos 661 y 666 del C. J., y como consecuencia el 4º de la Ley 45 de 1936.

2º Que el Tribunal no tuvo en cuenta el hecho, muy significativo para la prueba de la posesión notoria del estado de hijo natural, de que los testigos Suárez, Anaya (Eloy y Lisandro), Guerrero, Astudillo, Jaramillo, Bonilla y Orozco, dicen que don Roberto Lehmann les reveló ser el padre natural del demandante. A juicio del recurrente tales declaraciones hacen plena fe de que el señor Lehmann en forma espontánea y en conversaciones privadas de distintas épocas, se presentó ante terceros como el padre de Roberto y Celso Mera. Por no haberlas estimado incurrió el Tribunal en error de hecho manifiesto, que lo indujo a violar tanto los artículos 697, 663, 664 y 665 del C. J., como los artículos 4º (ordinal 5º) y 6º de la Ley 45 de 1936, todos por falta de aplicación.

3º Que en el proceso es caudalosa la prueba testimonial aducida para demostrar que Roberto y Celso Mera son considerados en los Municipios de Caldone, Buenosaires y aún Santander, como hijos naturales de Roberto Lehmann, por amigos y conocidos de éste, fama que se prolonga hasta la época en que se recibieron los testimonios. Se citan las declaraciones de Suárez, Anaya, Guerrero, Nieto, Bonilla, Mosquera, Tejada, Jaramillo, Prado, Velasco, Vernaza, Ocoró y la Caniquí para concluir que de estos testimonios se destacan los requisitos de la posesión de estado civil de hijo natural al tenor del artículo 6º de la ley 45. De todo lo cual deduce el recurrente que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al no ver a través de aquellos testimonios la fama o concierto público en varios vecindarios, durante un período superior a diez años. Consecuencialmente se vulneraron, a su juicio, por falta de aplicación, los artículos 697, 663, 664 y 665 del C. J. y 4º (ordinal 5º) y 6º de la Ley 45 de 1936.

4º Que el Tribunal se preocupó solamente por averiguar lo relativo a la educación y asistencia que Lehmann le diera a Mera, olvidando los de-

más aspectos que con aquéllos establecen la posesión notoria del estado civil de hijo natural, en razón de lo cual el sentenciador simplemente acepta que Mera recibió educación y asistencia por un período inferior a diez años. Esto equivale —según el demandante en casación— a un nuevo error en la apreciación de las pruebas. De las declaraciones de Suárez, Anaya, Guerrero, Prado, Velasco, Ocoró y la Caniquí, deduce el error manifiesto de hecho y la violación del artículo 697 del C. J.; uno y otra por haberse negado el Tribunal a darle a esas declaraciones el mérito que les corresponde, según la citada disposición. Indirectamente, agrega el demandante, se violaron los artículos 4º (numeral 5º) y 6º de la Ley 45 de 1936.

Se considera:

El artículo 6º de la Ley 45 de 1936 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, a virtud de aquel tratamiento".

Pero esta disposición debe estudiarse en concordancia con el artículo 398 del C. C., aplicable a la filiación natural por mandato del artículo 7º de la misma Ley 45, y conforme al cual "para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos, por lo menos".

Es decir, tres son los requisitos indispensables para configurar la posesión de estado civil de hijo natural: 1º Que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; 2º que los deudos y amigos del padre o madre o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento; y 3º que las relaciones de tal género entre el padre o madre e hijo y la reputación aludida hayan durado diez años, al menos, en forma continua.

Se observa que la fama no puede consistir simplemente en que exista la creencia, el rumor o la convicción en abstracto de que el interesado sea hijo de ese padre presunto; es indispensable que el convencimiento tenga por causa el trato que le haya dispensado el padre en la forma indicada. Porque muy a menudo, en razón de ha-

ber existido relaciones sexuales esporádicas o permanentes durante algún tiempo entre la madre y un determinado sujeto, puede haber en el vecindario la creencia más o menos fundada de que el hijo de aquélla lo es también de éste, y gozar por tanto tal hijo de la reputación de serlo en efecto, sin que el presunto padre lo reconozca así, ni le dé el trato correspondiente, ni le proporcione la respectiva asistencia. La fama en tales condiciones formada no sirve para configurar la posesión de estado civil de hijo natural. Es absolutamente necesario que la reputación sea consecuencia del trato y asistencia que el presunto padre le haya dado al hijo. Los dos primeros requisitos son, pues, inseparables.

Igualmente, para establecer la prueba de posesión de estado de hijo natural, es condición esencial que la doble situación comentada haya tenido una duración mínima de diez años continuos. Así, pues, si el padre ha tratado y presentado al hijo como tal y le ha prodigado asistencia y ayuda en la vida ordinaria, en su educación y establecimiento, y los hechos correspondientes se encuentran plenamente probados, pero no durante los diez años que exige como mínimo el artículo 398 del C. C., no es posible alegar la posesión notoria como prueba del estado civil.

Y, por último, para que la prueba se configure, es necesario que el término mínimo de diez años aparezca en forma continua, sin que valga sumar distintos períodos que en total excedan de aquel tiempo.

En cuanto a la prueba para establecer estos elementos y llegar a la conclusión de que la posesión del estado civil se encuentra demostrada, el artículo 399 del C. Civil, aplicable a la filiación natural por mandato del artículo 7º de la Ley 45 de 1936, es muy claro: se requiere un conjunto de testimonios que además de ser fidedignos, de dar plena fe de su dicho, la establezcan de un modo irrefragable o, lo que es igual, sin que quede la menor duda al respecto.

A pesar de que los tres requisitos o elementos mencionados se encuentran reunidos por el grupo de declaraciones rendidas en el juicio, la prueba no será admisible si tales declaraciones separadamente o en conjunto no poseen las características indispensables para darle fe. Tampoco será admisible la prueba cuando los testimonios que sí resulten fidedignos no den base para deducir de manera evidente y clara la posesión del estado que se pretende. E igualmente, aun cuando el grupo de testimonios sea fehaciente y de él

aparezca sin lugar a duda la existencia de los dos primeros elementos, pero durante un tiempo continuo inferior a diez años, la posesión de estado no será admisible.

Es decir: de la prueba aducida se debe concluir, sin la menor incertidumbre; la existencia de los tres elementos que configuran la posesión del estado civil; la falta de ellos es suficiente para rechazarla.

Fijado de esta manera el alcance de la causal que se discute en estos cargos, se pasa a examinar si la apreciación dada por el Tribunal a las pruebas que para el efecto se trajeron al juicio, constituye manifiesto error de hecho o implica uno de derecho, sin los cuales se hubiera debido declarar la posesión de estado civil de hijo natural a favor del demandante.

Las observaciones y críticas que el Tribunal hace a las declaraciones que el recurrente cita, son, en síntesis:

César Suárez se contradice. Afirma que el señor Lehmann dio a Celso y Roberto Mera el tratamiento de hijos suyos por espacio de doce años; después sostiene que los Meras estuvieron en Buenosaires desde que nacieron hasta 1906, y como Roberto nació en 1899, apenas sería posible ese trato durante siete años (c. 1, fol. 181 y c. 2, fol. 18).

Lisandro Anaya (c. 2, fol. 22) no expresa en forma clara por cuánto tiempo el señor Lehmann prodigó a los Mera las atenciones y cuidados de padre, ni aclara si esas consideraciones fueron permanentes. Además, dice que supo "por referencias" de Suárez que don Roberto tenía a aquéllos en la hacienda. (C. 1, fol. 181 y vta.).

Genaro Guerrero (c. 2, pág. 42), manifiesta que sólo le consta que esos hechos ocurrieron entre los años de 1908 a 1913.

Eloy Anaya (c. 2, fol. 45) dice que no le consta el tiempo que duró el tratamiento de hijos dado por don Roberto a los Mera, y habla de que anteriormente Amelia Mera tuvo una hija natural llamada Hermelinda, de la cual se decía que era hija de un señor José Orozco.

Ernesto Nieto (c. 2, fol. 59) no sabe si don Roberto "prestó su protección" a los muchachos Mera como a sus propios hijos, pero sí le consta que les ayudó por espacio de unos años, sin recordar con precisión dicho tiempo, mientras estuvieron estudiando. Agrega el declarante que principió a tener amistad con don Roberto al ir a su casa desde el año de 1906 hasta 1911.

Germán Bonilla (c. 2º, fol. 61 vta.), no expone

circunstancias de tiempo, modo o lugar, limitándose a decir que don Roberto trató a los Mera como hijos naturales y que en tal condición los presentó en el Municipio de Buenosaires. No sabe durante cuántos años duró ese tratamiento.

Pobreza Mosquera (c. 2, fol. 66), dice que el señor Lehmann les proporcionó a los Mera educación y vestuario, no desde que nacieron, sino mientras estuvieron en la escuela en Buenosaires.

Luis F. Orozco (c. 2, fol. 70); dice —como el testigo Mosquera— que no sabe ni le consta que don Roberto haya presentado a los Mera como a sus hijos naturales. Luego, incurriendo en contradicción, agrega que aquél le presentó a Roberto Mera como su hijo natural “y esto lo hizo hasta poco antes de morir”.

Ismael Astudillo (c. 2, fol. 117) dice que lo único que le consta es que los Meras son hijos de don Roberto Lehmann, porque éste se los recomendó como a sus hijos y en el vecindario de Buenosaires eran reconocidos como tales cuando él estuvo allí, de 1907 a 1910; que los muchachos estuvieron en Buenosaires hasta 1909; que vivían en la casa de Lehmann, quien les suministraba vivienda, alimentación, vestido y educación. Finalmente, manifiesta el testigo que eso le consta por espacio de unos tres años; que como maestro de escuela en tal población sentó la matrícula de los Mera, que entonces apellidaban Lehmann; que don Roberto suscribió la diligencia y a él le daba los informes sobre conducta y aprovechamiento de sus hijos.

Rafael Tejada (c. 2º, fol. 119) apenas se refiere a una entrevista en la casa de don Roberto, cuando estuvo enfermo, en la cual la señora Matilde Lehmann, hermana de don Roberto, los recibió (al testigo y a Roberto Mera) diciendo: “Robertico mi sobrino”. Añade que esa visita tuvo lugar **por ahí** un año antes de morir don Roberto, o sea mucho después del período sobre el cual deponen la generalidad de los testigos.

Temístocles Jaramillo (c. 2, fol. 120 vta.), dice que Roberto Lehmann trató a los Mera como hijos y que proveyó a su subsistencia y educación por un espacio mayor de doce años continuos; pero añade que tal cosa no le consta desde que nacieron, sino cuando de siete a nueve años fueron llevados a Buenosaires; que se los presentó y los trataba familiarmente como hijos. (Se observa que en Buenosaires los Mera no vivieron doce años, sino aproximadamente los cuatro o cinco que pasaron en la escuela).

Filocles Prado (c. 2, fol. 122), manifiesta que

en el año de 1910 don Roberto presentó a los Mera como sus hijos, en casa de una tía del declarante; que fueron asistidos durante algún tiempo —sin decir cuánto— en casa de sus familiares, y que don Roberto iba allí a pedir que fueran bien atendidos y no perdieran el tiempo fuera de la escuela.

Trofimo Prado dice que conoció a los Mera en 1905 en Buenosaires; que una tía del declarante le dijo que eran hijos de don Roberto Lehmann, por cuenta de quien los atendía; que de ahí en adelante no sabe nada más.

Aureliano Velasco dice que fue padrino de Roberto Mera y que por boca de Amelia Mera y por los vecinos de Caldon, supo que el muchacho era hijo de don Roberto. Agrega que Amalia Mera tuvo otros hijos de distintos padres.

Tarquino Velasco dice que le consta lo relativo a la matrícula y al cuidado de los Mera por don Roberto, porque vivieron en casa del declarante durante dos o tres años, a cargo de Lehmann y bajo la vigilancia y cuidado de su madre. Nada más supo después de que salieron aquellos de Buenos Aires para Caldon.

Argemiro Vernaza (c. 7, fol. 25) dice que conoció a los Mera cuando estudiaban en una escuela que regentaba una señora Antonia López y que entonces “dormían en casa de don Roberto Lehmann”; que Roberto Mera siempre ha sido reputado hijo natural de aquél, especialmente en Buenosaires. (Se observa: los Velasco declaran que cuando los Mera estudiaban en Buenosaires, vivían en casa de aquéllos).

Julio Vernaza habla de la protección y amparo del señor Lehmann a Roberto Mera, pero advierte que no le consta que lo hubiera tratado como hijo. C. 7, fol. 27). Ha oído decir siempre, sí, que Roberto Mera era reputado hijo del señor Lehmann.

Manuela Ocoró (c. 3, fol. 30 vta.) dice que conoció a Amalia Mera después de 1900 en las minas “El Ensolvado” de propiedad del señor Lehmann, lo mismo que a los hijos naturales de ésta, Hermelinda, Emperatriz, Celso y Roberto Mera; que la Mera nunca permaneció mucho tiempo allí, pues iba a visitar a sus hijas que estaban al servicio de don Roberto; que éste era propietario de la hacienda “El Volador” en donde trabajaba como minero Santiago Hernández, sujeto con quien tenía relaciones la Mera, a causa de las cuales el señor Lehmann le prohibió que volviera; que cuando Amalia fue a “El Volador” llevó a sus cuatro hijos, entre ellos Roberto y Celso;

que la deponente mantuvo relaciones sexuales permanentes con Roberto Lehmann desde 1894 o 1895 hasta 1900, por lo cual aquél le confió el cuidado de su casa y la apreciaba mucho, cosa que no sucedía con la Mera; que no tuvo familia de don Roberto y luego sí tuvo nueve hijos con otros hombres; que don Roberto trataba a Celso y Roberto Mera con cariño, pero no decía que eran sus hijos; que también proveyó a la subsistencia y educación de otros jóvenes cuyos nombres dá, sin que fueran sus hijos; que sólo algunos afirmaban que los Mera eran hijos de don Roberto. Y finalmente manifiesta que las consideraciones y cuidados con que don Roberto trataba a los Mera duraron más de diez años continuos, es decir desde que nacieron hasta mucho después de que salieron de la escuela de Buenosaires.

Ernesto Nieto dice que mientras trabajó con don Roberto Lehmann no tuvo ocasión de darse cuenta de que tratara a Roberto Mera como hijo suyo ni que lo presentara como tal; que cuando los Mera estuvieron en la escuela de Buenosaires, vivieron en la casa de la señora Concordia Velasco, y que fue el señor Lehmann quien pagó los gastos de alimentación, vestido y subsistencia.

María Francisca Caniquí (c. 3, fol. 80), dice que don Roberto protegía a varios jóvenes, entre ellos los Mera; que aquél trató a éstos como hijos, durante el tiempo en que ella trabajó a su servicio "antes o después de 1910"; que cuando don Roberto prohibió a la Mera que volviera a su casa, Celso y Roberto Mera tendrían unos seis y siete años; que don Roberto tuvo a los Mera en la escuela de Buenosaires y les hacía dar la alimentación "en la casa de misía Margarita Fernández" (obsérvese que varios testigos dicen que vivieron en casa de la señora Velasco). No explica en qué consistía el tratamiento como hijos.

El Tribunal, luego del minucioso examen de las declaraciones anteriores, y de otras que el recurrente no cita, las comenta así: "Es indudable que la mayor parte de los testigos citados por el demandante y aún algunos cuya declaración fue solicitada por la parte demandada afirman que don Roberto Lehman proveyó a la subsistencia, educación y establecimiento de Celso y de Roberto Mera, pues pagaba la alimentación de ellos cuando estuvieron en la escuela de Buenosaires, sin que tal hecho pueda desvirtuarse por razón de que los declarantes no están de acuerdo en qué casa de habitación y habitación estuvieron
Gaceta—3

viviendo los Meras cuando asistían a la escuela. Estos actos de protección y ayuda para con el presunto hijo son propios e indicativos del estado civil de hijo natural, siempre que el presunto padre los haya prestado en forma no menor de diez años, como lo expresa el artículo 398 del C. Civil y lo reafirman los comentaristas y doctrinantes. La mayor parte de los testigos al referirse a ese trato que don Roberto Lehmann tuvo para con Celso y Roberto Mera afirman que se llevó a cabo mientras los menores estuvieron en la escuela de Buenosaires, o sea desde 1907 a 1913, poco más o menos, en cuyo caso no se cumpliría el requisito del tiempo de diez años. El testigo César Suárez (fls. 16 vto.) sí alude a un término mayor de diez años, pero es el caso, como antes se anotó, que este testigo se contradice notablemente en las fechas, pues llega a afirmar que los Meras estuvieron solamente en Buenosaires hasta el año de 1906. Manuela Ocoró sostiene que el trato que dio don Roberto a Celso y a Roberto como hijos naturales duró más de diez años, pero no dá razón de porqué le consta que ese tratamiento lo hubiese dado don Roberto Lehmann desde que nacieron Celso y Roberto, pues, como ya se dijo, éstos sólo estuvieron en Buenosaires de modo permanente durante el tiempo en que recibieron escuela primaria. Esta declarante afirma que conoció a Celso y Roberto Meras cuando su madre Amalia Mera los llevó a "El Volador" y no dice qué edad tenían los Meras ni cómo le consta que don Roberto Lehmann hubiera tratado como hijos a los Meras desde que éstos nacieron hasta que fueron llevados a la escuela de Buenosaires. La Ocoró se contradice, o por lo menos su declaración aparece en contradicción con hechos establecidos, pues dice que conoció a los menores Meras cuando fueron llevados a El Volador y luego afirma rotundamente que don Roberto los trató como a hijos por un lapso mayor de diez años. En el expediente está demostrado que los menores Celso y Roberto fueron llevados a Buenosaires en edad escolar (7 a 8 años) y que sólo permanecieron en la escuela cuatro o cinco años, para regresar después a Caldonó. ¿Cómo le consta entonces a la Ocoró (y lo mismo puede preguntarse de otros testigos), que el tratamiento paterno de don Roberto Lehmann duró más de diez años, si los menores no permanecieron ese tiempo en Buenosaires, ni hay pruebas de que don Roberto Lehmann visitase a Caldonó, donde se radicaron los Mera después de salir de la escuela? De esta suerte, la de-

claración de Manuela Ocoró, que a primera vista parece convincente, resulta contradictoria y vaga al analizarla con detenimiento. A la mayor parte de los declarantes no les consta que don Roberto Lehmann hubiese exteriorizado públicamente actos de presentación de los menores Celso y Roberto como hijos naturales suyos. El testigo Luis F. Orozco dice que don Roberto Lehmann le presentó a Roberto como hijo natural y que eso fue poco antes de morir don Roberto. Pero no anota, para que su testimonio sea responsive, las circunstancias de ese hecho. Además, este declarante se contradice, pues al principio de su exposición afirma que no le consta que Lehmann hubiera presentado a Celso y a Roberto como hijos. También Rafael Tejada dice que la señora Matilde Lehmann, hermana de don Roberto, trató en una ocasión a Roberto Mera de "Robertico mi sobrino". Pero al dicho de este declarante anota con razón lo siguiente el apoderado del demandado: "Tejada afirma que fue a visitar a don Roberto Lehmann a Mirasoles, cuando estaba postrado en cama, más o menos un año antes de morir, es decir, en enero o febrero de 1943; cuando dice Tejada realizó la célebre visita hacía más de tres meses que la señorita Matilde Lehmann había muerto, como se deduce claramente de las partidas de defunción de origen cural y civil (fls. 4, 9, 11º, c. 2º)". Pero aún en el supuesto de que las palabras que se atribuyen a la señora Matilde Lehmann se hubiesen pronunciado, ellas serían apenas un indicio muy vago sobre el reconocimiento y estado civil de hijo natural, pues se trata de la afirmación de un solo testigo y porque las palabras comprometedoras no las pronunció el presunto padre.

El declarante Temístocles Jaramillo también afirma que el señor Roberto Lehmann trató a Roberto Mera como hijo natural, que el tratamiento familiar que le daba era el de hijo. Pero ese tratamiento, según se deduce por su declaración, se refiere al tiempo en que los menores Celso y Roberto estuvieron en la escuela de Buenosaires por cuenta del señor Lehmann. Y es preciso insistir en el hecho de que conforme aparece en las pruebas testimoniales, los señores Celso y Roberto Mera sólo estuvieron al lado de su presunto padre en Buenosaires durante la época escolar, que no alcanza a un lapso de diez años, pues pasada la edad escolar los menores se fueron al lado de su madre, quien residía en la población de Caldon. Con posterioridad a la edad escolar no aparece que el señor Lehmann hubie-

se continuado en ese trato especial que dan los padres a sus presuntos hijos, ya sean legítimos o naturales, a no ser que se tuviesen en cuenta las cartas presentadas al juicio y en que el señor Lehmann dá el trato de hijo a Roberto Mera. Pero ya se ha visto que no está suficientemente probada para el Tribunal la autenticidad de esos escritos.

Además de no estar demostrado fehacientemente que los señores Celso y Roberto Mera recibieron del señor Roberto Lehmann el trato de hijos por un espacio superior a diez años, la prueba indiciaria que pudiera existir al respecto se debilita aún más si se tiene en cuenta que, como lo afirman varios testigos, el señor Lehmann era muy dado a usar de favores paternos en favor de ciertos muchachos con quienes simpatizaba, como ocurrió con Vicente Guerrero y Guillermo Otero, que no eran miembros de su familia y sin embargo, les costeó educación. La Corte al aceptar la tesis de que la acción de filiación natural procede aún después de muerto el padre, insiste también en que el fallador debe ser muy estricto en la apreciación de las pruebas con que se demuestra el estado de hijo natural o la paternidad, por lo fácil que resultaría sin la intervención directa del padre en el juicio levantar una prueba para demostrar los hechos de la acción. Dice la Corte:

"En materia de filiación natural, al igual que en materia de filiación legítima, la posesión notoria del estado civil debe probarse por un conjunto de elementos de convicción que la establezcan de un modo irrefragable, según el querer del artículo 399 del Código Civil. Tampoco hay que olvidar que el artículo 398 *ibidem*, incorporado en el estatuto de filiación natural, determina que para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, **deberá haber durado diez años continuos por lo menos**. Refiriéndose la Sala en la precitada sentencia de primero de octubre del año pasado al rigor con que deben apreciarse las pruebas tendientes a establecer la filiación natural dijo lo siguiente:

"Si la exigencia probatoria del artículo 399 se predica de la posesión de estados menos propicios a la incertidumbre, el requerimiento sube de punto en relación con la posesión de estado de hijo natural, en donde el campo es más accesible a la falsa apreciación de las gentes y a situaciones equívocas entre los supuestos padre e hijo, que fácilmente pueden conducir a los jueces a cometer errores judiciales, dejándose in-

fluir por simples apariencias, muchas veces creadas por testigos ligeros de criterio, o lo que sería más escandaloso por testigos inescrupulosos. La naturaleza bastante incierta y con frecuencia equívoca de las pruebas tendientes a establecer la filiación natural, determinó a la jurisprudencia francesa a sostener que la ley de 1912 tiene un carácter facultativo para los jueces, pues ninguno de los casos enumerados en ella es perentorio; de manera que por muy completas que aparezcan las pruebas el juez conserva entera libertad para desestimar la demanda si el proceso revela algún fondo oscuro que debilite su convicción. Ese arbitrio se debe a que las pruebas de paternidad natural que descansan siempre sobre presunciones, ninguna es cierta; y el legislador no se ha atrevido a establecerlas como presunción legal. (Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo II, número 889). Sin necesidad entre nosotros de apelar a las palabras con que se expresó el legislador colombiano de 1936, la solución aquí debe ser igual, dado que la naturaleza de los hechos erigidos como causales para autorizar la investigación de la paternidad natural, requieren elementos probatorios de tanta convicción, que dejen al Juez sin ninguna sombra sobre la efectiva realización de esos hechos. No siendo posible acreditar la paternidad por medios directos, la ley recurre a la prueba de ciertos hechos por vía de presunciones. Entonces la verdad judicial de éstos **debe imponerse a la conciencia del juez espontáneamente**, sin dificultades, pues cualquier duda grave que surja en el proceso de formación del convencimiento, ora en relación con detalles significativos que contraríen por ejemplo un conjunto armónico de testimonios, bien porque la conducta comprobada del supuesto padre de donde se pretende inferir el reconocimiento de la paternidad merezca igualmente interpretaciones distintas de la que se le asigna y aparentemente manifieste, o ya por el origen sospechoso de una prueba formalmente legal, desvirtúa la fuerza probatoria de la presunción y la deja anulada". (Casación, septiembre 22 de 1946, G. J. Tomo LXI, pág. 73).

Exactamente aplicable al caso de autos resulta la doctrina antes transcrita. Para el Tribunal no existe pleno convencimiento acerca de la paternidad que se discute, por las razones que en seguida se sintetizan: La prueba sobre confesión de paternidad, basada en las cartas que exhibe el expediente, falla por el aspecto de su verdadera

autenticidad, como se deduce de los dictámenes periciales, contradictorios entre sí, respecto de la autenticidad de tales documentos. La posesión notoria de hijo natural que alega el demandante no surge limpia, espontánea y exenta de dudas fundadas, porque, no obstante el cúmulo de declarantes que afirman que el causante Lehmann dio a Roberto Mera el trato de hijo natural, que le prestó apoyo para su educación y subsistencia, no se esclareció suficientemente que tal actitud del señor Lehmann hubiera durado por un espacio de diez años por lo menos. Algunos declarantes, que ya se dejan citados, afirman que ese trato duró diez años, pero está también la prueba de que los actos paternales o protectores del señor Lehmann tuvieron su limitación al tiempo en que los Meras estudiaron en la escuela de Buenosaires, o sea por un espacio inferior a diez años. A estos hechos que por vía de presunción se han aducido por la parte actora se opone también la actitud del señor Roberto Lehmann, quien en vida acostumbró dar protección a algunos jóvenes a quienes cobraba cariño, sin tener con ellos conexidades de sangre. Todo esto hace que el fallador no pueda adquirir la plena convicción sobre la existencia de la paternidad que se atribuye al difunto Federico Roberto Lehmann".

Como claramente se deduce de todo lo expuesto, el Tribunal no le da una importancia decisiva, ni mucho menos, a las declaraciones de Nieto, Ocoró, Mina y la Caniquí sobre el trato a otros jóvenes. El se limita a decir que "además de no estar demostrado fehacientemente que los señores Celso y Roberto Mera recibieron del señor Roberto Lehmann el trato de hijos por un espacio superior a diez años", la prueba indiciaria favorable "se debilita aún más" en razón de la circunstancia anotada por dichos testigos. De modo que la acusación contenida en el cargo quinto carece de valor.

Varios declarantes dicen que el señor Lehmann les reveló que era el padre del demandante, pero tal circunstancia tampoco puede configurar la causal pretendida, porque, como atrás se expuso, aún en el caso de que tales declaraciones tuvieran la firmeza que el Tribunal no les reconoce con razón, y dieran mayor fe, no servirían para formar los dos primeros elementos de la posesión del estado; mucho menos el tercero —relativo a la duración mínima de diez años continuos de aquellos dos—, que es el reparo fundamental hecho por el Tribunal para negar la declaración impetrada.

Tampoco aparece de la prueba testimonial citada por el recurrente, que la fama de que gozara el demandante como hijo natural del señor Lehmann, se debiera indudablemente al trato que como a tal le dispensara aquél, y menos que ese trato se hubiera prolongado por el espacio mínimo de diez años continuos.

Del estudio minucioso de las pruebas hecho en la sentencia, se deduce con claridad que carece también de fundamento el último cargo, según el cual el sentenciador se preocupó solamente por averiguar la educación y asistencia que Lehmann le diera a Mera, olvidando los demás aspectos que configuran la posesión notoria del estado civil de hijo natural.

En fin, el recurrente no pudo desvirtuar la crítica adversa del Tribunal a cada uno de los testimonios en cita, ni demostró que las deficiencias que ésta les anota, tanto por la falta de razón de su aserto, como por la imprecisión respecto al tiempo en que les consta lo que declaran y las contradicciones en que incurrían unos con otros y algunos con su propio dicho, fueran el producto de un manifiesto error de hecho. Por el contrario, encuentra la Corte que las observaciones y crítica del sentenciador se hallan ajustadas a derecho y a la indispensable rigurosa exigencia con que deben estimarse las declaraciones tendientes a establecer la filiación, como lo requiere el legislador en el artículo 399 del C. Civil. De consiguiente, comparte la conclusión de que no se demostró en el juicio que haya existido una posesión notoria del estado civil de hijo natural, en forma de satisfacerse los tres necesarios requisitos que se dejaron analizados.

En estas condiciones, como los errores de derecho invocados no pudieron ocurrir, tampoco tuvo lugar la violación indirecta de textos sustantivos. La sentencia corresponde a derecho y resulta rigurosamente conforme con los postulados de la sana crítica, indispensables para analizar las pruebas en esta clase de juicios.

Los cargos, en consecuencia, no prosperan.

Acápíte final

Dentro del estudio de este proyecto se planteó la conveniencia de definir si las pruebas que consagra el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, tienen o no aplicación para demostrar hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, con la consecuencia de obtener la declaración de paternidad. Hubo

así necesidad de llevar al estudio de la Sala de Casación Civil, en pleno, el presente negocio.

La mayoría de la Sala acogió la solución afirmativa, que reconoce la plena validez de tales pruebas, sea que los hechos pertinentes hayan tenido ocasión antes o después de la vigencia de la Ley 45 de 1936. Sirven de fundamento a la decisión de la Sala las siguientes consideraciones:

Cuándo existe un derecho adquirido.

Se alega que la aplicación del artículo 4º de la Ley a hechos anteriores, vulnera derechos adquiridos del padre. No comparte la Sala esta opinión.

Para que exista un derecho adquirido se necesita que haya ingresado al patrimonio de una persona, estableciendo una situación jurídica concreta cuyos efectos tengan un significado económico o simplemente moral. Así el dominio sobre una cosa o la filiación que se adquirieren en virtud de norma legal vigente. La ley posterior no puede entonces desconocer ni vulnerar ese derecho sin producir efectos retroactivos que el precepto constitucional rechaza.

Mas nadie tiene derecho adquirido a no suministrar alimentos a quienes en virtud de la ley actual no disfruten de la calidad de alimentarios, ni a desconocer la paternidad que por el hecho de la concepción se ha establecido, ni a desheredar a quienes antes de la muerte del **de cujus** no tenían la calidad legal de herederos forzosos pero la adquirieron por mandato de la ley vigente al momento de fallecer éste. En ninguno de estos casos existe situación jurídica concreta que pueda ser oponible a la nueva ley que le otorgue la calidad de alimentario a persona que antes carecía de ella, o que permita obtener judicialmente la declaración de una filiación que en el pasado no podía investigarse, o que le dé el carácter de heredero forzoso a quien hasta entonces no gozara de este privilegio. Los efectos de tales leyes son generales e inmediatos.

En estos ejemplos la nueva ley se halla al nacer ante situaciones de hecho puras y simples, o cuando mucho, frente a la mera expectativa de que no se modifique la situación existente antes de ella; pero no se encuentra en presencia de derechos adquiridos.

El argumento de que en el momento de la concepción el futuro padre natural debe conocer las obligaciones que las consecuencias del acto le impongan y las normas llamadas a regular, fren-

te a él, los derechos de la criatura por nacer, no tiene fundamento jurídico ni legal alguno. Es tanto como afirmar que el padre legítimo tiene derecho adquirido a que sus hijos vivan siempre sujetos a las normas legales vigentes en el momento de su concepción, relativas a alimentos, herencia, patria potestad, etc. O como decir que los cónyuges tienen derechos adquiridos sobre la situación jurídica patrimonial vigente en el momento de contraer nupcias. Es decir, conlleva a sostener el absurdo de que las normas legales que regulan los derechos y obligaciones inherentes a todo estado civil, vigentes al momento de su constitución, otorgan derechos inmodificables o constituyen derechos adquiridos que ninguna ley posterior puede vulnerar ni desconocer. Pero sucede exactamente todo lo contrario: el estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsiste aunque esa ley sea derogada. Otra cosa es que los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas de autoridad o dependencia entre los cónyuges, entre padre e hijos, entre guardadores y pupilos, y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos se rijan por la ley nueva, como lo consagran en Colombia en forma expresa y terminante los artículos 23 del Código Civil y 20 de la Ley 153 de 1887. Principio que, por demás, se encuentra consagrado en la legislación y en la jurisprudencia universales.

Aplicación de la ley nueva sobre estado civil de las personas y concretamente sobre filiación

Y no puede alegarse que se tenga derecho adquirido a que un estado civil no se declare o establezca. Los textos citados dicen —lo que es muy distinto—, que si el estado civil se constituyó bajo el imperio de una ley, no desaparece a pesar de que ésta deje de regir. Porque entonces ese estado civil constituye una situación jurídica concreta cuyos efectos se han producido plenamente y forman parte del patrimonio jurídico y moral de la persona. Mas cuando el estado civil existe pero hace falta únicamente la prueba que lo relieve o la sentencia que lo declare, la ley nueva que establece un medio de demostrarlo antes no permitido, no crea ese estado civil originado en el hecho o acto jurídicos que lo determinan; simplemente proporciona la manera de ponerlo en evidencia. Y mucho menos puede decirse que en tal caso la ley nueva vulnere derechos adquiridos

a que ese estado civil permanezca fuera del derecho.

Igualmente, los derechos y obligaciones anexos al estado civil pueden ser mejorados o disminuidos o modificados por la ley nueva, sin que sea dable alegar su inalterabilidad. Si bien es cierto que el estado civil constituye una situación jurídica adquirida, en cambio tales derechos y obligaciones únicamente representan derechos adquiridos cuando se han traducido en actos válidamente consumados bajo el imperio de la ley vigente. Frente al futuro tienen el carácter de simples expectativas.

Ya se ha concluido que las doctrinas sobre retroactividad de la ley y derechos adquiridos o situaciones jurídicas concretas y abstractas, no sirven para establecer que la ley 45 no se aplique a los hijos nacidos antes de ella. De lo único que se trata es del problema de la aplicación a hechos anteriores de medios nuevos de prueba consagrados en la ley. El problema de la aplicación de la nueva ley de pruebas es concreto y está estudiado en forma clara por los expositores modernos de derecho procesal y de ciencia probatoria que más adelante se citan. Todos ellos concluyen diciendo que los medios nuevos de prueba tienen aplicación para demostrar hechos sucedidos con anterioridad, sin que nadie pueda alegar en contra derechos adquiridos.

Pero es fundamental el estudio que sobre esta materia y concretamente en el terreno de la filiación y del establecimiento de acciones nuevas o de la prohibición de ejercer acciones antes admitidas, trae el Profesor Pascuale Fiore, de la Universidad de Nápoles, cuya obra se publicó en el año de 1927, o sea apenas un año antes de la obra de Roubier, con el título "De la irretroactividad e interpretación de las leyes".

En el capítulo sobre "Paternidad y filiación natural" (páginas 146 y ss.) empieza el Profesor Fiore por advertir que "la relación entre el padre natural y la prole" produce efectos jurídicos solamente cuando la procreación es declarada por reconocimiento espontáneo o mediante sentencia judicial. Por tanto, como antes de ser declarada no se han producido los efectos jurídicos de la filiación, no se tiene ninguna situación jurídica establecida ni concreta, sino simplemente abstracta. Así, pues, al decir de Roubier y Teste la nueva ley regiría tal situación en forma absoluta y soberana.

Conforme a Fiore, la ley vigente en el momento de que fuere establecido el estado (por tanto

en el momento de hacerse el reconocimiento o de proferirse la sentencia que declara la paternidad) es la aplicable para determinar las condiciones legales en que puede tenerse por constituido dicho estado y los actos idóneos para constituirlo. Es decir, que rige la ley nueva en cuanto establece los medios para reconocer o investigar la paternidad y los casos en que tal declaración judicial puede hacerse. Mayor claridad para el caso en estudio no puede encontrarse. En efecto, dice Fiore:

"También deben decidirse por la ley vigente en la época en que fuere establecido dicho estado, **todas las cuestiones que se susciten acerca de las condiciones legales bajo las cuales puede o no tenerse por constituido el estado de hijo natural**, y acerca de los actos idóneos para constituir el reconocimiento espontáneo y sobre la condición de la prole que pueda o no ser reconocida" (página 147).

Y a continuación dice que si el reconocimiento no estuviere hecho al tiempo de iniciarse la vigencia de la nueva ley, entonces se sujeta a los modos y forma en ésta establecidos. Luego el mismo criterio rige, conforme al párrafo transcrito, para el caso de que la investigación judicial no se hubiere hecho antes de la vigencia de la nueva ley; se somete a sus disposiciones.

Más adelante dice Fiore que el hijo no tiene derecho adquirido a que se investigue su paternidad frente a la ley nueva que lo prohíbe; luego con mayor razón no puede el padre alegar derecho adquirido a que no se investigue su paternidad frente a la nueva ley que sí lo permite. Esto es elemental (págs. 153-124). Porque en el primer caso todavía podría alegarse que la ley permisiva otorgaba el derecho a establecer la filiación, que únicamente faltaba iniciar el juicio, y que ese derecho se tenía desde el momento de nacer. En cambio la situación del padre frente a la ley prohibitiva es de simple eventualidad; él está a cubierto de acción judicial mientras la ley no la consagre, mas nadie tiene el derecho a ocultar la verdad, o como dice el Profesor Ricci: "nadie adquiere derecho para hacer triunfar la mentira sobre la verdad y la buena fe". Y se trata simplemente de poder o no aducir la prueba judicialmente, porque la filiación existe desde antes de que la sentencia la declare. De no ser así el fallo tendría carácter constitutivo del estado civil, cosa que ninguno de los expositores de derecho civil y procesal admite.

Insiste mucho el profesor Fiore acerca de que

el hijo es quien tiene el derecho de justificar su filiación conforme a los medios de prueba existentes cuando surgieron las relaciones de paternidad, y que si una ley nueva suprime esos medios de prueba, no puede perjudicarlo. Pero en ninguna parte dice que el padre pueda tener derecho a que no se pruebe su paternidad sino por los medios anteriores. En el caso nuestro no se trata siquiera de este problema, porque la verdad es que antes de la Ley 45 no existía ningún medio de prueba para establecer judicialmente la paternidad; únicamente se admitía el reconocimiento voluntario, que es cuestión totalmente distinta. (Págs. 147 y 151, nota).

No se trata, pues, de que se hubiera cambiado el sistema probatorio en juicios de investigación. Lo que ocurre es que antes era inadmisibles la acción y ahora es permitida; con anterioridad a la Ley 45 no había sistema probatorio judicial, relativo a la filiación natural. Y, como advierte Fiore, en esta materia "La razón es siempre la misma, la de que para decidir de la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción, hay que estar a lo que disponga la ley que esté en vigor en el momento en que quiera ejercitarse" (pág. 159). Nosotros estamos frente a un problema de éstos, y no el de una variación de medios de prueba judicial, pues la citación a declarar bajo juramento de que trataba la antigua ley, es algo especialísimo que no significa investigación.

Pero si se considera que estamos ante una variación de medios de prueba de la filiación, ella consistiría en que antes sólo se probaba por reconocimiento y ahora, además, por sentencia judicial. Y se vuelve entonces a concluir que se trata de la admisibilidad de la acción antes no permitida.

Y aún si por vía de hipótesis se parte de la base de que se pretende aplicar medios nuevos de prueba a filiaciones anteriores, se llega a la misma conclusión: los medios nuevos siempre sirven para probar los hechos anteriores y establecer la filiación de hijos nacidos antes de la ley; sin olvidar que si se suprimen medios antes permitidos, éstos continúan válidos para esos hijos. Así lo dice clara y expresamente Fiore (págs. 157 y 151 a 152).

La jurisprudencia italiana también se pronunció en el sentido de que las nuevas leyes sobre prueba de la filiación natural, "no surten efecto en perjuicio de los hijos nacidos o concebidos antes de la promulgación del Código Civil, a los cuales les serán permitidas sin restricción algu-

na las investigaciones sobre la paternidad o la maternidad". (Tribunal de Milán, cita de Fiore, pág. 151). Y la misma doctrina sostuvo el Tribunal de Casación de Turín (Fiore, pág. 152).

Como se ve el problema no existe sino cuando la nueva ley perjudica a los hijos, porque se puede tener el derecho adquirido a un medio de prueba, pero jamás a que no se pruebe sino por ciertos medios.

Y es que: "El ejercicio de la acción no viene a constituir un derecho perfecto más que cuando fuere ejercitada ya", como advierte el mismo Fiore (pág. 155 infra). De consiguiente, antes apenas se tiene una expectativa (tanto para el hijo como para el padre), o, como diría Roubier, una situación jurídica no establecida, que la nueva ley regirá totalmente. Y la acción es en sí, al decir de Fiore, una institución jurídica que se rige por la ley vigente en el momento de iniciarla; de modo que cuando se trata de que antes existía prohibición, la ley permisiva tiene plena aplicación. Esa aplicación sería totalmente nugatoria si no rigiera los medios de prueba allí establecidos y que, claro está, antes no existían.

Desde otro punto de vista, el ejercicio de la acción judicial y la utilización de los medios idóneos para establecer la filiación, son derechos que emanan del estado civil de hijo no legítimo, o si se quiere decir, de hijo ilegítimo. Y los autores están de acuerdo en que los derechos del estado civil, o, como dice Roubier, los efectos de las situaciones jurídicas, cuando tienen ocurrencia en el futuro, durante la vigencia de la ley nueva, se rigen siempre por ésta.

Fiore dice al respecto: "Hemos dicho ya que el estado de las personas puede ser un derecho adquirido, pero que no sucede lo mismo respecto de los derechos que son consecuencia del estado personal. Por eso, en cuanto a éstos, y excepción hecha de los derechos perfectos adquiridos inmediatamente con el estado mismo, debe establecerse como regla la autoridad absoluta de la ley nueva y admitirse como principio general, que, a falta de una disposición en contrario, los efectos civiles del estado de familia que provengan de las relaciones entre los miembros de la misma, y los derechos y deberes que de dicho estado se derivan han de quedar sujetos siempre a las modificaciones que en cualquier sentido se hagan por las leyes posteriores, aun cuando hubiese sido adquirido bajo el imperio de leyes anteriores el estado personal a que se refieren" (pág. 172).

Mayor claridad para el caso actual no puede

darse. Pero todavía agrega Fiore: "La razón de la regla citada se encuentra en el principio expuesto antes de ahora de que realmente no constituye un derecho adquirido lo relativo a la capacidad para obrar y a la facultad para ejercitar los derechos en los límites de la capacidad misma concedida por la ley, **por lo que ninguno puede pretender que continúe el estado de cosas anterior, respecto del mismo, como si fuese un derecho adquirido**" (172 infra, 173 supra).

De modo que el padre no puede pretender que tiene derecho adquirido a que la situación anterior continúe igual, en cuanto a que no se permita al hijo ejercitar el derecho a probarle judicialmente su filiación, por los medios establecidos en la nueva ley.

Si ante la ley nueva, como advierte Fiore, que modifica los derechos propios de la patria potestad, el padre no puede alegar derechos adquiridos, con mayor razón no puede hacerlo para impedir que el hijo pruebe su filiación por los medios nuevos establecidos en la ley. No se puede hablar seriamente de que exista ese derecho a que el hijo no pruebe su filiación. Todos los derechos que competen al padre como tal, se rigen siempre por la ley nueva (pág. 184).

Muy importante es el siguiente párrafo de Fiore: "La organización de la familia se rige por la ley vigente, y por eso todas las que conceden, quitan o modifican los poderes pertenecientes al padre sobre sus hijos, y los derechos eventuales que de ellos se derivan, **así como las que modifican la capacidad de los hijos**, sometidos a la potestad paterna o a la tutelar, deben ser inmediatamente aplicadas, a partir de su publicación, a todas las personas, aún a aquellas cuyos derechos y relaciones jurídicas se rigieran antes por disposiciones legales que estableciesen lo contrario". Y continúa: "Como tenemos dicho ya con repetición, **no puede constituir para los unos ni para los otros un derecho adquirido la continuación del estado anterior de cosas en cuanto a la organización o régimen de las familias**, y en su virtud, sin ser por ello retroactiva, la ley nueva sujeta a su autoridad en adelante tales relaciones jurídicas" (pág. 190).

Esto lo dice Fiore aún para los verdaderos derechos del padre sobre los hijos, luego con infinita mayor razón se aplica para algo tan deletable como la pretensión de que no se pruebe su paternidad por los medios que la ley nueva consagra.

Según Pierre Teste, las leyes nuevas rigen los

efectos futuros de las situaciones jurídicas ya establecidas; por tanto, la investigación, se prueba, los derechos herenciales, alimentarios, etc., iniciados o alegados después de la vigencia de la ley nueva, se rigen por ésta **aun cuando** se trate de situaciones de estado civil existentes y constituidas con anterioridad a ella. Con mayor razón si no se trata de situaciones ya constituidas. Los efectos posteriores a la nueva ley, de un matrimonio o de una filiación, se rigen por ella; v. gr. administración de bienes, acción de divorcio, acción de investigación, etc.

Para Teste el hijo legítimo ni siquiera tiene derecho adquirido a que se mantengan los derechos de sucesión vigentes al tiempo de nacer o cualquiera otro de los asignados por la ley que rija entonces.

Y en forma contundente para el caso agrega Teste: "Mientras no sea definitiva la constitución del derecho, la ley nueva, que tenga por objeto modificar las condiciones de forma o de fondo o suprimir el derecho de una manera radical, se aplicará inmediatamente. **La ley nueva que autorice la creación de un derecho, la constitución de una situación jurídica cualquiera, antes prohibida, podrá ser invocada por todo el mundo sin violar el principio de la irretroactividad, puesto que ella sucede a la nada**". (Cita E. Zuleta Angel, "Derechos Adquiridos", pág. 95).

El último párrafo de Teste es de una pertinencia absoluta al caso en estudio. El hijo ilegítimo no podía constituir su estado civil o su situación jurídica de hijo natural, porque la ley anterior le prohibía la investigación judicial de la paternidad. La nueva Ley 45 vino a autorizar la creación de la prueba consistente en la sentencia judicial, a permitir la constitución de la situación jurídica de hijo natural mediante ese nuevo sistema y a abolir la prohibición imperante. Luego, conforme a Teste, la nueva ley puede ser invocada por todos los hijos naturales, sin que nadie alegue irretroactividad, porque ella sucede a nada en materia de filiación paterna declarada judicialmente.

También la autoridad de Beudant sirve para aceptar la aplicación del artículo 4º de la Ley a los hijos nacidos antes de ella. En efecto, este autor dice:

"Por tanto las consecuencias de un hecho ejecutado bajo una ley caerán bajo el imperio de la nueva, aunque se relacionen a un hecho anterior, cuando ellas no aparezcan sino como un resultado posible e indirecto, comoquiera que no constituye entonces sino una expectativa y no un de-

recho adquirido" (cita de Eduardo Zuleta Angel, "Derechos Adquiridos", pág. 64).

Es decir, conforme a Beudant, cuando los efectos o consecuencias de un hecho ejecutado antes no aparezcan sino como un resultado posible e indirecto, se rigen por la ley nueva. Y precisamente, los efectos de los actos que contempla el artículo 4º de la Ley 45, ejecutados antes, eran simples resultados posibles que entonces no llevaban prueba de la paternidad, pero que tampoco constituían ningún derecho adquirido. Las consecuencias herenciales, alimentarias, etc., de tales hechos, eran simplemente posibles ya que a ellas se aplica la ley vigente a tiempo de la muerte o de pedir los alimentos. No eran consecuencias definitivas. Por eso nada impide que la nueva ley regule cuáles deben ser esas consecuencias desde el punto de vista probatorio y cuáles los derechos que a los hijos se les reconoce una vez declarada su filiación. Como advierte Beudant, mientras no se oponga un verdadero derecho adquirido a la nueva ley, ésta regula soberanamente la materia. Y por ninguna parte aparece el derecho adquirido del padre para que su paternidad no se demuestre con medios de prueba no admitidos por la ley anterior. Luego, siguiendo el pensamiento de Beudant, la nueva ley rige soberanamente para todo lo relacionado con la prueba en cuanto a medios nuevos se refiere.

Y en forma nítida aparece que tal es el concepto de Beudant, para el caso concreto de los hijos naturales y de los medios de prueba en la investigación judicial, al estudiar los efectos de la ley francesa de 1912. Porque el criterio del expositor se debe buscar en el contexto de su exposición y no en frases aisladas. Y Beudant afirma que la ley de 1912 se aplica totalmente a los hijos nacidos antes de ella, e incluso para los efectos herenciales completos. Por eso acepta Beudant que se aplique la nueva ley a los hijos nacidos antes de su vigencia, sin la menor vacilación.

Y lo mismo puede decirse de la casi totalidad de los autores franceses modernos, y de la jurisprudencia francesa, como luego se verá.

La situación del hijo ilegítimo antes de la Ley 45 de 1936

Ni cabe alegar que como antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 el estado civil de estos hijos era el de hijos ilegítimos, esta ley no puede abo-

lir o dejar insubsistente el estado adquirido con anterioridad a su expedición. El argumento parte de una base totalmente falsa, cual es la suposición de que había adquirido el estado civil de hijo ilegítimo. Se trata, precisamente, de todo lo contrario. El hijo ilegítimo era aquel cuyo estado civil no se hallaba establecido por el aspecto de su filiación paterna y no tenía, por tanto, derecho adquirido en relación a ella. La tesis del recurrente equivale a sostener que tenía el derecho adquirido a no adquirir ninguna filiación paterna. Y lo absurdo de tal conclusión excluye todo comentario.

Por eso la jurisprudencia nacional no ha puesto en duda jamás el derecho que asiste a quienes nacieron antes de la Ley 45 de 1936 a instaurar la acción para investigar la paternidad natural. Solamente durante algunos años se discutió si había necesidad de enderezarla contra el mismo padre y durante la vida de éste, o si podía promoverse después de su muerte.

Se alega que el fallo de la Corte de 9 de noviembre de 1943 rechaza la aplicación de las normas de dicha ley a los hijos nacidos antes de su vigencia. Pero no es ése, en absoluto, su alcance, como se deduce de un análisis somero de él. (G. J. número 2001-5, Tomo LVI, págs. 272-3).

El caso estudiado por la Corte en aquella sentencia contemplaba inequívoca y especialmente, un reconocimiento voluntario realizado con anterioridad a la ley, sin las solemnidades prescritas por el derecho vigente cuando el reconocimiento se produjo y que, sin embargo, el demandante alegaba como fundamento del estado civil que pretendía para conferirle a una persona la calidad de hijo natural como si hubiera sido voluntariamente reconocida por acto de su padre en las hipótesis previstas por los artículos 368 del C. C. y 56 de la Ley 153 de 1887.

La Corte no solamente limitó el estudio a la cuestión fundamental que se le sometía, sino que interpretó correctamente el contenido y alcance del acta que servía al demandante de respaldo a su intención. Y comparando esa acta con lo contemplado por el artículo 2º de la Ley 45 de 1936, en cuanto se refiere al reconocimiento de hijos naturales por manifestación expresa y directa hecha ante el Juez, aunque el reconocimiento no hubiera sido el único y principal objeto del acta que lo contenía, encontró que la referida acta, fundamento de las pretensiones del actor, no contenía en manera alguna esa manifestación expresa y directa de que trata la ley.

Si la Corte hubiera procedido bajo la influencia del criterio absoluto de que a la Ley 45 de 1936 no se le podía admitir ningún efecto retroactivo, ciertamente no habría entrado a fijar su atención en la circunstancia de si el acto de 25 de julio de 1932, contenía o no contenía un reconocimiento de hijo natural por parte de su padre, o de la persona a quien se tenía por tal, quien había sido citado para practicar la diligencia en el juzgado de menores de Bucaramanga.

Corroboración esta apreciación, acerca del alcance de la doctrina de la Corte, expresada en aquel fallo, la redacción misma de su pensamiento cuando declaró:

“...ese acto ineficaz para constituir en ese entonces un estado civil no puede hoy revalidarse o reconocerse eficaz para tal efecto, sino en tanto que el legislador de manera expresa, en ley posterior, le haya reconocido la virtud de constituir un estado civil y servir al mismo tiempo de prueba de él, cosa que la Ley 45 de 1936 no ha hecho”.

Todo el raciocinio de la Corte se endereza a demostrar que cuando el estado civil de hijo natural se pretende constituido mediante la expresión de una voluntad inequívoca, declarada solemnemente por el padre, se está en presencia de un medio que excluye, lo mismo que la confesión judicial de una deuda, la necesidad de declarar la sentencia. Es decir, que se trata de aplicar el principio **confesus in iure indicato habetur**. Cuando el estado civil lo mismo que una deuda, se discute, puede ocurrir que la confesión del demandado haga inútil la tramitación del juicio para que en la sentencia con que aquél culmina se proclame el hecho que engendra la obligación, o aquél que sirve de base para constituir el estado. Claro está que lo dicho es en vía de especulación teórica porque, según principio universal de derecho, el estado civil de las personas no puede establecerse mediante la prueba de confesión, como tampoco se puede transigir acerca de él.

Precisando ahora más el análisis importa distinguir, con base en la doctrina de la Corte que se viene comentando, entre el estado civil de hijo natural constituido por acto jurídico, y el mismo estado civil constituido por acto judicial.

Antes de 1936, o sea de que entrara en vigencia la Ley 45 de aquel año, el estado civil de hijo natural no podía constituirse sino por medio de acto jurídico solemne en que el presunto padre

reconocía en instrumento escrito, y siempre que éste reuniera la característica esencial de haber sido concebido por una persona soltera o viuda. Dentro de los requisitos y organización del estado civil de hijo natural, la ley anterior a 1936 no admitía ni la posibilidad de que el hijo hubiera sido concebido por padre casado, fuera de matrimonio, y menos aún permitía una controversia judicial para que el fallo declarara ese estado civil.

Cuando la Ley 45 de 1936 entró a regir, las condiciones para adquirir el estado civil de hijo natural variaron, así como también se aplicó el medio probatorio de su constitución, y se admitió finalmente que hubiera controversias e investigación judicial de la paternidad.

Diferenciando por ahora el estado civil de hijo natural que se constituye y prueba por medio de acto jurídico, y el que se constituye y prueba mediante declaración judicial de la paternidad, en la sentencia del 9 de noviembre de 1943 la Corte no afirmó ni mucho menos sentó la doctrina de que no se podía por aplicación inmediata de la Ley 45 de 1936, provocar una declaración judicial de la paternidad mediante la prueba de hechos anteriores a la misma ley. En esta parte el fallo comentado dijo literalmente:

“Puede decirse que esa acta dé fundamento para una declaración judicial de paternidad, con apoyo en el numeral 3º del artículo 4º de la citada Ley 45, pero en el caso de autos, por una interpretación dada por el Tribunal a la demanda, que subsiste en casación, la acción no es sobre declaración judicial de la paternidad natural”.

En presencia de este concepto sería imposible afirmar que la Corte hubiera rechazado la posibilidad del juicio sobre filiación natural, basado en un acta producida mucho antes de que la Ley 45 de 1936 se dictara.

Es verdad que la Corte no admitió en esa sentencia la hipótesis de la viabilidad de la acción, pero no porque considerara irretroactiva la Ley 45 de 1936, sino porque en aquella época ya estaba admitida la doctrina según la cual la acción para declarar la paternidad natural era imposible después de la muerte del padre. Basta leer la parte final del párrafo empezado a transcribir, para comprobar:

“...pero si lo fuere, tampoco podría prosperar, porque ya se ha asentado, como verdad jurídica y axiomática, por esta Superioridad en muchos

fallos, que la acción para el reconocimiento del estado civil de un hijo natural no puede instaurarse sino en vida del padre, circunstancia que no acaece en el caso de Victoria...”.

En cambio, los derechos herenciales o alimentarios y demás que se puedan originar del estado civil del hijo natural, y las obligaciones correlativas del padre, se rigen por la nueva ley mientras no se trate de actos válidamente celebrados, es decir, de efectos ya producidos o consumados bajo el imperio de la ley anterior. Por ejemplo, el usufructo del padre sobre los bienes del hijo puede suprimirse en una nueva ley pero los beneficios recibidos durante la vigencia de la ley anterior permanecen intactos; el derecho del marido a administrar y disponer de los bienes de la mujer puede ser eliminado por una nueva ley, como sucedió entre nosotros con la Ley 28 de 1932, pero los actos y contratos celebrados anteriormente conservan su validez; la participación herencial de los parientes puede aumentarla o disminuirla la ley nueva, pero las sucesiones en curso o las simples herencias deferidas antes de su vigencia se rigen por la ley antigua, etc., etc.

La Ley 45 no cambió el estado civil

La Ley 45 de 1936, como se deduce de lo expuesto hasta aquí, no vino a cambiar el estado civil de los hijos antes ilegítimos, sino a darles el instrumento legal para que pudieran establecer su verdadero estado civil, y a regular en forma distinta los efectos, los derechos y obligaciones que de tal estado deben deducirse, tal como lo preceptúan los artículos 19 y 20 de la Ley 153 de 1887. Al hacerlo así no pudo violar ningún derecho adquirido por los presuntos padres y muchísimo menos por los mismos hijos.

Es cierto que la Ley 45 no expresó que las causas señaladas en su artículo 4º servían para modificar estados civiles ya vigentes por consecuencia de la legislación anterior. Pero, en primer término, ningún estado civil constituido se modifica cuando el hijo obtiene la declaración judicial o el reconocimiento voluntario de su filiación natural, como se dejó expuesto; y, en segundo lugar, precisamente debido a que la Ley 45 no limitó la aplicación de sus normas a los hijos nacidos con posterioridad a ella, para el efecto de investigar y declarar o reconocer su filiación, es imperativo concluir que se aplican tanto a éstos como a los nacidos antes de su vigencia. Es obvio, pues se trata de probar la fi-

liación y no de crearla, desde luego que ella tiene origen en el hecho de la concepción.

La conclusión expuesta aparece en forma nítida del contexto de la misma ley. En efecto, para que los hijos naturales concebidos con anterioridad a su vigencia no tuvieran derechos herenciales en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a dicha ley, fue necesario decirlo expresamente en el artículo 28 de la misma. Esto significa que el legislador tuvo en cuenta el principio universal de derecho que le dá efectos generales inmediatos a las leyes que establecen derechos y obligaciones anexos al estado civil de las personas, y el no, menos importante que regula la sucesión por la ley vigente en el momento de producirse la delación de la herencia, o sea el de la muerte del causante. Hubo necesidad de consagrar una excepción a dichos principios para excluir del beneficio de la ley, pero solamente en el aspecto herencial en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a ella, a los hijos naturales concebidos antes de su vigencia. Pero ni siquiera en tal caso la ley los imposibilitó para obtener la declaración de filiación o el goce de los demás derechos reconocidos por ella.

Y si, con la única excepción mencionada, ninguna razón existe para que el hijo natural concebido antes de la ley quede excluido de sus beneficios, mal puede afirmarse que le estén vedados los medios nuevos de prueba admisibles conforme al artículo 4º de la ley. Porque solamente cuando la prueba se requiere como una solemnidad esencial al acto (tal como la escritura pública en la compraventa de inmuebles) no es dable demostrar su ejecución válida por medios distintos que una nueva ley establezca. Pero cuando se trata de simples formalidades **ad probationem** rige siempre la ley vigente en el momento de la calificación de la prueba en el juicio, como lo enseñan todos los autores de derecho procesal.

No se trata de solemnidades "ad substantiam actus"

Y no vale decir que la Ley 45 de 1936 estableció en su artículo 2º formalidades **ad substantiam actus**, que no pueden regir sino para los actos acaecidos con posterioridad a su vigencia, y que los anteriores quedaron definitivamente sujetos a la solemnidad consagrada en la ley vigente entonces. El argumento carece de valor porque, en

primer lugar, antes de la Ley 45 de 1936 no existía ninguna solemnidad para la declaración de paternidad natural, y, en segundo término, porque la solemnidad en este caso consiste en la sentencia pronunciada en juicio controvertido por los trámites ordinarios. El art. 4º de la Ley 45, apenas estatuye los medios de prueba conducentes para llevar al juez la convicción de que debe hacer la declaración de paternidad natural impetrada de conformidad con lo dispuesto en dicha ley.

Puede alegarse que cuando la ley nueva modifica las formas sustanciales a la conformación jurídica de un acto, no tiene aplicación respecto a los ejecutados antes de su vigencia.

Pero esta opinión sobre la diferencia entre formalidades **ad solemnitatem** y **ad probationem**, parte de una base falsa: la confusión entre reconocimiento voluntario e investigación judicial.

Razonamientos como el que acaba de exponerse tienen pertinencia para concluir que los reconocimientos voluntarios hechos por el padre presunto sin las formalidades que la anterior legislación requería para que tuvieran valor pleno de prueba de filiación (escritura pública, firma del octavo testamento), no tienen valor mientras no se sujeten a la norma vigente cuando se realizaron. Así ocurre con las manifestaciones hechas ante el juez, incluso previa citación y bajo juramento, porque apenas tenían esas confesiones un valor alimentario.

Pero cosa totalmente distinta es la investigación judicial, que la ley anterior desconocía. Si la hubiera consagrado, los medios de prueba tendrían entonces plena validez conforme a la opinión de Fiore, Chiovenda, Carnelutti, Rocco y Rocha, como más adelante se explicará. Porque se trataría de medios nuevos para llevar la certeza del hecho, simplemente.

La legislación nueva partió de cero, de la nada, en esta materia. Y por ende, como textualmente lo dice Fiore en cita hecha atrás, nadie puede alegar derechos adquiridos contra ella. La legislación anterior permitía probar la filiación, por el reconocimiento voluntario; la nueva incluye, además, la investigación judicial.

No se trata de formalidades "para la conformación jurídica del acto"; y no se trata de ello, porque la generación, que no es un contrato ni un acto jurídico siquiera sino un hecho (téngase en cuenta que quien engendra puede no tener la intención de producir esa vida nueva), no se conforma o nace o se constituye con el recono-

cimiento ni con la sentencia. Estos son medios de probarlo.

Y para aceptar como indudable esta conclusión, basta ver que la Ley 45 en su artículo 4º, no dijo que "era hijos naturales quienes estuviesen en esos casos", sino que podían declararse la paternidad natural si se probaba uno de esos casos. Es decir, la ley está reconociendo, en forma inequívoca, que filiación y paternidad existen ya y que solamente se trata de probarlas.

Lo contrario equivale a confundir el acto o hecho jurídico, con su prueba, a confundir el contrato con el instrumento en que se consigna, o el hecho ilícito o culposo con los medios aducidos para establecerlo. Y ni siquiera cuando se trata de una solemnidad sustancial, como la escritura pública, cabe confundir el contrato con el instrumento. En innumerables sentencias lo ha dicho así la Corte.

La declaración judicial es muy distinta al reconocimiento voluntario

A nadie escapa que la declaración judicial de paternidad es algo no solamente distinto sino opuesto al reconocimiento voluntario, ya que aquélla tiene lugar cuando el padre no ha querido ejecutar el acto libre que éste implica. Son dos medios diferentes de prueba de la filiación natural o del estado civil: el uno emana de la voluntad del padre y tiene pleno valor sin necesidad de llevarlo a juicio; el otro, por el contrario, se produce contra la voluntad del padre o de sus representantes herederos, mediante juicio controvertido. El reconocimiento no puede otorgarlo sino el padre, jamás sus herederos, porque es un acto dependiente en forma exclusiva de la voluntad del progenitor y la facultad de realizarlo deviene intransferible; la declaración judicial debe surgir siempre que se lleve al juez el pleno convencimiento provocado mediante alguno de los medios de prueba admitidos por la ley, y ella excluye toda idea de espontaneidad, de acto voluntario de las partes.

De manera que nada importa el hecho de que la legislación anterior a 1936 solamente permitiera, para acreditar la filiación del hijo natural, el reconocimiento voluntario del padre hecho por testamento, por escritura pública o firmando el acta de registro del nacimiento. La Ley 45 acogió estos medios de reconocimiento voluntario y añadió otro consistente en la manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el

reconocimiento no sea el objeto único y principal del acto que lo contiene.

Puede decirse entonces que la Ley 45 de 1936 estableció nuevas solemnidades para el acto del reconocimiento de hijos naturales, y que por tanto las manifestaciones hechas ante juez con anterioridad a su vigencia, no constituyen reconocimientos formales que por sí solos otorguen la calidad de hijo natural. En este aspecto sí cabe alegar el principio de que las formalidades **ad solemnitatem** se rigen por la ley vigente al tiempo de la ejecución del acto.

Pero cosa totalmente distinta ocurre con los medios de prueba para obtener la declaración judicial de paternidad. Para pronunciar la sentencia el juez necesita adquirir el convencimiento de tal paternidad, limitándose al examen de las pruebas que la ley taxativamente señala como idóneas. La sentencia es la expresión de la conclusión a que el juez llega por el análisis de las pruebas conducentes de acuerdo con la limitación legal. Mas es inadmisibles sostener que la solemnidad consiste en esas pruebas y no en el juicio, con su sentencia favorable. Los casos del artículo 4º son entonces simples medios **ad probationem**. De ahí que aun cuando se reúnan pruebas que en forma inequívoca demuestren una o varias de las causales del artículo 4º, no por eso el hijo tiene establecida su filiación. Con fundamento en ellas no le sería posible hacerse reconocer como tal en el juicio de sucesión de su presunto padre, por ejemplo; para que esa filiación quedara establecida sería menester llevar tales pruebas a un juicio y obtener mediante ellas la sentencia declarativa favorable.

Nada tienen que ver, por lo tanto, los medios de prueba admisibles en el juicio de investigación, con los medios legales anteriores al año de 1936 para el reconocimiento voluntario de la paternidad natural. Se trata de dos figuras jurídicas que conducen al mismo resultado: establecer la filiación. Pero que son de naturaleza distinta y aún opuesta. En realidad de verdad en la legislación anterior a la Ley 45 no existía ningún medio de prueba para declarar judicialmente la paternidad. En consecuencia, no se trata de que la mencionada ley haya traído nuevos medios de prueba para estos efectos, sino de que por primera vez se admitió como modo de establecer la paternidad natural, el juicio ordinario seguido contra el padre en vida de éste o contra los interesados en controvertir la acción después de su muerte.

Las limitaciones relativas a los modos de reconocimiento voluntario existentes antes de la Ley 45, como se deduce claramente de lo expuesto, no tienen absolutamente nada que ver con los medios de prueba para obtener sentencia favorable en juicio de investigación: Por eso, si bien las manifestaciones ante juez de ser el padre, anteriores a la vigencia de la Ley 45, no constituyen reconocimiento porque tienen actualmente el valor de actos solemnes que la legislación anterior no permitía ejecutar en esa forma, no hay ningún inconveniente para admitir tales hechos como pruebas dentro de un juicio de investigación, al efecto de demostrar una de las causales consagradas en el artículo 4º de la Ley.

La sentencia es declarativa

Las razones en que se sustenta la tesis contraria conducen a darle a la sentencia un carácter constitutivo del estado civil, que peca contra elementales principios jurídicos y está en contradicción con la doctrina universal y la jurisprudencia de esta Corte.

La sentencia, como el reconocimiento voluntario, no hacen sino declarar esa filiación u otorgar la prueba de ella. En el tratado de Derecho Civil Francés de Beudant (Tomo tercero, número 935), se lee: "En sí misma, la filiación no es sino el hecho fisiológico de la generación; de este hecho resulta la relación que une al hijo con sus autores". El estado civil, pues encuentra su origen en el hecho generador. Otra cosa es que por falta de prueba en ciertos casos no pueda hacerse valer; mas una vez demostrado por los medios legales vigentes en el momento de su alegación, todos los efectos jurídicos de aquél se producen. Por eso Alessandri Rodríguez dice que "subsistiendo los hechos generadores, el estado civil subsiste". (Tomo I, pág. 231).

Y en Beudant se encuentra el siguiente concepto: "El juicio que estatuye sobre la acción de investigación de la paternidad tiene un carácter puramente declarativo: él no hace sino constatar una situación anterior. Por tanto, es esta situación misma la que desde que está de por sí legalmente establecida puede producir sus efectos normales". (T. 3º, número 1189). Uno de esos efectos consiste en recibir la participación de la herencia y los alimentos a que dá derecho la ley vigente al tiempo de la delación de aquélla o de la petición de éstos.

Por eso en Francia, mediante jurisprudencia uniforme, se les dio participación herencial a los hijos naturales, nacidos antes de la ley de 1912 que autorizó la investigación de su filiación por vía judicial, aún en las sucesiones abiertas antes de su vigencia. Y sabido es que nuestra Ley 45 de 1936 se basó en la ley francesa y contiene disposiciones casi idénticas en cuanto a investigación y causales para la declaración judicial. La única diferencia fundamental entre esos estatutos, es que la ley colombiana no establece plazos para el ejercicio de la acción y aquélla sí los consagra.

El artículo 4º de la citada Ley 45 de 1936 determinó los cinco únicos casos en que la paternidad natural puede declararse, sin darle el alcance de presunciones legales. La ley prohíbe que se haga tal declaración por causas distintas. Pero una vez probada una de ellas en forma que el Juez la encuentre convincente, los efectos de la filiación así establecida son los generales que consagra dicho estatuto sin que importe cuándo ocurrió el nacimiento; con la única salvedad anotada, que priva de vocación hereditaria en la sucesión de sus padres a los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la ley, en concurrencia con legítimos de matrimonios anteriores a ella. Es lo mismo que sucede cuando a una sucesión abierta se presenta otro heredero de igual o mejor derecho, hasta entonces desconocido o sin prueba de su calidad de tal. De esta manera ha sido aplicada siempre por la jurisprudencia francesa la ley de 1912.

Filiación, generación y prueba

Podría alegarse que la filiación y el estado civil, no son efectos exclusivos del hecho mismo de la generación y que la causa de la una y del otro es, como dice Demolombe, el reconocimiento practicado o el fallo expedido.

Mas la afirmación de Demolombe, sobre el valor constitutivo de la sentencia y del reconocimiento, resulta contraria a la doctrina que desde hace más de un siglo enseñan los autores de procedimiento y de derecho civil. Si la causa de la filiación es el fallo proferido, entonces éste constituye la filiación. Y Carnelutti, Chiovenda, Rocco, Conture, Calamandrei, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, Josserand, etc., dicen todo lo contrario. Las sentencias simplemente declaran la filiación (y en general son declarativas y no

constitutivas de derecho). Y lo mismo el reconocimiento.

Siendo, como es, declarativa la sentencia, resulta forzoso admitir que la filiación está constituida por hechos distintos. Pero esos hechos no son las pruebas, como es obvio, porque se cae en la confusión del acto con su prueba, ya analizada; el hecho es, pues, la generación. De lo contrario habría que admitir que lo que constituye la filiación es uno de esos medios de prueba y no el haber sido efectivamente engendrado el hijo por el padre. Y entonces no habría impugnar un reconocimiento demostrando, por ejemplo, que no pudo haber sido ese el padre del reconocido. Cosa a todas luces absurda.

Claro está que para que cualquier acto o hecho jurídico pueda producir efectos jurídicos, originar derechos y obligaciones, se necesita que la ley le dé tal valor. Pero eso no quiere decir que sea la ley la fuente de esas obligaciones y derechos, pues se llegaría a la teoría, rechazada hace muchas centurias, de que la ley es la única fuente de las obligaciones, y no el contrato, los hechos ilícitos o culposos, el enriquecimiento sin causa y la ley.

Decir que la filiación la constituye el reconocimiento o la confesión o los escritos y demás medios llevados al juicio, y no la generación misma, es como decir que la causa jurídica de la obligación de indemnizar y del derecho correlativo, es la confesión o escrito donde aparezca que se es autor del hecho culposo o doloso, y no este mismo hecho.

Y si eso es cierto, ¿por qué el hijo tiene el carácter de natural respecto de la madre, sin que ésta lo reconozca? Lo que pasa es que el hijo nacido de padres no casados es natural respecto de la madre porque el nacimiento prueba fehacientemente la maternidad; pero respecto del padre, antes de 1936 no se permitía más modo de establecer la certeza que el reconocimiento. Le faltaba la prueba de su filiación si tal reconocimiento no tenía lugar.

Pero también sin la partida de nacimiento no tiene el hijo la prueba de su filiación materna. La Ley 45 vino a permitir que el hijo pudiera producir esa prueba que faltaba, que pudiera llevar la certeza necesaria mediante juicio controvertido. Luego, como ya se vio del estudio de los autores que se han ocupado de la materia, la ley

nueva tiene plena aplicación a los hijos nacidos con anterioridad a ella.

Si esto no fuera así, no se entendería entonces, por ejemplo, por qué la Ley 57 de 1887, que permitió probar el matrimonio y el estado civil de hijo legítimo, mediante partidas eclesiásticas, no admitidas por la legislación anterior con tal valor, tuvo aplicación a matrimonios y nacimientos anteriores, sin que jamás nadie osara siquiera discutirlo.

Y éste es el criterio expuesto en los artículos 39 y 25 de la Ley 153 de 1887 examinados atrás. Los artículos 368 del C. C. y 57 de la Ley 57 de 1887 dicen expresamente que el reconocimiento es apenas una prueba de la filiación y no su causal constitutiva: "Cuando el padre reconozca un hijo natural en el acta de nacimiento, bastará que firme el acta de registro respectivo, **en prueba del reconocimiento**". El último artículo citado agrega: "se llama simplemente ilegítimo, respecto del padre, **al hijo natural** o espúreo, que no ha sido reconocido por él". Luego el ilegítimo era un hijo natural a quien le faltaba la prueba de su filiación paterna, que era sólo el reconocimiento.

Porque es necesario cuidarse mucho de aplicar determinado criterio para la interpretación de las leyes si se trata de la filiación legítima, y otro si se trata de la natural.

La doctrina y la jurisprudencia francesas

En la última edición del Tratado Elemental de Derecho Civil de Planiol, comentado y adicionado por Georges Ripper (París, 1950), Tomo 1º, al tratar del conflicto de las leyes en el tiempo se dice sobre la materia en estudio:

"La filiación es un hecho fisiológico del cual la ley regula la prueba y determina las consecuencias jurídicas según las calificaciones diversas que ella le aplica" (pág. 121).

Es decir, al estatuir la ley que el reconocimiento o las actas o las sentencias judiciales sirven para establecer la filiación, apenas está regulando su prueba. Tales medios no constituyen la filiación ni su causa; simplemente la demuestran.

Ripper agrega: "Lo que constituye la dificultad es que, de una parte, **la situación legal resulta del hecho de la filiación**, pero, de otra parte, este hecho no existe jurídicamente en tanto no esté probado. La cuestión está en saber cuál es el verdadero elemento constitutivo de la situación legal: si se admite que es el hecho (su-

puesto probado) de la filiación, es necesario decir que la sola ley competente es la ley contemporánea del nacimiento; si se admite, por el contrario, que es la prueba en sí misma, es necesario reconocer la competencia de la ley contemporánea a la administración de la prueba, siendo entendido que el hecho, así establecido, producirá necesariamente sus efectos a contar del día en que ha tenido lugar" (idem).

Ripert, pues, afirma para la filiación lo que es evidente para cualquier acto o hecho jurídico: si no existe su prueba, no tiene existencia jurídica. Tanto vale no probar el hecho, a que no exista, enseñan todos los autores de derecho procesal. Pero una vez que la prueba le dá vida jurídica, producirá sus efectos a contar del día en que ha tenido lugar (la concepción en el caso presente). Antes de la prueba se tiene una situación jurídica abstracta, no constituida.

Estudia luego Rippert el caso de la filiación natural y dice que en 1804 se prohibió la investigación de la paternidad natural, suprimiendo las pruebas que las leyes anteriores admitían. Y dice: "Los tribunales decidieron que las disposiciones nuevas eran aplicables a los hijos nacidos anteriormente (casación 28 junio 1815; 9 marzo 1824; 18 marzo 1846). Tal solución no puede explicarse sino por la idea de que, cuando entró en vigencia el Código, la situación legal de los hijos naturales no estaba aún constituida. Inversamente la ley de 16 de noviembre de 1912 permitió la investigación de la paternidad natural. Lógicamente la misma solución ha prevalecido: la ley nueva ha sido declarada aplicable a los hijos nacidos antes, pero en su beneficio esta vez, y no en su perjuicio. (Civ. 20 febrero 1917) (tres sentencias); 24 julio, 1917 (dos sentencias). Se admite por lo mismo que la situación legal del hijo natural tiene su origen **jurídico** no en el hecho mismo de la filiación sino en su prueba. Lo que complica aparentemente el problema es que en la especie, constitución por juicio de la situación legal, no podía dejar de repercutir sobre el pasado, y el hijo natural tiene derecho desde el momento de su nacimiento, a las ventajas que le confiere su calidad. Pero no debe verse en esto sino la consecuencia necesaria del efecto retroactivo que comporta, en cualquier hipótesis, el establecimiento de la filiación. La ley no podría ser retroactiva sino cuando modificara para el pasado los **efectos** de la filiación natural". (Idem).

Como se ve, admitiendo la tesis de que la prue-

ba (reconocimiento o declaración judicial) constituye la filiación, sería necesario aplicar la nueva ley en virtud del principio de que las normas sobre nuevos medios de prueba tienen aplicación a los hechos anteriores, tal como en Francia lo resolvió la jurisprudencia y como lo explica el profesor Rippert. Pero ese carácter constitutivo de la prueba se refiere simplemente al "valor jurídico de la filiación", es decir, al principio universal de que el hecho o acto, a pesar de que exista realmente, no tiene, vida jurídica sin la prueba que lo acredite. Mas la circunstancia de que una vez aportada la prueba y declarada la filiación surta efectos desde el nacimiento, está indicando que la situación legal existía desde el hecho de la filiación, pero faltaba la prueba para reconocerle sus efectos jurídicos.

En todo caso, siempre la ley nueva tendría aplicación a los hijos nacidos antes.

El Profesor Luis Josserand (Curso de Derecho Civil Francés, Tomo 1º) dice sobre esta materia:

"La ley de 1912 ha tenido una aplicación inmediata como de interés para el orden social en primer término; nadie puede pretender tener derechos adquiridos en un estado determinado, y, especialmente, el artículo 340, en su antigua redacción, no podía otorgarle al padre natural el derecho de sustraerse a la constatación oficial del vínculo que lo une a su hijo. En consecuencia; la ley de 1912 se aplica aún a los hijos nacidos o concebidos anteriormente a su promulgación (número 1219). Cita luego Joseerand numerosas sentencias sobre este punto, y agrega: "No sería exacto, en nuestro concepto, decir que la ley es retroactiva en esta ocurrencia; ella se contenta con obrar inmediatamente, conforme a las exigencias del orden público" (idem).

El profesor Roubier expresa al respecto:

"Por ejemplo una ley nueva prohíbe admitir la prueba de la filiación adulterina o incestuosa; esta ley será de aplicación inmediata, sin retroactividad, o sea, que desde el momento de que entra a regir, no se podrá en manera alguna, producir dicha prueba, aún respecto de filiaciones resultantes de adulterio o de incestos anteriores.

'A la inversa, una ley nueva (L. 16 de noviembre de 1912) autoriza probar en juicio la paternidad natural, hasta entonces prohibida (C. Civil 340). Esta ley ha podido aplicarse inmediatamente, aún respecto de hijos naturales nacidos antes. **En efecto:** ni por la ley antigua, ni por la nueva llegó a preverse que la prueba de filiación natural debiera producirse en un momento dado, y

nunca tampoco la ley francesa llegó a consagrar una presunción legal como la establecida en el artículo 312 del Código Civil, tocante a la filiación legítima; cuando nace el niño, la ley sólo tiene en cuenta, como ya lo vimos, la prueba del nacimiento, pero no la de la filiación. Resulta pues, que el establecimiento de esta última prueba, pertenece al futuro, que la nueva ley pueda regir sin retroactividad.

"A decir verdad, la ley del 16 de noviembre de 1912 no se presenta del todo por este aspecto, pues tampoco ha dejado enteramente libre la investigación judicial de la paternidad natural. Hasta cuando aquella ley entró a regir, la prueba en juicio sólo podía fundarse en el rapto, cuando la época de éste coincidía con la de la concepción. La nueva ley agrega una serie de hechos considerados como pertinentes (violación, toda seducción dolosa, cartas y confesiones por escrito, concubinato público, participación en la crianza y educación del niño), cuya enumeración es, sin embargo limitada.

"Será menester escribir, por esto, que la ley en cuanto señala la admisibilidad de nuevos medios de prueba, no podría, sin ser retroactiva, permitir que se alegaran, a título de prueba, hechos de esta clase, cuya fecha fuera anterior a la nueva ley?

"Ello sería inadmisibles. Los hechos de que se trata, son simples medios de prueba, que el legislador permite alegar en lo sucesivo ante el juez para determinar su convicción y llegar a la verdad. La ley no hace sino autorizar la prueba en juicio, y debe aplicarse a los nuevos debates judiciales; su único objeto consiste, dadas las dificultades bien conocidas de esta materia, en suministrarle al juez el medio de orientarse exactamente. Pero la ley no ha establecido que la prueba haya de referirse a la época de duración anterior y sería absurdo asimilar los hechos previstos para la ley de 1912 a pruebas preconstituídas.

"Con todo, podría hacerse una última objeción: ¿el fallo de reconocimiento acaso no es simplemente declarativo de una situación jurídica? No habría, por tanto, retroactividad si se admitiera que la ley de 1912 pudiera aplicarse a los hijos ya nacidos, pues la situación jurídica de éstos ya existía, y al juez sólo compete reconocerla? Y es verdad que este carácter declarativo no puede desconocerse, como también que implica un efecto que ya hemos estudiado: la retroactividad del reconocimiento de un hijo natural.

"Pero, de otro lado, ¿no es también cierto que sin tal reconocimiento, sólo habría un estado de hecho sin valor jurídico, puesto que la filiación natural no produce efecto sino cuando es legalmente reconocida?

"Conforme a este modo de ver, el reconocimiento sería la base para constituir la situación jurídica.

"La dificultad surge de una falsa apariencia que es fácil disipar. En la teoría de la filiación, el elemento probatorio; también, la sentencia de reconocimiento es declarativa, puesto que ella no produce la filiación natural, sino que se limita a reconocerla; sólo que, como el elemento probatorio desempeña el principal papel, parece como si también el reconocimiento tuviera la misma preponderancia que tendría el elemento constitutivo de la situación jurídica. O, dicho de otra manera, el reconocimiento es declarativo en cuanto al fondo del derecho, comoquiera que aquél no crea la filiación; pero, **quoad probationem**, el reconocimiento sí es constitutivo, y ello es tanto más importante cuanto que la prueba juega papel preponderante.

"Se demuestra la exactitud de este punto de vista, por lo siguiente:

"1º El reconocimiento voluntario debe asimilarse al reconocimiento judicial; aquél también, a pesar de ser un acto y no una sentencia, es declarativo y tiene efecto retroactivo; ahora, no obstante eso, la ley que modificara las condiciones de validez del reconocimiento voluntario, se aplicaría a los reconocimientos posteriores, aunque se refirieran a hijos naturales ya nacidos.

"2º Existen otras sentencias, como las que declaran ausente o muerta a una persona, que participa de la misma naturaleza: son seguramente declarativas, como su nombre lo indica, desde el punto de vista fundamental, porque ellas no producen ni la muerte ni la ausencia; sin embargo, constituyen la situación jurídica contemplada **quoad probationem**, y de ello se sigue que una ley nueva puede variar las condiciones en que pueden ser dictadas, aún respecto de personas ya desaparecidas o ausentes; la ley sería aplicable, sin que fuera retroactiva, a los juicios posteriores que vinieran a entablarse.

"En definitiva ya se ve a dónde conduce la prueba en juicio: esto es, en todo caso, cuando el establecimiento de la prueba no haya sido (o no debiera haber sido) obtenida con anterioridad, a constituir la situación jurídica **quoad probationem** en el día del juicio, ante el juez: por

este aspecto el papel del juez es activo, porque la cuestión de la prueba no se encontraba regulada anteriormente. De la misma manera su actividad se encontrará regulada por toda ley nueva que rija en el día del proceso, y eso aunque los hechos por probar, o los elementos de prueba admisibles, se coloquen bajo el imperio de la ley anterior. Por esta razón, cuando la ley admite la posibilidad de probar un hecho dado, como la paternidad natural, o de probarlo de tal o cual manera, deberá aplicarse inmediatamente en los nuevos procesos y no habría sino mera retroactividad aparente. Por idénticos motivos, si una ley, suponiendo lo contrario de lo que dispone la ley de 1912, restringiera la numeración de los casos en los cuales se admite la prueba de la paternidad natural, igualmente sería de aplicación inmediata, al excluir los hechos anteriores que hubieran podido servir de prueba de acuerdo con la ley que regía al tiempo de su ocurrencia.

“Únicamente en el supuesto de que el reconocimiento judicial ya se hubiera conseguido, la nueva ley de que se trata quedaría sin efecto, porque la prueba ya estaba producida, con lo cual se habría fijado al propio tiempo y de modo definitivo la competencia de la ley que regía al tiempo de practicarse la prueba.

“Nota.—Por la misma razón, cuantas veces la actividad del juez no sea puramente declarativa ni se limite al reconocimiento del derecho anterior, las leyes nuevas se aplican en todos los procesos nuevos, sin retroactividad.

“Así las sentencias condenatorias para la constitución de una hipoteca judicial y esta misma constitución, representan elementos nuevos que resultan del fallo: la ley que creare por primera vez en un país la hipoteca judicial, se aplicaría inmediatamente a todos los fallos que hubieren de ser dictados después de que entró a regir, no obstante que dichos fallos se refieran a situaciones anteriores a la ley.

“Se requiere, pues, separar las diferentes partes que forman un fallo y examinar la medida en que la actividad del juez es puramente declarativa y también en qué sentido puede ser ella constitutiva, para determinar así el campo de aplicación de las nuevas leyes”. (“Les conflits de Lois dans le temps”). Edición de París de 1929. Tomo I, 56; pág. 458 in fine a 463).

El Profesor R. Savatier dice sobre la misma cuestión: “La recherche de la Paternité”, 9. *Re-*
4—Gaceta

troactividad de la ley de 16 de noviembre de 1912.

“Se discutió con ardor, principalmente en los años que siguieron de cerca a la promulgación de la ley de 1912, la cuestión de saber si ella pudiera favorecer a los hijos nacidos antes de su promulgación. La jurisprudencia acertadamente lo admitió y ha merecido general aprobación.

“En efecto, las leyes sobre pruebas no pueden, sin duda, obrar retroactivamente a costa de las partes que hubieran adquirido, bajo un régimen anterior, la prueba legal de sus derechos; pero esas mismas leyes deben, por el contrario, aplicarse de modo inmediato, si en lugar de restringir los medios anteriormente admitidos, abren la puerta a otros medios de prueba. Y es porque entonces dichas leyes no tienden sino a descubrir la verdad por vías más amplias, sin cambiar por eso en nada los derechos otorgados a las partes por los hechos existentes. Pues a nadie sería lícito quejarse legalmente por la desaparición del error, aunque éste le aprovechara, puesto que el error jamás es un derecho, no obstante que el legislador prohíba desenmascararlo provisionalmente, o en calidad de por ahora.

“Esta razón que nos parece definitiva, permite descartar aquí las discusiones, a veces muy sutiles, que se levantaron con ocasión de esto, sobre las distinciones entre **derechos adquiridos y simples expectativas**, o entre **situaciones legales condicionales y situaciones legales definitivas**, o entre **derechos de interés social y derechos de interés individual**, etc.

“La posibilidad para los hijos nacidos antes de 1912, de demostrar el error que los tenía como extraños al autor de sus días, les permite reclamar la herencia de éste, aun cuando ya se hubiera adjudicado a otros. Y nada les impide valerse, para probar su filiación, de hechos y documentos anteriores a la ley de 1912. Pero la práctica de estos principios está limitada en el hecho por causa de los plazos rigurosos dentro de los cuales se cierra la investigación de la paternidad: La acción se extingue definitivamente un año después de que el hijo cumpla la mayor edad; así que, sólo pueden invocar esa norma los hijos nacidos menos de 22 años antes de la promulgación de la ley de 1912”. Obra citada, edición de París de 1927, págs. 14 a 16.

Como puede verse, el concepto de Demolombe no tuvo acogida en Francia, ni por los expositores más renombrados, ni por la jurisprudencia. Y es en este sentido admitido uniformemente por

la jurisprudencia y defendido por los más prominentes autores de derecho civil (Beudant y Colin y Capitant opinan lo mismo), que nuestro legislador acogió la fórmula del artículo 4º de la Ley 45, de manera similar a la de la ley francesa de 1912, con el expreso deseo de utilizar ese acervo doctrinario y jurisprudencial.

Aplicación de los medios nuevos de prueba en general

Los autores universales de Derecho Procesal están conformes con esta apreciación. Así, José Chioventa dice que si la ley nueva admite nuevas formas de actuación de la ley o amplía las ya existentes, v. gr., al darle valor ejecutivo a documentos o a pruebas que antes no lo tenían, se podrán utilizar los derechos cuya existencia se quiere demostrar. Para Chioventa, la ley nueva se aplica a las pruebas desde el punto de vista de su admisibilidad y de su ejecución, siempre que se trate de procesos en curso en el momento de comenzar su vigencia o que se inicien con posterioridad. Dice textualmente: "En cambio, si la ley admite nuevas formas de actuación de la ley o extiende las ya existentes a casos no admitidos antes, o introduce nuevos medios ejecutivos, pueden servirse de la extensión también los titulares de derechos preexistentes". Y luego: "Y lo mismo debe decirse de las **pruebas** no sólo desde el punto de vista de su ejecución, sino de su **admisibilidad**. Ya no puede dudarse hoy que las normas sobre la admisibilidad de las pruebas corresponden a la ley procesal. Ni puede inducirnos a creer lo contrario verlas incluídas en los códigos de derecho sustancial, pues sabemos que la naturaleza de una norma deriva de su **objeto**, no del lugar donde se encuentre..."; "encaminadas las pruebas a formar la convicción del juez, pertenecen al derecho procesal y sólo pueden admitirse, porque sólo esta ley puede determinar cuáles son los medios idóneos para formar **actualmente** la convicción del juez. No es posible que el mismo juez, en la misma audiencia, admita en un proceso un medio de prueba y lo excluya en otro de la misma naturaleza sólo porque los derechos de que se trata han nacido en tiempos diversos...". "No negamos, por tanto, que entre derecho y prueba existan íntimas relaciones, pero son relaciones de hecho de las cuales no se deriva que el derecho deba ser acompañado hasta la muerte, a través de cualquier cambio de ley y costumbres, de los medios de prueba

pleados cuando ha nacido; esto demostraría que el derecho subjetivo es cosa inviolable e indefectible, aislada de las condiciones del tiempo, mientras, por el contrario, si de una parte es verdad que su suerte está íntimamente ligada a la de la sociedad en que vive, por otra la prescripción demuestra que el tiempo puede proporcionarle cualquier otro perjuicio que el de privarlo —talvez sólo temporalmente— de la prueba".

"Esto sentado, no puede reprobarse la doctrina que seguimos culpándola de olvidar las atenciones debidas a la voluntad de las partes, las cuales, dicese, tienen presente los medios de prueba admitidos por la ley del tiempo en que dan vida a relaciones jurídicas. **Prescindiendo de considerar que esta objeción no puede referirse a las relaciones nacidas de hechos jurídicos**, diferentes de los negocios jurídicos, prescindiendo del hecho de que en la grandísima mayoría de los casos las personas que realizan negocios nada se preocupan de su prueba y mucho menos de las leyes sobre la prueba, que ordinariamente ignoran, la cuestión estriba precisamente en saber si las partes que piensan en las normas concernientes a la prueba deben considerarlas como **normas inmutables del negocio que realizan o como la expresión de condiciones sociales extrínsecas al negocio y sujetas a cambios**". ("Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo 1º, págs. 158 a 160). Traducción española de la 3ª Ed. Italiana".

Francisco Carnelutti está de acuerdo con Chioventa en que, en materia de pruebas, la nueva ley se aplica a hechos acaecidos antes de su vigencia, cuando no se trata de una solemnidad de la esencia del acto. (Sistema de Derecho Procesal Civil, T. I, número 33).

Además, nuestro C. C. en el artículo 39 de la ley 153 de 1887 consagra los mismos principios expuestos por los dos famosos procesalistas italianos citados. Dice: "Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley **podrán** probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquélla establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere". Como se ve, al decir el legislador de 1887 que por los medios consagrados en la ley anterior "podrán probarse" los actos y contratos celebrados bajo su imperio, está admitiendo tácita pero claramente que también pueden probarse por los medios consagrados en la nueva ley. Si hubiera querido evitarlo habría exigido perentoriamente la prueba anterior y no

hubiera usado la forma potestativa allí empleada. Luego con mayor razón debe regir la ley nueva cuando, según anota Chiovenda, se trata no de contratos o negocios jurídicos sino de hechos jurídicos diferentes, como sucede con los constitutivos de la filiación.

El doctor Antonio Rocha hace la misma observación en su libro "De la prueba en Derecho": "como se ve por estas observaciones, todo problema de irretroactividad de la prueba es en el fondo un problema de irretroactividad del derecho sustantivo. Y el artículo 39 de la Ley 153 de 1887 se ajusta a los lineamientos que hemos indicado. Dice que los actos o contratos que se hicieron a la antigua ley podrán probarse (subrayamos **podrán**), por los medios antiguos, pero no prohíbe los nuevos. Con esa facultad queda a salvo el principio de irretroactividad de la ley, del derecho general. Prácticamente, junta a los anteriores los medios de la nueva ley. Unos y otros son admisibles, a voluntad del interesado, pero ninguna de las partes podrá vetar el medio anterior de prueba. "El fin de la prueba es poner en claro la verdad, y los medios más apropiados para este fin, sancionados en la ley nueva, no pueden ser excluidos por aquéllos contra los cuales hubieran sido hechos valer tales medios" dice Fiore. ("Comentarios al Código Civil Italiano"), citado por Lessona en su "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil", primer tomo, edición castellana de 1906, Madrid" (edición 1949, pág. 52).

El doctor Rocha cita dos sentencias de la Corte Suprema en que se ha consagrado este mismo principio: la de 10 de diciembre de 1930, G. J. Tº XXXVIII, pág. 376, y la de agosto 5 de 1942 de la Sala de Negocios Generales, G. J. número 1987, pág. 781.

El mismo concepto se encuentra en la obra "Derecho Procesal Civil" de Hugo Rocco, edición de 1944, México, pág. 129: "Viceversa, cuando la ley admite nuevos modos de actuación de la ley, o aumenta su número o introduce nuevos medios de ejecución, dicha ley es eficaz aun con respecto a los derechos nacidos con anterioridad y válidamente pueden invocarla los titulares de aquéllos. Así, una vez que entró en vigor el Código de Procedimiento de 1865, que confiere carácter de títulos ejecutivos a los documentos contractuales públicos, el mismo carácter adquirieron todos los demás documentos con anterioridad otorgados". "Lo mismo ocurre por lo que ve a las pruebas, no sólo con respecto a su recepción

sino también a su admisibilidad. Y esto porque destinadas las pruebas a formar la convicción del juez (pertenecen en efecto al derecho procesal), no pueden admitirse sino conforme a la ley del momento en que se hacen necesarias, en cuanto sólo esta ley puede decir cuáles son los medios idóneos para formar **actualmente** (subraya el autor) la convicción del juez".

Nueva ley sobre pruebas ad solemnitatem

En el capítulo segundo del estudio relativo a la retroactividad o irretroactividad de las leyes sobre procedimiento civil, trae Fiore conceptos precisos sobre la materia en discusión.

Hace allí nuevamente Fiore la distinción entre las formalidades sustanciales del acto, que se sujetan a la ley vigente cuando se ejecuta, y la ampliación de la esfera de aplicación o admisibilidad de medios de prueba, y dice:

"...no puede reputarse como un derecho de esta naturaleza (derecho adquirido) el que pretende tenerse para impedir que una de las partes pueda aprovecharse, en el proceso comenzado o continuado después de estar en vigor la ley nueva, de las disposiciones de dicha ley por las que se amplíe la esfera de aplicación de los medios de prueba o la admisibilidad de nuevos elementos probatorios que, no hallándose establecidos en la legislación anterior, hubiesen sido admitidos por la nueva. En efecto, **no puede pretenderse la existencia de un derecho creado contra el legislador, el cual en todo tiempo puede, por razones de interés público, ampliar la esfera de los medios de que pueden servirse aquellos que tengan interés en establecer y fijar judicialmente un hecho jurídico, y no cabe, por lo tanto, impedir a éstos que se aprovechen de los nuevos y mejores medios de prueba para obtener el reconocimiento judicial de los derechos civiles precedentemente adquiridos**" (pág. 301).

En seguida advierte Fiore que distinto sería respecto a las formalidades "ad solemnitatem", pero que, cuando "se trata de establecer más completamente y con mayor certeza la fuerza jurídica, que no podía ser negada en absoluto, del derecho controvertido, según la legislación anterior, no podría en verdad sostenerse que la parte contra la cual se intente utilizar con dicho objeto los nuevos y mejores medios establecidos por la ley nueva puede estar asistida del derecho de impedirlo, alegando para ello que se trata de una discusión entre partes relativa a un asunto

to cumplido bajo la legislación anterior. Puede acaso ostentarse algún derecho contra el legislador, fundado en la pretensión de que él debe inmovilizar el sistema de las pruebas, o impedir, cuando lo haya perfeccionado y mejorado, el que puedan ser aprovechados los nuevos medios para establecer la verdad jurídica tan sólo porque la contienda se refiera a un negocio incoado bajo la legislación anterior?"

Y dice que así lo ha resuelto el Tribunal de Casación de Turín, inclusive para el caso de pedir oficiosamente el magistrado la práctica de los medios nuevos establecidos por la ley (páginas 501-2).

Después de expresar que cuando al acto o negocio jurídico le faltó un requisito para su existencia, no exigido por la ley nueva, ésta no puede aplicarse sin darle efecto retroactivo (ej. escritura pública en venta de inmuebles), agrega: La solución es, sin embargo, bien distinta cuando se trata de **un hecho cuya existencia y valor se quiera depurar**, no ya para establecer o fijar el derecho o el negocio jurídico, **sino para buscar la certeza del convencimiento**, a fin de resolver por él la controversia jurídica. Sería una extraña pretensión la de ostentar un derecho creado para limitar, con relación a este particular, los nuevos medios de prueba que el legislador hubiera sometido a la discreción del juez".

Y tal es el caso de la filiación. Ella se produce al realizarse la concepción, y será legítima si sus padres eran casados o natural si no lo eran. Pero para probar la primera hay que demostrar el matrimonio y para la segunda demostrar la paternidad respecto al padre o el simple nacimiento respecto a la madre. La legislación anterior no admitía como demostración de la paternidad natural, sino el reconocimiento voluntario. La ley nueva permite que el convencimiento se adquiera en juicio, mediante las pruebas determinadas en el artículo 4º. Por tanto, se trata de medios nuevos de llevar la certeza de la paternidad al juez. Y la ley tiene, por ende, aplicación a los hechos sucedidos antes de su vigencia.

Puede decirse también que se trata de establecer un nuevo procedimiento para aducir la prueba de la filiación paterna. Antes era el reconocimiento voluntario; ahora es, además, la sentencia mediante juicio controvertido en los casos consagrados en el artículo 4º de la Ley 45. Y desde este punto de vista también se llega a la misma conclusión. En efecto, dice Fiore: "necesario es admitir el principio, como justamente lo

admite el Tribunal de Casación Francés, en su mencionada sentencia de 1807, de que una ley que regule el procedimiento de la prueba puede, sin efecto retroactivo, ser aplicada a un medio probatorio que deba ser utilizado después de haber comenzado a regir la misma **aun cuando** se refiera a una controversia o contienda nacida antes, o a un proceso entablado estando en vigor la legislación anterior" (pág. 506).

Se recuerda que tanto Chiovenda, como Carnelutti, y demás procesalistas modernos, y el doctor Antonio Rocha entre nosotros, están de acuerdo en que los medios nuevos de prueba se aplican a los hechos y actos jurídicos sucedidos antes, si no se trata de un requisito **ad substantiam actus**. Ellos demuestran que solamente cuando se trata de solemnidad, como la escritura pública, rige la ley anterior, tratándose de contratos; pero que en todos los demás casos la ley nueva rige la admisibilidad de la prueba. Y naturalmente, el caso de la filiación nada tiene que ver con el de los contratos solemnes, porque es un simple hecho jurídico.

Darle a la prueba de la filiación el carácter de solemnidad esencial, equivale a concluir que es la prueba lo que constituye o crea la filiación, porque la prueba **ad solemnitatem** es aquella sin la cual el acto o contrato no nace a la vida jurídica y por tanto se confunde con un requisito esencial para la existencia del acto mismo. En el caso de la filiación, el reconocimiento o la sentencia, y con mayor razón los simples medios de convicción del juez, sirven apenas para demostrar que aquella existe pero no son requisitos esenciales para su existencia. De lo contrario, la filiación tendría existencia legal sólo a partir del reconocimiento o fallo y no desde la fecha del nacimiento. Por tanto, dichos medios de prueba serían constitutivos y no declarativos de la filiación. Que el reconocimiento o la sentencia sean constitutivos del estado civil, es concepto que rechazan la totalidad de los autores de derecho civil y de procedimiento, y nuestra inveterada jurisprudencia.

Aplicación de este principio en nuestra legislación

Otro ejemplo de la aplicación del principio comentado en nuestra legislación (ya están examinados los relativos a los artículos 39 y 75 de la Ley 153 de 1887 y 368 del C. Civil y 57 de la Ley 57 de 1887), lo tenemos en el artículo 22 de la Ley 57 de 1887. Realmente, antes de la vigencia de este texto las pruebas principales del estado civil consistían en las actas del registro civil, ya

que las certificaciones parroquiales no tenían valor legal como prueba de matrimonios, defunciones o nacimientos. El artículo 22 de aquella ley les otorgó a las certificaciones de los párracos el valor de pruebas principales de tales hechos de estado civil, si se expedían con inserción de las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. No se dijo allí en forma expresa que estos medios nuevos demostrativos del estado civil tuvieran aplicación a los hechos o actos anteriores a su vigencia; pero sin embargo jamás la doctrina ni la jurisprudencia emplearon reticencias para reconocerle pleno valor a las referidas certificaciones como medio de prueba de los nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridos antes de entrar en vigencia la ley. Es decir, se estimó como indudable axioma jurídico que los medios nuevos de prueba del estado civil de las personas se aplicaba tanto a los hechos y actos posteriores como a los anteriores a la creación legal de aquéllos.

De la misma manera que la ley 57 de 1887 creó nuevos medios probatorios de la filiación legítima (nacimientos y matrimonios), la Ley 45 de 1936 estableció medios nuevos de prueba del estado civil de hijo natural, mediante la investigación judicial.

Y así como nadie discute que el artículo 22 de aquella ley se aplica a hechos y actos sucedidos con anterioridad a la fecha de su promulgación, tampoco debe dudarse que el artículo 4º de la Ley 45 se aplica a las filiaciones generadas antes de 1936.

Igualmente el artículo 25 de la Ley 153 de 1887 consagra una norma que viene a armonizar perfectamente con los principios expuestos. En efecto, dice el artículo 25 en cita: "Los derechos de los hijos ilegítimos o naturales se sujetan a la ley posterior en cuanto su aplicación no perjudique a la sucesión legítima". Es decir, que con excepción de los derechos de los descendientes legítimos, adquiridos en virtud de leyes anteriores, las normas nuevas que otorguen derechos a los hijos naturales son de aplicación general inmediata, no obstante que sean posteriores al nacimiento del hijo. Esos derechos adquiridos solamente pueden existir en sucesiones abiertas antes de la vigencia de la nueva ley, pues hasta entonces no se tienen sino simples expectativas conforme al principio de que la sucesión se rige por la ley vigente al tiempo de su apertura. En el artículo 25 de la Ley 153 encuentra también apoyo, pues, la tesis de que la nueva ley sobre filiación na-

tural tiene efectos generales en favor de los hijos nacidos antes de su vigencia, con la única excepción insistentemente comentada. Lo mismo ocurre con los artículos 368 del C. C. y 57 de la Ley 57 de 1887 atrás analizados.

La intención del Legislador de 1936

Para saber qué quiso el legislador es necesario estudiar el origen de la ley. Y ya se sabe que el artículo 4º lo redactó la Corte de 1936, con el fin de aprovechar el acervo jurisprudencial y doctrinario de Francia. Es decir, para que tuviera aquí el mismo alcance y sentido. Luego no podía quedar más claramente establecida la intención del legislador: favorecer con esos medios de prueba tanto a los hijos nacidos antes como después, pues esa era la aplicación y el alcance que tanto la jurisprudencia como la doctrina francesa le venían dando uniformemente a la ley de 1912.

Pero hay algo más: la ley 45 en su artículo 8º dice que los hijos nacidos antes pueden también probar su filiación por los medios consagrados en la legislación anterior. ¿Puede haber más clara expresión legal sobre la aplicabilidad de los medios nuevos a esos hijos? Si la intención hubiera sido otra, la redacción del artículo 8º hubiera sido totalmente distinta, aparte de que, como es forzoso suponerlo, el artículo 4º diría algo en tal sentido. En forma inequívoca la Ley 45 dejó a los hijos nacidos antes, con el derecho a probar su filiación tanto por los medios anteriormente permitidos como por los nuevos en ella consagrados, y al obrar así estuvo de acuerdo en un todo con las doctrinas de Fiore, Carnelutti, Chiovenda, Rocco, Rocha entre los procesalistas, y Planiol y Rippert, Colin y Capitant, Jossierand, etc., enseñan y explican.

El artículo 28 prueba lo mismo. Porque él quiere decir, por su simple y clara redacción, que salvo en lo referente a concurrencia herencial con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la ley, los naturales también anteriores gozarían de todos los beneficios del nuevo estatuto. Y claro está, el primero de esos beneficios es el derecho a probar la filiación por los medios allí consagrados. Es decir, el de utilizar la acción judicial que la ley estableció.

Y, por último, basta leer los antecedentes de la ley, los informes, exposición de motivos, etc., para ver de manera incontestable lo siguiente: **Que la ley se dictó no porque pudieran nacer des-**

pués hijos naturales, sino porque existían en el país multitud de ellos; fue, casualmente, para los hijos naturales existentes que, en primer término, se dictó la ley.

La tesis opuesta conduce a dejar por fuera de la ley casi la totalidad de los hijos naturales nacidos hasta hoy, pues la violación, la seducción, las relaciones sexuales coexistentes con la concepción, serían en muchísimos casos hechos anteriores a ella. Y la posesión de estado desaparecería casi seguramente para los hijos mayores de edad alejados del padre, así como para los menores cuando el padre murió antes de haber transcurrido diez años posteriores a la ley. Pero hay más: la proposición en sentido contrario a lo expuesto llevaría a rechazar totalmente la investigación aún por hechos posteriores a la ley si el hijo nació antes, pues la nueva solemnidad probatoria es, en realidad, la sentencia pronunciada mediante juicio controvertido, y tal solemnidad no existía al tiempo de ejecutar el padre el acto creador del hijo. Entonces podía decirse que el hijo tenía la situación jurídica de hijo ilegítimo ya constituida y que ella no puede ser modificada por ley posterior. La tesis, pues, resulta inadmisibles.

Ya se expuso cómo en Francia la jurisprudencia unánime y constantemente le ha dado aplicación a la ley de 1912 en favor de los hijos naturales nacidos con anterioridad a su vigencia, no sólo admitiendo los medios de prueba allí establecidos y que son los mismos que consagra el artículo 4º de nuestra Ley 45 de 1936, sino incluso reconociéndoles derechos herenciales a aquéllos, aún en sucesiones abiertas antes de iniciar su imperio la citada norma legal.

En Colombia puede decirse que la jurisprudencia ha sido uniforme en este sentido. Si bien, durante los años de 1940 a 1946 se sostuvo la tesis de que la acción debía intentarse en vida del padre, ella fue revaluada totalmente a partir de esta última fecha; y si por otra parte en el fallo de 1943, atrás mencionado, se pronunció la Corte contra la validez de los medios nuevos de reconocimiento voluntario previstos en el artículo 2º de la Ley 45 de 1936, cuando el acto haya tenido lugar antes de su vigencia, la tesis no afecta en absoluto la cuestión que ahora se estudia.

En sentencia de la Sala de Negocios Generales, fechada el 29 de marzo de 1941, dijo la Corte: "En efecto el empleo de los medios nuevos de pruebas consagrados por la ley posterior no desconoce el derecho de las partes a usar del régi-

men probatorio vigente al tiempo de trabarse la litis, sino que es el ejercicio de la autorización contenida en el artículo 39 de la ley 153 de 1887. Este artículo dispone que los contratos o actos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquélla establecía para su justificación, es decir, no obliga a usar de los medios probatorios que la antigua ley establecía sino que es simplemente potestativo y en consecuencia se puede hacer uso de la ley nueva para acreditar hechos verificádos en épocas en que las leyes establecían medios distintos para su comprobación. Esta interpretación es la misma dada por el doctor Angarita en sus comentarios a la Ley 153 de 1887 y por la comisión revisora del Código Civil en las actas publicadas en la aclaración que hace del artículo 39 comentado". (S. C. 29 marzo 1941, G. J. número 1973. C. pág. 746)".

Y en sentencia de Casación Civil, fechada el 10 de junio de 1948, dijo la Corte: "La ley 153 de 1887 es en gran parte reglamentaria del efecto retroactivo de las leyes y está destinada a resolver los conflictos que se originan en la aplicación de las dictadas en distintas épocas, con fundamento en la teoría de los derechos adquiridos. En su artículo 2º, en que primordialmente se asienta la acusación que se estudia, reproduciendo el principio del artículo 23 del C. C., estatuye que "el estado civil de las personas, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida...". Pero acontece que en el cargo que se está considerando no se trata de un estado civil adquirido sino de uno no adquirido aún al tiempo de la variación legislativa. Aún aceptando que los dos Lenis González, Alfonso y Carmen, cuya situación de hijos naturales de su madre se enfoca particularmente en este cargo no tuvieran al tiempo de su nacimiento extra matrimonial, por el solo ministerio de las leyes entonces vigentes, la calidad de hijos naturales, nada obsta jurídicamente para que después adquirieran ese estado civil de acuerdo con las nuevas leyes que establecieron condiciones diferentes de las exigidas por la ley anterior. La ley nueva es la que se aplica precisamente porque se trata de una situación jurídica no constituida, y en esta ocurrencia ningún papel juega el concepto del efecto retroactivo de las leyes en materia de estado civil. La circunstancia de que a la fecha de su nacimiento no hubiera tenido la aludida condición por presunción legal no significa en ningun-

na forma la imposibilidad de llegar a tenerla, y es innegable que luego la adquirieron, cuando entró a regir la ley 95 de 1890 cuyo artículo 7º volvió a consagrar el status jurídico de hijo natural respecto de la madre por el efecto de una presunción de la ley con base en el hecho del nacimiento, que opera por su propio y solo ministerio, como si hubieran sido reconocidos por instrumento público”.

También pueden verse las sentencias de 10 de diciembre de 1930, G. J. XXXVIII, pág. 376, y de 5 de agosto de 1942, G. J. número 1987, pág. 781 citadas por el doctor Antonio Rocha.

No existe inconstitucionalidad

Como se ha visto que el padre no tenía ningún derecho adquirido a que no se probara la filiación del hijo por medios nuevos, y no existía el sistema de la investigación, ni hay derechos adquiridos contra el legislador que establece nuevos medios de prueba para determinar la certeza y la verdad, ninguna inconstitucionalidad por retroactividad puede tener la ley, si se aplica su artículo 4º a los hijos nacidos antes de la Ley 45. Como tampoco en Francia la jurisprudencia pensó siquiera que la ley de 1912 pudiera violar el artículo 2º del C. C., equivalente a nuestra norma constitucional.

Nuestra Constitución dice que la ley no puede desconocer “derechos adquiridos con justo título” de conformidad con las leyes civiles; pero por ninguna parte aparece el título justo del padre para haber adquirido el derecho contra el hijo en el sentido de que éste no pudiera probarle judicialmente su paternidad. Y recuérdese que, como dice Fiore, inclusive el ejercicio de los derechos reales que la patria potestad otorga y las facultades sobre el hijo, se sujetan a la nueva ley sin que pueda alegarse derecho adquirido alguno.

Por último, es fundamental recordar que en Francia la jurisprudencia ha sido constante, desde la vigencia de la ley de 1912, en el sentido de que se aplica a los hijos nacidos antes de ella en cuanto a los medios de prueba que allí se establecieron y que la legislación anterior no admitía. Y de la misma opinión son todos los autores modernos, como Planiol y Ripert, Colin y Capitant, Beudant, Josserand, Roubier, Sabatier, etc.

Y esto, se repite, es fundamental. Porque la redacción del artículo 4º fue obra de la Corte de 1936, y la explicación que se dio de ella fue, pre-

cisamente, que se quería dejarla similar a la francesa, para aprovechar el gran acervo jurisprudencial y doctrinario que en Francia existía sobre la ley de 1912. Tal fue, pues, el claro espíritu de la reforma y el sentido preciso de la redacción que al artículo 4º se le dio. Sostener lo contrario ahora, equivale a desconocer la expresa intención del legislador y, en verdad, a reformar la ley.

No vale decir que la voluntad de quienes ejecutaron los hechos que contempla el artículo 4º de la Ley 45 no fue la de obligarse con ellos porque la intervención de la voluntad en materia de valor probatorio de hechos, sólo tiene pertinencia en el terreno de los negocios jurídicos, como explica Chiovenda claramente en los párrafos transcritos. Además, como observa el mismo autor, en verdad las partes nunca piensan cuando ejecutan actos, que puedan o no servir de pruebas contra ellas; y, en todo caso, no deben considerar las normas vigentes sobre pruebas como inmutables, sino sujetas, por el contrario, a cambios.

El artículo 19 de la Ley 153 de 1887

Finalmente, es oportuno observar que parece existir un error en la versión del artículo 19 de la Ley 153 de 1887, tal como se conoce en las codificaciones hechas hasta hoy. La palabra “adquisición”, del original, probablemente, ha sido sustituida por “administración”. Mas el texto verdadero tampoco podía ser utilizado como argumento en favor de la tesis contraria a la detenidamente expuesta en las páginas anteriores de este fallo.

En el supuesto a que se alude, el citado artículo diría en su texto original: “Las leyes que establecen para la **adquisición** de un estado civil condiciones distintas de las que exigía la ley anterior, tienen fuerza obligatoria desde la fecha en que empiecen a regir”.

La Ley 45, en su artículo 1º, modificó las condiciones para adquirir el estado civil de hijo natural, al abolir la exigencia antes imperante de que los padres de aquél, en el momento de la concepción estuvieran en capacidad de contraer matrimonio entre sí. De otra parte, el artículo 4º determinó los medios de prueba para demostrar la calidad de hijo natural. Por consiguiente, todos aquellos individuos que al entrar en vigencia la Ley 45 no hubieran establecido aún su carácter de hijos naturales, podían hacerlo acogiéndolo-

se a los nuevos medios de prueba consagrados en la ley para demostrarlo. La Ley 45 de 1936 no estableció, pues, ninguna condición nueva para adquirir el estado civil de hijo natural, ya que se limitó a suprimir la de no ser adulterino o incestuoso.

Dice Claro Solar, refiriéndose al artículo 2º de la Ley 67 de 7 de diciembre de 1861, idéntico al texto original del artículo 19 de la Ley 153 de 1887 a que antes se hizo referencia: "El estado civil adquirido conforme a una ley, no puede ser desconocido por otra, y si lo desconociera, esa ley tendría efecto retroactivo. Por el contrario, si el estado civil no se ha adquirido aún, su adquisición es una mera expectativa que queda sujeta a la ley posterior, la cual al arreglar de otro modo las condiciones de su adquisición no produce efecto retroactivo".

Esto es lo que ha dicho la Sala, con el apoyo de los numerosos autores citados, al sostener que a la Ley 45 debe dársele una aplicación inmediata.

De lo expuesto se concluye que no tiene razón el opositor en casación, cuando en la parte final de su alegato sugiere que la posesión notoria del

estado de hijo natural no puede acreditarse si todos los hechos en que se apoya se han consumado con anterioridad a la Ley 45 de 1936.

En mérito de lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario de Roberto Mera contra Federico Carlos Lehmann Mosquera, el 13 de junio de 1950.

Costas a cargo del recurrente.

- Cúmplase, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en oportunidad al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas, con salvamento de voto.
Gerardo Arias Mejía—**Alfonso Bonilla Gutiérrez**.
Pedro Castillo Pineda—**Luis E. Cuervo A.**—**Gualberto Rodríguez Peña**, con salvamento de voto.
Rafael Ruiz Manrique, con salvamento de voto.
Manuel J. Vargas—**Hernando Lizarralde**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGIS TRADO DOCTOR RODRIGUEZ PEÑA

“Las leyes que establecen para la **adquisición** de un estado civil condiciones distintas de las que exigía una ley anterior, tienen fuerza obligatoria, **desde la fecha en que empiecen a regir**”. (Artículo 19, Ley 153 de 1887).

“La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejercitados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumentos públicos, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno...”. (Art. 1760 del C. C.).

La simple transcripción de este epígrafe en que, para el caso, se concreta la voluntad de la ley sobre su aplicación en el tiempo, y que la mayoría de la Sala desconoce en la sentencia, habría bastado a explicar la razón de mi desacuerdo con el fallo. Sin embargo, para cumplir a cabalidad los deberes de la función y satisfacer al propio tiempo el interés que en la opinión general ha despertado este nuevo tema de controversia sobre la ley de investigación de la paternidad natural, me propingó resumir a continuación las ideas con que en las discusiones del proyecto impugné el absurdo, de que actos jurídicamente indiferentes en el momento en que se producen, puedan ser convertidos por una ley posterior en fuente de obligaciones contra su autor. (Artículo 2683 del C. C.).

Ante todo me parece necesario rectificar los conceptos con que, en “Acápito Final”, inicia la sentencia la consideración de este problema, al afirmar que “dentro del estudio de este proyecto se planteó la conveniencia de definir si las pruebas que consagra el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, tienen o no aplicación, para demostrar hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia”. Porque, ni la cuestión debatida fue exactamente lo que aquí se afirma, sino la de establecer si una ley posterior puede darle poder constitutivo de

estado civil a hechos que no lo tuvieron en el momento de su ocurrencia; ni ese tema fue planteado en el proyecto que tuve el honor de someter a la discusión de la Sala y que la mayoría de sus miembros tuvo por bien desestimar, sino en el escrito de respuesta a la demanda que presentó el señor abogado opositor; ni al considerarlo el proyecto, lo fue con el criterio puramente accidental o de conveniencia que aquí se sostiene, sino en el concepto de necesidad que comporta el más trascendental de los problemas que en el orden doctrinario compendia la sentencia, y de cuya solución dependía lógicamente, que se estudiara o no la prueba con que se pretendió demostrar aquellos hechos. Esta equivocada apreciación de las cosas explica, por qué el fallo concluye por donde más bien hubiera debido empezar.

Pues bien. Antes de entrar en vigencia la Ley 45 de 1936 que consagró el derecho de investigación de la paternidad natural el consiguiente estado de filiación no era susceptible de adquirirse sino a través del libre y voluntario reconocimiento del padre, hecho mediante su firma en el acta de registro del nacimiento (artículo 368 del C. C.), o por instrumento público entre vivos o por acto testamentario (artículos 54 a 56, Ley 153 de 1887); quien no lo obtenía por uno de estos medios, apenas gozaba del derecho “a que el supuesto padre sea citado personalmente ante el Juez a declarar bajo juramento si cree serlo”, y esto “con el solo objeto de exigir alimentos”. (Artículos 68 y 66 ibidem).

Con el derecho de investigación que estableció la reforma, sobrevinieron naturalmente nuevos elementos de constitución de aquel estado, frente a los cuales se plantea la necesidad de establecer cuál sea en el orden del tiempo esa ley reguladora, no sólo en razón de la naturaleza misma de las situaciones jurídicas a que se refieren, sino también desde el punto de vista de las formas diversas previstas por cada una de las dos legislaciones.

“El derecho natural, escribe Escriche, había establecido una especie de igualdad entre todos los hombres; pero el derecho de gentes y el civil

han introducido los diferentes estados que distinguen a las personas con respecto a la libertad, el derecho de ciudadanía y al derecho de familia. Entiéndese, pues, por estado de las personas la principal condición o calidad bajo la cual vive el hombre en la sociedad y en su familia, gozando de ciertos derechos que deja de tener cuando muda de estado. Esta condición viene o de la misma naturaleza, o de la voluntad de los hombres y por eso el estado de los hombres se divide en natural y civil. El estado civil se subdivide en público y privado: el público comprende la libertad y el derecho de ciudadano; y el privado está reducido al derecho de familia que puede mudarse **salvo statu público**". (Diccionario Razonado de Legislación: "Estado de la persona").

Acorde con esta misma idea, escribe el profesor chileno, D. Eugenio Vergara, lo siguiente: "La filiación natural, como estado civil de la persona, no es un efecto exclusivo del hecho mismo de la generación; la causa eficiente o inmediata de las relaciones **legales** de paternidad y filiación, según palabras de Demolombe, no es el hecho único, el hecho absoluto y abstracto del nacimiento; a los ojos de la ley, esa causa consiste en el reconocimiento **practicado**, o en el fallo judicial **expedido**, en conformidad a las condiciones prescritas en ella. Luego mientras no se haya realizado la causa, el efecto está sin producirse, sin que pueda ser adquirido legalmente". (El Código Civil ante la Universidad, página 50).

No puede, pues, confundirse la filiación natural, hecho de la naturaleza, con la filiación natural, estado civil jurídico de la persona. El primero, como efecto inmediato de una ley natural, está directamente gobernado por ella, independientemente del trato que el legislador de cada país pueda darle frente a la familia y a la sociedad; el segundo, en cambio, como creación directa de la ley positiva, no sólo debe hallarse sometido a las normas del derecho natural en que esa ley, como ordenación de la razón, debe inspirarse, sino que también y más exactamente tiene que estar subordinado a los requisitos y formas de constitución en ella establecidos, y por fuera de las cuales el solo hecho de la naturaleza es impotente para determinar la existencia de ningún estado civil.

Deslindado así el verdadero origen del estado de las personas, ¿cuál entonces la ley reguladora de su constitución, en el orden del tiempo?

Las leyes o constituciones, como lo expresa el

gran Teodosio, se aplican a todos los actos jurídicos ulteriores no a los pasados, aunque sus efectos no estén aún cumplidos a menos que la retroactividad sea establecida expresamente": **Leges est constituciones futuris certum est dare formam negotiis non ad facta proeterita nisi mominatim et de proeterito tempore et adhuc pendemibus negotiis cautum sit.**

De acuerdo con este principio, que exactamente gobierna la aplicación de las leyes en el tiempo, las disposiciones de la ley nueva que reemplazan a otra anterior sobre determinada materia, debe regir, con exclusión absoluta de la ley antigua, los actos y los hechos que bajo su imperio se produzcan, del propio modo que los actos y los hechos nacidos bajo el imperio de la ley^o subrogada deben regirse por ella, independientemente de las disposiciones de la nueva ley. Pero como los actos producidos bajo el gobierno de la ley antigua no desaparecen con ella, y son susceptibles de producir consecuencias posteriores al tiempo de su vigencia, el legislador puede entonces, mediante declaración expresa, sujetar válidamente dichos efectos a las disposiciones de la ley nueva. Porque si toda nueva ley se dicta en el convencimiento de su superioridad sobre la norma que subroga, es apenas lógico que por altísimas razones de interés social, esa nueva ley deba tener el mayor campo de aplicación con miras al mejor perfeccionamiento de las relaciones jurídico-sociales que regula.

Sin embargo, la aplicación indiscriminada de este criterio restrictivo del principio, no sólo conducía al quebrantamiento de expectativas o esperanzas nacidas al amparo de la ley antigua, sino que aún más, llegaba hasta el desconocimiento de situaciones jurídicas ya consumadas en el pasado; para que este efecto antisocial no se produjera, la doctrina le encontró un límite en la teoría de los derechos adquiridos, dentro del cual, el concepto de la iretroactividad resulta vinculado no tanto a la noción del tiempo, cuanto a la estabilidad y firmeza de los derechos regulados por la norma. De acuerdo con él dice don Luis Claro Solar, la ley no produce efecto retroactivo por el solo hecho de aplicarse a situaciones o relaciones anteriores, porque son únicamente consecuencias nuevas que gobierna por la circunstancia de realizarse bajo su imperio. Al contrario, será retroactivo cuando ataque derechos adquiridos, si lo que había sido adquirido es quitado por ella y perdido para aquel que lo

tenía. En este sentido no es literalmente exacto decir que la ley dispone sólo para lo futuro, es decir, no es exacto que la ley sólo pueda regir los hechos futuros que se producen sin ninguna relación con un hecho anterior, ella puede regir los hechos futuros que derivan o son la consecuencia de hechos pasados sin producir efecto retroactivo”.

En Francia como en otras muchas legislaciones, el principio de la irretroactividad obra tan sólo respecto del Juez encargado de aplicar la ley; entre nosotros él alcanza también al propio legislador que la dicta, de conformidad con el artículo 31 de la Carta que “garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Por ello, la irretroactividad de la ley, que para otros legisladores no es sino “un simple consejo, un precepto que moralmente están obligados a observar y que, sin embargo, pueden desconocer”, constituye en nuestra legislación un mandato imperativo cuyos límites no puede válidamente franquear.

Se comprende así, que cuando una ley nueva modifica las condiciones constitutivas de un estado civil, ella puede ser aplicada, sin efectos retroactivos, a situaciones anteriores afectadas por hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia; vale decir para el caso de la Ley 45 de 1936 que consagró la investigación de la paternidad natural, que sus disposiciones puedan beneficiar a quienes nacidos antes de la fecha en que empezó a regir, logran acreditar medios nuevos constitutivos de filiación natural ocurridos con posterioridad a esa fecha; pues que entonces no otra cosa se ve, que simples consecuencias nuevas que han de gobernarse por la ley bajo cuyo imperio se produjeron. Pero, dicho sea con todo respeto por la autoridad de la doctrina más generalizada entre los expositores franceses, razón suprema del parecer acogido por la mayoría de la Sala, no veo cómo pueda justificarse ese mismo concepto de irretroactividad, cuando al aplicar la nueva ley a hechos que en el momento de producirse carecían de toda eficacia para constituir estado, se rebasa el límite de las obligaciones que la ley antigua le asignaba al progenitor, y por fuera de las cuales, la familia legítimamente organizada había adquirido el derecho de tranquilidad y de sosiego, tanto o más

respetable que el proveniente de las relaciones puramente patrimoniales.

En este concepto, que mi modestísimo criterio no logró desvirtuar a través del pensamiento de los expositores franceses, y con el cual la sentencia prefiere equivocarse, según lo declarado en el curso de la discusión, la conducta de la Corte al enjuiciar al controversia con base en el criterio de aplicabilidad de la nueva ley a hechos anteriores a su vigencia, resulta francamente violatoria de la Constitución. Es que, como lo dijera el Libertador cuando en el apogeo de su gloria era requerido para que se coronara a la manera de Napoleón, “ni Colombia es Francia, ni yo soy Napoleón”.

Pero haciendo de lado este aspecto del problema, para situarlo dentro del criterio de la simple retrospectividad o de aplicación inmediata en que más exactamente se inspira la sentencia, no son menos desfavorables a ésta, las conclusiones a que forzosamente debe llegarse. En efecto:

La aplicación de la ley civil en el pasado, ya sea para asignarle efecto retroactivo dentro de las organizaciones constitucionales en que ello es posible, o bien para reconocerle simples efectos retrospectivos o de aplicación inmediata, en las que limitan a esta facultad los poderes del legislador sobre la materia, no tiene ni puede tener vigencia alguna, según concepto general y unánime, sino a base de una declaración expresa de la misma ley que así lo disponga; porque yuelve a repetirse, se trataría en tales casos de un atributo excepcional que ha estado en las facultades del legislador asignárselo o no, y que por lo tanto no cabe indagarse sino a través de su voluntad expresamente manifestada. Como lo hizo el artículo 21 de la ley 153 de 1887, cuando para darle eficacia de estado civil a los matrimonios católicos que la ley anterior desconoció, dispuso lo siguiente: “El matrimonio podrá, por ley posterior, declararse celebrado desde época pretérita, y válido en sus efectos civiles, a partir de un hecho sancionado por la costumbre religiosa y general del país, en cuanto este beneficio retroactivo no vulnere derechos adquiridos bajo el imperio de la anterior legislación”.

Por lo tanto, si la nueva ley guarda silencio en cuanto a sus efectos en el tiempo, ella no puede aplicarse sino “a los actos jurídicos ulteriores, no a los pasados, aunque sus efectos no estén aún cumplidos”, como exactamente lo previno el artículo 2683 del C. C., cuando al regular el trán-

sito de las antiguas leyes sustantivas a las disposiciones que él subrogaba, dijo lo siguiente: "El presente Código comenzará a regir desde su publicación y quedarán desde entonces derogadas todas las leyes y disposiciones sustantivas anteriores en materia civil de la competencia de la Unión, sean o no contrarias a las que se contienen en este Código. En consecuencia, las controversias y los pleitos acerca de los actos ejecutados, de derechos adquiridos, de obligaciones contraídas o de contratos celebrados desde dicha publicación relativos a las expresadas materias, se decidirán con arreglo a las disposiciones de este Código; pero las controversias y los pleitos sobre actos, derechos, obligaciones y contratos anteriores a la publicación del presente Código se decidirán con arreglo a las leyes sustantivas que estaban vigentes cuando se ejecutó el acto, se adquirió el derecho, se contrajo la obligación o celebró el contrato".

Y esa declaración expresa del legislador en el sentido de darle virtud constitutiva del estado civil de hijo natural a hechos anteriores a la vigencia de la ley 45 de 1936, no aparece allí manifestada, como así lo reconoció la Corte en sentencia de 9 de noviembre de 1943 que en la presente se recuerda, aun cuando no precisamente para impugnar sus conceptos, sino para hacerle decir por vía de simple interpretación frente al caso que entonces se juzgaba, todo lo contrario de lo que en forma clara y manifiesta resulta de su contenido, como se puede comprobar con la simple transcripción de éste:

"El principio general que informa nuestra legislación es el de que las leyes han de tener efecto y aplicación para lo porvenir y no para el pasado, lo que vale decir que ellas en general no tienen efecto retroactivo, es decir, que no se aplican a los actos o contratos celebrados bajo el imperio de una legislación anterior, pero ello no implica, necesariamente, que el legislador no pueda dictar disposiciones que miren al pasado y revalidar actos a que la ley que regía cuando ellos se ejecutaron no les daba valor legal alguno. El legislador puede hacer esto, pero como este procedimiento es de excepción y ésta es la estricta interpretación, ha de deducirse que cuando el legislador quiere que una ley produzca efectos para los pasados, ha de decirlo de una manera inequívoca y expresa. La ley 45 de 1936, en los artículos que el recurrente considera violados por el Tribunal ni en algunos otros, han reconocido que ella tenga efecto retroactivo pa-

ra darle valor legal para constituir estados civiles o actos ejecutados, a los cuales la ley vigente al tiempo de su ejecución no les atribuía valor legal alguno.

"El principio de la no retroactividad de las leyes se funda en dos motivos principales:

"El interés social exige que la autoridad de la ley y la confianza que ella debe inspirar a los ciudadanos no sean quebrantadas por el temor de un cambio de legislación que anule o modifique los derechos anteriormente adquiridos. De otro lado, los graves inconvenientes desde el punto moral y económico de que una ley nueva, por las restricciones o menoscabo que pueda traer para el estado o patrimonio de los particulares, trastorne o modifique sus posiciones actuales, y les cree obligaciones a que fueron ajenos o extraños.

"Cuando se extendió el acta ante el Juez de Menores, suponiendo que por ella se quiso reconocer a V. O. como hija natural de M. O., la ley que reglamentaba la constitución de ese estado civil no le atribuía a ese procedimiento ningún valor legal, y ese acto ineficaz para constituir en ese entonces un estado civil no puede hoy revalidarse o reconocerse eficaz para tal efecto, sino en tanto que el legislador de manera expresa, en ley posterior, le haya reconocido la virtud de constituir un estado civil y servir al mismo tiempo de prueba de él, cosa que la ley 45 de 1936 no ha hecho.

"Si el reconocimiento de un hijo natural es un hecho voluntario y espontáneo del padre que lo reconoce, es de presumirse que cuando un individuo ejecuta un acto al cual la ley no le da valor ninguno para establecer un estado civil, no tuvo la intención de constituirlo, es decir, de reconocer un hijo natural, porque procedió fuera de la ley al no adoptar los medios que ella reconoce para constituir el estado civil de hijo natural, tanto más cuando la ley le brinda caminos expeditos y fáciles para llenar ese fin.

"Considera la Corte que en materia de tanta monta, como es el problema que hoy se dilucida, sería demasiado peligroso que se les diera valor a actos efectuados en el pasado, que carecían de eficacia jurídica, para constituir por sí el estado de hijo natural por reconocimiento solemne y expreso del padre, so pretexto de interpretar por vía de doctrina la ley, y siguiendo la opinión de comentaristas, dándoles carácter retroactivo a las disposiciones del nuevo estatuto...

"En otros términos, la ley no puede aplicarse

con efecto retroactivo, sino cuando el mismo legislador expresamente lo ha dicho. Ni las doctrinas de expositores de derecho, ni las analogías, justifican, en un fallador, la interpretación lata y retroactiva de una nueva ley". (Sentencia de 9 de noviembre de 1943. G. J. número 2001, pág. 272).

En contra de esta conclusión se invocan los artículos 8º y 28 de la ley, en cuyo contenido encuentra la sentencia, razón definitiva para su concepto sobre la aplicabilidad del artículo 4º a hechos pasados. Dicen así estas disposiciones:

"Artículo 8º—Acreditada la filiación por cualesquiera de los procedimientos y pruebas a que se refieren los artículos 68, 69 y 75 (inciso 1º) de la ley 153 de 1887, surtirá todos los efectos civiles señalados en la presente.

"Artículo 28.—La presente ley, en cuanto se refiere a los derechos herenciales de los hijos naturales, en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de aquélla, sólo tendrá efecto en favor de los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir".

Olvida sin embargo la mayoría de la Sala, que el pensamiento del legislador sobre la materia, no fue por cierto el de darle a la primera de estas disposiciones lo que llama la sentencia "efectos inmediatos", y que en realidad son retroactivos, sino el de permitir que una simple investigación sumaria en los términos que autorizaba la ley antigua "para el solo objeto de exigir alimentos", pueda tener bajo el régimen de la ley nueva y por consiguiente para el futuro, atributos constitutivos del estado civil, a la manera que los produce la investigación adelantada por la vía ordinaria. Así lo expresa el mismo autor del proyecto, cuando al comentar este artículo dice lo siguiente:

"Hoy han cambiado las cosas. El hijo no reconocido voluntariamente puede, antes de aventurarse en el pleito, hacer uso del medio señalado en el artículo 68 de la ley 153 de una especie de posiciones abiertas con el fin de medir la altura moral de su autor. Si éste confiesa que se cree padre, habrá desaparecido la necesidad de un proceso con todas sus molestias; pero la prueba no será únicamente para asegurar la precisa subsistencia del hijo, sino para hacer surgir todas las relaciones jurídicas anexas hoy a la filiación natural, con la sola salvedad que trae el artículo 28 de la reforma. Si lo niega, pero el hijo cuenta con elementos probatorios suficientes, según el artículo 4º, entonces puede abrir la

controversia judicial, a fin de obtener la declaración del Juez sobre paternidad, también con los mismos efectos de un reconocimiento voluntario, salvo lo preceptuado en el inciso final del artículo 14.

"Ahora si el demandado no comparece pudiendo, esto es, sin que se lo impida enfermedad calificada de grave, fuerza mayor, etc. (artículo 619 del C. J.), y se ha repetido una vez la citación, el Juez tendrá por reconocida la paternidad para todos los efectos civiles, inclusive el de la representación legal, pues en tal evento no hay juicio contradictorio". (Derechos de los Hijos Naturales, págs. 295 y 296).

Y en cuanto al contenido del artículo 28, un simple examen del conjunto de las disposiciones que forman la ley basta para reconocer, hasta dónde es equivocado el criterio interpretativo que sigue la sentencia. En efecto:

Por medio de los artículos que inmediatamente preceden al 28 de que se viene hablando, el legislador modificó los órdenes sucesorales que el Código Civil tenía establecidos, consagrando la concurrencia de los hijos legítimos con los naturales, y creando prerrogativas preferentes para éstos, en relación con otros herederos. Pero como la vocación hereditaria, mientras la herencia no se defiere constituye apenas una simple expectativa y no un derecho adquirido, es claro que al establecer la nueva ley aquellas modificaciones, ellas debían lógicamente afectar la expectativa de los hijos legítimos, en concurrencia con quienes nacidos antes de la nueva ley, pudieran adquirir el estado de hijos naturales a través de hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, como exactamente acontece con los demás órdenes de sucesión. Para que tal expectativa no se quebrantara en obsequio de quienes habrían adquirido ya el estado de hijos naturales por obra del reconocimiento, o de quienes pudieran adquirirlo luego con fundamento en hechos posteriores previstos por la ley como indicativos de la paternidad, vino ese precepto, que nada tiene que hacer con la retroactividad de la ley.

Situada así la discusión, decidió entonces la mayoría de mis distinguidísimos colegas acogerse a la tesis de que, en materia de orden público, como es la del estado civil de las personas, el principio regulador de la ley en el tiempo, es justamente el de su aplicación inmediata, distintamente a lo que sucede con las normas de estricto derecho privado; luego a ser verdad que en la ley 45 nada se hubiera dicho al respecto, bastaría

esta sola consideración para fundar la tesis que acoge la sentencia, supuesto que entre las reglas de interpretación general de que trata la ley 153 de 1887, tampoco se halla ninguna que lo modifique.

Impresionado por esta nueva argumentación, me propuse verificar con alguna diligencia el contenido del artículo 19 de la citada ley 153, en el cual me parecía advertir la solución del problema, frente al texto del artículo 2º de la ley chilena de 7 de octubre de 1861, de donde se tomó el nuestro, y que dice: "Las leyes que establecieron para la **adquisición** de un estado civil, condiciones diferentes de las que exigía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comience a regir"; en tanto que por el artículo 19 se dispone: "Las leyes que establecen para la administración de un estado civil condiciones distintas de las que exigía una ley anterior, tienen fuerza obligatoria desde la fecha en que empiecen a regir". Pero como el concepto de "administración" de un estado no otra cosa puede significar que el cuidado y gobierno de los efectos y consecuencias que de él provienen, y la segunda parte del artículo 20 siguiente concretamente establece en el particular que "los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas de autoridad o dependencia entre los cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos, se regirán por la ley nueva", era lógico suponer que se tratara de un error tipográfico en aquélla, inadvertido hasta hoy por nuestros comentaristas, antes que de un cambio en la voluntad del legislador colombiano; como evidentemente pude comprobarlo.

Según el texto de la ley, expedida el 15 de agosto de 1887 bajo la firma del señor Caro como Presidente del Congreso, y sancionada el 24 por el doctor Núñez como Presidente de la República, el artículo 19, no habla de las "leyes que establezcan para la **administración** de un estado civil condiciones distintas", sino de las que "establezcan para la **adquisición** de un estado civil condiciones distintas"; el error se produjo al promulgarse la ley en el Diario Oficial de 28 del propio mes, con el cual ha seguido apareciendo en todas las publicaciones posteriores de su texto.

Entonces y aclarado así el contenido de la disposición, no podía ya ser dudosa para la Corte la inaplicabilidad del artículo 4º de la ley 45 de 1936 a hechos anteriores a su vigencia, en cuanto

por él se establecieron "para la adquisición" del estado civil de hijo natural, "condiciones distintas" (causales de investigación) "de las que exigía una ley anterior" (reconocimiento voluntario y solemne del padre); puesto que según voluntad expresa del legislador, no modificada en la ley posterior, dicho artículo 4º sólo tiene fuerza obligatoria, o **prevalece** sobre aquélla, como dice la ley chilena, "desde la fecha en que empezó a regir".

Así lo supuse a través de la complacencia con que la opinión unánime de la Sala recibió el resultado de esta investigación; sólo que a la postre y después de más hondas meditaciones, la mayoría de sus miembros, llegó a la conclusión de que donde la ley dice: "**desde la fecha en que empiecen a regir**", era preciso leer y entender, "**desde antes de su vigencia**"; o lo que es igual, que donde la ley dice "blanco", se puede, a título de interpretación, leer y entender "negro", para de este modo darle efectos inmediatos a la ley, en consonancia con la doctrina de la Corte de Casación y de los autores franceses... Por esta razón, y porque para la mayoría de la Sala siguen siendo idénticos la adquisición de un estado civil y los derechos y obligaciones que de él pueden provenir, como se comprende a través de las múltiples citas con que ilustra su parecer, el cambio que inicialmente advertí en las opiniones, no alcanzó a determinar cambio en la votación del proyecto.

Fuera del aspecto que dejo analizado y que ha sido el tradicional en esta clase de controversias, llevé también a la consideración de la Corte otro que no hallé dilucidado por los franceses ni por los chilenos; es el que se relaciona con las formas distintas como las dos legislaciones en tránsito previnieron la constitución del estado civil de hijo natural.

"La Jurisprudencia, observa el profesor Ricci, fundándose en el principio de la irretroactividad de las leyes, está conforme en sostener que la prueba, en cuanto a la admisibilidad, no en cuanto a la forma procesal con arreglo a la cual se practica, está regulada por las leyes en vigor al tiempo en que el juicio se desarrolle". Sin embargo, agrega más adelante, "al dirimir lo contenido sobre la aplicación de la ley anterior, o la posterior, no debe confundirse lo que constituye la prueba con lo que, según la ley vigente cuando se verificó el contrato, se conceptúe como formalidad necesaria para la existencia jurídica del contrato mismo. La escritura, por ejemplo, es

una prueba del contrato, y al mismo tiempo puede ser la forma necesaria de la estipulación desde el momento en que la ley la exija, so pena de reputarle como no existente. Ahora bien; la escritura o el documento considerado no como prueba, sino como solemnidad formal del convenio, tiene como norma exclusiva la ley vigente al tiempo en que contrata en homenaje debido al principio de la irretroactividad de las leyes. De ahí que si la nueva ley exige como forma esencial la escritura, no requerida ésta por la ley imperante cuando se realizó el convenio, no debe considerarse el convenio como no existente por la falta de escritura, y la prueba del mismo se hará aplicando el principio más arriba expuesto. Por el contrario, si la nueva ley no requiere para la validez del acto la formalidad exigida cuando el acto se cumple, la falta de tal formalidad hará que el acto es reputado como no existente, por más que hubiere sido válido de realizarse bajo el imperio de la nueva ley". (Tratado de las Pruebas, tomo I, págs. 33, 43 y 44).

De acuerdo con estos principios en que se halla conforme la doctrina general de los tratadistas y de la jurisprudencia, según lo verifica con envidiable erudición el fallo, si el legislador reconoce un medio probatorio nuevo como conducente al esclarecimiento de la verdad, nada se opone a que él pueda válidamente invocarse aún respecto de obligaciones originadas en hechos anteriores a la vigencia de la ley que los admite, puesto que nadie adquiere derecho para hacer triunfar la mentira sobre la verdad y la buena fe.

Pero si lo que modifica la nueva ley, no es solamente el medio de probar la verdad, sino las formas que la ley antigua había establecido como sustanciales para la conformación jurídica del acto, es claro también que esa modificación no puede aceptarse ni producir efecto alguno, sino para ocurrencias posteriores al momento en que la segunda comenzó a regir.

Planteada así la cuestión, todo el problema se reduce a investigar, para cada caso, la índole de la formalidad impuesta por el legislador a efecto de distinguir la forma *ad solemnitatem* de la establecida *ad probationem tantum*; que es lo que —a mi juicio— no hace la sentencia.

"Conforme a estos varios criterios, dice Giorgi, consideramos, según los cánones más severos de la ciencia, que se requiere la forma *ad solemnitatem* y *non ad probationem tantum*:

"a) Cuando acompañen a la disposición las pa-

labras **bajo pena de nulidad** u otras equivalentes conminatorias;

"b) Cuando la disposición está redactada con la fórmula prohibitiva de lo contrario; **verbigracia, no podrán otorgarse verbalmente, o bien, no podrán otorgarse sin asistencia de Notario o de documento.** Y esto porque todas las leyes prohibitorias son perfectas;

"c) Cuando la disposición sea **imperativa o preceptiva**: ejemplo, **deben, deban, deberán** constar por escrito o por instrumento público, o contengan cualquiera otras expresiones equivalentes para significar el precepto, y no se encuentre en el resto de la disposición alguna sanción diversa de la nulidad. Nacerá, por lo demás, la duda cuando el texto de la ley comprenda palabras equívocas; por ejemplo, cuando se diga simplemente **se harán por escrito o por instrumento público**; mas como *scire leges non est verba earum tenere sed vim atque potestatem*, y puesto que otra función de las leyes es ordenar, y no dar consejos, en la duda se debe, a nuestro juicio, estimar que la forma es esencial y su falta engendra nulidad". (Teoría de las Obligaciones, Tomo I, págs. 285 y 286).

Ahora bien. Para el caso de que aquí se trata, está dicho, la ley 153 de 1887 que antes de la reforma actual regía el estado civil del hijo natural había establecido: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado y punible ayuntamiento, podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad legal de hijos naturales respecto del padre... que los reconozca" (artículo 54); "El reconocimiento **deberá hacerse por** instrumento público entre vivos, o por acto testamentario" (artículo 56). "Cuando el padre reconozca un hijo natural en el acto del nacimiento, bastará que firme el acta de registro respectivo, en prueba de reconocimiento". (Artículo 368 del C. C.). Lo cual quiere decir, en conformidad con lo expuesto anteriormente, que la forma del instrumento público para el reconocimiento de hijos naturales, no era dentro del antiguo régimen legal, un simple medio probatorio susceptible de ser modificado o ampliado por la ley nueva, sino una verdadera forma sustancial, sin cuya observancia no era posible la adquisición de aquel estado. Porque los términos de que se valía la primera de estas disposiciones, "deberá hacerse", son claramente imperativos; y porque la inobservancia de la firma del padre en el acta de nacimiento, a que alude el artículo 368, no previene sanción distinta a la de invalidez, que

naturalmente conlleva el acto que se ejecuta contrariando el mandato del legislador.

Y si esto es así, entonces no podía la mayoría de la Corte, so pretexto de darle aplicación inmediata al artículo 4º de la ley 45, suplir la forma sustancial prevenida por la antigua legislación, con los medios probatorios creados por la nueva, para darle valor a hechos que no la tenían en el momento en que se produjeron; al hacerlo, entiendo manifiestamente violado por el fallo, el artículo 1760 del C. C. transcrito como epígrafe de este salvamento.

Porque, debo repetirlo, la filiación natural como estado civil, no es ni puede confundirse con el hecho biológico y natural de la generación, según lo entiende la sentencia. La generación y el nacimiento de la persona son, como si se dijera, la materia prima del ente jurídico, estado civil, pero no el estado mismo; éste, según lo dejo explicado, requiere para su existencia, de una forma sustancial, que es exactamente la que le da el legislador positivo de cada país, y en virtud de la cual la persona adquiere el derecho a que se le tenga como legítimo o natural, como casado o viudo, etc., frente a la sociedad y a la familia. Y porque el estado civil, a la manera de los cuerpos, no puede constituirse sino a través de ese compuesto de materia prima y forma sustancial, es por lo que las previsiones de la ley nueva no pueden reputarse como simples medios de probar un estado que antes no tuvo existencia, sino como nuevas formas de constitución, a las que la Corte ha querido darles un evidente efecto retroactivo en este fallo. Porque si el estado civil de hijo natural no podía adquirirse respecto del padre sino por reconocimiento solemne de

éste, es claro que los hechos indicativos de la generación que lo inducían a realizarlo, y entre los cuales cabe suponer los que más tarde fueron erigidos en causales de declaración judicial, tampoco podían tener virtud constitutiva de ese estado sino a través de aquella formalidad requerida **ad substantiam actus**; luego si por obra de la nueva ley se despoja a tales hechos de la solemnidad mediante la cual podían determinar en el pasado la existencia de aquel estado civil, para hacerles producir ahora idénticos efectos, como lo estima la sentencia, quiere ello significar, que la forma solemne ha dejado de ser sustancial en nuestro derecho, y que con la misma lógica, la venta de un inmueble hecha hoy por documento privado, puede mañana tener eficacia ante una nueva ley que autorice esta forma de enajenación para los bienes raíces.

Con la doctrina sentada por la Corte sobre legítimo contradictor, y a virtud de la cual se da la absurda posibilidad jurídica de dos o más estados civiles de filiación respecto de una misma persona, la escandalosa industria de los hijos naturales, que desde hace un siglo y medio proscribiera Napoleón de las instituciones francesas, conmueve hoy nuestra organización jurídica. Con la de aplicación inmediata que ahora propugna para cohonestar el efecto retroactivo de la ley sobre investigación de la paternidad natural, tal industria ha logrado carta de naturaleza entre nosotros, si es que no determina el epitafio que rememore en el futuro lo que debió ser y no fue la ley 45 de 1936. Porque siempre será verdad que el hombre mata lo que más ama.

Gualberto Rodríguez Peña



SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DRES. PABLO EMILIO MANOTAS Y RAFAEL RUIZ MANRIQUE

Adherimos al anterior salvamento de voto, que corresponde a la ponencia primitiva presentada por su autor como proyecto de sentencia en este negocio. En cuanto en él se acepta la doctrina, según la cual la ley nueva no puede regular los hechos realizados bajo el imperio de la ley precedente; y en cuanto, todo hecho de esa naturaleza, como lo es la creación de la institución legal del estado civil de las personas, sea suceso casual o acto jurídico propiamente dicho, está gobernado tanto en sus condiciones de forma como de sustancia y en todos sus efectos: presentes, pasados y futuros, por la ley vigente en el tiempo en que el hecho fue **jurídicamente** realizado, salvo que la ley nueva no quiera en mayor o menor medida, excluir la eficacia del antiguo ordenamiento jurídico. Y bajo el doble aspecto que asume dicha doctrina en su aplicación práctica: a) Lo que bajo el imperio de una ley precedente ha producido efecto jurídico, conserva capacidad para producir otros, bajo el imperio de la nueva

ley: **id quod jure gestum est revocari non potest**; y b) lo que bajo la ley anterior ha nacido privado de efectos jurídicos, no puede producirlos bajo la posterior, aunque ésta se los atribuya: **quod initio vitiosum vel inutile est, tractu temporis convalescere non potest**".

Y en cuanto que si el estado civil de hijo natural no podía adquirirse respecto del padre sino por reconocimiento solemne de éste, es claro que los hechos indicativos de la generación lo inducían a realizarlo y entre los cuales cabe suponer los que más tarde fueron erigidos en causales de declaración judicial, tampoco podían tener virtud constitutiva de ese estado sino a través de aquella formalidad requerida **ad substantiam actus**.

Pablo Emilio Manotas—Rafael Ruiz Manrique



ACCION DE PETICION DE HERENCIA—TESTAMENTO CERRADO. — LAS CUESTIONES DUDOSAS DESCARTAN LA CAUSAL PRIMERA DE CASACION

Si el notario y los testigos no advirtieron, cuando se otorgaba el testamento, que la cubierta de éste pudiera abrirse sin romperla y así autorizaron el acto, no sería razonable alegar posteriormente, luego de abierto y como motivo de nulidad del testamento, la aparente y dudosa falta de algunos ingredientes materiales para su mayor seguridad, como la de un pegante que no se echó menos en la primera época.

Las cuestiones dudosas descartan automáticamente, por decirlo así, la causal por violación indirecta proveniente de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; porque son incompatibles la duda y el error evidente.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo)

Ordinario de Teodolinda Motta de Tarazona y otra contra Buenaventura Tarazona de Granados y otras.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga)

Resultando:

1.—La señora Florinda Motta de Tarazona, casada con el señor Manuel Tarazona, falleció en Suratá (Santander) la noche del 3 de mayo de 1943.

2.—Por escritura del 26 de junio de 1921, bajo el número 304, ante el Notario 2° de Bucaramanga, había otorgado testamento abierto, en el que instituía como asignatario universal a su marido y hacía otras declaraciones.

3.—Ese testamento se usó para seguir el respectivo juicio de sucesión el que culminó con acto de adjudicación de los bienes al señor Manuel Tarazona, aprobado por el Juez el 20 de oc-

tubre de 1943, entrando el adjudicatario en posesión de los mismos.

4.—El señor Manuel Tarazona falleció, a su turno, el 17 de abril de 1944, y su herencia, dentro de la cual se hallaban los bienes de la de su mujer, fue reclamada y obtenida, mediante el correspondiente juicio, por las hermanas de aquél, Buenaventura Tarazona de Granados, Sofía Tarazona de Blanco y Damiana Tarazona de Motta.

5.—El 23 de marzo de 1945 se repartió al Juzgado 1° Civil del Circuito de Bucaramanga, la demanda ordinaria incoada a nombre de las señoras Teodolinda Motta viuda de Tarazona y Ofelia Tarazona de Lizcano, contra las herederas abintestato del señor Manuel Tarazona, en su calidad de representantes de éste y como poseedoras de los bienes respectivos, o sean, las mismas personas que se mencionan en el numeral anterior, todas vecinas de Suratá, para que, con su citación y audiencia, se tuviera a las actoras como herederas de mejor derecho de la señora Florinda de Tarazona, fundando sus pretensiones en que ésta había otorgado nuevo testamento, bajo pliego cerrado, en la misma Notaría el 13 de mayo de 1933, en el cual revocaba el de 26 de junio de 1921, reemplazando a su marido Manuel Tarazona, por las demandantes, en la calidad de heredero, si bien lo conservaba como albacea con tenencia y administración de bienes por un año.

6.—La demanda contiene también súplicas de adjudicación de los bienes a favor de las demandantes, previa lá declaratoria de nulidad (sic) del juicio de sucesión anterior y reconocimiento de la petición de herencia, por hallarse los bienes de ésta poseídos por personas a quienes aquéllas trataban de excluir, y que eran las adjudicatarias de los bienes herenciales del señor Manuel Tarazona, los cuales comprendían aquellos otros que se le adjudicaron en la sucesión de su mujer con base en el testamento abierto de 1921.

7.—Corrido el traslado a la parte demandada compuesta por las señoras Buenaventura, Sofía y Damiana Tarazona, éstas no sólo se opusieron sino que entablaron demanda de reconvención,

alegando entre otros particulares, que el nuevo testamento otorgado por la señora Florinda Motta de Tarazona era nulo por haber aparecido su cubierta sin pegar y en forma tal que el pliego podía extraerse sin romperla y porque la firma de la memoria testamentaria no era auténtica.

8.—Tramitado el juicio convenientemente, el Juzgado lo despachó con sentencia del 12 de julio de 1947, en la cual niega las peticiones de la parte actora, acepta las de la contrademanda pronunciando la nulidad del testamento cerrado de doña Florinda, dispone que se formule denuncia criminal por falsedad, decreta el desembargo de bienes preventivamente sometidos a tal medida y condena en costa a las demandantes.

9.—Habiéndose surtido, por apelación, la segunda instancia ante el Tribunal Superior de aquel distrito, éste le puso fin con su fallo de 17 de marzo de 1948 cuya parte resolutive revoca la sentencia apelada; niega la excepción propuesta por las demandadas, reconoce a las demandantes como herederas de mejor derecho de la señora Florinda Motta de Tarazona, dándole al testamento cerrado de ésta, plena validez, y acepta las otras declaraciones pedidas con base en él, pero dejando a salvo los derechos correspondientes al señor Manuel Tarazona como cónyuge superviviente de la testadora.

10.—En la motivación de su fallo se coloca el Tribunal en el mismo punto de vista adoptado por el Juez, por cuanto considera como éste que todo el interés del litigio gira alrededor de la validez o nulidad del testamento cerrado que otorgó doña Florinda el 13 de mayo de 1933 y con el cual revocó el de 26 de junio de 1921.

Que las contrademandantes pidieron la nulidad de dicho testamento invocado por la otra parte formada por las señoras Teodolinda Motta de Tarazona y Ofelia Tarazona de Lizcano, alegando dos hechos fundamentales a saber: 1º que el acto es falso, sus cláusulas apócrifas y la firma de la otorgante, suplantada; 2º que el testamento carece de un requisito o formalidad indispensable, que consiste en que la cubierta no estaba cerrada con las seguridades señaladas por la ley, pues podía abrirse y sacarse el pliego, sin romper la cubierta. El Juzgado se atuvo casi exclusivamente al primero de aquellos hechos, lo aceptó y pronunció la nulidad del testamento cerrado.

El Tribunal parte del concepto previo de que, a más del otorgamiento con las solemnidades de que se ha tratado, el testamento de esa clase está

sometido a una serie de diligencias posteriores que, sin formar parte integrante de él, constituyen requisitos previos a su ejecución.

Para admitir la suplantación de la firma el Juzgado acogió el dictamen de dos peritos que llegaron a las mismas conclusiones, pero lo rindieron sin deliberación conjunta. El Tribunal se aparta con respeto del criterio del Juzgado, hace un sesudo y minucioso estudio y formula, entre otras, las consideraciones que merecen copiarse y dicen:

“El cotejo es una verdadera prueba pericial cuyo mérito lo señala el artículo 656 del Código Judicial. Por consiguiente, los requisitos para producirlo son los mismos señalados en el capítulo 8º del título 17 del libro II de aquella obra; pero su valor como prueba se sujeta a las normas del artículo 656, o sea, que es una prueba incompleta, que constituye un indicio más o menos grave y vehemente según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma o letra ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes. Así, pues, el cotejo no establece por sí solo la verdad del hecho (artículo 594), y apenas es un indicio más o menos grave y vehemente, sin ser nunca o constituir un indicio necesario. De acuerdo con el artículo 716 del Código Judicial, los peritos proceden a estudiar las cuestiones o puntos a ellos sometidos, deliberan juntos sobre tales cuestiones y luego extienden el dictamen en una sola declaración, si están de acuerdo, y de no, por separado, expresando en todo caso, con precisión, exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que lleguen. La jurisprudencia ha aclarado (sentencia de 22 de febrero de 1936, Sala de Negocios Generales), que no es causal suficiente para que se desestime un peritazgo, el hecho de que los peritos o expertos no hayan extendido el dictamen en una sola declaración, pues se trata de un requisito apenas formal. En cambio considera el Tribunal, que la deliberación conjunta de los expertos sí es un requisito de fondo, atendida la naturaleza y formalidades de esta prueba que exige conocimientos y prácticas especiales sobre los hechos cuya comprobación requiera la intervención de tales expertos; conocimientos y prácticas que, se presume, no tiene el Juez.

“La comisión revisora, al hablar sobre el mérito probatorio del dictamen de peritos, dijo: ‘Con el fin de procurar un mejor y deliberado estudio de los puntos materia del dictamen y poner

de manifiesto la manera honorable de atender al cumplimiento del cargo, **se les conmina** (subraya el Tribunal) para que hagan el estudio de las cuestiones que se les sometan, **deliberando juntos sobre tales cuestiones** (subraya el Tribunal). En el caso de estudio, el dictamen pericial adolece de la irregularidad últimamente anotada: cada perito, por separado, retiró el expediente para su estudio, y por separado igualmente, rindió su dictamen. El perito Rangel tuvo el expediente desde el 22 de noviembre de 1945, y rindió su dictamen el 4 de abril del año siguiente. El perito Orduz Ardila lo devolvió y rindió, el 8 de noviembre de 1946. Según se desprende de los términos de los dictámenes, cada perito estudió por separado el cuestionario, de modo que no hubo deliberación conjunta, ni los peritos pudieron prestarse, el uno al otro, a pesar de que coincidieron en las conclusiones, el concurso de sus luces y conocimientos. Uno de los peritos conceptuó que las firmas se debían a distintas manos, procediendo sobre fotografías de los dos autógrafos; el otro, sobre el protocolo con auxilio de lupa, pero ninguno de los dos tuvo otros medios de información y confrontación distintos de las dos firmas controvertidas, la del testamento y la de la cubierta, lo cual peca contra los principios de la grafología que requiere, para el éxito del cotejo, la confrontación de varios (más de dos, en todo caso) escritos de la misma mano, pues en la misma persona puede alterarse la escritura por las emociones del momento, el estado de salud y hasta por la presencia de personas ajenas al firmante. La posición en que se escribe y el objeto y finalidades, lo mismo que la trascendencia del escrito, influyen en la escritura, conservándose sí, la conciencia y persistencia de ciertos rasgos. El Departamento Técnico de Investigaciones de la Policía Nacional, en concepto rendido en un negocio ventilado en este Distrito (Bucaramanga), conceptuó que los exámenes grafológicos y el cotejo de letras no pueden hacerse sobre simples fotografías, las que, tan sólo sirven para ilustrar a los funcionarios que han de juzgar; el cotejo y los exámenes grafológicos deben hacerse directamente sobre escritos originales.

“El cotejo practicado en este juicio no puede aceptarse como prueba (indicio más o menos grave), por las siguientes razones: los peritos no deliberaron conjuntamente sobre las cuestiones propuestas; uno de ellos hizo el cotejo sobre fotografías no autenticadas, y el otro con lupa so-

bre el protocolo y, aún proveniente de personas de insospechable honradez y excelentes dotes intelectuales, ninguno de los dos es un **experto, un perito** en las delicadas cuestiones de la grafología. Como lo dice el informe de la Comisión Revisora del Código, el perito es, en cierto modo, testigo, experto y juez, y para el desempeño de su cargo debe reunir especiales condiciones de conocimiento y práctica en la materia sometida a su examen.

“.....
 “En este juicio no consta (la inspección ocular no menciona esa circunstancia) que los peritos hubieran comparado ‘en asocio del juez y en presencia de él’, las dos firmas del acto testamentario que dicen **Florinda Motta de Tarazona** con otras firmas o escritos de la testadora. Es evidente que las dos firmas, la del testamento y la de la cubierta, presentan algunas diferencias apreciables a simple vista, pero no es menos cierto que las mayúsculas del nombre o firma que aparece en la cubierta, presentan marcadas diferencias con las del mismo nombre en las cartas que se acompañaron por el doctor Arenas Calvete y se presentaron a la diligencia de inspección ocular. Tampoco consta que los peritos hubieran hecho confrontaciones por escritos o firmas diferentes, de la misma testadora, **Florinda Motta de Tarazona**, y mucho menos, que los peritos hubieran deliberado juntos, en presencia del Juez, o fuera del Juzgado y de la Notaría, para hacer las confrontaciones necesarias de las firmas, y estudiar conjuntamente las cuestiones sometidas a su estudio y decisión. Antes por el contrario, existe constancia de que hubo necesidad de requerirlos para que presentaran el dictamen, y que, no obstante el requerimiento, el perito señor Rangel devolvió el expediente o rindió el dictamen cuatro meses más tarde, y el doctor Orduz Ardila entregó el suyo, seis meses más tarde”.

Estudia luego la sentencia los demás indicios de los cuales pretendió deducir la falsedad del testamento, en su alegato de segunda instancia, el apoderado de la parte interesada en que se declare, y que fueron: 1º No haberse presentado el testamento en la primera diligencia de inventarios, cuando se adelantaba el juicio por el señor Manuel Tarazona usando del acto que otorgó la señora de éste en 1921; 2º Haberse encontrado un membrete o leyenda con el nombre del doctor Luis Ernesto Puyana, en el papel sellado que sirvió para escribir la memoria testamentaria se-

creta en 1933; 3º Revocatoria del testamento aquel y desheredamiento del marido de la testadora, y 4º La facilidad o posibilidad de que la cubierta del testamento fuera abierta sin romperla.

Respecto del primero, se encontró satisfactoria la explicación dada por la señora Teodolinda Motta, interesada en el segundo testamento, de que en ese entonces no había hallado la escritura de protocolización extendida para cumplir con la Ley 36 de 1931; por lo que hace al rótulo o membrete del doctor Puyana, no se logró pasar del terreno deleznable y equívoco de las conjeturas; en lo tocante al tercero, no ofrece duda de ninguna especie la facultad amplísima que conserva el testador para revocar sus disposiciones mientras viva y que si se acude a la forma secreta es para que "no le torturen en vida las rencillas y disensiones entre sus familiares por el reparto del haber herencial. Una persona que otorga un testamento secreto, habiendo hecho antes uno público, es porque, precisamente, quiere cambiar, modificar o derogar sus antiguas disposiciones; pero para que tal derogatoria o revocatoria no le cree problemas en vida, recurre al secreto". Finalmente, lo que tiene que ver con la mayor o menor facilidad de la extracción del pliego, o sea, sobre la posibilidad de que la cubierta del testamento fuera abierta sin romperla, el Tribunal lo hizo materia de análisis más detenido, por separado, en un capítulo que destinó a las solemnidades y la validez del testamento, juzgando de aquel hecho material como si fuera una de aquéllas e interpretando el sentido y alcancé del segundo inciso del artículo 1080 del Código Civil. De ello merece copiarse:

"La ley colombiana, igual en ello a la chilena, establece que la cubierta del testamento estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta (artículo 1080, inciso 2º). La ley no exige que se pegue con goma, sino que se cierre en forma tal que no pueda abrirse sin romper la cubierta. No hay duda de que en el de la señora Florinda, la cubierta no se pegó con goma o con cualquier otro ingrediente, como reza la constancia del doctor Arenas Calvete. Como lo atestigua el acta de la cubierta, la otorgante cerró la cubierta y la aseguró con tres parches de lacre, que selló en presencia de los testigos, de modo que éstos y el Notario pudieron convencerse de su cerramiento. Como lo dice la diligencia de apertura, los tres parches o sellos de lacre cubrían

la hoja de papel por fuera del doblés, y también por dentro, y los sellos estaban intactos, como lo reconocieron el Notario y los testigos. El cerramiento no se hizo con goma, sino con parches de lacre que pisaban un cordón de seda, parches que estaban intactos el día de la apertura, tales como los dejó o los puso la testadora.

"El mismo abogado impugnador dejó constancia, y de ello dio fe el Juzgado que, para extraer el testamento hubo necesidad de romper los sellos de lacre, es decir, las seguridades externas consideradas como suficientes por la testadora, para que sus disposiciones permanecieran secretas. Sabido es que una cubierta pegada con goma puede abrirse sin romperla, sometiendo a la acción de los vapores calientes el papel. Con la misma lógica del impugnador puede decirse: para abrir la cubierta hubo necesidad de romper los sellos, pero esos sellos también podían haber sido puestos por el falsificador.

"Hay un hecho no discutido siquiera por los abogados ni por el juez de la primera instancia: para extraer el testamento, hubo necesidad de romper los parches o sellos de lacre, que la testadora puso para la seguridad de su secreto. Esos parches, esos sellos, constituían una seguridad externa, y para abrir la cubierta hubo necesidad de romper esos sellos, esas seguridades que, por su naturaleza, y por la acción del tiempo, constituían un todo con la cubierta (subraya la Corte)".

Se extiende luego el Tribunal en otras consideraciones sobre el mismo hecho, creyendo que se prestaba para hacer reminiscencia del formalismo romano contrario a la eficacia de la libre expresión de la voluntad jurídicamente determinada, y observa:

"Se hallan enfrentadas dos interpretaciones de la disposición legal que se comenta (inciso 2º del artículo 1080 del Código Civil): (1) conforme a la inspección ocular, al dictamen de los peritos y al acta de apertura del testamento, la cubierta que lo contenía no estaba pegada en toda su extensión, apenas estaba asegurada exteriormente por tres sellos de lacre, que al romperse por el juez, permitían y permitieron sacar el escrito testamentario, quedando intacta la cubierta, luego el testamento no tenía ni podía tener el carácter y la condición de secreto y, por lo tanto, se cometió un delito, que debe investigarse de oficio y su adelantamiento ordenarse en la sentencia que declare la invalidez del testamento; (2) y la otra: la ley quiere que las disposiciones

testamentarias secretas tengan ese verdadero carácter y, para lograrlo, ordena una serie de operaciones destinadas a garantizar la autenticidad del acto secreto: en primer lugar, el testador debe presentar ante el Notario y cinco testigos, una cubierta cerrada, que el otorgante puede sellar como lo quiera, y expresar de viva voz, de manera que los seis presenciales lo vean, oigan y entiendan, que quiere otorgar testamento secreto y que sus disposiciones de última voluntad se hallan encerradas en esa cubierta; en seguida, se extiende un acta o atestación notarial, autorizada y suscrita también por el testador y los testigos, en la cual se certifique por todos los presentes que el testador se encontraba en su sano y cabal juicio y las demás circunstancias expresadas en el inciso 4º del artículo 1080 del C. C.; viene luego el otorgamiento inmediato de una escritura pública, en la cual se hagan constar esas mismas circunstancias, y una relación pormenorizada de la clase, estado y forma de los sellos y medios de seguridad que contenga la cubierta y, finalmente, una vez muerto el testador, el Juez se cerciorará de la autenticidad del acto dispositivo, en sus condiciones externas y sus seguridades, de suerte que pueda establecerse sin lugar a dudas, que la cubierta se encuentra en el mismo estado en que la presentó el testador el día de aquellas primeras solemnidades. Si, pues, el testador presentó una cubierta cerrada y expresó de viva voz que ahí estaba su testamento; si en presencia del Notario y los instrumentales, cerró exteriormente la cubierta, y la selló para garantizar su secreto y su contenido; si se hicieron constar todas esas circunstancias en el acta notarial o sobrescrito de la cubierta y en escritura pública; y si, finalmente, el Notario y los testigos garantizaron tiempo después, la autenticidad del testamento y la integridad de la cubierta, y si para abrirla y sacar el testamento hubo necesidad de romper los sellos con que la testadora cerró la cubierta, es decir, violentar o fracturar las seguridades externas que constituían el cerramiento, debe entenderse que la ley se ha cumplido y que el acto testamentario tiene toda su validez”.

11.—La parte demandada recurrió en casación y así vinieron los autos a la Corte donde sufrieron los trámites adecuados.

La lectura de la demanda convence de que no logró ajustarse a las exigencias propias de este recurso extraordinario. Se acusa la sentencia por la primera causal alegando violación directa, a-

plicación indebida e interpretación errónea de los artículos 601, 722 y 730 del Código Judicial; 1080 y “demás concordantes del Código Civil”. Pero no se especifica —como es de rigor— en qué forma se consumaron aquellas infracciones de las disposiciones citadas. Más aún: al ensayar la motivación de los cargos se abandona completamente la postura inicial y acaba por salir un ataque de violación indirecta como consecuencia de errores de hecho y de derecho, imputados al Tribunal cuando hizo la crítica del acta de inspección ocular y del dictamen pericial cuyo estudio de fondo se contiene sustancialmente en los apartes de la sentencia arriba transcritos. Parece, y así lo estima la Sala, que toda la fuerza de la acusación residiera en el siguiente párrafo, único que permite descubrir cuál fuera la intención del recurrente:

“¿A dónde quiere llegar, sin embargo, el Tribunal al esbozar semejantes conceptos?

(Se refiere a los contenidos en los considerandos de la sentencia destinados a interpretar el modo de cumplirse con los requisitos indicados por el Código Civil en cuanto a las seguridades exteriores del pliego del testamento cerrado). Simplemente a esto: a que el artículo 1080 del Código Civil no se debe interpretar con el espíritu formalista del derecho romano y, por consiguiente, que, como dicho artículo no exige la goma en la cubierta, sobran todas las alegaciones de la contrademanda en el sentido de subrayar que el testamento atribuido a la finada es nulo absolutamente por haberse violado su contenido, o lo que es lo mismo, por carecer dicho testamento del carácter de secreto que se le atribuye. Si bien es débil la armazón dialéctica con que el Tribunal presenta sus conclusiones a este respecto, y aún inadecuada para el caso concreto que se discute, ni siquiera sirve para invalidar el hecho probado de que la póliza testamentaria de la finada se extrajo sin romper la cubierta, como quedó establecido del acta de inspección ocular que, conforme lo (sic) dispuesto por el artículo 730 del Código Judicial, hace plena prueba; por tanto es a las disposiciones de los artículos 1080 y concordantes del Código Civil, a las que ha debido ceñirse el Tribunal sentenciador y no violentar (sic), como lo ha hecho, lo que reza la ley sustantiva”.

Y acaba de configurarse el cargo de violación indirecta, añadiendo a la observación anterior relativa al mérito de la prueba sobre inspección ocular con que se pretende acreditar que se vio-

ló el secreto del testamento, debido a falta de seguridades en la cubierta, lo que alegó a propósito de la fuerza probatoria del dictamen pericial que considera plena e inobjetable con base en el artículo 722 del Código Judicial, citado al principio de la demanda de casación. Pues dice:

“Ya se vió antes cómo fue de exacta y absoluta la coincidencia de los peritos; y cuán semejantes en las conclusiones que registra el estudio realizado por ellos. Cabe aquí señalar, de otro lado, que el dictamen pericial fue oportunamente puesto en conocimiento de las partes, sin que el apoderado de las demandantes presentara objeción alguna, o tacha legal, dentro de dicho término, contra los peritos y sus informes, con lo cual dicha prueba adquirió completo valor, como así lo ha establecido la Honorable Corte, asimismo, en situaciones semejantes”.

Se considera:

Sólo, pues, por interpretación de la demanda, deducida de lo que afirma el recurrente en los apartes extractados, se descubre el cargo de violación indirecta del artículo 1080 del Código Civil, porque alega que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho al juzgar las pruebas aducidas para demostrar la nulidad del testamento cerrado que otorgó la señora Florinda Motta de Tarazona el 13 de mayo de 1933. Sin embargo, no logró sacarlo avante; pues, fuera de que no citó como violada la disposición del artículo 11 de la Ley 95 de 1890, que habría sido la pertinente (sin que obste el hallarla con otros textos legales al reproducir en síntesis los alegatos de instancia (folio 14 vuelto del presente cuaderno), pretendió, acogiéndose al artículo 722 del C. J. atribuirle eficacia decisiva al concepto de grafólogos aficionados (pues no se demostró, en contra de lo aseverado en la sentencia acusada, que fueran expertos reconocidos en el oficio), que estudiaron por separado y en circunstancias que no fueron las impuestas por la ley, las dos firmas de la testadora, puesta la una en el pliego de su última voluntad y puesta la otra en el sobrescrito de la cubierta presentada al notario al tiempo del otorgamiento. Sin caer en la cuenta de que la regla aplicable a esta clase de peritazgos, dada la materia especial sobre que versó el del pleito —simple cotejo de firmas— es la del artículo 656 de la misma obra; y así lo entendió rectamente el Tribunal para fijar el valor del trabajo realizado por los señores Rangel y Orduz.

Y por cuanto el recurrente no adujo reparo sólido en contra del criterio adoptado al respecto en la sentencia, que es inobjetable, el cargo resulta innocuo y debe rechazarse.

No corre mejor suerte el otro que intenta fundarse en la manera de estimar el mérito del acta de reconocimiento ocular, de 21 de noviembre de 1945, practicado en la cubierta del testamento. Verdad que entonces se hizo constar que ésta “no presenta huella de goma, ni de cualquier otro pegante, lo cual **podiera facilitar** (se subraya) su apertura, sin necesidad de romperla previamente, ya que las **únicas seguridades de dicha cubierta parecen** haber sido los parches de lacre rojo y el cordón que se observan en ella”.

Se subrayó la primera frase —“podiera facilitar”— porque no es lo mismo “podiera facilitar” —conjetura— que “facilitó” —seguridad—; pues nunca es lícito deducir de la mera posibilidad intrínseca la extrínseca, particularmente cuando se piensa en imputar un hecho tan grave como la violación del secreto de una memoria testamentaria. Lo propio se hizo con la segunda expresión de las únicas seguridades, porque ello está diciendo que las hubo, sin perder de vista que la inflexión verbal “parecen haber sido” indica que no se afirmó rotundamente que esas hubieran sido las únicas con lo cual tampoco se descarta que hubiera habido otras, desaparecidas por el transcurso de los días.

No es discutible que según el artículo 730 del C. J. el acta hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez. Pero de ahí no puede concluirse que esté demostrado, con el acta de aquella inspección ocular, la falta del requisito previsto por el artículo 1080 del C. C., acerca de las seguridades que ha de presentar la cubierta del testamento cerrado de que se trata en este pleito.

De un lado —como ya lo anotó el Tribunal— aquella acta acredita un primer hecho: la ausencia de huellas de goma u otro pegante, lo cual **podiera facilitar** la apertura del testamento sin romper su cubierta previamente; pero ello, como es obvio, cuando se observó dicha circunstancia, no al tiempo de otorgar el testamento en el año de 1933, sino durante el término probatorio del juicio sobre su validez en el año de 1945. De otro lado la misma acta reconoce que la cubierta, cuando fue objeto de la inspección, sí tenía las muestras de seguridades distintas, como son los parches de lacre y el cordón que se observaron en ella: elementos que hacían parte integrante de la

“cerradura” de la cubierta y que fue necesario quitar o remover para que saliera el testamento, como también acertadamente lo hizo anotar la sentencia acusada.

Hasta la misma redacción en giro hipotético o conjetural convence de que el acta no asevera categóricamente que el juez hubiera observado un hecho o una circunstancia de tal naturaleza graves e inequívocos, como para inferir, sin lugar a dudas, que la cubierta del testamento hubiera sido violada, y que esa violación hubiera sido precisamente causada por la falta absoluta del requisito material de las seguridades del cerramiento de la cubierta del testamento, descuido que pasó inadvertido ante la mirada indiferente o quizá cómplice, del notario y de los cinco testigos.

Todo sin contar —se repite— con que es patente la observación de que da fe la misma acta de inspección ocular, de aquellos otros elementos (parches de lacre y el cordón) los cuales constituyeron, tanto al otorgar el testamento, como a la hora de su apertura, un medio suficiente para tener por cumplidos los requisitos del inciso segundo del artículo 1080 del Código Civil; o sea, que supuestos el buen sentido y honradez del notario y de los testigos que presenciaron el otorgamiento, tales elementos se tuvieron como medios adecuados para asegurar la inviolabilidad de la reserva del testamento. En resolución, la cubierta se presentó cerrada de tal modo, que el notario y los testigos no dudaron acerca de su aptitud material para recibir la prestación de fe que le concedieron. Ahí se funda una presunción de validez que no podría destruirse sino mediante la plena prueba de un hecho irrefragable, absolutamente incompatible con la conservación de la reserva del testamento, el cual se otorgaba en medio de una sociedad compuesta de personas honorables, capaces de respetar un acto de tal naturaleza.

Propiamente y en contra de lo que afirma la sentencia, aunque ello no incida en motivos de casación, no se está en presencia del caso juzgado apreciando solemnidades legales, de tipo más o menos formalista, previstas como **formas ad substantiam actus**, las cuales siempre han de interpretarse con severo criterio restringido al reclamar su cumplimiento, sino ante un hecho puramente material como es el procedimiento para cerrar la cubierta de un testamento, cuyos medios mecánicos son susceptibles de valoración relativa, dadas las circunstancias especiales de

cada caso, que puede estimar el juzgador de la instancia de manera soberana.

Esta Corte, en fallo del 21 de mayo de 1917, dijo:

“Si el funcionario encargado por la ley para autorizar los testamentos, y los testigos, declaran que, en el otorgamiento de un testamento cerrado se llenaron los requisitos exigidos por la ley, ese testamento se reputa válido, presunción de validez que se refuerza si no hay disputa acerca de su otorgamiento y de la identidad del testador, notario y testigos. Esta es una presunción legal, que admite prueba en contrario; pero prueba plena, irrefragable, porque la última voluntad de una persona en acto de tanta trascendencia como el testamento, no puede quedar sometida a las contingencias y vaivenes de la flaca memoria de los testigos, que olvidan circunstancias esenciales con el transcurso de los días”. (G. J., tomo XXXIII, pág. 310).

Y en sentencia del 18 de mayo de 1949 también expresó:

“En el testamento cerrado hay que considerar dos partes diversas: a) El sobrescrito o cubierta del testamento, que tiene la fuerza de un instrumento público, por estar autorizado por el funcionario competente con las solemnidades legales, y b) la memoria testamentaria o testamento, que es obra exclusiva del testador. La apertura no es parte integrante del testamento, y los motivos de nulidad se refieren al testamento y no a las formalidades de la apertura”. (G. J., tomo LXVI, pág. 73).

Aplicando estas doctrinas resulta que, si el notario y los testigos no advirtieron, cuando se otorgaba el testamento, que la cubierta de éste pudiera abrirse sin romperla y así autorizaron el acto, no sería razonable alegar posteriormente, luego de abierto y como motivo de nulidad del testamento, la aparente y dudosa falta de algunos ingredientes materiales para su mayor seguridad, como la de un pegante que no se echó menos en la primera época. Porque, si bien ahora no es pertinente suponerlo, hay que reconocer que es muy relativa la seguridad de tales pegantes, cuando es lo cierto que, por el transcurso del tiempo e influjo de agentes naturales, suele secarse y desprenderse el pegante utilizado al principio.

Sea de ello comoquiera, ahora lo único seguro es que no hay base firme que permita aseverar que la cubierta del testamento de la señora Florinda Motta de Tarazona se encontrara, al tiem-

po de la apertura, en condiciones de menor seguridad de aquellas que, se presume, exhibía cuando ella lo otorgó. Más claro: que circunstancias de inferior seguridad material observadas a raíz de la apertura, no sirven para demostrar que el requisito de la ley no hubiera quedado satisfecho cuando el acto era autorizado por el notario y los testigos, tratando de destruir con medios precarios, de mera posibilidad o duda, en la violación de la cubierta, aquella presunción legal de validez derivada de la fuerza que tiene la cubierta como instrumento público.

De ahí que estuviera muy puesto en razón lo que dijo el Tribunal acerca de que en ninguna parte exige la ley que se pegue con goma u otro ingrediente interno la cubierta que se destina para colocar dentro la memoria secreta de última voluntad; como también que una cubierta así cerrada es fácilmente despegable sometiendo el papel a la acción de vapores calientes. Añádase a lo dicho que hubiera sido más bien sospechoso hallar la cubierta muy bien pegada después de tanto tiempo. Fuera de que el cordón pasado a través de perforaciones por la cubierta y luego adherido al papel por medio de parches de lacre, los cuales se encontraron intactos al tiempo de la apertura, está indicando, como ya se vio, que había seguridades para evitar la extracción, pues formando el hilo y los parches con el papel una sola cerradura exterior, quedó cumplido el artículo 1080 del Código Civil; porque sin romper los parches y retirar el cordón adherido a ellos no fue factible abrir la cubierta: el medio no carecía de ingenio y hallaba seguridad aún en su aparente debilidad.

Lo que sí habría dado materia para reparos, desde luego no sustanciales, contra alguno de los considerandos de la sentencia, es lo tocante a la manera de interpretar el formalismo o "formulismo" romano, dentro de una teoría histórica de los actos jurídicos. Pero como ello llevaría a un campo de mera erudición, sería extraño al contenido del fallo detenerse en estos particulares. Basta con haber observado que aquí los términos son mucho más modestos, porque sólo estaba en juego juzgar de los medios mecánicos o artificiosos que la ley permite usar libremente para la seguridad exterior del testamento cerrado; medios o elementos que, estando al arbitrio del testador escogerlos, pasan bajo el control de la inspección que hacen el notario y los testigos que-

nes, al autorizar el acto y suscribir la cubierta se darán cuenta de si prestan las debidas seguridades, o no. Y es lícito afirmar que, desde el momento en que nada objetaron, pues suscribieron la diligencia, ya obra la presunción de validez, la cual también cobija otras circunstancias de hecho mucho más graves, pero que son susceptibles de apreciarse a simple percepción directa, con auxilio de los sentidos y de la razón de personas conscientes y normales como deben ser el notario y los testigos que presencian e intervienen en la consumación de las formalidades señaladas por la ley.

Queda bajo la apreciación soberana de los tribunales de instancia, valorar la seguridad relativa de aquel elemento material incorporado al debate a través de las pruebas. Así, la Corte no podría innovar; a menos de mostrársele que el sentenciador padeció evidentes errores de hecho o de derecho en la estimación de ellas; lo que al presente no ha ocurrido.

Sobrarían otras disquisiciones para entender que el meollo de la controversia radicaba en decidir si el pliego de la memoria testamentaria había sido, o no, contrahecho, mediante la suplantación de la voluntad de la testadora y falsificación de su firma. Sobre lo primero, nada serio se estableció en contra del contenido; sobre lo segundo, apenas si alcanzó a producirse una prueba incompleta, resultante del cotejo defectuosamente practicado sobre los autógrafos, como lo prevé el artículo 656 del Código Judicial, ni siquiera mencionado por el recurrente. Deficiencia que no logró colmarse con los otros indicios de menor significado y alcance que tampoco pesaron en la soberana conciencia del juzgador.

Por todo ello, la Corte, aún en el supuesto de haber encontrado algún motivo de casación, se habría abstenido de infirmar el fallo, pues al entrar en instancia hubiera tenido que reconocer que la deficiencia de las pruebas no permitía variar las conclusiones ya conocidas. Pues en el mejor de los casos y aun dándoles al dictamen pericial y al acta de inspección ocular una trascendencia de que carecen, sólo se sacaría en limpio una duda, una mera posibilidad de violación del testamento de la señora Florinda Motta de Tarazona. Ahora bien: las cuestiones dudosas descartan automáticamente, por decirlo así, la causal por violación indirecta proveniente de errores de hecho o de derecho en la apreciación

de las pruebas; porque como se ha dicho y repetido, son incompatibles la duda y el error evidente.

Sentencia

Por tanto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, pronunciada en este juicio el 17 de marzo de 1948.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo A.

Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE PAGO DE UNOS HONORARIOS PROFESIONALES. — ACUMULACION SUBJETIVA DE ACCIONES. — LIBERTAD DEL JUZGADOR DE INSTANCIA EN LA APRECIACION DE UN PERITAZGO

1.-Tratándose de servicios prestados conjunta y concurrentemente por tres profesionales, bien puede reclamarse el valor o remuneración de esa labor conjunta, y el demandado satisface aquella prestación pagando conjuntamente a sus acreedores, sin que le interese conocer la forma como dichos acreedores resuelvan distribuir entre sí aquel valor común.

2.—El dictamen pericial cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho, que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos.

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

(Magistrado Pónente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Trabajando siempre en grupo, tres médicos de la ciudad de Buga trataron al señor Alfredo de J. Ríos desde el momento en que herido gravemente fue trasladado al hospital de San José de la ciudad citada.

Restablecido completamente el herido gracias a los constantes empeños de los facultativos, éstos le formularon una sola cuenta por quince mil pesos como precio de los servicios profesionales que le prestaron durante largos días. Encontró aquel muy alto el precio, y los médicos hicieron rebajas por dos ocasiones, hasta formular una última cuenta por diez mil pesos, advirtiendo que se trataba de una concesión, en la esperanza de que esta cuenta se cancelara de inmediato.

No se hizo así, y entonces los médicos Manuel Rengifo Illera, Camilo Arturo Racines y Alfre-

do Rengifo Correa, por medio de apoderado, presentaron demanda contra el citado Ríos, en la cual piden que se condene a éste a pagar a aquéllos la suma de quince mil pesos, por los servicios que le fueron prestados, o la suma que fuere fijada por peritos, y que se le condene también a indemnizarles los perjuicios que han sufrido con la mora.

El Juez del Circuito de Buga clausuró la primera etapa del juicio condenando al demandado a pagar a los médicos demandantes la suma de \$ 15.000, y los intereses legales de esta suma desde el día en que la obligación se hizo exigible hasta que el pago se verifique.

El demandado apeló de esta sentencia, y el Tribunal Superior de Buga, por la suya de veintitrés de abril de mil novecientos cincuenta y uno, la confirmó.

Se le concedió al demandado el recurso de casación, el cual se va a considerar; pero antes, conviene transcribir lo que el Tribunal expresa en orden a los hechos en sí y a su prueba. Se lee en la sentencia:

“Plenamente evidenciado resulta también que el señor Alfredo de J. Ríos fue atendido, en todas las complicaciones orgánicas originadas por las lesiones que sufriera el 13 de noviembre de 1946, por los médicos doctor Manuel Rengifo Illera, doctor Camilo A. Racines y doctor Alfredo Rengifo Correa, quienes uniendo esfuerzos se consagraron conjuntamente al servicio y tratamiento del enfermo hasta lograr su total restablecimiento. Así resulta demostrado, especialmente por los testimonios de las Reverendas Hermanas de la Caridad que dirigían el cuerpo de enfermeras del Hospital San José, Sor Vicente y Sor Celina, y así lo reconoce implícitamente el propio señor apoderado del demandado cuando al interrogar en posiciones a cada uno de los médicos demandantes, inquiere en esta segunda instancia cómo es cierto “que los servicios médicos prestados por el absolvente al doctor Alfredo de J. Ríos con ocasión... de las heridas sufridas por el mismo doctor Ríos a manos de Luis Pablo Potes el día

13 de noviembre de 1946", fueron de mayor entidad e importancia que los prestados por los otros médicos demandantes.

"Consecuencialmente, no se contradice en el juicio el hecho mismo de haber sido atendido el doctor Alfredo de J. Ríos, por los profesionales Rengifo Illera, Racines y Rengifo Correa, en el curso de las lesiones de arma blanca sufridas el día 13 de noviembre de 1946, en esta ciudad. Aunque el demandado no dio respuesta al libelo, por el planteamiento que su apoderado presenta en sus distintos escritos sobre pruebas y alegaciones, se observa claramente que su oposición o inconformidad, en la cuestión de fondo que toca con el hecho mismo de los servicios médicos, está concretada a la consideración de haber sido estimados con exceso aquellos servicios por los profesionales demandantes, o sea, de no corresponder dichos servicios al valor que se reclama en la demanda".

En casación, no se niega este hecho cardinal de que tratan los párrafos copiados atrás, a saber: que los tres médicos trataron profesionalmente al demandado. Objeta sólo el recurrente el que los médicos se junten para entablar una sola acción, y objeta el valor de los servicios, pues lo considera alto, según se desprende de algunas cartas y de este párrafo de la demanda de casación: "Con todo, el doctor Ríos ni se ha negado, ni se niega, a reconocer y pagar equitativamente la espontánea asistencia médica que le prestaron los actores al ser víctima de un malhechor de la misma ciudad. Les discute sí la cuantía, separadamente".

Dos cargos, pues, formula contra la sentencia el recurrente: que no se trata de una obligación solidaria, y que se incurrió en un error de derecho en la apreciación del dictamen sobre honorarios.

a) Se plantea este primer cargo así: "Inició la Sala sentenciadora en error de hecho evidente en el proceso en la apreciación de las siguientes pruebas, puesto que de ninguna de ellas juntas ni de todas juntas surge para el demandado doctor Ríos una obligación *in solidum* con relación a los demandantes".

Y entra el recurrente a hacer cita de las pruebas presentadas por los actores, para sacar la conclusión, como ya se vio, de que no existe de parte del deudor una obligación solidaria para con los demandantes, pero sin decir qué consecuencias jurídicas resultan de esto. Pensó sin duda el recurrente que no tratándose de una obligación

solidaria, cada uno de los médicos ha debido demandar por su parte, esto es, que se han debido presentar tres demandas y no una sola. Pero esto, se repite, no lo dijo el recurrente.

Se dice en este cargo que como consecuencia de los errores de hecho, violó el sentenciador, por no haberlos aplicado, siendo el caso, los artículos 1568, 1569, 1581, 1583 y 2144 del C. C., y por errónea interpretación y aplicación indebida los artículos 202 y 209 del C. J.

Ciertamente, en ninguna de las pruebas citadas por el recurrente se habla de solidaridad, ni la sentencia la afirma. Si la hubiera, cualquiera de los médicos hubiera podido demandar por los \$ 15.000, lo que no ha ocurrido. Si uno solo de los médicos hubiera demandado por el total de la deuda, entonces sí tendría fundamento la alegación del recurrente, oponiendo a la pretensión del demandante la no solidaridad del crédito.

La regla general es que cada acreedor no puede demandar sino por su parte, de manera que si tres individuos contratan una obra por \$ 30.000, cada uno de ellos puede demandar sólo por \$ 10.000, y esto es lo que dice el inciso primero del artículo 1568 del C. C., que es el inicial sobre obligaciones solidarias; pero en la convención o en el testamento se puede establecer la solidaridad, y en muchos casos la fija el legislador; ésta es la excepción a aquella regla general, y de ella trata el segundo inciso del artículo citado.

Desde este punto de vista, no puede haber violación de los textos civiles que se han citado, relacionados con la solidaridad, pues ni se ha invocado tal solidaridad, ni se ha decretado.

Mas si varias personas suman sus créditos contra un deudor, y se unen para demandarlo, entonces ya surge una cuestión procedimental. Y se pregunta: ¿podían los tres médicos juntarse contra el deudor?

El recurrente señala también como violado el artículo 202 del C. Judicial, el cual define lo que es parte litigante, a saber: el litigante o litigantes que sostienen unas mismas pretensiones. Aquí los actores sostienen, sin menor desviación, unos mismos puntos de vista, de manera que se cumple a cabalidad ese artículo, aceptándolo como sustantivo, por vía de argumentación.

El artículo 209, que también se tiene como violado, dice que en una misma demanda se pueden ejercitar varias acciones, con estos requisitos: a) competencia del Juez; b) que puedan sustanciarse bajo una misma cuerda; c) que las acciones no sean contrarias o incompatibles. Y se pregun-

ta: ¿en qué consiste la aplicación indebida de este texto? Por un error manifiesto de hecho? Ni siquiera se ha enunciado. ¿Por un error de derecho? No se dice. Y es claro que a una violación que se alega debe seguir alguna razón que la respalde. Mas en todo caso, la demanda con que se inició este juicio cumple las condiciones de aquel artículo 209.

La continencia de la causa es un principio procedimental de que todas las legislaciones cuidan como garantía del derecho y en bien de la economía procesal. Si cada médico hubiera ejercitado acción contra el deudor, como se pretende, habrían surgido tres procesos con estructura semejante, con demanda igual, con iguales pedimentos, con iguales pruebas, con idénticos argumentos, con el mismo deudor y con la misma jurisdicción. ¿Cómo exigir a la justicia ese despedazamiento de procesos, que enerva las labores judiciales, anarquiza los procedimientos litigiosos, aumenta el trabajo de los jueces y hace subir los gastos de los litigantes? Se puede pensar en que al actor se le ha hecho aquí un favor con un solo proceso, cuando aspira a tres, que en todo caso serían acumulables, al tenor del artículo 397 del C. Judicial, porque de seguirse separadamente, se dividiría la continencia de la causa.

Dijo bien el Tribunal al examinar esta cuestión en los siguientes renglones:

“En cuanto a la acumulación de acciones contenida en la demanda, cabe anotar que en el juicio ha quedado evidenciado que los señores doctor Rengifo Illera, doctor Racines y doctor Rengifo Correa, prestaron sus servicios médicos al demandado doctor Ríos, en forma conjunta, formando una asociación profesional de hecho y para el caso concreto de las lesiones sufridas por el doctor Ríos, y fue ese concurso de luces y de esfuerzos lo que permitió acordar el sistema de tratamiento más indicado, y mantener una atención profesional permanente, para el cabal restablecimiento del enfermo. En tales condiciones, siendo uno mismo el título o causa jurídica que cada uno de los médicos tenía para reclamar la prestación correspondiente por honorarios, podían acumularse subjetivamente dichas acciones en una sola demanda, porque el mismo Juez del Circuito era competente para conocer de todas ellas, y corrían el mismo trámite procesal, lográndose así una economía de procedimiento que evitaba romper la continencia de causa de las tres acciones sobre cobro de servicios. Tratándose de servicios prestados conjunta y concurren-

temente por tres profesionales, bien podía reclamarse el valor o remuneración de esa labor conjunta, y el demandado satisface aquella prestación pagando conjuntamente a sus acreedores, sin que le interese conocer la forma como dichos acreedores resuelvan distribuir entre sí aquel valor común”.

No prospera, pues, este cargo.

b) No se aviene el recurrente con el dictamen pericial sobre el valor de los honorarios, aunque a decir verdad no hace crítica en este segundo cargo a la fijación de ellos en quince mil pesos, y expresa al respecto:

“Incurrió en error de hecho en la apreciación del dictamen pericial rendido por los peritos que actuaron en la diligencia que se lee a folios 38 y 39 del cuaderno 2, por no estar debidamente fundamentado para determinar la cuantía de los honorarios que se cobren en el presente juicio. Basta conocer el punto de vista reñido con la ética que guió el criterio de los evaluadores”.

Son de anotar aquí dos conceptos: a) la afirmación de que el dictamen no está debidamente fundamentado; b) el criterio que guió a los peritos está reñido con la ética.

En cuanto a lo primero, si el examen no está debidamente fundamentado, sería el caso de una mala apreciación de la prueba que daría ocasión a un error. Pero el Tribunal, después de estudiar el dictamen, lo encontró bien fundamentado. La Corte ha dicho en varias ocasiones: “El dictamen pericial cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho, que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos”. (Casación, 30 de abril 1942, LIII, 391. 22 de octubre 1942, LIV-bis, 198. 11 de diciembre 1945, LIX, 839.) Y aquí no aparece el error. En cambio, como se verá en seguida, los peritos tuvieron en consideración muchos factores para llegar a sus conclusiones, lo que dio margen para que el Tribunal hubiera encontrado cumplidas las condiciones del artículo 721 del C. J., el cual dá a un dictamen el valor de plena prueba.

En cuanto a lo segundo, el recurrente explica así la falta de ética que en su concepto informó el criterio de los peritos: “Quebranta los principios de ética el que para apreciar la cuantía de los honorarios de los médicos se tenga en cuenta

la capacidad económica y la categoría social del paciente, porque este criterio de Harpagón rompe el equilibrio de la justicia que exige equivalencia en las prestaciones mutuas de las partes”.

Este es un punto de vista del recurrente, quien, como ya se dijo, ni siquiera objeta por alto el valor de los honorarios. Sin que ese punto de vista incida en la sustancia del negocio, ni dé margen para una acusación fundamentada. De otro lado, esa frase aislada no fue la que inspiró el criterio de los peritos, pues éstos tuvieron en cuenta y estudiaron la gravedad del caso; la efectividad y oportunidad de los servicios; la consagración de los médicos; la duración del tratamiento; la categoría científica de los profesionales, y “la importancia económica y social de quien se benefició con el servicio”. Todas estas consideraciones fueron examinadas por los peritos, sin que se pueda tachar por falta de ética el principio de que el rico debe pagar más que el pobre. Esto es equidad. El criterio de equidad es precisamente el que debe aplicarse en casos como el presente, en que no hay regla legal. Dice un notable expositor: “La equidad natural es ley viva entre los hombres, y su imperio concluye donde comienza la voluntad del legislador”. (Giorgi. Teoría de las Obligaciones. Tomo I, pág. 26). La equidad es base de legislación positiva, porque equivale a la misma justicia eterna. Nuestras leyes civiles la estatuyen a cada paso: cuando las reglas de interpretación no iluminan un hecho concreto, se debe apelar a la equidad natural (artículo 32, C. C.; en casa de apuebas, juega papel importante la equidad (artículo 601, C. J.); lo juega también en casos de avalúo (artículo 721 C. J.); el Juez puede fijar las asignaciones de intérpretes y peritos, teniendo en consideración la importancia del negocio y la categoría de aquéllos, lo que es equidad (artículo 60, Ley 63 de 1936); y es equidad cobrar más impuestos a los ricos que a los pobres, como lo hace el Estado para su subsistencia. Todo el derecho objetivo lo fundan las legislaciones en la equidad natural; la igualdad es el fundamento de los derechos subjetivos, y sería aberrante aplicarla a las relaciones de los hombres.

En este cargo se señalan como violados varios artículos, de los cuales son centro el 2144 del C.

C., conforme al cual los servicios profesionales se sujetan a las reglas del mandato, y el 2143 que expresa que la remuneración del mandato, a falta de contrato o de ley, será determinada por el Juez.

El Tribunal dijo sobre este particular:

“Por la calidad profesional de los dos médicos que actuaron como peritos, por la fundamentación detallada de su dictamen, por la uniformidad del concepto, así como por tratarse de profesionales que ejercen su profesión precisamente en esta ciudad y conocen por lo mismo los usos y costumbres sobre remuneración y cobro de tal clase de servicios, la Sala no vacila en acoger aquel experticio, como que así constituye plena prueba en tratándose de un avalúo o regulación en cifra numérica”.

El Juzgador ha determinado, pues, el valor de los honorarios como se ve en el párrafo que se copia. Fuera de que, se repite, esos honorarios no han sido objetados en su cantidad, y que cuando se trata de avalúos o de una regulación de cifra numérica, el dictamen uniforme y fundamentado de peritos, hace plena prueba. Y reúne estas condiciones el dictamen de que ya se habló.

No prospera tampoco este cargo.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintitrés de abril de mil novecientos cincuenta y uno, dictada por el Tribunal Superior de Buga en este juicio.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Rafael Ruiz Manrique — Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — LA SENTENCIA QUE SE PROFIERE EN ESTA CLASE DE JUICIOS, LO MISMO QUE EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO ES DECLARATIVA DEL ESTADO CIVIL, Y NO CONSTITUTIVOS DE ESTE. LA LEY 45 DE 1936 ES APLICABLE A LOS HIJOS NACIDOS ANTES DE SU VIGENCIA. — EN MATERIA PROBATORIA DE ESTADO CIVIL LA LEY VIGENTE EN EL MOMENTO DEL JUICIO ES APLICABLE EN CUANTO CONSAGRA NUEVOS MEDIOS DE PRUEBA

1.—Para que exista un derecho adquirido, se necesita que haya ingresado al patrimonio de una persona, estableciendo una situación jurídica concreta cuyos efectos tengan un significado económico o simplemente moral. Así el dominio sobre una cosa o la filiación que se adquieren en virtud de norma legal vigente. La ley posterior no puede entonces desconocer ni vulnerar ese derecho, sin producir efectos retroactivos que el precepto constitucional rechaza.

Mas nadie tiene derecho adquirido a no suministrar alimentos a quienes en virtud de la ley actual no disfruten de la calidad legal de herederos forzosos pero la adquirieron por mandato de ley vigente al momento de fallecer éste. En ninguno de estos casos existe situación jurídica concreta que pueda ser oponible a la nueva ley que le otorgue la calidad de alimentario a persona que antes carecía de ella, o que permita obtener judicialmente la declaración de una filiación que en el pasado no podía investigarse, o que le dé el carácter de heredero forzoso a quien hasta entonces no gozaba de ese privilegio. Los efectos de tales leyes son generales e inmediatos.

En estos ejemplos la nueva ley se halla al nacer, frente a situaciones de hecho puras y simples, o, cuando mucho, frente a la mera expectativa de que no se modifique la situación existente antes de ella; pero no se encuentra en presencia de derechos adquiridos.

2.—Los derechos y obligaciones anexos al estado civil pueden ser mejorados o disminuidos por la ley nueva, sin que sea dable alegar su inalterabilidad. Si bien es cierto que el estado civil constituye una situación jurídica adquirida, en cambio tales dere-

chos y obligaciones representan derechos adquiridos únicamente cuando se han traducido en actos válidamente consumados bajo el imperio de la ley vigente. Frente al futuro, tienen el carácter de simples expectativas.

3.—Las doctrinas sobre retroactividad de la ley y derechos adquiridos o situaciones jurídicas concretas y abstractas, no sirven para establecer que la Ley 45 de 1936 no se aplique a los hijos nacidos antes de ella.

4.—Si bien las manifestaciones ante juez de ser el padre, anteriores a la vigencia de la Ley 45 de 1936, no constituyen reconocimiento porque tienen actualmente el valor de actos solemnes que la legislación anterior no permitía ejecutar en esa forma, no hay ningún inconveniente para admitir tales hechos como pruebas dentro de un juicio de investigación, al efecto de demostrar una de las causales consagradas en el art. 4º de la ley.

5.—Decir que la filiación la constituyen el reconocimiento o la confesión o los escritos y demás medios llevados al juicio, y no la generación misma, es como decir que la causa jurídica de la obligación de indemnizar y del derecho correlativo, es la confesión o escrito donde aparezca que se es autor del hecho culposo o doloso, y no este mismo hecho.

6.—En materia probatoria de estado civil rige la ley vigente al tiempo del juicio en cuanto consagra nuevos medios, y la anterior sólo en lo atañadero a la validez de los medios de prueba que al tenor de ella eran admisibles y que la nueva ley suprimió, pues el estado civil constituido bajo el imperio de una ley no desaparece aun cuando otra posterior la derogue.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Carlos Alberto Criales, por medio de apoderado, presentó demanda el 6 de junio de 1942 contra Leonidas (o Leonilde) Criales de Viloria para que mediante el trámite del juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones y condenaciones: "1º Que el señor Carlos A. Criales es heredero del finado Antonio María Criales, como hijo natural de éste, y con mejor derecho a la herencia que la señora Leonidas Criales de Viloria, por lo cual se le debe adjudicar la herencia para que suceda en todos los bienes dejados por el difunto. — 2º Que como consecuencia de la declaración anterior, la señora Leonidas Criales de Viloria debe de entregar los bienes dejados por Antonio María Criales, bienes que aparecen relacionados en una diligencia de inventarios y avalúos, verificada el día 15 de noviembre de 1946 y que obra en el juicio de sucesión, más los frutos naturales y civiles, percibidos y dejados de percibir, al señor Carlos Alberto Criales.

Subsidiariamente, pide que en caso de no acceder a lo anterior el Juez declare lo siguiente: 1º Que Carlos Alberto Criales es hijo natural de Antonio María Criales. — 2º Que como consecuencia de ello tiene el derecho de heredar a su padre Antonio María Criales en todos los bienes dejados por éste, con mejor derecho que Leonidas Criales de Viloria. — 3º Que Leonidas Criales de Viloria debe de entregar los bienes dejados por el causante, según el inventario realizado en el juicio de sucesión respectivo, con sus frutos naturales y civiles percibidos o dejados de percibir. También contiene la demanda una petición para que el Juez disponga, en la misma providencia de admisión de la demanda, que no se puede llevar a cabo la adjudicación ni dar posesión efectiva de la herencia, hasta que se haya decidido la presente litis.

Son hechos de la demanda: 1º El señor Antonio María Criales falleció en Barranquilla el día 21 de diciembre de 1945, sin hacer testamento y en estado de soltería. — 2º El fallecido dejó bienes de fortuna. — 3º El señor Carlos Alberto Criales pidió la apertura del juicio de sucesión de su padre, y adujo como prueba del estado de hijo natural el reconocimiento hecho por Anto-

nio María Criales en acta sentada ante el Alcalde de Puerto Colombia. Como dicha acta no pudo acompañarla en copia original, la suplió con un certificado de la Alcaldía según el cual el libro del registro civil de 1925 no se encuentra en el archivo de esa oficina. Se trajo también la declaración jurada del señor Alberto Jiménez, Alcalde de Puerto Colombia en la época del reconocimiento y tres declaraciones de testigos que presenciaron el hecho de haberse extendido la partida o acta de nacimiento y reconocimiento. 4º Pese a lo anterior, la justicia denegó el carácter de hijo natural a Carlos Alberto Criales, por apreciar que el funcionario encargado de llevar el registro civil no lo era el Alcalde, sino el Secretario del Concejo Municipal, en atención a que no existía Notaría. — 5º En vista de ello, para que se le tuviera como hijo natural reconocido se adujo como prueba una actuación surtida ante el Juzgado único de Puerto Colombia, referente a la demanda que Antonio María Criales presentó contra Carmen Rosa León para que ésta le entregara a su hijo natural. — 6º Esta prueba tampoco fue suficiente para declarar que Antonio María Criales hubiera reconocido a Carlos Alberto como a su hijo natural. — 7º La señora Leonidas Criales de Viloria, entre tanto, obtenía a su favor la declaración de heredera de Antonio María Criales, en su condición de hermana natural. Los hechos 8, 9 y 10 contienen ampliaciones de los hechos transcritos.

Una vez admitida la demanda, ésta fue contestada por la parte demandada, negando el derecho invocado por el demandante y aceptando algunos hechos, negando otros y estándose a lo que probara el actor. Dentro del término de prueba las partes pidieron y obtuvieron las siguientes: Por el demandante, la copia del auto del Juzgado Segundo Civil del Circuito por medio del cual se tuvo a la demandada Leonidas Criales de Viloria como heredera de Antonio María Criales en su carácter de hermana natural de éste, dictado dentro del correspondiente juicio de sucesión; el desglose de las pruebas presentadas por Carlos Alberto Criales en el referido sucesorio, pruebas que consisten en lo siguiente: unas declaraciones extrajuicio y dos certificados expedidos por la Alcaldía de Puerto Colombia; copia completa del expediente contentivo del juicio seguido por Antonio María Criales contra Rosa Barbosa o León para la entrega del niño Carlos Alberto Criales; y la ratificación de las declaraciones extrajuicio. Las

pruebas de la parte demandada consistieron en las copias de las providencias de fechas 1º de febrero, 13 de marzo, 13 de mayo, 10 de junio, 23 de agosto, 3 de octubre y 17 de abril de 1937, proferidas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial. Todas las providencias citadas por el demandado, hace parte del juicio de sucesión intestado de Antonio María Criales.

El juez del conocimiento (el segundo Civil del Circuito de Barranquilla) en providencia fechada el 16 de agosto de 1948, falló el pleito así: "1º Negar las dos peticiones principales de la presente demanda y las peticiones 2ª y 3ª de la solicitud subsidiaria. — 2º Reconocer que Carlos Alberto Criales es hijo natural de Antonio María Criales".

Los fundamentos del fallo de primera instancia se resumen en los siguientes párrafos: "Como se ve, son tres las peticiones contenidas como subsidiarias. La primera de ellas, o sea que Carlos Alberto Criales es hijo natural de Antonio María Criales, es sencillamente la petición que hace el demandante, para que judicialmente le sea reconocido su estado civil de hijo natural. No es que esa petición sea análoga a la petición de herencia, como cree verlo el demandado, y que simplemente se trate de la inversión de los términos de la principal. No. Esta solicitud es ajena por entero a la principal, tiene otra finalidad, y además tiene el apoyo de pruebas distintas a las que se aportaron para demostrar el derecho a la acción de petición.

"Efectivamente, como prueba principalísima, se trajo al debate la copia legalizada de la solicitud dirigida al Juzgado Unico Municipal de Puerto Colombia, por el señor Antonio María Criales con fecha cuatro de mayo de 1925; junto con la solicitud sobre unas declaraciones extrajuicio y finalmente de la actuación recaída en cada una de esas diligencias. Esas copias fueron desglosadas del juicio de sucesión de Antonio María Criales, cuando éste estaba en el Honorable Tribunal, y ellas han hecho parte de las pruebas pedidas con conocimiento del demandado, y no han sufrido tacha alguna, ni en cuanto a la forma ni en cuanto al contenido de ellas. Es evidente que estos documentos públicos, por sí solos no, bastan para demostrar que Carlos Alberto Criales fue reconocido por medio de ellos, como hijo natural de Antonio María Criales, ni que el fallo proferido por el Juzgado Unico Municipal de Puerto Colombia en la providencia de fecha mayo 5 de

1925, haya servido para atribuir a Carlos Alberto Criales, el carácter de hijo natural, por cuanto la materia es de exclusiva competencia de los jueces de circuito. Pero es innegable que las declaraciones que tuvo en cuenta el funcionario municipal para haber ordenado la entrega del menor Carlos Alberto a Antonio María Criales y las peticiones escritas y públicas que reiteradamente elevó el señor Antonio María Criales ante el Juez de Puerto Colombia, son manifestaciones inequívocas de que él era el padre natural de ese menor, y de que Antonio María Criales se preocupó desde la infancia de Carlos Alberto, por procurarle ejemplos sanos y educación cristiana, y se pone de presente su interés en que no continuara en poder de la madre, de quien sólo esperaba mal ejemplo y corrupción para su hijo.

"Esas pruebas, si bien no constituyen el reconocimiento legal apropiado para tales actos, si son suficientes para que pueda el Juez al presente, tener por cierto ese hecho, el hecho de la paternidad de Antonio María Criales con respecto a Carlos Alberto Criales. El artículo 4º de la Ley 45 de 1936 en su ordinal 3º, dice que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural "si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad".

La sentencia recurrida

Ambas partes apelaron, y el Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia proferida el 16 de septiembre de 1949, confirmó lo dispuesto por el inferior.

En los conceptos que en seguida se transcriben apoyó el Tribunal su decisión favorable a la acción de filiación natural instaurada: "Distinto es el hecho de que las pruebas en referencia sirvan para obtener la declaración de filiación natural dentro de la acción incoada por el demandante para tal fin, y dentro de la Ley 45 de 1936, que regla la filiación natural, se tiene que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural cuando existe un escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de la paternidad, y esto tiene referencia a la actuación que se llevó a efecto ante el Juez Municipal de Puerto Colombia, donde se lee que el mismo señor Antonio María Criales, en abril de 1925, previos los trámites legales establecidos, solicitó y le fue concedido, el cuidado del menor Carlos Alberto Criales, en su carácter de

padre natural de éste, sustrayéndoselo así del cuidado de la madre, a cuyo lado podría pervertirse el menor Carlos Arturo. Esta prueba fue traída al juicio con la plenitud de las formalidades procesales respectivas, sin haber sido objeto ni redargüida en forma alguna.

“En este caso concreto, para el Tribunal prospera la acción de filiación natural como viene demandada, porque las pruebas, en especial la que proviene del Juzgado Municipal de Puerto Colombia, demuestra cabalmente esa calidad, por provenir de declaración del mismo padre, y haberse debatido ampliamente en este juicio sobre filiación natural. Es claro que la actuación llevada a cabo en el año de mil novecientos veinticinco no constituye, se recalca, el reconocimiento de paternidad natural para que pueda servir para la prosperidad de la acción de petición de herencia; pero sí sirve para hacer la declaración de paternidad, con apoyo en la Ley 45 de 1936, y de ahí la diferencia de que la prueba no sea viable para la primera y sí lo sea para la segunda”.

EL RECURSO

Contra el anterior proveído ha interpuesto recurso de casación la parte demandada invocando el numeral 1º del artículo 520 del C. J. Los tres cargos que esta demanda contiene acusan la sentencia por violación de las siguientes disposiciones sustantivas: artículo 26 de la Constitución (como precepto del C. C.), artículo 52 del C. P. y M., artículos 19, 20, 54, 56 y 66 de la Ley 153 de 1887, y artículos 1º y 4º, numeral 3º, de la Ley 45 de 1936.

A continuación se reproduce lo sustancial de cada uno de los cargos formulados.

Primer cargo.—“Violación del artículo 26 de la Constitución. Acuso la violación de este texto no como norma de la Ley Fundamental, sino como precepto del Código Civil, incorporado a él por mandato de la Carta. Según el ordenamiento citado los derechos adquiridos con justo título por personas naturales o jurídicas, con arreglo a las leyes civiles, no “pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. La situación jurídica de hijo natural permite ejercer a quien la ostenta, determinados derechos, que aquél podría hacer valer, muerto Antonio M. Criales, pretendido padre natural de Carlos Alberto Criales, contra el sucesor a título universal del causante, en el presente caso, la señora Leonidas Criales de Viloria. Las obligaciones correlativas a

esos derechos, como la de prestar alimentos, tendrían que soportarlas la parte demandada al quedar en firme la sentencia del Tribunal, lo cual implica un menoscabo evidente en su patrimonio material y jurídico”.

Segundo cargo.—Después de hacer el recurrente algunas consideraciones respecto a lo que entiende por “estado civil”, según lo define el artículo 346 del C. C., dice: “De ahí precisamente que respecto del padre las normas legales que fundamentan la calidad de sus hijos naturales deban serle conocidas antes de la concepción. Esta especialidad de la filiación reclama que las normas determinantes del parentesco existan en el momento de la concepción, pues de lo contrario el padre no puede conocer las consecuencias jurídicas de su acto. Imponerle después otras consecuencias sería monstruoso. Las premisas que se dejan sentadas permiten formularle a la sentencia los cargos sobre violación de estos textos legales:

“a) El artículo 52 del Código Político y Municipal, a virtud del cual la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, es decir, para lo futuro. Y lo viola el Tribunal por no haberle dado aplicación al caso del pleito, pues de haberlo hecho no habría estimado que el presente pleito debía ser gobernado por la Ley 45 de 1936.

“b) El artículo 20 de la ley 153 de 1887. Enseña este texto que el estado civil de las personas adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución subsistirá aunque aquélla fuere abolida, pero las relaciones de derechos y obligaciones procedentes del mismo estado sí se rigen por la ley nueva. En la relación o estado civil de hijo natural el hecho determinante es el nacimiento del hijo, afectado por la regla o norma legal que determina la adquisición del estado. La Ley 45 de 1936 al permitir que el estado civil de hijo natural se declare en los casos indicados en el artículo 4º, solamente se refiere a los hijos nacidos a virtud de los hechos o circunstancias allí especificados, que a la época del nacimiento del demandante Carlos Alberto Criales no daban lugar a la declaración judicial de paternidad. El estado civil del actor cuando éste vino a la vida era el de hijo ilegítimo; fue ese el estado que encontró la Ley 45 de 1936, y como las sentencias judiciales no crean los estados civiles sino que son declarativos de ellos, al reconocerle el fallo acusado al demandante la calidad de hijo natural, cambia el estado civil que aquél tenía, de hijo ilegítimo, por uno funda-

mentalmente distinto, el de hijo natural, violando así el artículo 20 de la Ley 153 de 1887, pues conforme a este texto la ley posterior se aplica en cuanto regula los derechos y obligaciones anexos al estado civil subsistente a la fecha de su vigencia, que en el presente caso era, se repite, el de hijo ilegítimo, y que el nombrado texto legal en su primer aparte, ordena regir por la ley anterior.

"c) Los artículos 54 y 56 de la Ley 153 de 1887: De conformidad con el artículo 54, antes de la Ley 45 de 1936 no se adquiría el carácter de hijo natural sino por medio del reconocimiento del padre, hecho en instrumento público o por testamento. En el juicio actual el fallo acusado otorga la calidad de hijo natural a Carlos Alberto Criales, en circunstancias legales distintas y mediante pruebas también distintas, que no eran admisibles cuando se produjeron los hechos generadores del estado civil del demandante.

"d) El artículo 66 de la nombrada ley de 1887. Por virtud de este precepto, el hijo ilegítimo, por regla general, no podría impetrar del padre judicialmente el reconocimiento de su condición de hijo natural, sino el derecho de exigir alimentos. Ese derecho, circunscrito a los alimentos, lo cambia el Tribunal por uno fundamentalmente distinto: el de estado civil de hijo natural.

"e) El artículo 19 de la Ley 153 de 1887. Conforme a este precepto "las leyes que establecen para la administración de un estado civil condiciones distintas de las que exigía una ley anterior, tienen fuerza obligatoria desde la fecha en que empiecen a regir". La administración de un estado civil consiste en el señalamiento de los derechos y obligaciones propios de un estado civil ya adquirido. La ley puede disminuir o aumentar esos derechos y obligaciones. Así por ejemplo, la Ley 45 de 1936, cuando dá a los hijos naturales derechos hereditarios en concurrencia con hijos legítimos, ha venido a aumentar los que correspondían a esta categoría de hijos en la legislación anterior; empero el nombrado estatuto no ha venido a cambiarles el estado civil en sí mismo. Ahora bien: como la sentencia del Tribunal ha venido a cambiarle al demandante el estado civil que tenía adquirido o le correspondía en la fecha de su nacimiento de acuerdo con la Ley 153 de 1887, ha considerado que se trata de una administración del estado civil, confundiendo este fenómeno con la institución del estado civil, y violando en consecuencia el artículo antes citado.

"f) El 1º y el 4º, numeral 3º de la Ley 45 de 1936. Al tenor de estas disposiciones, el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido declarado tal con arreglo a la ley, y esa declaración tiene lugar en los casos de rapto, seducción, existencia de escrito o carta en que se confiese la paternidad, o cuando existen relaciones sexuales estables entre sus progenitores o se acredite la posesión notoria del mismo estado. Como la Ley 45 no expresó que las causales señaladas en su artículo 4º servían para modificar estados civiles ya vigentes por consecuencia de la legislación anterior, es incuestionable que a los padres no se les puede imponer una responsabilidad que no pesaba sobre ellos bajo el imperio de tal legislación. En otros términos, el estatuto en referencia no tiene efecto retroactivo, y al dársele el Tribunal, lo viola, por errónea interpretación, en los artículos que se han dejado citados".

Tercer cargo. — "Error de derecho. En escrito dirigido por Antonio M. Criales al Juez Municipal de Puerto Colombia en 1925, ve el Tribunal la prueba del reconocimiento hecho por aquél de que Carlos Alberto Criales es hijo natural suyo. Es evidente que el reconocimiento de hijo natural puede hacerlo el padre ante un juez, según el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Empero esa prueba, en 1925, no tenía ningún valor legal, de manera que al darle el mérito que el Tribunal le asigna, comete error de derecho, con infracción del mencionado texto legal. Sin el error apuntado no hubiera podido el Tribunal llegar a la conclusión de que en la fecha de la sentencia el demandante tuviera la calidad de hijo natural de que carecía al tiempo de su nacimiento ni le hubiera podido atribuir un estado civil que la Ley 45 de 1936 no permite declarar sino para el futuro. En estos conceptos infringió también el Tribunal los artículos ya citados de la Ley 153 de 1887 lo mismo que el 1º de la Ley 45 de 1936, y 4º, numeral 3º de este último estatuto".

Como las razones en que se fundamentan los tres cargos son similares, se les estudiará en conjunto.

Se considera:

No entiende la Sala cómo haya podido violarse el artículo 26 de la Constitución Nacional al

reconocer el Tribunal a Carlos Arturo Criales la calidad de hijo natural de Antonio María Criales.

Dicho texto garantiza los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser vulnerados por leyes posteriores.

Cuándo existe un derecho adquirido

Pero por ninguna parte aparece que en el patrimonio jurídico del causante existiera un derecho adquirido para no suministrar alimentos o para no cumplir cualquiera otra de las obligaciones inherentes a la condición de padre natural, como lo alega el recurrente.

Para que exista un derecho adquirido se necesita que haya ingresado al patrimonio de una persona, estableciendo una situación jurídica concreta cuyos efectos tengan un significado económico o simplemente moral. Así el dominio sobre una cosa o la filiación que se adquieren en virtud de norma legal vigente. La ley posterior no puede entonces desconocer ni vulnerar ese derecho sin producir efectos retroactivos que el precepto constitucional rechaza.

Mas nadie tiene derecho adquirido a no suministrar alimentos a quienes en virtud de la ley actual no disfruten de la calidad de alimentarios, ni a desconocer la paternidad que por el hecho de la concepción se ha establecido, ni a desheredar a quienes antes de la muerte del de cuius no tenían la calidad legal de herederos forzosos para la adquirieron por mandato de ley vigente al momento de fallecer éste. En ninguno de estos casos existe situación jurídica concreta que pueda ser oponible a la nueva ley que le otorgue la calidad de alimentario a persona que antes carecía de ella, o que permita obtener judicialmente la declaración de una filiación que en el pasado no podía investigarse, o que le dé el carácter de heredero forzoso a quien hasta entonces no gozara de ese privilegio. Los efectos de tales leyes son generales e inmediatos.

En estos ejemplos la nueva ley se halla al nacer ante situaciones de hecho puras y simples, o cuando mucho, frente a la mera expectativa de que no se modifique la situación existente antes de ella; pero no se encuentra en presencia de derechos adquiridos.

El argumento repetido en los cargos de que en el momento de la concepción el futuro padre na-

tural debe conocer las obligaciones que las consecuencias del acto le impongan y las normas llamadas a regular, frente a él, los derechos de la criatura por nacer, no tiene fundamento jurídico ni legal alguno. Es tanto como afirmar que el padre legítimo tiene derecho adquirido a que sus hijos vivan siempre sujetos a las normas legales vigentes en el momento de su concepción, relativas a alimentos, herencia, patria potestad, etc. O como decir que los cónyuges tienen derechos adquiridos sobre la situación jurídica patrimonial vigente en el momento de contraer nupcias. Es decir, conlleva a sostener el absurdo de que las normas legales que regulan los derechos y obligaciones inherentes a todo estado civil, vigentes al momento de su constitución, otorgan derechos inmodificables o constituyen derechos adquiridos que ninguna ley posterior puede vulnerar ni desconocer. Pero sucede exactamente todo lo contrario: el estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsiste aunque esa ley sea derogada. Otra cosa es que los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas de autoridad o dependencia entre los cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos se rijan por la ley nueva, como lo consagran en Colombia en forma expresa y terminante los artículos 23 del Código Civil y 20 de la Ley 153 de 1887. Principio que, por demás, se encuentra consagrado en la legislación y en la jurisprudencia universales.

Aplicación de la ley nueva sobre estado civil de las personas y concretamente sobre filiación

Y no puede alegarse, como lo pretende el recurrente, que se tenga derecho adquirido a que un estado civil no se declare o establezca. Los textos citados dicen —lo que es muy distinto—, que si el estado civil se constituyó bajo el imperio de una ley, no desaparece a pesar de que ésta deje de regir. Porque entonces ese estado civil constituye una situación jurídica concreta cuyos efectos se han producido plenamente y forman parte del patrimonio jurídico y moral de la persona. Mas cuando el estado civil existe pero hace falta únicamente la prueba que lo relieve o la sentencia que lo declare, la ley nueva que establece un medio de demostrarlo antes no permiti-

do, no crea ese estado civil originado en el hecho o acto jurídico que lo determinan; simplemente proporciona la manera de ponerlo en evidencia. Y mucho menos puede decirse que en tal caso la ley nueva vulnera derechos adquiridos a que ese estado civil permanezca fuera del derecho.

Igualmente, los derechos y obligaciones anexos al estado civil pueden ser mejorados o disminuidos o modificados por la ley nueva, sin que sea dable alegar su inalterabilidad. Si bien es cierto que el estado civil constituye una situación jurídica adquirida, en cambio tales derechos y obligaciones únicamente representan derechos adquiridos cuando se han traducido en actos válidamente consumados bajo el imperio de la ley vigente. Frente al futuro tienen el carácter de simples expectativas.

Ya se ha concluido que las doctrinas sobre retroactividad de la ley y derechos adquiridos o situaciones jurídicas concretas y abstractas, no sirven para establecer que la Ley 45 no se aplique a los hijos nacidos antes de ella. De lo único que se trata es del problema de la aplicación a hechos anteriores de medios nuevos de prueba consagrados en la ley. El problema de la aplicación de la nueva ley de pruebas es concreto y está estudiado en forma clara por los expositores modernos de derecho procesal y de ciencia probatoria que más adelante se citan. Todos ellos concluyen diciendo que los medios nuevos de prueba tienen aplicación para demostrar hechos sucedidos con anterioridad, sin que nadie pueda alegar en contra derechos adquiridos.

Pero es fundamental el estudio que sobre esta materia y concretamente en el terreno de la filiación y del establecimiento de acciones nuevas o de la prohibición de ejercer acciones antes admitidas, trae el Profesor Pascuale Fiore, de la Universidad de Nápoles, cuya obra se publicó en el año de 1927, o sea apenas un año antes de la obra de Roubier, con el título "De la irretroactividad e interpretación de las leyes".

En el capítulo sobre "Paternidad y filiación natural" (págs. 146 y ss.) empieza el Profesor Fiore por advertir que "la relación entre el padre y la prole" produce efectos jurídicos solamente cuando la procreación es declarada por reconocimiento espontáneo o mediante sentencia judicial. Por tanto, como antes de ser declarada no se han producido los efectos jurídicos de la filiación, no se tiene ninguna situación jurídica establecida ni concreta, sino simplemente abs-

tracta. Así, pues, al decir de Roubier y Teste la nueva ley regiría tal situación en forma absoluta y soberana.

Conforme a Fiore, la ley vigente en el momento en que fuere establecido el estado (por tanto en el momento de hacerse el reconocimiento o de proferirse la sentencia que declara la paternidad) es la aplicable para determinar las condiciones legales en que pueda tenerse por constituido dicho estado y los actos idóneos para constituirlo. Es decir, que rige la ley nueva en cuanto establece los medios para reconocer o investigar la paternidad y los casos en que tal declaración judicial puede hacerse. Mayor claridad para el caso en estudio no puede encontrarse. En efecto, dice Fiore:

"También deben decidirse por la ley vigente en la época en que fuere establecido dicho estado, **todas las cuestiones que se susciten acerca de las condiciones legales bajo las cuales puede o no tenerse por constituido el estado de hijo natural**, y acerca de los actos idóneos para constituir el reconocimiento espontáneo y sobre la condición de la prole que pueda o no ser reconocida" (pág. 147).

Y a continuación dice que si el reconocimiento no estuviere hecho al tiempo de iniciarse la vigencia de la nueva ley, entonces se sujeta a los modos y forma en ésta establecidos. Luego el mismo criterio rige, conforme al párrafo transcrito, para el caso de que la investigación judicial no se hubiere hecho antes de la vigencia de la nueva ley; se somete a sus disposiciones.

Más adelante dice Fiore que el hijo no tiene derecho adquirido a que se investigue su paternidad frente a la ley nueva que lo prohíbe; luego con mayor razón no puede el padre alegar derecho adquirido a que no se investigue su paternidad frente a la nueva ley que si lo permite. Esto es elemental (págs. 153 N° 124). Porque en el primer caso todavía podría alegarse que la ley permisiva otorgaba el derecho a establecer la filiación, que únicamente faltaba iniciar el juicio, y que ese derecho se tenía desde el momento de nacer. En cambio la situación del padre frente a la ley prohibitiva es de simple eventualidad; él está a cubierto de acción judicial mientras la ley no la consagra, mas nadie tiene el derecho a ocultar la verdad, o como dice el Profesor Ricci: "nadie adquiere derecho para hacer triunfar la mentira sobre la verdad y la buena fe". Y se trata simplemente de poder o no aducir la prueba judicialmente, porque la filiación existe desde an-

tes de que la sentencia la declare. De no ser así el fallo tendría carácter constitutivo del estado civil, cosa que ninguno de los expositores de derecho civil y procesal admite.

Insiste mucho el Profesor Fiore acerca de que el hijo es quien tiene el derecho de justificar su filiación conforme a los medios de prueba existentes cuando surgieron las relaciones de paternidad, y que si una ley nueva suprime esos medios de prueba, no puede perjudicarlo. Pero en ninguna parte dice que el padre pueda tener derecho a que no se pruebe su paternidad sino por los medios anteriores. En el caso nuestro no se trata siquiera de este problema, porque la verdad es que antes de la Ley 45 no existía ningún medio de prueba para establecer judicialmente la paternidad; únicamente se admitía el reconocimiento voluntario, que es cuestión totalmente distinta. (Págs. 147 y 151, nota).

No se trata, pues, de que se hubiera cambiado el sistema probatorio en juicios de investigación. Lo que ocurre es que antes era inadmisibile la acción y ahora es permitida; con anterioridad a la Ley 45 no había sistema probatorio judicial, relativo a la filiación natural. Y, como advierte Fiore, en esta materia "La razón es siempre la misma, la de que para decidir de la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción, hay que estar a lo que disponga la ley que esté en vigor en el momento en que quiera ejercitarse" (pág. 159). Nosotros estamos frente a un problema de éstos, y no al de una variación de medios de prueba judicial, pues la citación a declarar bajo juramento de que trataba la antigua ley, es algo especialísimo que no significa investigación.

Pero si se considera que estamos ante una variación de medios de prueba de la filiación, ella consistiría en que antes sólo se probaba por reconocimiento y ahora, además, por sentencia judicial. Y se vuelve entonces a concluir que se trata de la admisibilidad de la acción antes no permitida.

Y aún si por vía de hipótesis se parte de la base de que se pretende aplicar medios nuevos de prueba a filiaciones anteriores, se llega a la misma conclusión: los medios nuevos siempre sirven para probar los hechos anteriores y establecer la filiación de hijos nacidos antes de la ley; sin olvidar que si se suprimen medios antes permitidos, éstos continúan válidos para esos hijos. Así lo dice clara y expresamente Fiore (págs. 157 y 151 a 152).

La jurisprudencia italiana también se pronun-

ció en el sentido de que las nuevas leyes sobre prueba de la filiación natural, "no surten efecto en perjuicio de los hijos nacidos o concebidos antes de la promulgación del Código Civil, a los cuales les serán permitidas sin restricción alguna las investigaciones sobre la paternidad o la maternidad". (Tribunal de Milán, cita de Fiore, pág. 151). Y la misma doctrina sostuvo el Tribunal de Casación de Turín (Fiore, pág. 152).

Como se ve el problema no existe sino cuando la nueva ley perjudica a los hijos, porque se puede tener el derecho adquirido a un medio de prueba, pero jamás a que no se pruebe sino por ciertos medios.

Y es que: "El ejercicio de la acción no viene a constituir un derecho perfecto más que cuando fuere ejercitado ya", como advierte el mismo Fiore (pág. 155 infra). De consiguiente, antes apenas se tiene una expectativa (tanto para el hijo como para el padre), o, como diría Roubier, una situación jurídica no establecida, que la nueva ley regirá totalmente. Y la acción es en sí, al decir de Fiore, una institución jurídica que se rige por la ley vigente en el momento de iniciarla; de modo que cuando se trata de que antes existía prohibición, la ley permisiva tiene plena aplicación. Esa aplicación sería totalmente nugatoria si no rigieran los medios de prueba allí establecidos y que, claro está, antes no existían.

Desde otro punto de vista, el ejercicio de la acción judicial y la utilización de los medios idóneos para establecer la filiación, son derechos que emanan del estado civil de hijo no legítimo, o si se quiere decir, de hijo ilegítimo. Y los autores están de acuerdo en que los derechos del estado civil, o, como dice Roubier, los efectos de las situaciones jurídicas, cuando tienen ocurrencia en el futuro, durante la vigencia de la ley nueva, se rigen siempre por ésta.

Fiore dice al respecto: "Hemos dicho ya que el estado de las personas puede ser un derecho adquirido, pero que no sucede lo mismo respecto de los derechos que son consecuencia del estado personal. Por eso, en cuanto a éstos, y excepción hecha de los derechos perfectos adquiridos inmediatamente con el estado mismo, debe establecerse como regla la autoridad absoluta de la ley nueva y admitirse como principio general, que, a falta de una disposición en contrario, los efectos civiles del estado de familia que provengan de las relaciones entre los miembros de la misma, y los derechos y deberes que de dicho estado se derivan han de quedar sujetos siempre a

las modificaciones que en cualquier sentido se hagan por las leyes posteriores, aun cuando hubiese sido adquirido bajo el imperio de leyes anteriores el estado personal a que se refieren" (pág. 172).

Mayor claridad para el caso actual no puede darse. Pero todavía agrega Fiore: "La razón de la regla citada se encuentra en el principio expuesto antes de ahora de que realmente no constituye un derecho adquirido lo relativo a la capacidad para obrar y a la facultad para ejercitar los derechos en los límites de la capacidad misma concedida por la ley, POR LO QUE NINGUNO PUEDE PRETENDER QUE CONTINUE EL ESTADO DE COSAS ANTERIOR, RESPECTO DEL MISMO, COMO SI FUESE UN DERECHO ADQUIRIDO" (172 infra, 173 supra).

De modo que el padre no puede pretender que tiene derecho adquirido a que la situación anterior continúe igual, en cuanto a que no se permita al hijo ejercitar el derecho a probarle judicialmente su filiación, por los medios establecidos en la nueva ley.

Si ante la ley nueva, como advierte Fiore, que modifica los derechos propios de la patria potestad, el padre no puede alegar derechos adquiridos, con mayor razón no puede hacerlo para impedir que el hijo pruebe su filiación por los medios nuevos establecidos en la ley. No se puede hablar seriamente de que exista ese derecho a que el hijo no pruebe su filiación. Todos los derechos que competen al padre como tal, se rigen siempre por la ley nueva (pág. 184).

Muy importante es el siguiente párrafo de Fiore: "La organización de la familia se rige por la ley vigente, y por eso todas las que conceden, quitan o modifican los poderes pertenecientes al padre sobre sus hijos, y los derechos eventuales que de ellos se derivan, ASI COMO LAS QUE MODIFICAN LA CAPACIDAD CIVIL DE LOS HIJOS, sometidos a la potestad paterna o a la tutelar, deben ser inmediatamente aplicadas, a partir de su publicación, a todas las personas, aún a aquellas cuyos derechos y relaciones jurídicas se rigieran antes por disposiciones legales que estableciesen lo contrario". Y continúa: "Como tenemos dicho ya con repetición, NO PUEDE CONSTITUIR PARA LOS UNOS NI PARA LOS OTROS UN DERECHO ADQUIRIDO LA CONTINUACION DEL ESTADO ANTERIOR DE COSAS EN CUANTO A LA ORGANIZACION O REGIMEN DE LAS FAMILIAS, y en su virtud, sin ser por ello retroactiva, la ley nueva sujeta

a su autoridad en adelante tales relaciones jurídicas" (pág. 190).

Y si esto lo dice Fiore aún para los verdaderos derechos del padre sobre los hijos, luego con infinita mayor razón se aplica para algo tan deleznable como la pretensión de que no se pruebe su paternidad por los medios que la ley nueva consagra.

Según Pierre Teste, las leyes nuevas rigen los efectos futuros de las situaciones jurídicas ya establecidas; por tanto, la investigación, su prueba, los derechos herenciales, alimentarios, etc., iniciados o alegados después de la vigencia de la ley nueva, se rigen por ésta **aun cuando** se trate de situaciones de estado civil existentes y constituidas con anterioridad a ella. Con mayor razón si no se trata de situaciones ya constituidas. Los efectos posteriores a la nueva ley, de un matrimonio o de una filiación, se rigen por ella; v. gr.: administración de bienes, acción de divorcio, acción de investigación, etc.

Para Teste el hijo legítimo ni siquiera tiene derecho adquirido a que se mantengan los derechos de la sucesión vigentes al tiempo de nacer o cualquiera otro de los asignados por la ley que rija entonces.

Y en forma contundente para el caso agrega Teste: "Mientras no sea definitiva la constitución del derecho, la ley nueva, que tenga por objeto modificar las condiciones de forma o de fondo o suprimir el derecho de una manera radical, se aplicará inmediatamente. **La ley nueva que autorice la creación de un derecho, la constitución de una situación jurídica cualquiera, antes prohibida, podrá ser invocada por todo el mundo sin violar el principio de la irretroactividad, puesto que ella sucede a la nada**". (Cita E. Zuleta Angel, "Derechos Adquiridos", pág. 95).

El último párrafo de Teste es de una pertinencia absoluta al caso en estudio. El hijo ilegítimo no podía constituir su estado civil o su situación jurídica de hijo natural, porque la ley anterior le prohibía la investigación judicial de la paternidad. La nueva Ley 45 vino a autorizar la creación de la prueba consistente en la sentencia judicial, a permitir la constitución de la situación jurídica de hijo natural mediante ese nuevo sistema y a abolir la prohibición imperante. Luego, conforme a Teste, la nueva ley puede ser invocada por todos los hijos naturales, sin que nadie alegue irretroactividad, porque ella sucede a nada en materia de filiación paterna declarada judicialmente.

También la autoridad de Beudant sirve para aceptar la aplicación del artículo 4º de la ley a los hijos nacidos antes de ella. En efecto, este autor dice:

“Por tanto las consecuencias de un hecho ejecutado bajo una ley caerán bajo el imperio de la nueva, aunque se relacionen a un hecho anterior, cuando ellas no aparezcan sino como un resultado posible e indirecto, comoquiera que no constituye entonces sino una expectativa y no un derecho adquirido”. (Cita de Eduardo Zuleta Angel, “Derechos Adquiridos”, pág. 64).

Es decir, conforme a Beudant, cuando los efectos o consecuencias de un hecho ejecutado antes no aparezcan sino como un resultado posible e indirecto, se rigen por la ley nueva. Y precisamente, los efectos de los actos que contempla el artículo 4º de la Ley 45, ejecutados antes, eran simples resultados posibles que entonces no conllevaban prueba de la paternidad, pero que tampoco constituían ningún derecho adquirido. Las consecuencias herenciales, alimentarias, etc., de tales hechos, eran simplemente posibles ya que a ellas se aplica la ley vigente a tiempo de la muerte o de pedir los alimentos. No eran consecuencias definitivas. Por eso nada impide que la nueva ley regule cuáles deben ser esas consecuencias desde el punto de vista probatorio y cuáles los derechos que a los hijos se les reconoce una vez declarada su filiación. Como advierte Beudant, mientras no se oponga un verdadero derecho adquirido a la nueva ley, ésta regula soberanamente la materia. Y por ninguna parte aparece el derecho adquirido del padre para que su paternidad no se demuestre con medios de prueba no admitidos por la ley anterior. Luego, siguiendo el pensamiento de Beudant, la nueva ley rige soberanamente para todo lo relacionado con la prueba en cuanto a medios nuevos se refiere.

Y en forma nítida aparece que tal es el concepto de Beudant, para el caso concreto de los hijos naturales y de los medios de prueba en la investigación judicial, al estudiar los efectos de la ley francesa de 1912. Porque el criterio del expositor se debe buscar en el contexto de su exposición y no en frases aisladas. Y Beudant afirma que la ley de 1912 se aplica totalmente a los hijos nacidos antes de ella, e incluso para los efectos herenciales completos. Por eso acepta Beudant que se aplique la nueva ley a los hijos nacidos antes de su vigencia, sin la menor vacilación.

Y lo mismo puede decirse de la casi totalidad de los autores franceses modernos, y de la jurisprudencia francesa, como luego se verá.

La situación del hijo ilegítimo antes de la Ley 45 de 1936

Ni cabe alegar en el caso presente que como antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 el estado civil de Carlos A. Criales era el de hijo ilegítimo, esta ley no puede abolir o dejar insubsistente el estado adquirido con anterioridad a su expedición. El argumento parte de una base totalmente falsa, cual es la suposición de que había adquirido el estado civil de hijo ilegítimo. Se trata, precisamente, de todo lo contrario. El hijo ilegítimo era aquel cuyo estado civil no se hallaba establecido por el aspecto de su filiación paterna y no tenía, por tanto, derecho adquirido en relación a ella. La tesis del recurrente equivale a sostener que tenía el derecho adquirido a no adquirir ninguna filiación paterna. Y lo absurdo de tal conclusión excluye todo comentario.

Por eso la jurisprudencia nacional no ha puesto en duda jamás el derecho que asiste a quienes nacieron antes de la Ley 45 de 1936 a instaurar la acción para investigar la paternidad natural. Solamente durante algunos años se discutió si había necesidad de enderezarla contra el mismo padre y durante la vida de éste, o si podía promoverse después de su muerte.

Se alega que el fallo de la Corte de nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres rechaza la aplicación de las normas de dicha ley a los hijos nacidos antes de su vigencia. Pero no es ése, en absoluto, su alcance, como se deduce de un análisis somero de él. (G. J. números 2001-05. Tomo LVI, págs. 272-3).

El caso estudiado por la Corte en aquella sentencia contemplaba inequívoca y especialmente, un reconocimiento voluntario realizado con anterioridad a la ley, sin las solemnidades prescritas por el derecho vigente cuando el reconocimiento se produjo y que, sin embargo, el demandante alegaba como fundamento del estado civil que pretendía para conferirle a una persona la calidad de hijo natural como si hubiera sido voluntariamente reconocida por acto de su padre en las hipótesis previstas por los artículos 368 del C. C. y 56 de la Ley 153 de 1887.

La Corte no solamente limitó el estudio a la cuestión fundamental que se le sometía, sino que interpretó correctamente el contenido y alcance

del acta que servía al demandante de respaldo a su intención. Y comparando esa acta con lo contemplado por el artículo 29 de la Ley 45 de 1936, en cuanto se refiere al reconocimiento de hijos naturales por manifestación expresa y directa hecha ante el Juez, aunque el reconocimiento no hubiera sido el único y principal objeto del acto que lo contenía, encontró que la referida acta, fundamento de las pretensiones del actor, no contenía en manera alguna esa manifestación expresa y directa de que trata la ley.

Si la Corte hubiera procedido bajo la influencia del criterio absoluto de que a la Ley 45 de 1936 no se le podía admitir ningún efecto retroactivo, ciertamente no habría entrado a fijar su atención en la circunstancia de si el acto de 25 de julio de 1932, contenía o no contenía un reconocimiento de hijo natural por parte de su padre, o de la persona a quien se tenía por tal, quien había sido citado para practicar la diligencia en el juzgado de menores de Bucaramanga.

Corroborata esta apreciación, acerca del alcance de la doctrina de la Corte, expresada en aquel fallo, la redacción misma de su pensamiento cuando declara:

"...ese acto ineficaz para constituir en ese entonces un estado civil no puede hoy revalidarse o reconocerse eficaz para tal efecto, sino en tanto que el legislador de manera expresa, en ley posterior, le haya reconocido la virtud de constituir un estado civil y servir al mismo tiempo de prueba de él, cosa que la Ley 45 de 1936 no ha hecho".

Todo el raciocinio de la Corte se endereza a demostrar que cuando el estado civil de hijo natural se pretende constituido mediante la expresión de una voluntad inequívoca, declarada solemnemente por el padre, se está en presencia de un medio que excluye, lo mismo que la confesión judicial de una deuda, la necesidad de declararla mediante sentencia. Es decir, que se trata de aplicar el principio *confesus in iure indicato habetur*. Cuando el estado civil lo mismo que una deuda, se discute, puede ocurrir que la confesión del demandado haga inútil la tramitación del juicio para que en la sentencia con que aquél culmina se proclame el hecho que engendra la obligación, o aquel que sirve de base para constituir el estado. Claro está que lo dicho es en vía de especulación teórica porque, según principio universal de derecho, el estado civil de las personas no puede establecerse mediante la pree-

ba de confesión, como tampoco se puede transigir acerca de él.

Precisando ahora más el análisis importa distinguir, con base en la doctrina de la Corte que se viene comentando, entre el estado civil de hijo natural constituido por acto jurídico, y el mismo estado civil constituido por acto judicial.

Antes de 1936, o sea de que entrara en vigencia la Ley 45 de aquel año, el estado civil de hijo natural no podía constituirse sino por medio de acto jurídico solemne en que el presunto padre reconocía en instrumento escrito, y siempre que éste reuniera la característica esencial de haber sido concebido por una persona soltera o viuda. Dentro de los requisitos y organización del estado civil de hijo natural, la ley anterior a 1936 no admitía ni la posibilidad de que el hijo hubiera sido concebido por padre casado, fuera del matrimonio, y menos aún permitía una controversia judicial para que el fallo declarara ese estado civil.

Cuando la Ley 45 de 1936 entró a regir, las condiciones para adquirir el estado civil de hijo natural variaron, así como también se aplicó el medio probatorio de su constitución, y se admitió finalmente que hubiera controversias e investigación judicial de la paternidad.

Diferenciando por ahora el estado civil de hijo natural se constituye y prueba por medio de acto jurídico, y el que se constituye y prueba mediante declaración judicial de la paternidad, en la sentencia del 9 de noviembre de 1943 la Corte no afirmó ni mucho menos sentó la doctrina de que no se podía por aplicación inmediata de la Ley 45 de 1936, provocar una declaración judicial de la paternidad mediante la prueba de hechos anteriores a la misma ley. En esta parte el fallo comentado dijo literalmente:

"Puede decirse que esa acta dé fundamento para una declaración judicial de paternidad, con apoyo en el numeral 3º del artículo 4º de la citada Ley 45, pero en el caso de autos, por una interpretación dada por el Tribunal a la demanda, que subsiste en casación, la acción no es sobre declaración judicial de la paternidad natural".

En presencia de este concepto sería imposible afirmar que la Corte hubiera rechazado la posibilidad del juicio sobre filiación natural, basado en un acta producida mucho antes de que la Ley 45 de 1936 se dictara.

Es verdad que la Corte no admitió en esa sen-

tencia la hipótesis de la viabilidad de la acción, pero no porque considerara irretroactiva la Ley 45 de 1936, sino porque en aquella época ya estaba admitida la doctrina según la cual la acción para declarar la paternidad natural era imposible después de la muerte del padre. Basta leer la parte final del párrafo empezado a transcribir, para comprobar:

“...pero si lo fuere, tampoco podría prosperar, porque ya se ha asentado, como verdad jurídica y axiomática, por esta Superioridad en muchos fallos, que la acción para el reconocimiento del estado civil de un hijo natural no puede instaurarse sino en vida del padre, circunstancia que no acaece en el caso de Victoria... porque cuando se instauró la demanda que dio lugar a este pleito ya había muerto el señor...”

En cambio, los derechos herenciales o alimentarios y demás que se puedan originar del estado civil del hijo natural, y las obligaciones correlativas del padre, se rigen por la nueva ley mientras no se trate de actos válidamente celebrados, es decir, de efectos ya producidos o consumados bajo el imperio de la ley anterior. Por ejemplo, el usufructo del padre sobre los bienes del hijo puede suprimirse en una nueva ley pero los beneficios recibidos durante la vigencia de la ley anterior permanecen intactos; el derecho del marido a administrar y disponer de los bienes de la mujer puede ser eliminado por una nueva ley, como sucedió entre nosotros con la ley 28 de 1932, pero los actos y contratos celebrados anteriormente conservan su validez; la participación herencial de los parientes puede aumentarla o disminuirla la ley nueva, pero las sucesiones en curso o las simples herencias deferidas antes de su vigencia se rigen por la ley antigua, etc., etc.

La Ley 45 no cambió el estado civil

La Ley 45 de 1936, como se deduce de lo expuesto hasta aquí, no vino a cambiar el estado civil de los hijos antes ilegítimos, sino a darles el instrumento legal para que pudieran establecer su verdadero estado civil, y a regular en forma distinta los efectos, los derechos y obligaciones que de tal estado deben deducirse, tal como lo preceptúan los artículos 19 y 20 de la Ley 153 de 1887. Al hacerlo así no pudo violar ningún derecho adquirido por los presuntos padres y muchísimo menos por los mismos hijos.

Es cierto que la Ley 45 no expresó que las cau-

sales señaladas en su artículo 4º servían para “modificar estados civiles vigentes por consecuencia de la legislación anterior”, como lo dice el recurrente. Pero, en primer término, ningún estado civil constituido se modifica cuando el hijo obtiene la declaración judicial o el reconocimiento voluntario de su filiación natural, como se dejó expuesto; y, en segundo lugar, precisamente debido a que la Ley 45 no limitó la aplicación de sus normas a los hijos nacidos con posterioridad a ella, para el efecto de investigar y declarar o reconocer su filiación, es imperativo concluir que se aplican tanto a éstos como a los nacidos antes de su vigencia. Es obvio, pues se trata de probar la filiación y no de crearla, desde luego que ella tiene origen en el hecho de la concepción.

La conclusión expuesta aparece en forma nítida del contexto de la misma ley. En efecto, para que los hijos naturales concebidos con anterioridad a su vigencia no tuvieran derechos herenciales en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a dicha ley, fue necesario decirlo expresamente en el artículo 28 de la misma. Esto significa que el legislador tuvo en cuenta el principio universal de derecho que le dá efectos generales inmediatos a las leyes que establecen derechos y obligaciones anexas al estado civil de las personas, y el no menos importante que regula la sucesión por la ley vigente en el momento de producirse la delación de la herencia, o sea el de la muerte del causante. Hubo necesidad de consagrar una excepción a dichos principios para excluir del beneficio de la ley, pero solamente en el aspecto herencial en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a ella, a los hijos naturales concebidos antes de su vigencia. Pero ni siquiera en tal caso la ley los imposibilitó para obtener la declaración de filiación o el goce de los demás derechos reconocidos por ella.

Y si, con la única excepción mencionada, ninguna razón existe para que el hijo natural concebido antes de la ley quede excluido de sus beneficios, mal puede afirmarse que le estén vedados los medios nuevos de prueba admisibles conforme al artículo 4º de la ley. Porque solamente cuando la prueba se requiere como una solemnidad esencial al acto (tal como la escritura pública en la compraventa de inmuebles) no es dable demostrar su ejecución válida por medios distintos que una nueva ley establezca. Pero cuando se trata de simples formalidades ad probatio-

nem rige siempre la ley vigente en el momento de la calificación de la prueba en el juicio, como lo enseñan todos los autores de derecho procesal.

No se trata de solemnidades "ad substantiam actus"

Y no vale decir que la Ley 45 de 1936 estableció en su artículo 2º formalidades **ad substantiam actus**, que no pueden regir sino para los actos acaecidos con posterioridad a su vigencia, y que los anteriores quedaron definitivamente sujetos a la solemnidad consagrada en la ley vigente entonces. El argumento carece de valor porque, en primer lugar, antes de la Ley 45 de 1936 no existía ninguna solemnidad para la declaración de paternidad natural, y, en segundo término, porque la solemnidad en este caso consiste en la sentencia pronunciada en juicio controvertido por los trámites ordinarios. El artículo 4º de la Ley 45, apenas estatuye los medios de prueba conducentes para llevar al juez la convicción de que debe hacer la declaración de paternidad natural impetrada de conformidad con lo dispuesto en dicha ley.

Puede alegarse que cuando la ley nueva modifica las formas sustanciales a la conformación jurídica de un acto, no tiene aplicación respecto a los ejecutados antes de su vigencia.

Pero esta opinión sobre la diferencia entre formalidades **ad solemnitatem** y **ad probationem**, parte de una base falsa: la confusión entre reconocimiento voluntario e investigación judicial.

Razonamientos como el que acaba de exponerse tienen pertinencia para concluir que los reconocimientos voluntarios hechos por el padre presunto sin las formalidades que la anterior legislación requería para que tuvieran valor pleno de prueba de filiación (escritura pública, firma del acta o testamento), no tienen valor mientras no se sujeten a la norma vigente cuando se realizaron. Así ocurre con las manifestaciones hechas ante juez, incluso previa citación y bajo juramento, porque apenas tenían esas confesiones un valor alimentario.

Pero cosa totalmente distinta es la investigación judicial, que la ley anterior desconocía. Si la hubiera consagrado, los medios nuevos de prueba tendrían entonces plena validez conforme a la opinión de Fiore, Chiovenda, Carnelutti, Rocco y Rocha, como más adelante se explicará. Porque se trataría de medios nuevos para llevar la certeza del hecho, simplemente.

La legislación nueva partió de cero, de la nada, en esta materia. Y por ende, como textualmente lo dice Fiore en cita hecha atrás, nadie puede alegar derechos adquiridos contra ella. La legislación anterior permitía probar la filiación, pero por el reconocimiento voluntario; la nueva incluye, además, la investigación judicial.

No se trata de formalidades "para la conformación jurídica del acto"; y no se trata de ello, porque... la generación, que no es un contrato ni un acto jurídico siquiera sino un hecho... (tén-gase en cuenta que quien engendra puede no tener la intención de producir esa vida nueva), no se conforma o nace o se constituye con el reconocimiento ni con la sentencia. Estos son medios de probarlo.

Y para aceptar como indudable esta conclusión, basta ver que la Ley 45 en su artículo 4º, no dijo que "eran hijos naturales quienes estuviesen en esos casos", sino que podía declararse la paternidad natural si se probaba uno de esos casos. Es decir, la ley está reconociendo, en forma inequívoca, que filiación y paternidad existen ya y que solamente se trata de probarlas.

Lo contrario equivale a confundir el acto o hecho jurídico, con su prueba, a confundir el contrato con el instrumento en que se consigna, o el hecho ilícito o culposo con los medios aducidos para establecerlo. Y ni siquiera cuando se trata de una solemnidad sustancial, como la escritura pública, cabe confundir el contrato con el instrumento. En innumerables sentencias lo ha dicho así la Corte.

La declaración judicial es muy distinta al reconocimiento voluntario

A nadie se escapa que la declaración judicial de paternidad es algo no solamente distinto sino opuesto al reconocimiento voluntario, ya que aquélla tiene lugar cuando el padre no ha querido ejecutar el acto libre que éste implica. Son dos medios diferentes de prueba de la filiación natural o del estado civil: el uno emana de la voluntad del padre y tiene pleno valor sin necesidad de llevarlo a juicio; el otro, por el contrario, se produce contra la voluntad del padre o de sus representantes herederos, mediante juicio controvertido. El reconocimiento no puede otorgarlo sino el padre, jamás sus herederos, porque es un acto dependiente en forma exclusiva de la voluntad del progenitor y la facultad de realizarlo deviene intransferible; la declaración judi-

cial debe surgir siempre que se lleve al Juez el pleno convencimiento provocado mediante alguno de los medios de prueba admitidos por la Ley, y ella excluye toda idea de espontaneidad, de acto voluntario de las partes.

De manera que nada importa el hecho de que la legislación, anterior a 1936 solamente permitiera, para acreditar la filiación del hijo natural, el reconocimiento voluntario del padre hecho por testamento, por escritura pública o firmando el acta de registro del nacimiento. La Ley 45 acogió estos medios de reconocimiento voluntario y añadió otro consistente en la manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no sea el objeto único y principal del acto que lo contiene.

Puede decirse entonces que la Ley 45 de 1936 estableció nuevas solemnidades para el acto del reconocimiento de hijos naturales, y que por tanto las manifestaciones hechas ante juez con anterioridad a su vigencia, no constituyen reconocimientos formales que por sí solos otorgan la calidad de hijo natural. En este aspecto sí cabe alegar el principio de que las formalidades **ad solemnitatem** se rigen por la ley vigente al tiempo de la ejecución del acto.

Pero cosa totalmente distinta ocurre con los medios de prueba para obtener la declaración judicial de paternidad. Para pronunciar la sentencia el juez necesita adquirir el convencimiento de tal paternidad, limitándose al examen de las pruebas que la ley taxativamente señala como idóneas. La sentencia es la expresión de la conclusión a que el juez llega por el análisis de las pruebas conducentes de acuerdo con la limitación legal. Mas es inadmisibles sostener que la solemnidad consiste en esas pruebas y no en el juicio con su sentencia favorable. Los casos del artículo 4º son entonces simples medios **ad probationem**. De ahí que aun cuando se reúnan pruebas que en forma inequívoca demuestren una o varias de las causales del artículo 4º, no por eso el hijo tiene establecida su filiación. Con fundamento en ellas no le sería posible hacerse reconocer como tal en el juicio de sucesión de su presunto padre, por ejemplo; para que esa filiación quedara establecida sería menester llevar tales pruebas a un juicio y obtener mediante ellas la sentencia declarativa favorable.

Nada tienen que ver, por lo tanto, los medios de prueba admisibles en el juicio de investigación, con los medios legales anteriores al año de 1936 para el reconocimiento voluntario de la pa-

ternidad natural. Se trata de dos figuras jurídicas que conducen al mismo resultado: establecer la filiación. Pero que son de naturaleza distinta y aún opuesta. En realidad de verdad en la legislación anterior a la Ley 45 no existía ningún medio de prueba para declarar judicialmente la paternidad. En consecuencia, no se trata de que la mencionada ley haya traído nuevos medios de prueba para estos efectos, sino de que por primera vez se admitió como modo de establecer la paternidad natural, el juicio ordinario seguido contra el padre en vida de éste o contra los interesados en controvertir la acción después de su muerte.

Las limitaciones relativas a los modos de reconocimiento voluntario existentes antes de la Ley 45, como se deduce claramente de lo expuesto, no tienen absolutamente nada que ver con los medios de prueba para obtener sentencia favorable en juicios de investigación. Por eso, si bien las manifestaciones ante juez de ser el padre, anteriores a la vigencia de la Ley 45, no constituyen reconocimiento porque tienen actualmente el valor de actos solemnes que la legislación anterior no permitía ejecutar en esa forma, no hay ningún inconveniente para admitir tales hechos como pruebas dentro de un juicio de investigación, al efecto de demostrar una de las causales consagradas en el artículo 4º de la ley.

La sentencia es declarativa

Las razones del recurrente conducen a darle a la sentencia un carácter constitutivo del estado civil, que peca contra elementales principios jurídicos y está en contradicción con la doctrina universal y la jurisprudencia de esta Corte.

La sentencia, como el reconocimiento voluntario, no hacen sino declarar esa filiación u otorgar la prueba de ella. En el tratado de Derecho Civil Francés de Beudant (Tomo 3º, número 935), se lee: "En sí misma, la filiación no es sino el hecho fisiológico de la generación; de este hecho resulta la relación que une al hijo con sus autores". El estado civil, pues, encuentra su origen en el hecho generador. Otra cosa es que por falta de prueba en ciertos casos no pueda hacérsele valer; mas una vez demostrado por los medios legales vigentes en el momento de su alegación, todos los efectos jurídicos de aquél se producen. Por eso Alessandri Rodríguez dice que "subsistiendo los hechos generadores, el estado civil subsiste". (Tomo 1º, pág. 231).

Y en Beudant se encuentra el siguiente concepto: "El juicio que estatuye sobre la acción de investigación de la paternidad tiene un carácter puramente declarativo: él no hace sino constatar una situación anterior. Por tanto, es esta situación misma la que desde que está de por sí legalmente establecida puede producir sus efectos normales" (T. 3º, número 1189). Uno de esos efectos consiste en recibir la participación de la herencia y los alimentos a que da derecho la ley vigente al tiempo de la delación de aquella o de la petición de éstos.

Por eso en Francia, mediante jurisprudencia uniforme, se les dio participación herencial a los hijos naturales nacidos antes de la ley de 1912 que autorizó la investigación de su filiación por vía judicial, aún en las sucesiones abiertas antes de su vigencia. Y sabido es que nuestra Ley 45 de 1936 se basó en la ley francesa y contiene disposiciones casi idénticas en cuanto a investigación y causales para la declaración judicial. La única diferencia fundamental entre esos estatutos, es que la ley colombiana no establece plazos para el ejercicio de la acción y aquella sí los consagra.

El artículo 4º de la citada Ley 45 de 1936 determinó los cinco únicos casos en que la paternidad natural puede declararse, sin darle el alcance de presunciones legales. La ley prohíbe que se haga tal declaración por causas distintas. Pero una vez probada una de ellas en forma que el Juez la encuentre convincente, los efectos de la filiación así establecida son los generales que consagra dicho estatuto sin que importe cuándo ocurrió el nacimiento; con la única salvedad anotada, que priva de vocación hereditaria en la sucesión de sus padres a los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la ley, en concurrencia con legítimos de matrimonios anteriores a ella. Es lo mismo que sucede cuando a una sucesión abierta se presenta otro heredero de igual o mejor derecho, hasta entonces desconocido o sin prueba de su calidad de tal. De esta manera ha sido aplicada siempre por la jurisprudencia francesa la ley de 1912.

Filiación, generación y prueba

Podría alegarse que la filiación y el estado civil, no son efectos exclusivos del hecho mismo de la generación y que la causa de la una y del otro es, como dice Demolombe, el reconocimiento practicado o el fallo expedido.

Mas la afirmación de Demolombe, sobre el valor constitutivo de la sentencia y del reconocimiento, resulta contraria a la doctrina que desde hace más de un siglo enseñan los autores de procedimiento y de derecho civil. Si la causa de la filiación es el fallo proferido, entonces éste constituye la filiación. Y Carnelutti, Chioventa, Rocco, Couñure, Calamandrei, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, Josserand, etc., dicen todo lo contrario. Las sentencias simplemente declaran la filiación (y en general son declarativas y no constitutivas de derecho). Y lo mismo el reconocimiento.

Siendo como es, declarativa la sentencia, resulta forzoso admitir que la filiación está constituida por hechos distintos. Pero esos hechos no son las pruebas, como es obvio, porque se cae en la confusión del acto con su prueba, ya analizada; el hecho es, pues, la generación. De lo contrario habría que admitir que lo que constituye la filiación es uno de esos medios de prueba y no el haber sido efectivamente engendrado el hijo por el presunto padre. Y entonces no cabría impugnar un reconocimiento demostrando, por ejemplo, que no pudo haber sido ése el padre del reconocido. Cosa a todas luces absurda.

Claro está que para que cualquier acto o hecho jurídico pueda producir efectos jurídicos, originar derechos y obligaciones, se necesita que la ley le dé tal valor. Pero eso no quiere decir que sea la ley la fuente de esas obligaciones y derechos, pues se llegaría a la teoría, rechazada hace muchas centurias, de que la ley es la única fuente de las obligaciones, y no el contrato, el cuasi contrato, los hechos ilícitos o culposos, el enriquecimiento sin causa y la ley.

Decir que la filiación la constituyen el reconocimiento o la confesión o los escritos y demás medios llevados al juicio, y no la generación misma, es como decir que la causa jurídica de la obligación de indemnizar y del derecho correlativo, es la confesión o escrito donde aparezca que se es autor del hecho culposo o doloso, y no este mismo hecho.

Y si eso es cierto, ¿por qué el hijo tiene el carácter de natural respecto de la madre, sin que ésta lo reconozca? Lo que pasa es que el hijo nacido de padres no casados es natural respecto de la madre porque el nacimiento prueba fehacientemente la maternidad; pero respecto del padre, antes de 1936 no se permitía más modo de establecer la certeza que el reconocimiento. Le faltaba la prueba de su filiación si tal reconocimien-

to no tenía lugar. Pero también sin la partida de nacimiento no tiene el hijo la prueba de su filiación materna. La Ley 45 vino a permitir que el hijo pudiera producir esa prueba que le faltaba, que pudiera llevar la certeza necesaria mediante juicio controvertido. Luego, como ya se vio del estudio de los autores que se han ocupado de la materia, la ley nueva tiene plena aplicación a los hijos nacidos con anterioridad a ella.

Si esto no fuera así, no se entendería entonces, por ejemplo, por qué la ley 57 de 1887, que permitió probar el matrimonio y el estado civil de hijo legítimo, mediante partidas eclesiásticas, no admitidas por la legislación anterior con tal valor, tuvo aplicación a matrimonios y nacimientos anteriores, sin que jamás nadie osara siquiera discutirlo.

Y éste es el criterio expuesto en los artículos 39 y 25 de la ley 153 de 1887 examinados atrás. Los artículos 368 del C. C. y 57 de la ley 57 de 1887 dicen expresamente que el reconocimiento es apenas una prueba de la filiación y no su causa constitutiva: "Cuando el padre reconozca un hijo natural en el acta de nacimiento, bastará que firme el acta de registro respectivo, **EN PRUEBA DE RECONOCIMIENTO**". El último artículo citado agrega: "se llama simplemente ilegítimo, respecto del padre, **AL HIJO NATURAL** o espúreo, que no ha sido reconocido por él". Luego el ilegítimo era un hijo natural a quien le faltaba la prueba de su filiación paterna, que era sólo el reconocimiento.

Porque es necesario cuidarse mucho de aplicar determinado criterio para la interpretación de las leyes si se trata de la filiación legítima, y otro si se trata de la natural.

La doctrina y la jurisprudencia francesas

En la última edición del Tratado Elemental de Derecho Civil de Planiol, comentado y adicionado por Georges Rippert (París, 1950), Tomo 1º, al tratar del conflicto de leyes en el tiempo se dice sobre la materia en estudio:

"La filiación es un hecho fisiológico del cual la ley regula la prueba y determina las consecuencias jurídicas según las calificaciones diversas que ella le aplica" (pág. 121).

Es decir, al estatuir la ley que el reconocimiento o las actas o las sentencias judiciales sirven para establecer la filiación, apenas está regulando su prueba. Tales medios no constituyen la filiación ni su causa; simplemente la demuestran.

Rippert agrega: "Lo que constituye la dificultad es que, de una parte, **LA SITUACION LEGAL RESULTA DEL HECHO DE LA FILIACION**, pero, de otra parte, este hecho no existe jurídicamente, en tanto no esté probado. La cuestión está en saber cuál es el verdadero elemento constitutivo de la situación legal: si se admite que es el hecho (supuesto probado) de la filiación, es necesario decir que la sola ley competente es la ley contemporánea del nacimiento; si se admite, por el contrario, que es la prueba en sí misma, es necesario reconocer la competencia de la ley contemporánea a la administración de la prueba, siendo entendido que el hecho, así establecido, producirá necesariamente sus efectos a contar del día en que ha tenido lugar" (idem).

Ripert, pues, afirma para la filiación lo que es evidente para cualquier acto o hecho jurídico: si no existe su prueba, no tiene existencia jurídica. Tanto vale no probar el hecho, a que no exista, enseñan todos los autores de derecho procesal. Pero una vez que la prueba le dá vida jurídica, producirá sus efectos a contar del día en que ha tenido lugar (la concepción en el caso presente). Antes de la prueba se tiene una situación jurídica abstracta, no constituída.

Estudia luego Rippert el caso de la filiación natural y dice que en 1804 se prohibió la investigación de la paternidad natural, suprimiendo las pruebas que las leyes anteriores admitían. Y dice: "Los tribunales decidieron que las disposiciones nuevas eran aplicables a los hijos nacidos anteriormente (casación 28 junio 1815; 9 marzo 1824; 18 marzo 1846). Tal solución no puede explicarse sino por la idea de que, cuando entró en vigencia el Código, la situación legal de los hijos naturales no estaba aún constituída. Inversamente la ley de 16 de noviembre de 1912 permitió la investigación de la paternidad natural. Lógicamente la misma solución ha prevalecido: la ley nueva ha sido declarada aplicable a los hijos nacidos antes, pero en su beneficio esta vez, y no en su perjuicio (Civ. 20 febrero 1917, tres sentencias); 24 julio 1917, dos sentencias). Se admite por lo mismo que la situación legal del hijo natural tiene su origen **jurídico** no en el hecho mismo de la filiación sino en su prueba. Lo que complica aparentemente el problema es que en la especie, constitución por juicio de la situación legal, no podía dejar de repercutir sobre el pasado, y el hijo natural tiene derecho desde el momento de su nacimiento, a las ventajas que le confiere su calidad. Pero no debe verse en esto

sino la consecuencia necesaria del efecto retroactivo que comporta, en cualquier hipótesis, el establecimiento de la filiación. La ley no podría ser retroactiva sino cuando modificara para el pasado los efectos de la filiación natural" (idem).

Como se ve, admitiendo la tesis de que la prueba (reconocimiento o declaración judicial) constituye la filiación, sería necesario aplicar la nueva ley en virtud del principio de que las normas sobre nuevos medios de prueba tienen aplicación a los hechos anteriores, tal como en Francia lo resolvió la jurisprudencia y como lo explica el profesor Ripert. Pero ese carácter constitutivo de la prueba se refiere simplemente al "valor jurídico de la filiación", es decir, al principio universal de que el hecho o acto, a pesar de que exista realmente, no tiene vida jurídica sin la prueba que lo acredite. Mas la circunstancia de que una vez aportada la prueba y declarada la filiación surta efectos desde el nacimiento, está indicando que la situación legal existía desde el hecho de la filiación, pero faltaba la prueba para reconocerle sus efectos jurídicos.

En todo caso, siempre la ley nueva tendría aplicación a los hijos nacidos antes.

El Profesor Luis Josserand (Curso de Derecho Civil Francés, Tomo 1º) dice sobre esta materia:

"La ley de 1912 ha tenido una aplicación inmediata como de interés para el orden social en primer término; nadie puede pretender tener derechos adquiridos en un estado determinado, y, especialmente, el artículo 340, en su antigua redacción, no podía otorgarle al padre natural el derecho de sustraerse a la constatación oficial del vínculo que lo une a su hijo. En consecuencia, la ley de 1912 se aplica aún a los hijos nacidos o concebidos anteriormente a su promulgación". (Nº 1219). Cita luego Josserand numerosas sentencias sobre este punto, y agrega: "No sería exacto, en nuestro concepto, decir que la ley es retroactiva en esta ocurrencia; ella se contenta con obrar inmediatamente, conforme a las exigencias del orden público" (idem).

El Profesor Roubier expresa al respecto:

"Por ejemplo una ley nueva prohíbe admitir la prueba de la filiación adulterina o incestuosa; esta ley será de aplicación inmediata, sin retroactividad, o sea, que desde el momento de que entra a regir, no se podrá en manera alguna, producir dicha prueba, aún respecto de filiaciones resultantes de adulterio o de incestos anteriores.

"A la inversa, una ley nueva (L. 16 de noviem-

bre de 1912) autoriza probar en juicio la paternidad natural, hasta entonces prohibida (C. Civ. 340). Esta ley ha podido aplicarse inmediatamente, aún respecto de hijos naturales nacidos antes. En efecto: ni por la ley antigua, ni por la nueva llegó a preverse que la prueba de filiación natural debiera producirse en un momento dado, y nunca tampoco la ley francesa llegó a consagrar una presunción legal como la establecida en el artículo 312 del Código Civil, tocante a la filiación legítima; cuando nace el niño, la ley sólo tiene en cuenta, como ya lo vimos, la prueba del nacimiento, pero no la de la filiación. Resulta pues, que el establecimiento de esta última prueba, pertenece al futuro, que la nueva ley puede regir sin retroactividad.

"A decir verdad, la Ley del 16 de noviembre de 1912 no se presenta del todo por este aspecto, pues tampoco ha dejado enteramente libre la investigación judicial de la paternidad natural. Hasta cuando aquella ley entró a regir, la prueba en juicio sólo podía fundarse en el raptó, cuando la época de éste coincidía con la de la concepción. La nueva ley agrega una serie de hechos considerados como pertinentes (violación, toda seducción dolosa, cartas y confesiones por escrito, concubinato público, participación en la crianza y educación del niño), cuya enumeración es, sin embargo limitada.

"Será menester escribir, por esto, que la ley en cuanto señala la admisibilidad de nuevos medios de prueba, no podría, sin ser retroactiva, permitir que se alegara, a título de prueba, hechos de esta clase, cuya fecha fuera anterior a la nueva ley?

"Ello sería inadmisibile. Los hechos de que se trata, son simples medios de prueba, que el legislador permite alegar en lo sucesivo ante el juez para determinar su convicción y llegar a la verdad. La ley no hace sino autorizar la prueba en juicio; y debe aplicarse a los nuevos debates judiciales; su único objeto consiste, dadas las dificultades bien conocidas de esta materia, en suministrarle al juez el medio de orientarse exactamente. Pero la ley no ha establecido que la prueba haya de referirse a época de duración anterior y sería absurdo asimilar los hechos previstos por la ley de 1912 a pruebas preconstituídas.

"Con todo, podría hacerse una última objeción: ¿el fallo de reconocimiento acaso no es simplemente declarativo de una situación jurídica? ¿No habría, por tanto, retroactividad si se admitiera que la ley de 1912 pudiera aplicarse a

los hijos ya nacidos, pues la situación jurídica de éstos ya existía, y al juez sólo compete reconocerla? Y es verdad que este carácter declarativo no puede desconocerse, como también que implica un efecto que ya hemos estudiado: la retroactividad del reconocimiento de un hijo natural.

“Pero, de otro lado, ¿no es también cierto que sin tal reconocimiento, sólo habría un estado de hecho sin valor jurídico, puesto que la filiación natural no produce efecto sino cuando es legalmente reconocida?

“Conforme a este modo de ver, el reconocimiento sería la base para constituir la situación jurídica.

“La dificultad surge de una falsa apariencia que es fácil dispar. En la teoría de la filiación, el elemento jurídico fundamental aparece dominado por el elemento probatorio; también, la sentencia de reconocimiento es declarativa, puesto que ella no produce la filiación natural, sino que se limita a reconocerla; sólo que, como el elemento probatorio desempeña el principal papel, parece como si también el reconocimiento tuviera la misma preponderancia que tendría el elemento constitutivo de la situación jurídica. O, dicho de otra manera, el reconocimiento es declarativo en cuanto al fondo del derecho, como quiera que aquél no crea la filiación; pero, **quoad probationem**, el reconocimiento sí es constitutivo, y ello es tanto más importante cuanto que la prueba juega papel preponderante.

“Se demuestra la exactitud de este punto de vista, por lo siguiente:

“1º El reconocimiento voluntario debe asimilarse al reconocimiento judicial; aquél también, a pesar de ser un acto y no una sentencia, es declarativo y tiene efecto retroactivo; ahora, no obstante eso, la ley que modificara las condiciones de validez del reconocimiento voluntario, se aplicaría a los reconocimientos posteriores, aunque se refirieran a hijos naturales ya nacidos.

“2º Existen otras sentencias, como las que declaran ausente o muerta a una persona, que participan de la misma naturaleza: son seguramente declarativas, como su nombre lo indica, desde el punto de vista fundamental, porque ellas no producen ni la muerte ni la ausencia; sin embargo, constituyen la situación jurídica contemplada **quoad probationem**, y de ello se sigue que una ley nueva puede variar las condiciones en que pueden ser dictadas, aún respecto de personas ya desaparecidas o ausentes; la ley sería aplicable,

sin que fuera retroactiva, a los juicios posteriores que vinieran a entablarse.

“En definitiva ya se ve a dónde conduce la prueba en juicio: esto es, en todo caso, cuando el establecimiento de la prueba no haya sido (o no debiera haber sido) obtenida con anterioridad, a constituir la situación jurídica **quoad probationem** en el día del juicio, ante el juez: por este aspecto el papel del juez es activo, porque la cuestión de la prueba no se encontraba regulada anteriormente. De la misma manera su actividad se encontrará regulada por toda ley nueva que rija en el día del proceso, y eso aunque los hechos por probar, o los elementos de prueba admisibles, se coloquen bajo el imperio de la ley anterior. Por esta razón, cuando la ley admite la posibilidad de probar un hecho dado, como la paternidad natural o de probarlo de tal o cual manera, deberá aplicarse inmediatamente en los nuevos procesos y no habría sido mera retroactividad aparente. Por idénticos motivos, si una ley, suponiendo lo contrario de lo que dispone la ley de 1912, restringiera la numeración de los casos en los cuales se admite la prueba de la paternidad natural, igualmente sería de aplicación inmediata, al excluir los hechos anteriores que hubieran podido servir de prueba de acuerdo con la ley que regía al tiempo de su ocurrencia.

“Únicamente en el supuesto de que el reconocimiento judicial ya se hubiera conseguido, la nueva ley de que se trata quedaría, sin efecto, porque la prueba ya estaba producida, con lo cual se habría fijado al propio tiempo y de modo definitivo la competencia de la ley que regía al tiempo de practicarse la prueba.

“Nota.—Por la misma razón, cuantas veces la actividad del Juez no sea puramente declarativa ni se limite al reconocimiento del derecho anterior, las leyes nuevas se aplican en todos los procesos nuevos, sin retroactividad.

“Así las sentencias condenatorias para la constitución de una hipoteca judicial y esta misma constitución, representan elementos nuevos que resultan del fallo: la ley que creare por primera vez en un país la hipoteca judicial, se aplicaría inmediatamente a todos los fallos que hubieren de ser dictados después de que entró a regir, no obstante que dichos fallos se refieren a situaciones anteriores a la ley.

“Se requiere, pues, separar las diferentes partes que forman un fallo y examinar la medida en que la actividad del juez es puramente declarativa y también en qué sentido puede ser ella

constitutiva, para determinar así el campo de aplicación de las nuevas leyes. ("Les conflits de Lois dans le temps".—Edición de París de 1929. Tomo I, número 56; págs. 458 in fine a 463).

El Profesor R. Savatier dice sobre la misma cuestión: "La Recherche de la Paternité".—**Retroactividad de la Ley de 16 de noviembre de 1912.**

"Se discutió con ardor, principalmente en los años que siguieron de cerca a la promulgación de la Ley de 1912, la cuestión de saber si ella pudiera favorecer a los hijos nacidos antes de su promulgación. La jurisprudencia acertadamente lo admitió y ha merecido general aprobación.

"En efecto, las leyes sobre pruebas no pueden, sin duda, obrar retroactivamente a costa de las partes que hubieran adquirido, bajo un régimen anterior, la prueba legal de sus derechos; pero esas mismas leyes deben, por el contrario, aplicarse de modo inmediato, si en lugar de restringir los medios anteriormente admitidos, abren la puerta a otros medios de prueba. Y es porque entonces dichas leyes no, tienden sino a descubrir la verdad por vías más amplias, sin cambiar por eso en nada los derechos otorgados a las partes por los hechos existentes. Pues a nadie sería lícito quejarse legalmente por la desaparición del error, aunque éste le aprovechara, puesto que el error jamás es un derecho, no obstante que el legislador prohíbe desenmascararlo provisionalmente, o en calidad de por ahora.

"Esta razón que nos parece definitiva, permite descartar aquí las discusiones, a veces muy sutiles, que se levataron con ocasión de esto, sobre las distinciones entre **derechos adquiridos y simples expectativas**, o entre **situaciones legales condicionales y situaciones legales definitivas**, o entre **derechos de interés social y derechos de interés individual**, etc.

"La posibilidad para los hijos nacidos antes de 1912, de demostrar el error que los tenía como extraños al autor de sus días, les permite reclamar la herencia de éste, aun cuando ya se hubiera adjudicado a otros. Y nada les impide valerse, para probar su filiación, de hechos y documentos anteriores a la Ley de 1912. Pero la práctica de estos principios está limitada en el hecho por causa de los plazos rigurosos dentro de los cuales se encierra la investigación de la paternidad. La acción se extingue definitivamente un año después de que el hijo cumpla la mayor edad; así que, sólo pueden invocar esta norma los hijos nacidos menos de 22 años antes de Gaceta—7

la promulgación de la Ley de 1912". Obra citada, edición de París de 1927, págs. 14 a 16)".

Como puede verse, el concepto de Demolombe no tuvo acogida en Francia, ni por los expositores más renombrados, ni por la jurisprudencia. Y es en este sentido admitido uniformemente por la jurisprudencia y defendido por los más prominentes autores de derecho civil (Beudant y Colin y Capitant opinan lo mismo), que nuestro legislador acogió la fórmula del artículo 4º de la ley 45, de manera similar a la de la ley francesa de 1912, con el expreso deseo de utilizar ese acervo doctrinario y jurisprudencial.

La apreciación de prueba escrita anterior a 1936

Por último, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal por error de derecho en la apreciación de la prueba escrita consistente en el reconocimiento que ante el Juez Municipal de Puerto Colombia hizo Antonio M^a Criales a favor de Carlos Alberto Criales como su hijo natural. La acusación se fundamenta en que cuando tal reconocimiento tuvo lugar no existía ese medio de prueba en nuestra legislación para acreditar la filiación natural. Pero ya se vio cómo en materia probatoria de estado civil rige la ley vigente al tiempo del juicio en cuanto consagra nuevos medios, y la anterior sólo en lo atañedor a la validez de los medios de prueba que al tenor de ella eran admisibles y que la nueva ley suprimió, pues el estado civil constituido bajo el imperio de una ley no desaparece aun cuando otra posterior la derogue.

Aplicación de los medios nuevos de prueba en general

Los autores universales de Derecho Procesal están conformes con esta apreciación. Así, José Chiovenda dice que si la ley nueva admite nuevas formas de actuación de la ley o amplía las ya existentes, v. gr., **al darle valor ejecutivo a documentos o a pruebas que antes no lo tenían**, se podrá utilizar esos medios nuevos de prueba a pesar de que no hubieran sido reconocidos como tales por la ley vigente en el momento de nacer los derechos cuya existencia se quiere demostrar. Para Chiovenda, la ley nueva se aplica a las pruebas desde el punto de vista de su admisibilidad y de su ejecución, siempre que se trate de procesos en curso en el momento de co-

menzar su vigencia o que se inicien con posterioridad. Dice textualmente: "En cambio, si la ley admite nuevas formas de actuación de la ley o extiende las ya existentes a casos no admitidos antes, o introduce nuevos medios ejecutivos, pueden servirse de la extensión también los titulares de derechos preexistentes". Y luego: "Y lo mismo debe decirse de las **pruebas** no sólo desde el punto de vista de su ejecución, sino de su **admisibilidad**. Ya no puede dudarse hoy que las normas sobre la admisibilidad de las pruebas corresponden a la ley procesal. Ni puede inducirnos a creer lo contrario verlas incluídas en los códigos de derecho sustancial, pues sabemos que la naturaleza de una norma derivase de su **objeto**, no del lugar donde se encuentre...". "Encaminadas las pruebas a formar la convicción del juez, pertenecen al derecho procesal y sólo pueden admitirse de acuerdo con la ley del momento en que devienen necesarias, porque sólo esta ley puede determinar cuáles son los medios idóneos para formar **actualmente** la convicción del juez. No es posible que el mismo juez, en la misma audiencia, admita en un proceso un medio de prueba y lo excluya en otro de la misma naturaleza sólo porque los derechos de que se trata han nacido en tiempos diversos...". "No negamos, por tanto, que entre derecho y prueba existan íntimas relaciones, pero son relaciones de hecho de las cuales no se deriva que el derecho deba ser acompañado hasta la muerte, a través de cualquier cambio de ley y costumbres, de los medios de prueba empleados cuando ha nacido; esto demostraría que el derecho subjetivo es cosa inviolable e indefectible, aislada de las condiciones del tiempo, mientras, por el contrario, si de una parte es verdad que su suerte está íntimamente ligada a la de la sociedad en que vive, por otra la prescripción demuestra que el tiempo puede proporcionarle cualquier otro perjuicio que el de privarlo —talvez sólo temporalmente— de la prueba.

"Esto sentado, no puede reprobarse la doctrina que seguimos culpándola de olvidar las atenciones debidas a la voluntad de las partes, las cuales, dicese, tienen presentes los medios de prueba admitidos por la ley del tiempo en que dan vida a relaciones jurídicas. **Prescindiendo de considerar que esta objeción no puede referirse a las relaciones nacidas de hechos jurídicos**, diferentes de los negocios jurídicos, prescindiendo del hecho de que en la grandísima mayoría de los casos las personas que realizan negocios nada se preocu-

pan de su prueba y mucho menos de las leyes sobre la prueba, que ordinariamente ignoran, la cuestión estriba precisamente en saber si las partes que piensan en las normas concernientes a la prueba deben considerarlas como normas inmutables del negocio que realizan o como la expresión de condiciones sociales extrínsecas al negocio y sujetas a cambios". (Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo 1º, págs. 158 a 160. Traducción Española de la 3ª Edición Italiana).

Francisco Carnelutti está de acuerdo con Chiovenda en que, en materia de pruebas, la nueva ley se aplica a hechos acaecidos antes de su vigencia, cuando no se trata de una solemnidad de la esencia del acto. (Sistema de Derecho Procesal Civil, T. I, número 33).

Además, nuestro C. C. en el artículo 39 de la ley 153 de 1887 consagra los mismos principios expuestos por los dos famosos procesalistas italianos citados. Dice: "Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley PODRAN probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquélla establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere". Como se ve, al decir el legislador de 1887 que por los medios consagrados en la ley anterior "podrán probarse" los actos y contratos celebrados bajo su imperio, está admitiendo tácita pero claramente que también pueden probarse por los medios consagrados en la nueva ley. Si hubiera querido evitarlo habría exigido perentoriamente la prueba anterior y no hubiera usado la forma potestativa allí empleada. Luego con mayor razón debe regir la nueva cuando, según anota Chiovenda, se trata no de contratos o negocios jurídicos sino de hechos jurídicos diferentes, como sucede con los constitutivos de la filiación.

El doctor Antonio Rocha hace la misma observación en su libro "De la Prueba en Derecho": "Como se ve por estas observaciones, todo problema de irretroactividad de la prueba es en el fondo un problema de irretroactividad del derecho sustantivo. Y en el artículo 39 de la Ley 153 de 1887 se ajusta a los lineamientos que hemos indicado. Dice que los actos o contratos que se hicieron a la antigua ley podrán probarse (subrayamos **podrán**), por los medios antiguos, pero no prohíbe los nuevos. Con esa facultad queda a salvo el principio de irretroactividad de la ley, del derecho general. Prácticamente, junta a los anteriores los medios de la nueva ley. Unos y

otros son admisibles, a voluntad del interesado, pero ninguna de las partes podrá vetar el medio anterior de prueba. "El fin de la prueba es poner en claro la verdad, y los medios más apropiados para este fin, sancionados en la ley nueva, no pueden ser excluidos por aquellos contra los cuales hubieren sido hechos valer tales medios", dice Fiore ("Comentarios al Código Civil Italiano", citado por Lessona en su "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil", primer tomo, edición castellana de 1906, Madrid. Edición 1949, pág. 52).

El doctor Rocha cita dos sentencias de la Corte Suprema en que se ha consagrado este mismo principio: la de 10 de diciembre de 1930, G. J. Tº XXXVIII, pág. 376, y la de agosto 5 de 1942 de la Sala de Negocios Generales, G. J. Nº 1987, página 781.

El mismo concepto se encuentra en la obra "Derecho Procesal Civil" de Hugo Rocco, edición 1944, México, pág. 129: "Viceversa, cuando la ley admite nuevos modos de actuación de la ley, o aumenta su número o introduce nuevos medios de ejecución, dicha ley es eficaz aún con respecto a los derechos nacidos con anterioridad y válidamente pueden invocarla los titulares de aquéllos. Así, una vez que entró en vigor el Código de Procedimiento de 1865, que confiere carácter de títulos ejecutivos a los documentos contractuales públicos, el mismo carácter adquirieron todos los demás documentos con anterioridad otorgados". "Lo mismo ocurre por lo que ve a las pruebas, no sólo con respecto a su recepción sino también a su admisibilidad. Y esto porque destinadas las pruebas a formar la convicción del juez (pertenecen en efecto al derecho procesal), no pueden admitirse sino conforme a la ley del momento en que se hacen necesarias, en cuanto sólo esta ley puede decir cuáles son los medios idóneos para formar **actualmente** (subraya el autor) la convicción del juez".

Nueva ley sobre pruebas "ad solemnitatem"

En el capítulo segundo del estudio relativo a la retroactividad o irretroactividad de las leyes sobre procedimiento civil, trae Fiore conceptos precisos sobre la materia en discusión.

Hace allí nuevamente Fiore la distinción entre las formalidades sustanciales del acto, que se sujetan a la ley vigente cuando se ejecuta, y la ampliación de la esfera de aplicación o admisibilidad de medios de prueba, y dice:

"...no puede reputarse como un defecto de esta naturaleza (derecho adquirido) el que pretenda tenerse para impedir que una de las partes pueda aprovecharse, en el proceso comenzado o continuado después de estar en vigor la ley nueva, de las disposiciones de dicha ley por las que se amplíe la esfera de aplicación de los medios de prueba o la admisibilidad de nuevos elementos probatorios que, no hallándose establecidos en la legislación anterior, hubiesen sido admitidos por la nueva. En efecto, **no puede pretenderse la existencia de un derecho creado contra el legislador, el cual en todo tiempo puede, por razones de interés público, ampliar la esfera de los medios de que pueden servirse aquellos que tengan interés en establecer y fijar judicialmente un hecho jurídico, y no cabe, por lo tanto, impedir a éstos que se aprovechen de los nuevos y mejores medios de prueba para obtener el reconocimiento judicial de los derechos civiles precedentemente adquiridos**" (pág. 301).

En seguida advierte Fiore que distinto sería respecto a las formalidades "ad solemnitatem", pero que, cuando "se trate de establecer más completamente y con mayor certeza la fuerza jurídica, que no podía ser negada en absoluto, del derecho controvertido, según la legislación anterior, no podría en verdad sostenerse que la parte contra la cual se intente utilizar con dicho objeto los nuevos y mejores medios establecidos por la ley nueva puede estar asistida del derecho de impedirlo, alegando para ello que se trata de una discusión entre partes relativa a un asunto cumplido bajo la legislación anterior. Puede acaso ostentarse algún derecho contra el legislador, fundado en la pretensión de que él debe inmovilizar el sistema de las pruebas, o impedir, cuando lo haya perfeccionado y mejorado, el que puedan ser aprovechados los nuevos medios para establecer la verdad jurídica, tan sólo porque la contienda se refiere a un negocio incoado bajo la legislación anterior".

Y dice que así lo ha resuelto el Tribunal de Casación de Turín, inclusive para el caso de pedir oficiosamente el magistrado la práctica de los medios nuevos establecidos por la ley (páginas 501-2).

Después de expresar que cuando al acto o negocio jurídico le faltó un requisito para su existencia, no exigido por la ley nueva, ésta no puede aplicarse sin darle efecto retroactivo (eje. escritura pública en venta de inmuebles), agrega: "La solución es, sin embargo, bien distinta cuan-

do se trata de UN HECHO CUYA EXISTENCIA Y VALOR SE QUIERA DEPURAR, no ya para establecer o fijar el derecho o el negocio jurídico, SINO PARA BUSCAR LA CERTEZA DEL CONVENCIMIENTO, a fin de resolver por él la controversia jurídica. Sería una extraña pretensión la de ostentar un derecho creado para limitar, con relación a este particular, los nuevos medios de prueba que el legislador hubiera sometido a la discreción del juez".

Y tal es el caso de la filiación. Ella se produce al realizarse la concepción, y será legítima si sus padres eran casados o natural si no lo eran. Pero para probar la primera hay que demostrar el matrimonio y para la segunda demostrar la paternidad respecto al padre o el simple nacimiento respecto a la madre. La legislación anterior no admitía como demostración de la paternidad natural, sino el reconocimiento voluntario. La ley nueva permite que el convencimiento se adquiera en juicio, mediante las pruebas determinadas en el artículo 4º. Por tanto, se trata de medios nuevos de llevar la certeza de la paternidad al juez. Y la ley tiene, por ende, aplicación a los hechos sucedidos antes de su vigencia.

Puede decirse también que se trata de establecer un nuevo procedimiento para aducir la prueba de la filiación paterna. Antes era el reconocimiento voluntario; ahora es, además, la sentencia mediante juicio controvertido en los casos consagrados en el artículo 4º de la Ley 45. Y desde este punto de vista también se llega a la misma conclusión. En efecto, dice Fiore: "necesario es admitir el principio, como justamente lo admite el Tribunal de Casación Francés, en su mencionada sentencia de 1807, de que una ley que regule el procedimiento de la prueba puede, sin efecto retroactivo, ser aplicada a un medio probatorio que deba ser utilizado después de haber comenzado a regir la misma aun cuando se refiera a una controversia o contienda nacida antes, o a un proceso entablado estando en vigor la legislación anterior" (pág. 506).

Se recuerda que tanto Chiovenda, como Carnelutti, y demás procesalistas modernos, y el doctor Antonio Rocha entre nosotros, están de acuerdo en que los medios nuevos de prueba se aplican a los hechos y actos jurídicos sucedidos antes, si no se trata de un requisito **ad substantiam actus**. Ellos demuestran que solamente cuando se trata de solemnidad, como la escritura pública, rige la ley anterior, tratándose de contratos; pero que en todos los demás casos la ley nue-

va rige la admisibilidad de la prueba. Y naturalmente, el caso de la filiación nada tiene que ver con el de los contratos solemnes, porque es un simple hecho jurídico.

Darle a la prueba de la filiación el carácter de solemnidad esencial, equivale a concluir que es la prueba lo que constituye o crea la filiación, porque la prueba **ad solemnitatem** es aquella sin la cual el acto o contrato no nace a la vida jurídica y por tanto se confunde con un requisito esencial para la existencia del acto mismo. En el caso de la filiación, el reconocimiento o la sentencia, y con mayor razón los simples medios de convicción del juez, sirven apenas para demostrar que aquélla existe pero no son requisitos esenciales para su existencia. De lo contrario, la filiación tendría existencia legal sólo a partir del reconocimiento o fallo y no desde la fecha del nacimiento. Por tanto, dichos medios de prueba serían constitutivos y no declarativos de la filiación. Que el reconocimiento o la sentencia sean constitutivos del estado civil, es concepto que rechazan la totalidad de los autores de derecho civil y de procedimiento, y nuestra inveterada jurisprudencia.

Aplicación de este principio de nuestra legislación

Otro ejemplo de la aplicación del principio comentado en nuestra legislación (ya están examinados los relativos a los artículos 39 y 75 de la ley 153 de 1887 y 368 del C. Civil y 57 de la ley 57 de 1887), lo tenemos en el artículo 22 de la ley 57 de 1887. Realmente, antes de la vigencia de este texto las pruebas principales del estado civil consistían en las actas del registro civil, ya que las certificaciones parroquiales no tenían valor legal como prueba de matrimonios, defunciones o nacimientos. El artículo 22 de aquella ley les otorgó a las certificaciones de los párrocos el valor de pruebas principales de tales hechos de estado civil, si se expedían con inserción de las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. No se dijo allí en forma expresa que estos medios nuevos demostrativos del estado civil tuvieran aplicación a los hechos o actos anteriores a su vigencia; pero sin embargo jamás la doctrina ni la jurisprudencia emplearon reticencias para reconocerle pleno valor a las referidas certificaciones como medio de prueba de los nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridos antes de entrar en vigencia la ley. Es decir, se

estimó como indudable axioma jurídico que los medios nuevos de prueba del estado civil de las personas se aplicaban tanto a los hechos y actos posteriores como a los anteriores a la creación legal de aquéllos.

De la misma manera que la ley 57 de 1887 creó nuevos medios probatorios de la filiación legítima (nacimientos y matrimonios), la ley 45 de 1936 estableció medios nuevos de prueba del estado civil de hijo natural, mediante la investigación judicial.

Y así como nadie discute que el artículo 22 de aquella ley se aplica a hechos y actos sucedidos con anterioridad a la fecha de su promulgación, tampoco debe dudarse que el artículo 4º de la Ley 45 se aplica a las filiaciones generadas antes de 1936.

Igualmente el artículo 25 de la Ley 153 de 1887 consagra una norma que viene a armonizar perfectamente con los principios expuestos. En efecto, dice el artículo 25 en cita: "Los derechos de los hijos ilegítimos o naturales se sujetan a la ley posterior en cuanto su aplicación no perjudique a la sucesión legítima". Es decir, que con excepción de los derechos de los descendientes legítimos, adquiridos en virtud de leyes anteriores, las normas nuevas que otorguen derechos a hijos naturales son de aplicación general inmediata, no obstante que sean posteriores al nacimiento del hijo. Esos derechos adquiridos solamente pueden existir en sucesiones abiertas antes de la vigencia de la nueva ley, pues hasta entonces no se tienen sino simples expectativas conforme al principio de que la sucesión se rige por la ley vigente al tiempo de su apertura. En el artículo 25 de la Ley 153 encuentra también apoyo; pues, la tesis de que la nueva ley sobre filiación natural tiene efectos generales en favor de los hijos nacidos antes de su vigencia, con la única excepción insistentemente comentada. Lo mismo ocurre con los artículos 368 del C. C. y 57 de la Ley 57 de 1887 atrás analizados.

La intención del legislador de 1936

Para saber qué quiso el legislador es necesario estudiar el origen de la ley. Y ya se sabe que el artículo 4º lo redactó la Corte de 1936, con el fin de aprovechar el acervo jurisprudencial y doctrinario de Francia. Es decir, para que tuviera aquí el mismo alcance y sentido. Luego no podía quedar más claramente establecida la intención del legislador: favorecer con esos medios de prue-

ba tanto a los hijos nacidos antes como después, pues esa era la aplicación y el alcance que tanto la jurisprudencia como la doctrina francesa le venía dando uniformemente a la ley de 1912.

Pero hay algo más: la Ley 45 en su artículo 8º dice que los hijos nacidos antes pueden también probar su filiación por los medios consagrados en la legislación anterior. ¿Puede haber más clara expresión legal sobre la aplicabilidad de los medios nuevos a esos hijos? Si la intención hubiera sido otra, la redacción del artículo 8º hubiera sido totalmente distinta, aparte de que, como es forzoso suponerlo, el artículo 4º diría algo en tal sentido. En forma inequívoca la Ley 45 dejó a los hijos nacidos antes, con el derecho a probar su filiación tanto por los medios anteriormente permitidos como por los nuevos en ella consagrados, y al obrar así estuvo de acuerdo en un todo con las doctrinas que Fiore, Canelutti, Chiovenda, Rocco, Rocha entre los procesalistas, y Planiol y Rippert, Colin y Capitant, Jossierand, etc., enseñan y explican.

El artículo 28 prueba lo mismo. Porque él quiere decir, por su simple y clara redacción, que salvo en lo referente a concurrencia herencial con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la ley, los naturales también anteriores gozarían de todos los beneficios del nuevo estatuto. Y claro está, el primero de esos beneficios es el derecho a probar la filiación por los medios allí consagrados. Es decir, el de utilizar la acción judicial que la ley estableció.

Y, por último, basta leer los antecedentes de la ley, los informes, exposición de motivos, etc., para ver de manera incontestable lo siguiente: QUE LA LEY SE DICTO NO PORQUE PUDIERAN NACER DESPUES HIJOS NATURALES, SINO PORQUE EXISTIAN EN EL PAIS MULTITUD DE ELLOS; fue, casualmente, para los hijos naturales existentes que, en primer término, se dictó la ley.

La tesis propuesta conduce a dejar por fuera de la ley casi la totalidad de los hijos naturales nacidos hasta hoy, pues la violación, la seducción, las relaciones sexuales coexistentes con la concepción, serían en muchísimos casos hechos anteriores a ella. Y la posesión de estado desaparecería casi seguramente para los hijos mayores de edad alejados del padre, así como para los menores cuando el padre murió antes de haber transcurrido diez años posteriores a la ley. Pero hay más: la proposición en sentido contrario a lo expuesto llevaría a rechazar totalmente la in-

investigación aún por hechos posteriores a la ley si el hijo nació antes, pues la nueva solemnidad probatoria es, en realidad, la sentencia pronunciada mediante juicio controvertido, y tal solemnidad no existía al tiempo de ejecutar el padre el acto creador del hijo. Entonces podía decirse que el hijo tenía la situación jurídica de hijo ilegítimo ya constituida y que ella no puede ser modificada por ley posterior. La tesis, pues, resulta inadmisibile.

Ya se expuso cómo en Francia la jurisprudencia unánime y constantemente le ha dado aplicación a la ley de 1912 en favor de los hijos naturales nacidos con anterioridad a su vigencia, no sólo admitiendo los medios de prueba allí establecidos y que son los mismos que consagra el artículo 4º de nuestra Ley 45 de 1936, sino incluso reconociéndoles derechos herenciales a aquéllos, aún en sucesiones abiertas antes de iniciar su imperio la citada norma legal.

En Colombia puede decirse que la jurisprudencia ha sido uniforme en este sentido. Si bien, durante los años de 1940 a 1946 se sostuvo la tesis de que la acción debía intentarse en vida del padre, ella fue revaluada totalmente a partir de esta última fecha; y si por otra parte en el fallo de 1943, atrás mencionado, se pronunció la Corte contra la validez de los medios nuevos de reconocimiento voluntario previstos en el artículo 2º de la Ley 45 de 1936, cuando el acto haya tenido lugar antes de su vigencia, la tesis no afecta en absoluto la cuestión que ahora se estudia.

En sentencia de la Sala de Negocios Generales, fechada el veintinueve de marzo de 1941, dijo la Corte: "En efecto: el empleo de los medios nuevos de pruebas consagrados por la ley posterior no desconoce el derecho de las partes a usar del régimen probatorio vigente al tiempo de trabarse la litis, sino que es el ejercicio de la autorización contenida en el artículo 39 de la ley 153 de 1887. Este artículo dispone que los contratos o actos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra por lo medios que aquélla establecía para su justificación, es decir, no obliga a usar de los medios probatorios que la antigua ley establecía sino que es simplemente protestativo y en consecuencia se puede hacer uso de la ley nueva para acreditar hechos verificados en épocas en que las leyes establecían medios distintos para su comprobación. Esta interpretación es la misma dada por el doctor Angarita en sus comentarios

a la ley 153 de 1887 y por la comisión revisora del Código Civil en las actas publicadas en la aclaración que hace del artículo 39 comentado". (S. N. G. 29, marzo 1941. G. J. número 1973, pág. 746)".

Y en sentencia de Casación Civil, fechada el 10 de junio de 1948, dijo la Corte: "La ley 153 de 1887 es en gran parte reglamentaria del efecto retroactivo de las leyes y está destinada a resolver los conflictos que se originan en la aplicación de las dictadas en distintas épocas, con fundamento en la teoría de los derechos adquiridos. En su artículo 20, en que primordialmente se asienta la acusación que se estudia, reproduciendo el principio del artículo 23 del C. C., estatuye que "el estado civil de las personas, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida...". Pero acontece que en el cargo que se está considerando no se trata de un estado civil adquirido sino de uno no adquirido aún al tiempo de la variación legislativa. Aún aceptando que los dos Lenis González, Alfonso y Carmen, cuya situación de hijos naturales de su madre se enfoca particularmente en este cargo no tuvieran al tiempo de su nacimiento extramatrimonial, por el solo ministerio de las leyes entonces vigentes, la calidad de hijos naturales nada obsta jurídicamente para que después adquirieran ese estado civil de acuerdo con las nuevas leyes que establecieron condiciones diferentes de las exigidas por la ley anterior. La ley nueva es la que se aplica precisamente porque se trata de una situación jurídica no constituida, y en esta ocurrencia ningún papel juega el concepto del efecto retroactivo de las leyes en materia de estado civil. La circunstancia de que a la fecha de su nacimiento no hubiera tenido la aludida condición por presunción legal no significa en ninguna forma la imposibilidad de llegar a tenerla, y es innegable que luego la adquirieron, cuando entró a regir la ley 95 de 1890, cuyo artículo 7º volvió a consagrar el status jurídico de hijo natural respecto de la madre por el efecto de una presunción de la ley con base en el hecho del nacimiento, que opera por su propio y solo ministerio, como si hubieran sido reconocidos por instrumento público".

También pueden verse las sentencias de 10 de diciembre de 1930, G. J. XXXVIII, pág. 376, y de 5 de agosto de 1942, G. J. número 1987, pág. 781, citadas por el doctor Antonio Rocha.

No existe inconstitucionalidad

Como se ha visto que el padre no tenía ningún derecho adquirido a que no se probara la filiación del hijo por medios nuevos, y no existía el sistema de la investigación, ni hay derechos adquiridos contra el legislador que establece nuevos medios de prueba para determinar la certeza y la verdad, ninguna inconstitucionalidad por retroactividad puede tener la ley, si se aplica su artículo 4º a los hijos nacidos antes de la Ley 45. Como tampoco en Francia la jurisprudencia pensó siquiera que la ley de 1912 pudiera violar el artículo 2º del C. C., equivalente a nuestra norma constitucional.

Nuestra constitución dice que la ley no puede desconocer "derechos adquiridos con justo título" de conformidad con las leyes civiles; pero por ninguna parte aparece el título justo del padre para haber adquirido el derecho contra el hijo en el sentido de que éste no pudiera probarle judicialmente su paternidad. Y recuérdese que, como dice Fiore, inclusive el ejercicio de los derechos reales que la patria potestad otorga y las facultades sobre el hijo, se sujetan a la nueva ley sin que pueda alegarse derecho adquirido alguno.

Por último, es fundamental recordar que en Francia la jurisprudencia ha sido constante, desde la vigencia de la ley de 1912, en el sentido de que se aplica a los hijos nacidos antes de ella en cuanto a los medios de prueba que allí se establecieron y que la legislación anterior no admitía. Y de la misma opinión son todos los autores modernos, como Planiol y Ripert, Colin y Capitant, Beudant, Josserand, Roubier, Sabatier, etc.

Y esto, se repite, es fundamental. Porque la redacción del artículo 4º fue obra de la Corte de 1936, y la explicación que se dio en ella fue, precisamente, que se quería dejarla similar a la francesa, para aprovechar el gran acervo jurisprudencial

y doctrinario que en Francia existía sobre la ley de 1912. Tal fue, pues, el claro espíritu de la reforma y el sentido preciso de la redacción que al artículo 4º se le dio. Sostener lo contrario ahora, equivale a desconocer la expresa intención del legislador y, en verdad, a reformar la ley.

No vale decir que la voluntad de quienes ejecutaron los hechos que contempla el artículo 4º de la Ley 45 no fue la de obligarse con ellos. Porque la intervención de la voluntad en materia de valor probatorio de hechos, sólo tiene pertinencia en el terreno de los negocios jurídicos, como explica Chiovenda claramente en los párrafos transcritos. Además, como observa el mismo autor, en verdad las partes nunca piensan cuando ejecutan actos, que puedan o no servir de pruebas contra ellas; y, en todo caso, no deben considerar las normas vigentes sobre pruebas como inmutables, sino sujetas, por el contrario, a cambios.

Por las razones expuestas se concluye que los cargos formulados en la demanda de casación son inadmisibles.

En mérito de lo cual 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 de Barranquilla en el juicio ordinario de Carlos Alberto Criales contra Leonidas (o Leonilde) Criales v. de Viloría, el 16 de septiembre de 1949.

Costas, a cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL, cúmplase y devuélvase en oportunidad al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Rafael Ruiz Manrique — Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE NULIDAD DE UN JUICIO EJECUTIVO Y DE UN REMATE.— LA NULIDAD DE UN PROCESO JUDICIAL FENECIDO NO PUEDE VENTILARSE Y DECIDIRSE SINO CON APLICACION DE LAS DISPOSICIONES VIGENTES AL MOMENTO EN QUE SE REALIZO

1.—La nulidad de un proceso judicial fenecido al igual que la de todo acto procesal consumado, no puede ventilarse y decidirse sino con aplicación de las disposiciones vigentes al momento en que ellos se realizaron. La ley nueva es inaplicable en tal situación, pues al hacerlo se le otorgaría un manifiesto e inaceptable efecto retroactivo. De allí que, como la ejecución a que este pleito se contrae, se surtió y concluyó bajo la vigencia del abolido Código Judicial, sea éste y no el actualmente en vigencia (Ley 105 de 1931), el que deba regir el caso controvertido.

2.—Una cosa son las nulidades de carácter sustantivo a que se refieren las disposiciones contenidas en el Título 20, Libro 4º del C. C. y otras las de carácter adjetivo consagradas en el Capítulo 7º del Título 12 del C. J. Las primeras miran a los actos y declaraciones de voluntad, en cuanto éstos carecen de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato en sí mismo considerado, y en las segundas ese concepto no entra en juego, sino únicamente si el procedimiento encaminado a hacer efectivo un derecho está o no viciado. Por eso la nulidad o vicio de carácter adjetivo no toca, en cuanto a su validez, el acto o contrato cuya efectividad se quiere hacer valer en un proceso judicial que es o se declara nulo por irregularidades en su tramitación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril diez y seis de mil novecientos cincuenta y tres.
(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

1º En julio de 1913 y ante el Juez 2º del Circuito del Guamo José Ignacio Rodríguez entabló

juicio ejecutivo, por suma de pesos, contra Vicente Arteaga. Dictado el mandamiento de pago, notificado el deudor y embargado los biehes que se denunciaron como de propiedad del ejecutado, el proceso pasó al conocimiento del Juez del Circuito de Melgar, funcionario ante quien el deudor constituyó apoderado y se prosiguió la actuación.

2º El ejecutante cedió su crédito a Isaías Guzmán, y la cesión se notificó al deudor el 18 de mayo de 1915.

3º Secuestrados y avaluados los bienes, el Juzgado, con fecha 9 de septiembre de 1919, citó a las partes para sentencia de pregón y remate.

4º El 2 de mayo de 1921 falleció el ejecutado Vicente Arteaga, y sin que se hubieran notificado los créditos a los herederos de éste, se prosiguió la actuación: el 23 de marzo de 1925, se llevó a cabo la diligencia de remate y el ejecutante, por cuenta de su crédito, remató los bienes perseguidos; el 30 de junio siguiente, se aprobó el remate y por último, previas las inscripciones correspondiente, en 3 y 4 de agosto del mismo año, se entregaron los bienes al rematador.

El pleito

Invocando principalmente esos antecedentes, los señores Pablo, Isidora, Jesús Arteaga y otros, en su condición de hijos legítimos de Vicente Arteaga y en representación de su sucesión intestada propusieron en abril de 1949 y ante el Juez del Circuito del Espinal juicio ordinario contra Isaías Guzmán, para que se hagan, entre otras, las declaraciones que en seguida se resumen: Que es nula, de nulidad absoluta, por falta de notificación judicial de los títulos de crédito a los herederos de Vicente Arteaga, toda la actuación surtida en el mencionado juicio ejecutivo a partir del 2 de mayo de 1921, fecha en que falleció el ejecutado; que es también nula, de nulidad absoluta, la diligencia de remate de los bienes subastados, la sentencia aprobatoria del mismo y

las inscripciones en los libros de registros, nulidad ésta que debe decretarse como consecuencia de la anterior y "por falta de formalidades que la ley exige para la validez de tales actos"; que pertenecen a la citada sucesión los aludidos bienes y que el demandado debe restituírselos junto con sus frutos.

Surtido el pleito con oposición de los demandados, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 30 de noviembre de 1949, en cuya parte resolutive declaró prescrita la acción incoada.

Por recurso de apelación concedido a la parte actora subió el negocio al Tribunal de Ibagué, el que en sentencia de 18 de agosto de 1950 confirmó la recurrida sin costas.

Resumiéndolos, los fundamentos de ese fallo son los siguientes: Como toda la actuación del juicio ejecutivo se cumplió bajo la vigencia del Código Judicial abolido en 1932, las nulidades procesales que se alegan deben estudiarse de conformidad con lo establecido en ese estatuto; en éste y en las leyes que lo adicionaron y reformaron, no se encuentra ninguna disposición similar al numeral 3º del artículo 451 de la Ley 105 de 1931; que igual cosa ocurre con los restantes motivos de nulidad que se alegan expresamente en la demanda; que la justicia no puede declarar ahora nulidades procesales, que se fundan en la inobservancia de requisitos no exigidos por la legislación vigente cuando se cumplió la actuación, o en causales anulatorias que no estaban consagradas como tales y que no pueden alegarse por analogía; que además el artículo 1434 del C. C. es una disposición adjetiva, pues no consagra derechos ni obligaciones, por lo cual antes de la vigencia del actual Código Judicial, su violación "puede decirse que sólo da lugar a una nulidad relativa, cuyo plazo para pedir la rescisión es de cuatro años, de conformidad con el artículo 1750 del C. Civil", que en el caso de autos se encuentran vencidos con exceso; que el hecho de que no se hubiere cumplido la formalidad del artículo 1434 citado y se hubieren rematado los bienes perseguidos, no sitúa el caso en la nulidad absoluta de que trata el inciso 2º del artículo 1741 del C. C., que se refiere a actos y contratos celebrados por personas absolutamente incapaces y que además, al demandado lo ampara la prescripción adquisitiva que estudió el Juzgado de primera instancia.

El actor recurrió en casación, y en la demanda con que sustentó el recurso, formula contra

las sentencias las acusaciones que van a resumirse, las cuales apoya en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.

A) El Tribunal violó el artículo 457 del C. J., al no aplicarlo al caso de autos, pues conforme a sus términos el demandante tiene derecho a proponer la acción de nulidad incoada, ya en forma directa o como excepción al fallo respectivo al momento de dársele cumplimiento;

B) El Tribunal desconoció y violó por falta de aplicación el contenido del ordinal 2º del artículo 123 de la Ley 105 de 1890, pues no consideró que en éste como en la Ley 105 de 1931, la ilegitimidad de la personería es motivo de nulidad en lo actuado cuando la parte mal representada no puede ratificar la actuación ni estudió la nulidad del juicio ejecutivo con base en la incapacidad del ejecutado para seguir actuando como tal, por el hecho de su muerte, y en la incapacidad para comparecer en él de los menores hijos del ejecutado y de la falta absoluta de representación de ellos en el mismo;

C) El Tribunal interpretó y aplicó indebidamente el artículo 1434 del C. C. porque no consideró nulidad en los juicios lo que se haga contra su expresa determinación, máxime cuando la ley no determinó otra sanción. También el sentenciador violó los artículos 123, 131 de la Ley 105 de 1890 ya que la falta de personería era motivo de nulidad y puede referirse a la incapacidad para comparecer en juicio o a la indebida representación, y con todo de no haber sido citados los herederos o de haberseles notificado ilegalmente el remate y la sentencia aprobatoria de éste, se les privó de los bienes a que tenían derecho como herederos. Asimismo violó por falta de aplicación el artículo 457 del Código Judicial porque no apreció que las nulidades por falta de notificación a los herederos del título ejecutivo que lo era contra el causante, y por notificación ilegal que se hizo en el juicio ejecutivo con posterioridad a la muerte de Vicente Arteaga no debía admitirse después de ejecutoriado dicho fallo que finiquitaba la ejecución, declarando así a ese juicio purgado de vicios contra el contenido del mencionado precepto y del citado artículo 131. Violó a la vez el artículo 1750 del Código Civil por aplicación indebida, ya que siendo absoluta la incapacidad de los menores, y tratándose de nulidad por falta de notificación o notificación ilegal, la nulidad apenas podría sanearse conforme al artículo 15 de la Ley 95 de 1890, o sea por prescripción extraordinaria de

treinta años y no de cuatro como se menciona en la sentencia. A la vez el sentenciador viola el numeral 2º del artículo 1741 del C. C. por aplicación indebida ya que no puede confundirse las nulidades por violación de las normas procesales y que son de eficacia obligatoria incondicional, con las nulidades a que se refiere el Código Civil. En efecto, las primeras están establecidas a procurar la exacta administración y declaración del derecho atribuyendo a cada uno lo que le corresponde, de acuerdo con el sistema jurídico procesal respectivo; y las segundas se refieren a la nulidad como vicio de las obligaciones que las hace desaparecer dejándolas sin soporte, sin base, sin causa, y por eso la nulidad está colocada entre los modos de extinguir las obligaciones;

D) El Tribunal como consecuencia de no haber tenido en cuenta las pruebas a que alude el recurrente, demostrativas de la existencia del juicio ejecutivo, de la muerte del ejecutado en 2 de mayo de 1921; de la actuación que con posterioridad a ésta se llevó a cabo sin notificar los títulos a los herederos; de la existencia entre éstos de menores; y de la muerte del apoderado judicial ocurrida desde 1919, quebrantó los artículos 457 del C. J.; 123, inciso 2º, y 131 de la Ley 105 de 1890 y 1434 del Código Civil;

E) El Tribunal al declarar probada la excepción de prescripción en favor del demandado, violó, por aplicación indebida e interpretación errónea, los artículos 2512, 2527, 2528, 2529, 765 y 768 del Código Civil, y por falta de aplicación los artículos 15 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936. Entre otras cosas afirma que la prescripción ordinaria es improcedente, por cuanto que el demandado carece de justo título, desde luego que el remate está afectado de un vicio de nulidad, y de buena fe, pues no obstante haberse enterado como "consta en los autos" del fallecimiento del deudor, adelantó la ejecución. En esta acusación alega además el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta "los elementos de juicio que constan en los cuadernos de prueba, de primera, segunda instancia de la parte demandante, y en el juicio principal, porque algunas de ellas fueron acompañadas con la demanda, con violación de los artículos 593, 597, 630, 632 y 697 del C. J."

Se considera:

Las preanotadas acusaciones del recurrente no

están llamadas a prosperar, por las siguientes razones:

A) La nulidad de un proceso judicial fenecido al igual que la de todo acto procesal consumado, no puede ventilarse y decidirse sino con aplicación de las disposiciones vigentes al momento en que ellos se realizaron. La ley nueva es inaplicable en tal situación, pues al hacerlo se le otorgaría un manifiesto e inaceptable efecto retroactivo. De allí que, como la ejecución a que este pleito se contrae, se surtió y concluyó bajo la vigencia del abolido Código Judicial, sea éste y no el actualmente en vigencia (Ley 105 de 1931) el que deba regir —como lo anota el Tribunal— el caso controvertido. No era, por consiguiente, aplicable a la controversia la norma del artículo 457 ni las demás disposiciones de la obra últimamente citada, que aparecen mencionadas en las alegaciones del recurrente;

B) La contravención a lo estatuido en el artículo 1443 del Código Civil no estaba erigida expresamente en el Código Judicial anterior, como sí lo está en el actual (artículo 451, regla 3ª), en causal de nulidad del juicio ejecutivo, y las nulidades, como todas las sanciones, son de derecho estricto; mas si se entendiera que la pretermisión del requisito de que trata esa norma acarrea la nulidad de lo actuado en la respectiva ejecución, esa nulidad no puede alegarse y ser operante sino en el propio juicio en que ocurrió, y no ya en uno ordinario separado, cuando en casos como el presente el rematador cumple con lo de su cargo; se registra el remate y se fenece la ejecución en que éste se realizó, por impedirlo expresamente el artículo 1082 del antiguo Código Judicial, que establecía que "ningún remate en que el rematador haya cumplido con lo de su cargo podrá anularse sino en juicio ordinario separado del juicio ejecutivo con excepción de la tercera de las mencionadas en el artículo 916", o sea la segunda del artículo 127 de la Ley 105 de 1890, que lo modificó.

En este mismo sentido se pronunció ya la Sala, como puede verse en la sentencia de 28 de julio de 1947 (G. J., Tomo LXII, págs. 632 y ss.).

C) La sentencia no puede apartarse de los hechos fundamentales de la demanda, sino que debe, por el contrario, guardar estricta consonancia con ellos.

Y según esta demanda ordinaria la ilegitimidad de la personería de la parte ejecutada en el juicio ejecutivo referido, que es ciertamente causal de nulidad en todos los juicios tanto confor-

me a las anteriores como a las vigentes reglas procedimentales, se hizo consistir en que durante el curso de la ejecución falleció el ejecutado Vicente Arteaga, dejando varios hijos legítimos entre los cuales había menores impúberes; que el ejecutado designó como su apoderado en el juicio a Jacinto Aguilar; que "el hecho de la muerte de Vicente Arteaga, trajo como consecuencia la terminación de cualquier mandato que él hubiera conferido para el juicio ejecutivo"; que en esas condiciones y sin notificación ni emplazamiento de los herederos se continuó la tramitación del ejecutivo; se remataron los bienes embargados; se aprobó el remate y se entregaron aquéllos al ejecutante.

Peró, según lo estatuido en el artículo 354 del Código Judicial anterior, el mandato judicial no termina por la muerte del mandante en el caso de que ya estuviere contestada la demanda, y, por analogía en el juicio ejecutivo, si ya estuviere notificado el mandamiento de pago, pues en tal evento "el apoderado —según reza la citada disposición —seguirá representando a los herederos del poderdante, hasta que le revoquen el poder, o éste termine por cualquier otra causa legal".

Entonces, si la muerte del ejecutado no produjo como consecuencia la terminación del mandato judicial que confirió y si el apoderado siguió, por disposición expresa de la ley, representando a los herederos del poderdante, es claro que no existió, dados los hechos fundamentales de la demanda, la ilegitimidad de la personería de la parte ejecutada.

El recurrente alega en casación que el apoderado del ejecutado también falleció, pero como entre los hechos del libelo no se invocó éste como fundamento de la acción, es evidente que la sentencia, que debe guardar —como ya se dijo— estricta consonancia con aquéllos, no puede tomarlo en cuenta para proferir la decisión pertinente;

D) Es cierto que, como ha dicho la Corte, una cosa son las nulidades de carácter sustantivo a que se refieren las disposiciones contenidas en el Título 20, Libro 4º del C. C., y otras las de carácter adjetivo consagradas en el Capítulo 7º del Título 12 del C. J. Las primeras miran a los actos y declaraciones de voluntad, en cuanto éstas carecen de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato en sí mismo considerado, y en las segundas ese

concepto no entra en juego, sino únicamente si el procedimiento encaminado a hacer efectivo un derecho está o no viciado. Por eso la nulidad o vicio de carácter adjetivo no toca, en cuanto a su validez, el acto o contrato cuya efectividad se quiere hacer valer en un proceso judicial que es o se declara nulo por irregularidades en su tramitación. (G. J. Tomo XLV, pág. 820). (Casación 27 de julio de 1940, G. J. número 1957, pág. 57).

El sentenciador entendió equivocadamente el artículo 1434 del Código Civil al expresar que él "solamente daba lugar a una nulidad relativa", como si esa norma mirase a actos o declaraciones de voluntad, cuando apenas se refiere a una cuestión procedimental. Su inobservancia sólo habría dado lugar bajo la vigencia del Código Judicial abolido a una nulidad de la actuación; pero tal equivocación del sentenciador no determina la casación del fallo acusado, pues esa nulidad no podía ser alegada sino en el mismo juicio ejecutivo ni afectaba al remate, en atención a lo prescrito en el artículo 1082 de la referida obra, conformé ya se dijo bajo la letra B) de las presentes consideraciones;

E) Por último, es inoficioso el estudio del cargo referente a la prescripción de que habla la sentencia acusada, ya que a ninguna finalidad práctica conduce en favor del recurrente, pues aún en el supuesto que estuviese fundado, habría necesariamente de perder el pleito, en atención a las razones aquí expuestas y a las demás que sustentan el fallo recurrido. Ya se ha dicho en repetidas ocasiones por la Sala que el recurso de casación no tiene finalidad académica.

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 diez y ocho (18) de agosto de mil novecientos cincuenta (1950), proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este negocio.

Condénase en costas al recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Rafael Ruiz Manrique — Hernando Lizarralde, Secretario.

EL CONTRATO DE PROMESA DE CONTRATO ES SOLEMNE Y, EN CONSECUENCIA, SOLO PUEDE PROBARSE POR MEDIO DEL DOCUMENTO EN QUE SE HAYA HECHO CONSTAR

1.—Entre los requisitos exigidos para la promesa de contrato por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que derogó el 1611 del Código Civil, figura en primer término el de “que la promesa conste por escrito”, por lo cual puede afirmarse que la promesa es un contrato solemne, pues la forma escrita se requiere “ad substantiam actus”. En los contratos de esa índole la prueba se confunde con la existencia misma del pacto, a tal punto que donde ella falta éste no tiene existencia jurídica. Esa prueba no puede suplirse con ninguna otra. De tal suerte que tanto la confesión como las declaraciones de testigos, son elementos probatorios inadmisibles para la demostración del contrato.

2.—Un contrato cuya existencia no se demuestra, no puede declararse nulo: sólo lo que existe es factible de ser destruido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril diez y seis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez del Circuito de Roldanillo propuso Juan de J. Betancourt juicio ordinario contra Dolores Vinasco para que se declare que es absolutamente nulo el contrato de promesa de permuta de unos inmuebles celebrado entre ambos el diez (10) de febrero de mil novecientos cuarenta (1940); se decreta la restitución de los bienes que demandante y demandado se entregaron por virtud de ese contrato, y se condena a las prestaciones mutuas correspondientes.

En los hechos de la demanda se afirmó la celebración del referido contrato de promesa; que éste se consignó por escrito en presencia de testigos y quedó en poder de la Vinasco; que los contratantes se hicieron entrega real y material de los bienes, y que en el contrato no se determinó fecha o condición para elevar a escritura pública la permuta.

Admitida la demanda el apoderado de la Vinasco la contestó así:

“Los hechos de la demanda son falsos en cuanto que el demandante dice haberle entregado el lote de tierra a mi mandante, pues ella nunca lo ha poseído y actualmente no lo posee. Por el contrario sí debe el señor Betancourt la escritura a mi mandante, bien de la cosa que de ella recibió, bien del lote que dice prometió entregarle; pero advirtiendo que nunca hubo contrato por escrito”.

El Juez del conocimiento cerró la primera instancia del juicio con la sentencia de diez y nueve (19) de julio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), que despachó favorablemente las solicitudes impetradas.

Por apelación concedida a ambos litigantes subió el negocio al Tribunal Superior de Buga, el que en sentencia de cinco (5) de julio de mil novecientos cincuenta (1950), revocó la apelada, absolvió a la demandada de los cargos que se le formularon y condenó en costas al actor.

En la motivación de ese fallo dice, en resumen, el Tribunal que la prueba testimonial es inadmissible en casos como el de autos; que la promesa no se consignó por escrito y sólo “por la confesión de la parte demandada es que se llega a la conclusión de que hubo promesa de permuta”; que ésta no se puede atacar de nula, pues “la omisión de que habla el artículo 1741 del Código Civil, se refiere al contrato solemne y no a los consensuales que es a los que se refiere el artículo 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887”; que “como en la promesa de contrato se exige, además, que la promesa tenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato (numeral 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887) y a los autos no se ha traído la prueba de ese plazo o de esa condición, es claro que la promesa no produce obligación, conforme al artículo 89 de la Ley 153 citada”; que “si una promesa no produce obligación es porque la ley la declara inexistente, es decir, que no

nació a la vida jurídica, y por lo mismo no puede declararse la nulidad de lo que no ha existido, de lo que no tuvo forma ante la ley" y que de allí se deduce la ineficacia de la acción.

Al actor se le concedió contra ese fallo recurso de casación, el que tramitado en debida forma se procede hoy a decidir.

Invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, dice el recurrente que "la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887 y 2º de la Ley 50 de 1936" y al sustentar ese cargo, expresa en resumen, que si a la promesa de permuta le falta el requisito previsto en el numeral 3º del artículo 89 mencionado, ese hecho genera la nulidad prevista por el artículo 1740 en relación con el 1741 del Código Civil; que el Tribunal incurrió en "aplicación indebida de los artículos citados, porque habiendo aplicádolos a la promesa, al hecho, llegó a consecuencias jurídicas contrarias a las que se contemplan en esos artículos, al absolver a la parte demandada, dejando de aceptar la nulidad requerida" que sea que se trate de un contrato nulo o inexistente como erróneamente lo afirma el Tribunal, hay que declarar la nulidad para que las cosas vuelvan al estado que antes tenían; y que al no decretarla, el sentenciador quebrantó los ya citados artículos "por haber dejado de aplicarlos al caso de autos".

En el "segundo aparte" de la demanda de casación alega el recurrente que el Tribunal al haber absuelto a la parte demandada incurrió en "infracción directa" de los arts. 1740, 1741 y 1746 del C. Civil, 2º de la Ley 50 de 1936 y 93 de la Ley 153 de 1887, porque de acuerdo con los hechos probados y reconocidos como tales en la sentencia y de acuerdo con tales disposiciones citadas, era de rigor, de lógica, de derecho y justicia, que el Tribunal confirmara el fallo del Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, que declaró la nulidad de la promesa de permuta, para que las partes quedaran con derecho para que sus inmuebles pasaran a sus respectivos dueños, como si no hubiese existido tal acto o contrato. Porque cuando falta uno solo de los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor del mismo acto o contrato en consideración a su naturaleza, debe declararse la nulidad. En el caso de autos faltó el señalamiento de la fecha para que se otorgara la escritura constitutiva de la permuta,

es decir un requisito o formalidad, y por eso el acto es nulo".

Considera la Corte:

Dejando a un lado las deficiencias y contradicciones en que incurre el recurrente, entre las cuales podría apuntarse por vía de ejemplo, la de señalar en el mismo cargo y con idéntica fundamentación como violadas unas mismas disposiciones por "aplicación indebida" y "por haber dejado de aplicarlas al caso de autos", entra la Sala a exponer sucintamente las consideraciones que se oponen a la prosperidad del recurso y a la consiguiente invalidación del fallo.

Entre los requisitos exigidos para la promesa de contrato por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que derogó el 1611 del Código Civil, figura en primer término el de "que la promesa conste por escrito", por lo cual puede afirmarse que la promesa es un contrato solemne, pues la forma escrita se requiere *ad substantiam actus*. En los contratos de esa índole la prueba se confunde con la existencia misma del pacto, a tal punto que donde ella falta éste no tiene existencia jurídica. Esa prueba no puede suplirse con ninguna otra. De tal suerte que tanto la confesión como las declaraciones de testigos, son elementos probatorios inadmisibles para la demostración del contrato.

Como en el caso de autos no se ha traído la prueba escrita requerida por la ley, no es jurídicamente posible declarar la nulidad solicitada, puesto que un contrato cuya existencia no se demuestra, no puede declararse nulo: sólo lo que existe es factible de ser destruído.

Sobre estos temas ha dicho la Corte:

"La promesa de celebrar un contrato, que conforme al antiguo sistema del Código Civil no producía en ningún caso obligación alguna, es ahora, por virtud del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, fuente jurídica de obligaciones pero sólo excepcionalmente, porque para que lo sea es indispensable que concurren las circunstancias que en esa disposición se determinan. Los caracteres que en nuestro derecho tiene la promesa de contratar, constitutiva en sí misma de una convención, le dan la naturaleza de un contrato solemne porque para su perfeccionamiento y validez se requieren condiciones especiales sin cuya concurrencia no produce obligación alguna, entre las cuales la primera es la exigencia de que conste por escrito. Estos requisitos, que condicionan la

promesa como fuente creadora de vínculos jurídicos, son condiciones unidas a la existencia misma del contrato y no simplemente condiciones **ad probationem**. En el caso del artículo 89 que acaba de citarse la forma escrita de la promesa de contratar se exige **ad substantiam actus**, como requisito especial para la validez del contrato que junto con las demás condiciones requeridas, integra el conjunto de formalidades especiales, sin las cuales no produce ningún efecto civil, como está dicho, el artículo 1500 del C. C. al definir el contrato solemne.

“La inadmisibilidad de la prueba testimonial para demostrar la promesa de celebrar un contrato se funda en que la forma escrita que la ley ha establecido para el caso constituye una solemnidad, esto es, un requisito esencial insustituible en que se confunden condición de validez y medio de prueba. Las declaraciones de testigos son para este efecto prueba legalmente ineficaz, carecen totalmente de poder de convicción”. (Casación, 30 de julio de 1941. G. J. número 1977, página 24).

“La promesa de celebrar un contrato no puede acreditarse con la prueba de la confesión”. (Casación, 24 de septiembre de 1908, Tomo XVII, pág. 392).

“La Corte ha dicho en repetidas ocasiones que en los contratos solemnes como el de compraventa de los bienes raíces, el contrato y escritura,

su prueba, son inseparables, y que si ésta no se ha extendido o no se ha otorgado conforme a la ley, el contrato no ha tenido existencia jurídica, y si no ha existido no puede declararse nulo”. (Casación, 23 de julio de 1929, Tomo XXXVII, pág. 91).

La conclusión final a que llegó la sentencia recurrida, al no declarar la nulidad impetrada por no haber demostrado la existencia del contrato cuestionado, es, por todo lo antes dicho, estrictamente jurídica, por lo cual los dos cargos que contra ella se formulan no pueden prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de cinco (5) de julio de mil novecientos cincuenta (1950), proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Buga.

Condénase en costas al recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Rafael Ruiz Manrique — Hernando Lizarralde, Secretario.



LA ACCION REIVINDICATORIA TIENE UN SENTIDO PURAMENTE RELATIVO, FRENTE AL POSEEDOR CON QUIEN SE CONTROVIERTE EL MEJOR DERECHO

Aun cuando en su concepción abstracta, el dominio es un derecho de naturaleza absoluta, que habilita a su titular para gozar y disponer del objeto que le pertenece, sin otras limitaciones que las originadas en la misma ley o en el derecho ajeno, dentro del concepto de la acción reivindicatoria, tiene, sin embargo, un sentido puramente relativo, frente al poseedor con quien se controvierte el mejor derecho, para que, en su caso, sea condenado a restituirlo, como lo establece el artículo 946 del C. C. Por esto, es sabido, la acción reivindicatoria no es definitiva, sino una acción de prevalencia de títulos contra actor y demandado, en la que forzosamente deben triunfar los de quien demuestre dominio o posesión más antigua.

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

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B)—Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Dentro de la sociedad conyugal formada el 25 de julio de 1896 entre los señores Leonidas Zaza o Méndez y Luisa o Lucía García, adquirió el primero por compra hecha al señor Luis Ardila, según escritura pública número 141 de 17 de septiembre de 1935, una casa de adobe, bahareque y techo de zinc, y solar anexo, ubicados dentro del

área de población del Municipio de Viani, y deslindada como se expresa en aquel instrumento.

El día 8 de marzo de 1941, otorgó el señor Méndez su testamento mediante escritura número 28 de la Notaría de San Juan de Rioseco, manifestando en su cláusula tercera lo siguiente: “Declaro que la sociedad conyugal que tengo con la señora Lucía García usufructúa los siguientes bienes... que son de propiedad exclusiva de mi consorte, quien me suministró el dinero para adquirir los bienes expresados”; y señala como tales la casa antes referida y una manga ubicada en el sitio de “Los Pantanos” de la jurisdicción de Viani.

El testador falleció cinco días después, y en tal virtud, la señora viuda de Méndez decidió venderle la casa al señor Vidal Camelo, como consta en la escritura número 137 de 5 de septiembre siguiente.

Mediante escritura número 273 de 30 de diciembre de 1942, Vidal Camelo y su esposa Rita Almanza de Camelo transmitieron la propiedad de éste y otros bienes a su legítimo hijo Adonái Camelo, reservándose “el derecho de tenencia y usufructo sobre los bienes cuyo dominio transfieren, hasta el fallecimiento de ambos o durante la vida de los exponentes, y que cumplida tal condición, el donatario entrará en posesión de los inmuebles relacionados en esta escritura y de las mejoras que en ellas existan”. Los donantes fallecieron el 8 de mayo de 1946 y el 19 de febrero de 1943, respectivamente, consolidándose así, en cabeza del donatario la plena propiedad de tales bienes.

Entre tanto, y por escritura número 60 de 1º de marzo de 1944, los señores Alfredo y Luis Méndez, le enajenaron a Lucía v. de Méndez “los derechos y acciones que les corresponden como herederos del señor Leonidas Méndez, según el testamento otorgado por éste”.

Posteriormente, por escritura número 133 de 1º de julio de 1946, la señora viuda de Méndez, y sus hijas Amelia y Rosalvina Méndez García, enajenaron a doña Julia Bustos de Téllez, “los derechos y acciones que a cualquier título les corres-

ponda o pueda corresponderles en la sucesión **intestada** e ilíquida de su finado y legítimo padre señor Leonidas Méndez, fallecido en el año de 1941... vinculados los derechos de esta venta, únicamente en una casa de adobe, bahereque y techo de zinc, junto con su piso en que está edificada y su solar anexo, ubicada dentro del área de población de Viani y comprendida dentro de la siguiente alinderación: "Por el frente con la calle real, hoy Avenida Santander; por un costado con terrenos de Andrés Torres e Ismael Sierra, parque de Santander de por medio; por la parte de atrás, o sea el norte, con terrenos de Ismael Sierra, calle de por medio, y con tierras de Manuel González, hoy de Pioquinto Sacristán; y por el otro costado, con casa y solar que fue de Eleuterio Rodríguez, hoy de Campo Elías Lozano y señora de éste".

En posesión la señora Bustos de Téllez del inmueble que se acaba de determinar, compareció Adonái Camelo ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, y en libelo de nueve de mayo de 1949 promovió, por conducto de apoderado, demanda civil ordinaria contra dicha señora y contra su esposo don Serafín Téllez, para lo siguiente:

"a) Se declare que el demandante Adonái Camelo es dueño del inmueble de que trata el hecho primero de la demanda (el mismo que se deja identificado en la relación de antecedentes que precede), o tiene mejor derecho que los demandados Serafín Téllez y Julia Bustos de Téllez a dicha casa;

"b) En consecuencia, se condene a los demandados Serafín Téllez y Julia Bustos de Téllez, como poseedores materiales de tal bien, y restituirla al demandante, dentro del término que usted señale;

"c) Se condene a los demandados a pagar al demandante, dentro del término que usted designe, los frutos naturales y civiles producidos por este inmueble, o que se hubieren podido producir con mediana inteligencia y actividad, o su valor, por el tiempo y en las condiciones de la ley, según se acredite su buena o su mala fe como poseedores; y

"d) Se condene a los demandados en caso de oposición, a pagar al demandante las costas del juicio".

En subsidio, pidió lo siguiente:

"a) Declarar que el demandante Adonái Camelo es el titular, como cesionario de la señora Lucía García v. de Méndez, por virtud de las escri-

turas de que tratan los hechos primero, cuarto y octavo, de los derechos vinculados en el bien determinado en el hecho primero que **corresponden** o puedan corresponder a dicha señora en la sociedad conyugal de su matrimonio con el señor Leonidas Méndez y en la sucesión de éste, como cónyuge sobreviviente y como cesionaria de los derechos de los herederos Alfredo y Luis Méndez García, o a cualquier otro título.

"b) Declarar que, en consecuencia, al demandante Adonái Camelo le corresponde percibir la parte proporcional a tales derechos de los frutos naturales y civiles producidos por dicha casa, o que se hubieran podido producir con mediana inteligencia y actividad, desde el día trece de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, fecha del fallecimiento del causante señor Leonidas Méndez;

"c) Condenar a los demandados, como poseedores materiales de tal inmueble, a pagar al demandante los frutos civiles y naturales de que trata el punto anterior, o su valor; y

"d) Condenar a los demandados en las costas del juicio, en caso de oposición".

De la controversia fue luego excluido el señor Téllez, a virtud de providencia incidental en que se declaró inepta la demanda por no ser dicho señor poseedor del inmueble.

Adelantado el juicio contra la otra demandada, finalizó mediante sentencia de primer grado fechada el 23 de marzo de 1950, en la cual se negaron por el Juez del conocimiento, "tanto las peticiones principales como las subsidiarias de la demanda", y se condenó al actor en las costas del juicio.

Llevado el negocio al Tribunal Superior de Bogotá, por apelación interpuesta por el demandante, fue decidido en providencia de treinta de agosto siguiente en el sentido de confirmar en todas sus partes la del Juzgado, disponiendo además, se libre despacho al funcionario competente "para que investigue el delito que ha podido cometer Lucía García de Méndez al vender simultáneamente por escritura 137 de 5 de noviembre (sic) de 1941 y 133 de 1º de julio de 1946, otorgadas ambas ante el Notario del Circuito de San Juan de Rioseco, a diversas personas, derechos vinculados en el mismo inmueble".

Como fundamentos de esta decisión, dio el Tribunal los siguientes:

"Conforme al inciso 2º del artículo 1795 del C. C., ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa, ni la con-

fesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento, de que determinada especie que pertenece a la sociedad conyugal de acuerdo con el artículo 1781 de la misma obra, es bien propio de uno de los cónyuges.

“La confesión, no obstante, se mirará como una donación revocable que confirmada por la muerte del donante, se ejecutará, en su parte de gananciales o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar, según lo prescribe el inciso 3º de aquella norma legal.

“Al tenor del artículo 1195 del referido Código, las donaciones entre cónyuges son siempre revocables, porque teme la ley que puedan ser el resultado de la influencia de un cónyuge sobre el otro, consideración que es de orden público.

“La confesión de los cónyuges no es aceptable como prueba para establecer que sean propietarios de una cosa o acreedores de la sociedad. Esta excepción a la fuerza probatoria de la confesión se instituyó para proteger a terceros, que de no existir tal salvedad, los cónyuges podrían sustraer del patrimonio de la sociedad cualquier especie a voluntad o crear pasivos en contra de aquélla.

“En virtud de estos principios, la declaración del testador Leonidas Méndez debe entenderse como una donación, toda vez que declaró que la casa es de propiedad exclusiva de su consorte, quien le suministró el dinero para adquirirla. Pero la donación es del precio del inmueble, esto es del que figure en la escritura por medio de la cual la adquirió Leonidas. No puede entenderse que lo donado sea el inmueble porque tal interpretación contraría los principios sobre subrogación. El inmueble adquirido con dineros propios de un cónyuge durante la sociedad conyugal ingresa al patrimonio de ésta, quedándole a deber aquella cantidad, según lo enseñan los incisos 3º y 5º del artículo 1781 del C. C.

“La cónyuge sobreviviente Lucía García de Méndez, con base en la comentada declaración testamentaria, vendió la casa a Vidal Camelo y éste, a su vez, la donó a su hijo Adonái Camelo, el actual demandante.

“La misma cónyuge sobreviviente cedió a la demandada Julia Bustos de Téllez los derechos y acciones que a cualquier título le corresponda o puedan corresponderle en la sucesión de Leonidas Méndez, vinculados en el inmueble referido.

Gaceta—8

“Las súplicas principales de la demanda configuran una acción de dominio. El éxito de esta pretensión estriba en que se demuestre el mejor derecho del actor, la posesión del demandado y la identidad entre ésta y aquél, conforme al artículo 946 y ss. del C. C.

“Ahora bien: el primer requisito no está establecido, Lucía no es propietaria de la casa, porque aún suponiendo que fuera asignataria a título singular de la misma, el legatario no adquiere el dominio sino por el modo de la sucesión por causa de muerte, y no está establecido que en la partición de la mortuoria de Leonidas Méndez se le hubiera adjudicado tal especie.

“Tampoco está acreditado el segundo requisito. A la demandada se le preguntó: “¿Cómo es verdad que usted ejerce la posesión material, como actos propios de dueña, como vivir allí sin reconocer dominio ajeno, usufructuar para usted, etc., sobre la casa mencionada? Contestó: “Es cierto lo que se me pregunta, pues yo poseo dicho inmueble por habérselo comprado a sus legítimos dueños”. (C. 3, f. 12). Esta confesión es calificada. Julia Bustos confiesa estar poseyendo al tenor de la escritura de compra marcada con el número 133, esto es, por haber comprado derechos hereditarios vinculados en la misma casa. Y como la posesión es con ánimo de dominio y no implica una posesión material a nombre de una sucesión en la cual se tengan derechos herenciales, se infiere que no es poseedora a nombre propio, sino a nombre de la sucesión de Leonidas Méndez.

“De donde se concluye que la acción reivindicatoria debe negarse.

“Para decidir las demandas subsidiarias, se considera:

“Cuando una persona vende el dominio de una cosa sin ser propietaria de la misma, teniendo tan sólo la calidad de asignatario y cónyuge sobre la sucesión en cuyo patrimonio está tal bien, la jurisprudencia ha entendido que cede los derechos que le pertenecen vinculados en esa especie. Esta es la interpretación y el contenido que cuadra al contrato recogido en la aludida escritura número 137; y con tal eficacia debe entenderse el contenido en el instrumento público 273. Luego los derechos traspasados por Lucía García de Méndez son los que le corresponden como donataria de su marido Leonidas Méndez, a tenor del testamento, y como cónyuge sobreviviente o a título de gananciales en la sociedad conyugal que surgió de su matrimonio con éste, vinculados en la susodicha casa. Esta cesión se

registró en el Libro número Segundo el 9 de marzo de 1947.

“Pero la misma Lucía García de Méndez, cedió a Julia Bustos de Téllez, por medio de la escritura 133 ‘todos los derechos y acciones que a cualquier título’ le correspondan o puedan corresponderle en la sucesión de Leonidas Méndez, según la expresión de la cláusula primera de tal contrato. Y en la cláusula segunda aclara que los derechos y acciones vendidos lo son por virtud de la compra que de dicho inmueble hizo el causante para la sociedad conyugal; y en la tercera, ‘por herencia o porción conyugal de su legítimo esposo Leonidas Méndez’. Luego, la cesión comprendió todos los derechos vinculados en tal inmueble. Esta cesión se inscribió en el registro el 10 de agosto de 1946, esto es, antes de la cesión contenida en la escritura 137.

“Aun cuando la cesión a favor de Vidal Camelo se hizo constar en una escritura de fecha anterior a aquella en virtud de la cual se cedió a Julia Bustos de Téllez, este traspaso o tradición se registró primero que aquél. Por consiguiente se está frente a la situación resuelta en el artículo 1873 del Código Civil, debiendo prevalecer el comprador que primero haya entrado en posesión, está es, a quien primero se haya hecho la entrega o registro. En el caso de autos prevalece la cesión a favor de Julia Bustos de Téllez”.

Contra esta providencia formuló demanda de casación la parte actora, y con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. le hace los siguientes cargos:

Primero. El Tribunal violó las siguientes disposiciones sustantivas del Código Civil: “El artículo 1795, por interpretación errónea y aplicación indebida, por cuanto concluyó que Lucía García, por virtud de la donación revocable que su marido le hizo en su testamento, al declarar que la casa era de propiedad de ella, no quedó instituida donataria de esa casa, sino de su precio; el artículo 1798, violado en forma directa por aplicarlo al caso de autos sin tener por qué, es decir, aplicarlo indebidamente, porque nada tiene que ver la subrogación en el caso del pleito; los artículos 1056, 1195 y 1196, violados directamente, por no haberlos tenido en cuenta y no haberlos aplicado al pleito, al concluir contra lo permitido por esos artículos, que es contraria a las normas legales la donación revocable de inmuebles entre cónyuges, o de gananciales vinculados en esos inmuebles, por lo cual tales dona-

ciones no pueden entenderse que se refieran a bienes raíces, sino a su precio; los artículos 1142, 1143, 1199 y 1203, infringidos directamente, por no haberlos aplicado al caso del pleito, pues de haberlos tenido en cuenta y aplicado como debía, el Tribunal no hubiera afirmado que aunque a Lucía García pudiera considerársele asignataria o donataria de la casa, no adquirió el dominio de ella desde la muerte del donante, pues sólo la adjudicación que se le hiciera en el juicio mortuario le confería ese dominio; los artículos 762 y 757, por interpretación errónea y aplicación indebida, al identificar la posesión material que define el primero, con la simple ficción legal de posesión de la herencia, que establece el segundo, y los artículos 946, 950 y 952, por aplicación indebida, pues sin los lastimosos errores que se dejan vistos en las argumentaciones y conclusiones de derecho de esa sentencia, y establecidos como están los elementos axiológicos de la acción reivindicatoria, estos artículos debían producir en el pleito, de haber sido aplicados correctamente, la consecuencia jurídica, absolutamente contraria a la del fallo del Tribunal, de prosperidad de la acción reivindicatoria”.

Segundo. Por errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba aducida por el actor en el juicio, la sentencia quebrantó, por modo indirecto, otras varias disposiciones del C. C., así:

a) Cometió error de hecho, “al apreciar el testamento de don Leonidas Méndez, contenido en la escritura número 28, de 8 de mayo de 1941, de la Notaría de San Juan, que obra a folios 7 y 8 del cuaderno principal, pues desvirtuó completamente la clara intención del testador, que no era otra que la de dejar desde su muerte la casa tantas veces citada a su consorte Lucía García, al apreciar el Tribunal, y expresarlo así, que don Leonidas no donó a su señora la casa, sino el precio de ésta”; con lo cual violó el artículo 1127 del C. C.

Y cometió error de derecho en la estimación del mismo instrumento, “porque desconoció a esa prueba el valor y la fuerza legales de la cláusula testamentaria que contiene la donación de la casa”, error que lo condujo a violar los artículos 1795, 1056, 1195, 1196, 1789, 1127, 946 y 950 del C. C.

b) La sentencia incurrió en error de hecho al apreciar la confesión en que la demandada se reconoce particular poseedora del inmueble materia del litigio, “por habérselo comprado a sus legítimos dueños”, y referir dicha condición a la que

resulta de la escritura por medio de la cual adquirió, "esto es, por haber comprado derechos hereditarios vinculados en la misma casa", cuando la verdad es que en dicha confesión, para nada se hace referencia a tal instrumento ni a que la confesante se halle poseyendo a nombre de la sucesión.

E incurrió en error de derecho en la estimación de la misma, al negarle el valor de plena prueba que le dan los artículos 1769 del C. C. y 606 del C. J. respecto del hecho confesado o sea, de "ser poseedor material de la casa tantas veces nombrada".

Con estos errores, concluye el recurrente, "quebrantó el Tribunal los mencionados artículos 1769 del Código Civil y 606 del Código Judicial, y quebrantó también, como consecuencia de no encontrar acreditado para la acción reivindicatoria el elemento axiológico de posesión material por parte del demandado, los artículos 762, 946 y 952 del Código Civil, el primero de los cuales define la posesión y los otros dos estatuyen que la acción reivindicatoria se dirige contra el actual poseedor".

c) Por último erró de derecho el Tribunal, dejando de apreciar el registro en el Libro número Primero de la escritura 137 de 5 de septiembre de 1941, para darle valor preferente al que más de cinco años después, se efectuara en el Libro número Segundo, y concluir así, contra lo estipulado en el contrato, que la venta no era del derecho de dominio que tenía la vendedora, sino solamente de los derechos y acciones que a ella le correspondían en la sociedad conyugal y en la sucesión de su esposo.

"Por desear el Tribunal como prueba, sin desconocer su existencia ni haberla pasado inadvertida, el registro de tal escritura hecho en el Libro 1º y tomar en cuenta el verificado cinco años largos después en el Libro 2º, que ninguna fuerza ni significado legal tiene, que está de más y nada quita ni pone para los efectos de la tradición, ni para ninguno otro, cometió en la sentencia que acusó error de derecho con el cual violó los artículos 2637, 2641, 2668, 2673 y 1873 del Código Civil".

Se considera:

Dentro del orden lógico a que refiere el artículo 537 del C. J. la consideración de las causales y cargos invocados, la Sala limita su examen al último de los propuestos, siendo como es el re-

sultado a que ella conduce, bastante para determinar la infirmación del fallo (artículo 538 *ibid.*).

Aun cuando en su concepción abstracta, el dominio es un derecho de naturaleza absoluta, que habilita a su titular para gozar y disponer del objeto que le pertenece, sin otras limitaciones que las originadas en la misma ley o en el derecho ajeno, dentro del concepto de la acción reivindicatoria tiene sin embargo un sentido puramente relativo, frente al poseedor con quien se controvierte el mejor derecho, para que, en su caso, sea condenado a restituirlo, como lo establece el artículo 946 del C. C. Por esto, es sabido, la acción reivindicatoria no es en definitiva sino una acción de prevalencia de títulos entre actor y demandado, en la que forzosamente deben triunfar los de quien demuestre dominio ó posesión más antigua. "Al dueño que quiere demostrar **propiedad**, ha dicho la Corte, le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título, es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la **probatio diabolica**, que el buen sentido rechaza, como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares". (Casación, febrero 26 de 1936. G. J. número 1907, pág. 339).

En el caso de este juicio, el demandante Adonái Camelo funda su dominio como ya se expuso, en la escritura número 273 de 30 de diciembre de 1942 de la Notaría de San Juan de Rioseco, registrada debidamente el día 9 de marzo de 1943, y mediante la cual sus padres, don Vidal Camelo y doña Rita Almanza de Camelo le transmitieron, con reserva del usufructo por el tiempo de vida de los dos, "el derecho de dominio" que ellos tenían sobre distintos bienes, y entre éstos, sobre el inmueble claramente singularizado, materia del pleito. De esta suerte, y fallecido el último de los donantes, el día 8 de mayo de 1946, el donatario vino a hacerse desde esa fecha, dueño absoluto o pleno del inmueble.

Contra ese título, la demandada señora Bustos de Téllez se ha limitado a oponer la calidad de dueña y poseedora que ha adquirido a través de la escritura número 433 de 1º de julio de 1946, y por medio de la cual las señoras Lucía García viuda de Méndez, Amelia y Rosalvina Méndez García le transmitieron por venta, "los derechos y acciones que a cualquier título les corresponda

o pueda corresponderles en la sucesión intestada e ilíquida de su finado y legítimo padre, señor Leonidas Méndez" (sic), vinculados asimismo en el citado inmueble.

Con lo cual, se ve claramente, lo que a través de este último instrumento le opone la demandada al actor, no es un mejor derecho de dominio respecto del bien cuya restitución se controvierte, sino un simple derecho de herencia sobre el emanado de la calidad hereditaria en que se subrogó, y en virtud del cual puede recibir en la liquidación y adjudicación del patrimonio sucesoral, lo que en ese bien corresponda a sus causantes. Pero como dentro del juicio reivindicatorio, según se ha dicho, lo que busca determinarse no es sino el mejor derecho de dominio entre las partes, resulta a todas luces improcedente remontar ese derecho al que tuvieron los causantes de la sucesión, cuando quien ahora lo pretende no ha podido aún sucederles en ese derecho, a través de las correspondientes adjudicaciones e inscripción en el competente registro.

Incurrió pues en manifiesto error de derecho el Tribunal sentenciador, al darle a la escritura número 133 de 1° de julio de 1946, por medio de la cual la señora Bustos de Téllez adquirió simples "derechos y acciones hereditarios", el valor de título adquisitivo de dominio sobre cuerpo cierto, y negárselo consecuentemente tanto a la escritura número 137 de 5 de septiembre de 1941 a través de la cual los causantes del actor habían adquirido ese dominio, como a la número 273 de 30 de diciembre de 1942, por la que luego se lo traspasaron, y que debidamente registradas obran en el informativo; y ese error lo condujo a violar, particularmente, los artículos 2637 y 946 del C. C., al desconocerle a la inscripción de estos últimos instrumentos el efecto de medios para la tradición del dominio que el primero establece, y rechazar así el derecho de restitución que con base en el segundo propuso el actor.

Siendo pues fundado este cargo, es el caso de infirmar la sentencia recurrida, y proferir en instancia la que debe reemplazarla. Al efecto, se agregan a las consideraciones anteriores, las siguientes:

"La reivindicación o acción de dominio, como lo prescribe 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". Y esos tres requisitos que su ejercicio comporta, o sean: dominio en el actor, cosa singular objeto de tal derecho, y

posesión material del demandado, resultan satisfactoriamente comprobados en el caso que aquí se dilucida. En efecto:

Se establece ya, en el examen del cargo respectivo, que frente a la señora Bustos de Téllez el actor Adonái Camelo tiene mejor derecho de dominio sobre el inmueble materia del pleito; y no fue ni podía ser objeto de controversia, la exacta singularización de dicho bien, dada la forma como se le identifica y las distintas escrituras que se allegaron al debate y que el libelo de demanda reproduce. Por lo tanto, resta sólo por averiguar el hecho de la posesión material por parte de la demandada, que fue concretamente uno de los últimos que el Tribunal desconoció para negar las pretensiones del actor.

La demanda, según lo expuesto en la relación de antecedentes hecha al principio de esta providencia, se dirigió directa y personalmente contra la señora Bustos de Téllez, quien al contestar el hecho sexto del libelo en el cual se le imputa esa calidad, expresó por conducto de su apoderado, lo siguiente: "Mi poderdante señora Julia Bustos de Téllez es titular del derecho de dominio en virtud de la escritura pública número 133 de 1° de julio de 1946, Notaría de San Juan de Riosco, la que debidamente registrada acompaño, para que se estime como prueba".

Luego en el curso del juicio se le interrogó en posiciones: "¿Cómo es verdad que usted ejerce la posesión material, con actos propios de dueña, como vivir en ella, sin reconocer dominio ajeno, usufructuar para usted, etc., sobre la casa mencionada?", y contestó: "Es cierto lo que se me pregunta; pues yo poseo dicho inmueble por habérselo comprado a sus legítimos dueños".

De donde resulta que no sólo por la forma como la demanda se propuso, sino también por la aceptación explícita que la señora le dá a su calidad de poseedora del inmueble, en términos de que no reconoce dominio ajeno "por habérselo comprado a sus legítimos dueños", el tercer requisito de la acción, se halla debidamente acreditado en los autos. El concepto del Tribunal de que dicha posesión se ejerza, no a nombre propio sino de la comunidad herencial es inaceptable, no sólo por ser contrario a la exacta situación en que las partes colocaron el debate, sino porque aún más desconoce el principio consignado en el artículo 214 del C. J., según el cual "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...". Por lo cual, y no habiendo negado la señora el hecho, sino antes bien, habiéndolo aceptado, debe responder al actor que comprobó mejor derecho de dominio, mediante la correspondiente restitución.

Asimismo debe condenársele al pago de los frutos naturales y civiles correspondientes, como poseedora de buena fe, o sea "no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder", a partir del veinticinco de agosto de 1949 en que se le notificó la demanda, hasta cuando se haga la restitución (artículo 964 del C. C.).

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 treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos cincuenta (1950) pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio, revoca la de fecha veintitrés (23) de marzo del mismo año, proferida en primer grado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, y en su lugar,

FALLA:

Primero.—Declárase que el señor Adónai Camelo, tiene mejor derecho que la demandada señora Julia Bustos de Téllez, al dominio del si-

guiente inmueble: "Una casa de bahareque, adobe y zinc, situada en la calle real de la población de Vianí, con el terreno en que está edificada y su correspondiente solar, todo lo cual se halla comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el frente, con la calle real; por un costado, calle de por medio, con predios de Andrés Torres e Ismael Sierra; por la parte de atrás, con predios del citado señor Sierra y de Pioquinto Sacristán, y por el otro costado con casa y solar que fue de Eleuterio Rodríguez, siendo la pared que divide de propiedad de los otorgantes, y por consiguiente materia de esta enajenación'.

Segundo.—En consecuencia, condénase a la señora Julia Bustos de Téllez, como poseedora material del expresado inmueble, a restituírsele al señor Adónai Camelo, dentro de la ejecutoria de esta providencia, junto con los frutos naturales y civiles, que hubiere producido o podido producir, desde el día 25 de agosto de 1949 hasta la fecha de la restitución.

El valor de dichos frutos se liquidará en incidente separado.

Tercero.—No hay costas en el juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriada devuélvase.

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

ACCION DE PERTENENCIA DE UN INMUEBLE POR HABERLO ADQUIRIDO, POR MEDIO DE LA PRESCRIPCION

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

A la anciana Juana María Gutiérrez le permitió el rico propietario de Pereira, señor Francisco Mejía (Quico) que se instalara en uno de los ángulos de su propiedad urbana que da frente a la quebrada de Egojá, y levantara en él una modesta vivienda.

La Gutiérrez vivió allí durante largo tiempo, ejerciendo actos de dominio, hasta que por medio de apoderado pidió ante el Juez competente la declaración judicial de pertenencia sobre el lote que ha venido ocupando, "por haberse operado el fenómeno jurídico de la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio conforme a la ley".

Se dice en la demanda que la Gutiérrez ha estado en posesión quieta y pacífica del inmueble en un período "de más de veinticinco años atrás, a ciencia y paciencia de sus colindantes y del público en general".

Manifestó también la actora que no sabía quién pudiera tener interés en oponerse a la declaración, e invocó como razón de derecho la ley 120 de 1928 y disposiciones legales concordantes.

Dentro del emplazamiento legal se presentó Ariel Sánchez Orrego, en su carácter de heredero de Ricardo Sánchez A., y por mano de apoderado manifestó que el lote a que se refiere la demanda "es menor porción de otro que es del exclusivo dominio de la sucesión de Ricardo Sánchez", y que, como consecuencia, se opone a que se haga la declaración solicitada por la Gutiérrez.

En vista de esto, se adelantó un juicio ordinario, que fue decidido por el Juzgado Civil del Circuito de Pereira en sentencia de tres de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve en la cual se resuelve que no se hace la declaración de pertenencia por falta de pruebas suficientes.

Apelada esta sentencia por el apoderado de la Gutiérrez, el Tribunal Superior de Pereira dictó

la suya de quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve por la cual revoca la de primera instancia y decide lo siguiente:

"DECLARA que la señora Juana María Gutiérrez ha adquirido el dominio del inmueble relacionado en la demanda y descrito en el párrafo primero de este fallo, por prescripción extraordinaria fundada en una posesión mayor de treinta (30) años, de acuerdo con los artículos 2531 y 2532 del Código Civil, y el artículo 2º de la Ley 120 de 1928".

La parte de la sucesión Sánchez hizo llegar el negocio a la Corte, y se va a estudiar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segundo grado.

Sentencia recurrida

Se pueden dividir en tres categorías las razones del Tribunal para revocar la sentencia del Juzgado y aceptar la petición de la Gutiérrez, a saber: testimonios, confesión, e instrumentos públicos.

1º Testimonios:

Acerca de esto dice lo siguiente la sentencia, en dos partes:

"En la dilación probatoria de la primera instancia, la demandante adujo los testimonios de los señores Marco Puerta, Rómulo Giraldo, Antonio Giraldo, Carlos Zapata, Ricardo Moncada y Marcelino Mejía, quienes afirman, dando aceptables razón y fundamento de sus dichos, que han visto a la señora Juana María Gutiérrez poseyendo el inmueble determinado en la demanda con explotación de jardín, matas de caña y plátano, árboles frutales y casita de habitación. por un tiempo mayor de veinte años, menos el declarante Zapata, quien sólo da cuenta de nueve años en esta posesión antestiguada por él. Ninguno de estos declarantes relacionados alcanzó a testificar que la posesión ejercida por la señora Juana María Gutiérrez ascendiera a los treinta años

exigidos por la ley para la prescripción extraordinaria, y por esta razón negó el Juez a quo la declaración de pertenencia en el fallo que se revisa.

“En la segunda instancia la parte actora mejoró su prueba con las declaraciones de los señores Pedro J. Castrillón, Jesús Patiño, Roberto y Benicio Osorio y Luciano García, quienes a excepción del último, y diciendo cada cual por qué le constan los hechos materia de sus afirmaciones, aseveran que han visto durante un período mayor de treinta años a la señora Juana María Gutiérrez ejerciendo toda clase de actos de dueño sobre el lote mencionado, que ha vivido en la casa, ha cultivado árboles frutales, jardín, caña y plátano cuando esto era permitido por la Higiene, y ha mantenido las cercas.

“La convicción que para el fallador arrojan todos los testimonios relacionados sobre la posesión tranquila, no interrumpida y activa de la demandante respecto del lote cuya declaración de pertenencia pide, ejercida sin reconocimiento de dominio ajeno por un período mayor de 30 años, es suficiente a la prosperidad de la acción establecida.

.....
 “Las declaraciones de Pedro José Gaviria, Anacleto Villada, Luis Hernández y José Zuluaga reafirman la posesión de la señora Juana María Gutiérrez sobre el inmueble cuya adjudicación pide, y respecto del reconocimiento de dominio ajeno, sólo dan cuenta de que la señora Gutiérrez ha dicho que habita la casa y ocupa el terreno con mejoras, porque don Quico Mejía le dio permiso para ello, sin dar estos testigos razón alguna sobre este dicho, y sin afirmar que la señora les dijo personalmente a ellos lo relativo a la ocupación y al permiso, excepto el testigo Zuluaga quien declara: “ella en algún tiempo me dijo que vivía allí porque don Quico Mejía le había dado permiso”; pero este último testigo por su carácter de unitario, no hace plena prueba sobre el reconocimiento de dominio ajeno; y ninguno de ellos, porque las declaraciones sobre palabras no hacen prueba sobre los hechos (artículo 699 del C. Judicial)”.

2º Confesión

Sobre este tópico se copia lo siguiente de la sentencia que se estudia:

“En todo el curso de las posiciones absueltas por la demandante a solicitud del opositor el 27 de junio de 1949, la absolvente reconoce que el

solar se lo dio don Quico Mejía quien era el dueño, lo mismo que de los terrenos adyacentes, y que la casa la plantó ella a sus propias expensas. Y si contesta afirmativamente la pregunta décima concebida así: ‘Diga cómo es verdad, sí o no, que usted siguió reconociendo el dominio de don Francisco Mejía sobre el terreno y él era muy formal con usted y la auxiliaba en cuanto podía?, esta respuesta no tiene el valor de confesión en cuanto al reconocimiento de dominio ajeno, por contener varios hechos la pregunta; porque siendo ese reconocimiento cosa repetidamente negada en el texto de las posiciones, hay que suponer que la afirmación de la absolvente se refiere a la formalidad de don Quico y a los auxilios que éste le prestaba, y porque pueden referirse en general, tanto la pregunta como las respuestas, al terreno de la finca de don Quico Mejía del cual éste desprendió el solar para darlo a la señora Gutiérrez, y no al terreno constitutivo de dicho solar”.

3º Instrumentos públicos

Así se expresa el Tribunal en relación con instrumentos públicos y con una inspección ocular:

“Las escrituras números 1135 de 4 de octubre de 1938, 411, de 7 de junio de 1941 y 1087 de 22 de septiembre de 1938 y certificado de la Oficina de Registro, lo mismo que la inspección ocular practicada el 27 de junio de 1949 a solicitud del opositor, si bien es cierto acreditan posesión inscrita en favor de los causahabientes de Ricardo Sánchez sobre el inmueble materia de la declaración solicitada, en modo alguno demuestran hechos contrarios a la posesión de la señora Juana María Gutiérrez, ni reconocimiento de dominio ajeno por parte de ésta durante los treinta años mencionados”.

Recurso de casación

Llegado el momento oportuno, el recurrente presentó su memorial acusatorio de la sentencia, en el cual se tratan los puntos de ésta con poca claridad; y siguiendo el orden de las razones del Tribunal registradas atrás, se van a examinar las quejas de ese memorial, después de advertir que estas quejas las introduce el recurrente así: “Acuso la sentencia de ser violatoria de ley sustantiva por infracción directa y por interpretación errónea, según el numeral 1º del artículo 520 del C. J.” Y por lo que ha de examinarse, esta acusación no está bien formulada.

— A —

En su capítulo "Declaraciones de testigos", examina el recurrente el párrafo de la sentencia copiado atrás, en el cual se dice que las declaraciones de Pedro José Gaviria, Anacleto Villada, Luis Hernández y José Zuluaga reafirman la posesión de la Gutiérrez, y entra a transcribir con ligeros comentarios partes principales de esas cuatro declaraciones, para concluir así:

"Este capítulo de pruebas también sustenta la causal 1ª de casación, por apreciación errónea y falta de apreciación de determinada prueba, que hace a la sentencia incurrir en un grave error de derecho que consiste en considerar como poseedora a una persona que admite expresamente derecho ajeno, dominio ajeno. Se violó con este error las ya citadas disposiciones sobre posesión (se refiere a los artículos 756, 759, 768 y 775 del C. C.) y las contenidas en la ley 120 de 1928, artículo 6º". Y agrega el recurrente: "Yo he invocado la definición de posesión para lo que es esencial, substancial no reconocer dominio ajeno. La Gutiérrez reconoció dominio ajeno".

Sea lo primero expresar sobre este cargo del recurrente, basado en el párrafo de la sentencia copiado atrás, que tal cargo no está presentado en forma clara, y que en el párrafo cuestionado no se hace examen de confesión alguna de la Gutiérrez en la cual reconozca dominio ajeno, tema éste que se examinará adelante, pues de él se ocupó la sentencia y se ocupa también el recurrente en otro capítulo.

Transcribó el recurrente en parte aquellas cuatro declaraciones y dice que en la sentencia se incurrió en un grave error de derecho. ¿Y por qué? No lo dice. Parece ser que porque en su concepto se afirmó que la Gutiérrez era poseedora, no obstante que estaba de por medio una confesión en que ésta reconoce dominio ajeno sobre el inmueble, según sostiene el recurrente. Mas ya se dijo que en el párrafo de la sentencia que el recurrente comenta ligeramente, transcribiendo en parte las declaraciones, no se trató aquella cuestión.

Pero el cargo es ineficaz por esta consideración: El Tribunal afirma que formó convicción suficiente sobre "la posesión tranquila, no interrumpida y activa de la demandante", aduciendo, como se vio, las declaraciones de Marco Puerta, Rómulo Giraldo, Antonio Giraldo, Carlos Zapata, Ricardo Moncada y Marcelino Mejía, de la primera instancia, y con las de Pedro J. Castrillón,

Jesús Patiño, Roberto y Benicio Osorio y Luciano García, de la segunda instancia, fuera de las otras cuatro a que se refiere la acusación; lo que quiere decir que el Tribunal formó juicio por la estimación de quince declaraciones, y de éstas, sólo cuatro le merecen mención al recurrente. De suerte que aún suponiendo que estas cuatro declaraciones no reafirman la posesión de la Gutiérrez, y que el Tribunal las hubiera interpretado erróneamente al expresar que esos cuatro testigos acreditan la posesión de aquélla, aún suponiendo esto la convicción que el Tribunal se formó del caso quedaría en pie con las otras once declaraciones. Necesitaba el recurrente hacer examen de todo el haz probatorio que el Tribunal tuvo en cuenta; y si no lo hizo sino que se concretó a un examen parcial, su cargo, suponiéndolo bien formulado, no puede prosperar.

— B —

En el capítulo sobre confesión el recurrente se refiere a las posiciones absueltas por la Gutiérrez, y a una diligencia de secuestro de la cual se pretende deducir confesión de la actora. Y dice que hubo apreciación errónea de estas pruebas.

a) El recurrente copia la parte de la sentencia sobre confesión, que se dejó transcrita atrás frente al numeral 2º, y dice: Este es un clásico error de derecho, pues se desconoce una serie de hechos que la demandante admite en esa confesión. Agrega que el Fiscal en su vista aprecia esta prueba en forma muy alegre; y sin más comentarios de importancia, termina: "Se viola manifiestamente con esta apreciación, con la interpretación de esta prueba, el artículo 604 del C. J. que explica el valor que tiene la confesión, y por conducto de esa disposición adjetiva se violan las sustantivas que regulan y determinan la posesión regular e irregular, pues el artículo 762 del C. C. enseña que la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño".

Y el cargo lo expone más concretamente en estos renglones textuales:

"Entonces al admitir reiteradamente la Gutiérrez el dominio o propiedad de don Quico Mejía, ella estaba admitiendo paladinamente que no era poseedora del lote de la controversia, sino mera tenedora precaria, y por eso la sentencia viola la ley sustantiva, después de violar disposiciones que si son adjetivas aparentemente son fundamentales en el derecho, y viola también algo más: principios de derecho universalmente admitidos. Siempre, antes de ahora y ahora, y mañana, se ha re-

querido y se requerirá que para ser poseedor haya por lo menos un ánimo *possidenti*, un ánimo de dueño, una convicción de que es propio el bien y un desconocimiento absoluto, constante, durante el término de la posesión, de dueño diferente del poseedor”.

Como el anterior, este cargo no tiene la precisión que exige la técnica de casación, de manera que no es cosa fácil entrar en la consideración de las quejas del recurrente.

Se admira éste por modo extraordinario de que el Tribunal hubiera menospreciado la contestación que dio la Gutiérrez a la décima pregunta de las posiciones, y estima que hubo error al no aceptarse la serie de hechos admitidos por la demandante en esa confesión. Habla de hechos y en realidad se anotan tres en la pregunta décima que se le sometió a la actora y a que el recurrente se refiere, como se ve: “Diga cómo es verdad, sí o no, que usted siguió reconociendo el dominio de don Francisco Mejía sobre el terreno, y él era muy formal con usted y la auxiliaba en cuanto podía?”.

Así se tiene la serie de hechos a que se refiere el recurrente: Primer hecho: Que la actora “siguió reconociendo el dominio” del señor Mejía, que fue el dueño del inmueble en el cual se señaló un ángulo para que la actora se instalara. Ya se vio que Sánchez, el recurrente, expresó que el lote ocupado por la Gutiérrez, es menor porción de otro que es del dominio de la sucesión; y tal lote de la sucesión, donde en un ángulo está instalada la Gutiérrez, fue de don Francisco Mejía, según se lee en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que se encuentra a folios 17 v. y siguientes del cuaderno número 4 del proceso. Segundo hecho: si es verdad que el señor Mejía era muy formal con la absolvente. Tercer hecho: si es verdad que el señor Mejía auxiliaba en cuanto podía a la absolvente. Y a estas preguntas, acumuladas, contesta afirmativamente la Gutiérrez.

Sobre esta contestación, de la cual deduce el recurrente un reconocimiento de la actora sobre el dominio del señor Mejía, dice el Tribunal, como ya se vio, que no se puede tener como confesión por la acumulación de hechos que contiene la pregunta, y dice también el Fiscal lo siguiente:

“Pero esa prueba no puede estimarse. En efecto, la pregunta transcrita hace relación a tres hechos distintos y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 612 del C. Judicial, esas pre-

guntas deben referirse a un solo hecho, siendo notorio que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema y de los Tribunales del país, han resuelto que cuando el juez incurra en el descuido de dejar pasar una pregunta de esa guisa, la contestación que se dé a ello no es valedera como prueba. (G. J. número 1957, pág. 520). El doctor Monsalve, al comentar esta prueba, trae un severo análisis crítico que es indispensable aceptar ya que no puede desestimarse el hecho notorio de que se trata, en el caso presente, de una anciana septuagenaria e ignorante que, lógicamente cayó en hábil interrogatorio preparado por el apoderado del opositor. Tampoco puede olvidarse que a través de todo el interrogatorio, ella afirmó el hecho de haber recibido el terreno materia de la litis debido a la magnitud generosa de don Francisco Mejía Botero”.

El artículo 612 del C. Judicial dice que las preguntas en posiciones deben ser claras, no pueden pasar de veinte, y cada una se debe referir a un solo hecho. Comentando extensamente este artículo, la Corte decide que no puede aceptarse como prueba una contestación que abarca pregunta sobre varios hechos, y expresa lo siguiente:

La primera pregunta citada abarca múltiples hechos diversos y así, al igual de las restantes del referido cuadro, se aparta del precepto expreso y terminante del artículo 612, según el cual cada pregunta debe referirse “a un solo hecho en forma tal que el absolvente pueda responder simplemente si es o no cierto su contenido”.

“.....
Es pues evidente que no llenando la nómina de posiciones las exigencias del artículo 612 del C. J., no puede considerarse esa probanza como prueba completa de la simulación del contrato, máxime si en las demás posiciones Leguizamón niega rotundamente los hechos preguntados por el absolvente, tendientes todos ellos a demostrar la simulación del contrato, y en consecuencia es jurídico declarar que el sentenciador de segunda instancia, al apreciar la prueba de confesión, quebrantó el artículo 612 del C. J., que tiene carácter sustantivo, y los artículos del C. Civil invocados por el recurrente. (G. J. Tomo XLIX, págs. 522-524).

Conviene, no obstante esto, analizar un poco las posiciones absueltas por la Gutiérrez, según diligencia que se registra a folios 22 y 23 del cuaderno número 4. Y se principia por decir que la Gutiérrez aparece firmando a ruego, por no saber hacerlo.

1ª pregunta: Se le interrogó si el terreno que reclama pertenecía al señor Mejía; y contestó que sí. Fue del señor Mejía, y así ha sido planteado el caso.

2ª Se le preguntó si ella le ayudaba a don Quico a cuidar los animales que él tenía en la finca de que forma parte el terreno a que se refiere la demanda. Y contestó que no: Y contestó bien, porque de acuerdo con su empeño, el terreno a que se refiere la demanda ya no forma parte de la finca.

3ª Diga si es verdad que el cuidado que usted le prestaba a los animales e inmuebles del señor Mejía era no solamente personal sino de sus hijos. Y contestó que sí. Se habla de los cuidados que le prestaba. Y sin duda que por esto el señor Mejía convino en que la Gutiérrez se instalara en un rincón del inmueble.

4ª Diga si el señor Ricardo Sánchez y otro urbanizaron el barrio donde se hallaba el inmueble. Y contestó negativamente.

5ª Diga si en el lote ocupado por usted había una casita y en ella habitó usted con permiso del señor Mejía. Y contestó negativamente.

6ª Diga si el señor Mejía le ayudó a mejorar la casita, pues se hallaba muy deteriorada. Contestó negativamente, agregando: "Aquí no había sino potreros y cañadas cuando don Quico Mejía me dio el terreno en que yo hice sin auxilio la casita en que estoy viviendo".

7ª Diga si es cierto que don Quico le dio la casita porque usted y sus familiares le cuidaran los animales y pastos, y especialmente para que se impidiera la entrada de animales ajenos. Contestó negativamente, agregando: "repito que don Quico solamente me dio el solar".

8ª Diga si es verdad que Ricardo Sánchez la demandó en juicio de lanzamiento para que le restituyera el terreno. Contestó: yo no me acuerdo de demandas sino que Sánchez vino aquí hace mucho tiempo a que le entregara la casita y el solar porque eran suyos, y yo le dije que don Quico me había dado el terreno para yo edificar, y que no la desocupaba.

9ª Diga si usted reconoce que el dueño del terreno era don Quico. Contestó afirmativamente. Claro que era de don Quico, y así ha sido presentada la cuestión.

10ª Diga si usted siguió reconociendo el dominio de don Francisco Mejía sobre el terreno y él era muy formal con usted y le auxiliaba en cuanto podía. Y contestó afirmativamente.

Esta última es la contestación de la cual quiere

deducir el recurrente una aceptación por parte de la Gutiérrez del derecho de dominio del señor Mejía sobre el lote en discusión.

Es claro que para que el Juzgador a quien corresponde valorar la prueba, pueda apreciar el alcance de una contestación en posiciones, debe hacer examen de las otras contestaciones que con ella guarden relación; y lo primero que se observa es la firme tenacidad de la absolvente, al contestar las nueve preguntas anteriores, en sostener que el señor Mejía le dio el terreno en que levantó su casita. El juzgador no podía aceptar que después de esa insistencia de la Gutiérrez sobre que el lotecito le pertenecía y que no tenía otro dueño, accediera a aceptar como dueño al señor Mejía en la última pregunta. Y por eso estimó que la afirmativa se refería a los otros dos hechos de la pregunta.

Sin duda alguna que la pregunta décima, que es la agitada en el proceso, fue redactada con cierta maliciosa habilidad, para presentarla a una anciana ignorante, como lo dice el Fiscal, que no podía medir el alcance de la cuestión propuesta. ¿Entendía ella lo que se quería expresar con la frase **el dominio de don Francisco Mejía sobre el terreno**, es decir, estaba en sus capacidades abarcar el fenómeno jurídico del dominio sobre un bien determinado? ¿Y por qué no se le preguntó algo a su alcance, como por ejemplo, si don Quico fue siempre dueño del lote que ocupa? Se dirá que esta fórmula equivale a aquella, pero las gentes de poca o ninguna cultura, si es verdad que saben lo que es ser dueño de una cosa, no entienden lo que es tener derecho de dominio sobre esa misma cosa. Fuera de que el dominio es la deducción que se saca del análisis de unos hechos y circunstancias, y que toca al Juez declarar. Un confesante puede aceptar derecho de dominio sobre una cosa dada, y si de los hechos presentadas no surge ese dominio, el Juez no está capacitado para hacer declaración de él.

De otro lado, en las posiciones se venía haciendo diferencia entre el lotecito en poder de la Gutiérrez, y el lote general que ella cuidaba. La parte de Sánchez, como se vio atrás, expresa que el lote en discusión es pequeña parte de otro mayor. Y sin embargo, la pregunta no se refiere concretamente al lotecito o pequeña parte que la Gutiérrez tiene como suyo, sino que se refiere al **dominio sobre el terreno**. ¿A cuál terreno se refiere la pregunta? ¿A todo el terreno que la Gutiérrez cuidaba, especialmente para que no entraran a él animales ajenos, como se dice en la

pregunta 7ª, o al ángulo de la casa que don Quico "le dio" para vivir a aquélla, según se dice en la misma pregunta 7ª? No hay claridad en la pregunta, como lo exige la ley.

Estas consideraciones dejan ver que el Tribunal no estuvo errado en la apreciación de la respuesta dada por la Gutiérrez a la 10ª pregunta del cuestionario en posiciones.

b) El recurrente cree encontrar "otra prueba" de confesión en una diligencia de secuestro practicada dentro del juicio de sucesión de Ricardo Sánchez por la Inspección Primera Municipal de Policía de Pereira, diligencia de diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, en que se lee: "Que en el acto estuvieron presentes el doctor Otóniel Pardo como apoderado de los interesados en la sucesión y el señor Félix Mejía, secuestre nombrado"; y se lee también: "En este último lote se encuentra una casita de bahareque, cubiertas con tejas de barro y zinc, sin pisos, con un frente de unos tres metros por siete de centro, en mal estado, constante de dos piezas y una de cocina, que viene siendo habitada por la señora Juana María Gutiérrez v. de Cárdenas que dice ser esa construcción de su propiedad y cuya construcción la hizo con previa autorización del dueño del terreno, don Quico Mejía, antiguo dueño y que el terreno donde la casa se encuentra, se dice que le correspondió al finado don Ricardo Sánchez; que dentro del solar que viene ocupando, existen unas mejoras de sementeras constantes de siete matas de plátano, siete de caña y diez árboles frutales, que reclama la señora Gutiérrez como de su propiedad. Así, el suscrito Inspector puso el secuestre nombrado en posesión de los solares alindados, excepto de la casita de habitación y mejoras descritas, que las deja en poder de la reclamante señora Juana María Gutiérrez v. de Cárdenas, también en calidad de secuestro. En este estado manifiesta el señor apoderado que por ahora prescinde de secuestrar el lotecito de terreno delimitado en el numeral 1º de la relación de bienes".

La Gutiérrez no estuvo presente, según dice el acta, y el párrafo transcrito es propiamente redacción del Inspector; mas en todo caso, aquí se expresa lo mismo que la actora sostuvo en posiciones, a saber: que esa casita es de su propiedad porque la edificó previa autorización del dueño del terreno, "antiguo dueño", como se lee en la diligencia.

Pero como objeciones principales al acta de secuestro que se presenta como una confesión de

la actora, se destacan estos hechos: que el secuestro fue decretado y realizado por un Inspector de Policía cuando ya el juicio que se examina estaba en marcha, y se llevó a cabo en otro juicio, extraño a aquél, sin citación de la Gutiérrez.

El acta de secuestro, pues, no tiene mérito como prueba contra las pretensiones de la actora.

— C —

Sobre instrumentos públicos y sobre una inspección ocular practicada dentro del juicio, dice la sentencia, como ya se vio, que si es verdad que establecen posesión inscrita en favor de Sánchez, en modo alguno demuestran hechos contrarios a la posesión de la Gutiérrez ni reconocimiento de dominio ajeno en los treinta años.

En relación con esto que sostiene el Tribunal, muy poco expresa el recurrente. Dice que para el Tribunal de nada sirve un intenso movimiento de las Notarías, ni las certificaciones de los Registradores, ni declaraciones terminantes, ni inspección ocular. Y después de esto y de algunas frases despectivas contra la sentencia, expresa el recurrente que se han violado "un cúmulo de pruebas que no son aisladas sino concurrentes", y señala como infringidos los artículos 756, 759, 768 y 775 del C. C., "al interpretar que se trata de posesión cuando una persona tiene una cosa admitiendo derecho ajeno".

Como se ve, éste es un cargo desprovisto de todo requisito legal, pues ni siquiera se dice por qué concepto se consideran violados aquellos textos legales. En esta forma es ineficaz la alegación contra la sentencia, fuera de que la sola posesión inscrita a que se refiere la cita del recurrente no incide en el caso que se estudia, que es una simple posesión de la actora, durante cierto término, sin reconocimiento de dueño extraño y sin interrupción alguna legal.

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 Pereira, de fecha quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Alvaro Leal Morales, Conjuez. — Rafael Ruiz Manrique — Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — LA ADQUISICION DE DERECHOS Y ACCIONES EN UNA SUCESION, NO DA AL COMPRADOR, DESDE EL MOMENTO DE LA COMPRA, LA PROPIEDAD

ACCION REIVINDICATORIA. — LA ADQUISICION DE DERECHOS Y ACCIONES EN UNA SUCESION, NO DA AL COMPRADOR, DESDE EL MOMENTO DE LA COMPRA, LA PROPIEDAD

1.—La adquisición de derechos y acciones en una sucesión, sea en abstracto, sea vinculados a uno o más bienes, no da al comprador, en realidad, sino la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo y pedir se le reconozca su derecho, según los términos del contrato, pero no le da, ni puede darle, desde el momento de la compra, la propiedad de determinados bienes. La concreción de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado, es fenómeno legal, que no se verifica sino con la aprobación y registro de la partición.

2.—Es necesario recordar que el artículo 1401 del C. C., establece el importante principio de la retroactividad de la partición, o sea que el adjudicatario se presume haber sucedido "inmediata y exclusivamente al difunto", y no haber tenido nunca parte alguna en los bienes que no se le adjudicaron; de forma que el derecho de herencia sólo existe en el interregno que media entre la muerte del DE CUJUS y el acto de la partición; consumada ésta, desaparece para dar lugar a un dominio continuo de causante a causahabiente.

De derecho hereditario puede hablarse mientras no se haya adjudicado el bien de que se trata; ya adjudicado, el fenómeno de la retroactividad berra el derecho hereditario, para que nadie vea cosa distinta de un derecho de dominio sin interrupción entre el difunto y sus sucesores adjudicatarios.

3.—La causal segunda sólo procede cuando se demuestran errores INJUDICANDO: o lo que es lo mismo, ocurre cuando no está la sentencia en consonancia con la acción y la excepción en donde constan las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

¿Cuándo no está la sentencia en consonancia con la acción y con la excepción?

Hay tres hipótesis al respecto: a) cuando se falla lo que no se está debatiendo: la

sentencia no concuerda con la parte petitoria; b) o cuando se decide sobre la materia controvertida, pero incompletamente: no se falla la totalidad de los extremos procesales en lo petitorio; c) y por último, cuando se sentencia la materia controvertida, pero más allá de lo que las partes han propuesto.

Estas son, pues, las tres oportunidades como un Tribunal, en sentencia de segunda instancia, puede apartarse de las pretensiones deducidas por las partes: o fallando lo que no está en el proceso, o fallando en exceso, o en defecto.

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 petitorios de una demanda.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Consta de este expediente que don Marco Tulio Montaña Parada, vecino que fue de Siachoque, en el Departamento de Boyacá, casó en primeras nupcias con la señora Evangelina Valderrama, de quien tuvo una hija llamada Blanca, quien es la demandada en el presente litigio. A la muerte de su primera mujer, el señor Montaña contrajo segundas nupcias con la hermana de aquélla, llamada María del Carmen Valderrama, en cuya unión tuvieron varios hijos, entre ellos el actual demandante, señor Marco Tulio Montaña Valderrama.

El señor Montaña Parada, durante sus segundas nupcias, otorgó testamento, que consignó bajo la escritura pública número 63 de 24 de marzo de 1920, en el mismo lugar de su vecindario; allí declaró que en su primer matrimonio no había

adquirido bienes, porque los que usufructuaba la sociedad conyugal, eran de su exclusiva propiedad; agregó que en su segundo connubio sí los había adquirido, los cuales enumera; a continuación hace la partición de los bienes que habían de quedar después de su muerte, adjudicando a su consorte, a quien designa como heredera y a sus hijos de uno y otro matrimonio, lo que tuvo por conveniente.

Muerto don Marco Tulio bajo esa memoria testamentaria, su hija Blanca, alegando que la primera sociedad conyugal sí había adquirido bienes y que en la mortuoria de su padre no se le adjudicó lo que legalmente le correspondía, demandó la reforma del testamento, señalando como demandados a la viuda, señora María del Carmen de Montaña y a sus hijos, litigio que transigieron las partes, como consta de la escritura pública número 321 de 23 de abril de 1937, de la Notaría de Tunja. Allí se lee que doña María del Carmen Valderrama de Montaña "transfiere el derecho que tiene, en virtud del testamento mencionado, a favor de la demandante señora Ana Blanca Montaña de Moreno, en el potrero denominado "Rondón", determinado en la partida décima octava del inventario del juicio testamentario y señalado en el testamento con la letra A) de la cláusula octava, situado en Siachoque, así delimitado: por tres partes con herederos de Marco Tulio Montaña; y por el otro costado, con herederos de Ramón Sánchez, Eduardo Sánchez, herederos de Pablo Granados y Marciano Boyacá y encierra, potrero que está cercado de paredes y que hace parte de la finca llamada "La Mina", constante de cuatro dehesas.

Cuando se hizo la partición de bienes de don Marco Tulio, a la vendedora doña María del Carmen se le adjudicó el bien que había transferido a su entenada, a virtud de la transacción. No obstante esto, doña María del Carmen vendió lo mismo a su hijo Efraín y éste se lo traspasó a su hermano Marco Tulio, el actual demandante.

Con este título y por medio de apoderado, Montaña Valderrama demandó a su hermana doña Blanca Montaña de Moreno, para que se declare que es de su propiedad el predio denominado "Rotoque" y el de "Las Minas", ubicado en la vereda de Firaya, y se le condene como poseedora de mala fe, a restituírlas con sus frutos.

Como hechos, señala el haber adquirido el inmueble en la forma que atrás se expresa, y que carece de la posesión, que la tiene la señora Blanca de Moreno.

Ya en el curso del juicio y como la demandada alegara como origen de su título de propiedad, la transacción de que atrás se hizo mérito, el demandante objeta que ella no cumplió con la transacción y que tal contrato carece de valor por no haberse registrado en el libro número segundo, sino con posterioridad a la inscripción de los títulos en los cuales apoya su derecho de dominio.

La sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, al cual correspondió la demanda, puso término a la primera instancia con su fallo de diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, en el cual declara que Montaña Valderrama es dueño del lote o potrero del predio de "Las Minas", que allí se delimita; condenó a pagar, a partir de la fecha en que ha debido contestarse la demanda, los frutos civiles y naturales del fundo, y absolvió a los demandados de los demás cargos propuestos.

De esta providencia apeló el demandante, simplemente, en cuanto no se había condenado en costas, y la demandada en lo que le fue desfavorable.

La sentencia recurrida

Por tal motivo, los autos fueron remitidos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, donde se pronunció fallo con fecha treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta, por el cual se reforma la sentencia para revocar la condena hecha por el Juez, absolviendo, en consecuencia, a la demandada "de los cargos de la demanda".

Se apoya la providencia, en que la demandada es poseedora inscrita y material de mejor derecho que el actor, a virtud del traspaso de bienes que doña Carmen Valderrama de Montaña hizo a doña Blanca de Moreno, según la transacción que recoge la escritura pública número 321 de 23 de abril de 1937, de la Notaría Primera de Tunja, escritura que, si en un principio entrañaba la adquisición de una cosa ajena, se convalidó al adjudicarle a la vendedora, en la sucesión de su esposo don Marco Tulio, la finca de que había dispuesto en favor de doña Blanca.

Que está demostrado que la transacción tuvo en el pleito sobre reforma del testamento, cumplido efecto, ya que el Tribunal, donde se encontraba el negocio, decidió que el referido proceso

“terminó desde la fecha en que fue perfeccionado el aludido contrato de transacción y registrada la escritura contentiva de tan importante acuerdo”.

De la sentencia aludida recurrió en casación el demandante, y cumplidos los trámites, la Corte pasa a fallar.

El recurso

Con fundamento en las causales primera y segunda de las señaladas en el artículo 520 del C. J., se aducen contra la sentencia cuatro cargos, que a continuación se estudian, empezando por el de la causal segunda.

Se sostiene que el fallo es incongruente, porque “no puede estar, y en efecto no lo está — dice— en armonía con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes”.

Expresa que su representado don Marco Tulio “adujo en su defensa, pruebas que fueron realmente desconocidas por el H. Tribunal de Tunja en su estudio, pero de ello no se infiere que todas sus pretensiones no fueran oportunamente deducidas en la litis que entabló, pese a la no contestación de la demanda...”.

Que ¿“cómo echar por tierra y vulnerar el derecho de dominio tan legal y justamente adquirido por mi mandante?”.

Se considera:

La causal segunda sólo procede cuando se demuestran **errores in iudicando**; o lo que es lo mismo, ocurre cuando no está la sentencia en consonancia con la acción y la excepción en donde constan las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

¿Cuándo no está la sentencia en consonancia con la acción y con la excepción?

Hay tres hipótesis al respecto: a) cuando se falla lo que no se está debatiendo: La sentencia no concuerda con la parte petitoria; b) o cuando se decide sobre la materia controvertida, pero incompletamente: no se falla la totalidad de los extremos procesales en lo petitorio; c) y por último, cuando se sentencia la materia controvertida, pero más allá de lo que las partes han propuesto.

Estas son, pues, las tres oportunidades como un Tribunal, en sentencia de segunda instancia, puede apartarse de las pretensiones aducidas por las

partes: o fallando lo que no está en el proceso, o fallando en exceso, o en defecto.

Nada de esto acontece en el caso en estudio, en que el sentenciador decidió el proceso absolviendo en su totalidad al demandado de los cargos contra él presentados.

“Cuando la sentencia es totalmente absoluta no procede la segunda causal de casación, porque la absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos petitorios de una demanda”. (Casación, G. J., Tº 49, pág. 833).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

— II —

Con fundamento en la causal primera de las indicadas en el artículo 520 del C. J., presenta el recurrente tres nuevos reparos, que a continuación se estudian:

a) Violación de los artículos 946 y sus concordantes 665, 669 y 762 del C. C., por aplicación indebida, infracción e interpretación errónea. Expresa que el primero de los preceptos define la acción reivindicatoria en forma clara; que su representado acreditó plenamente su condición de dueño del predio de “Las Minas”; que la venta de derechos en una sucesión ilíquida, no puede darse por enajenación de cuerpo cierto y determinado; y que de haberlo sido, implicaría la venta de una cosa ajena, que en manera alguna puede perjudicar los derechos del verdadero dueño, que lo sería el adjudicatario, al verificarse y quedar plenamente legalizada la partición de los bienes del causante, o hecha por él en su testamento y debidamente aprobada. Que la señora Carmen Valderrama no transfirió a la demandada un cuerpo cierto, sino derechos y acciones. De donde concluye que se violaron los enunciados preceptos al no decretarse la reivindicación demandada.

b) Error de hecho

Dice que, según la escritura de transacción, o sea la número 321 de 23 de abril de 1937, pasada ante el Notario Primero de Tunja, la señora María del Carmen Valderrama de Montaña transfirió a su sobrina doña Blanca, el potrero denominado “Rondón”, determinado en la partida 18ª del inventario, en la mortuoria del señor Montaña y marcado en su testamento con el numeral 8º, dehesa que hace parte del predio de “Las Minas”, compuesto de cuatro potreros.

Que en la escritura de transacción no se alude a "Las Minas", sino al potrero de "Rondón", el cual no está debidamente identificado. Que es distinto vender un derecho en finca determinada, a transferir el dominio o propiedad en cosa cierta, diferencia que hay que tener en cuenta y que sería exótico tratar en el cargo.

c) Error de derecho

Afirma que el Tribunal incurrió en error de tal naturaleza al no darle aplicación a los artículos en que apoyó su sentencia el Juez de primer grado, o sean los artículos 1751, 1401, 2652, ordinal 6º del C. C., y 967 del C. J., que considera violados.

Sostiene que el contrato de transacción consignado en la escritura número 321, sometido a una condición o término que fue infringido por la demandada, no es suficiente título para oponerlo a los actos emanados de una partición aprobada, registrada y ejecutoriada. Que la demandante no hizo gestión alguna propia para que se le adjudicara lo que decía haber adquirido legítimamente. Que no es posible darle preferencia al título de una supuesta adquisición de un cuerpo cierto; que si tal se aceptara, comportaría la venta de una cosa ajena, que así debe considerarse la hecha por el heredero en una sucesión sin liquidar, en frente de la partición de los bienes del causante señor Marco Tulio Montaña, y que plenamente legalizada como está, hoy es título inobjetable por no haber sido declarado nulo, en los términos del artículo 1405 del C. C.

Que en una comunidad herencial, no puede alegarse posesión de un heredero contra los demás, "porque el derecho de herencia es abstracto", es decir, radica sobre toda la herencia, y pretender aceptar como de buena fe posesión particular sobre efectos o bienes de la entidad jurídica llamada herencia, es desquiciar por sus fundamentos el régimen legal establecido al respecto.

Que entre los modos de adquirir la propiedad, está la "sucesión por causa de muerte", y cumplidos los trámites del juicio sucesorio, o sea, hecha la partición, aprobada e inscrita, ese título es superior a cualquier otro, y una transacción hecha sobre el papel, sin registrar el título, en que consta en el libro segundo, como ha debido hacerse, inscripción que se llevó a cabo después de que al heredero se le hizo adjudicación y que éste vendió y su comprador inscribió su escritura en la Oficina de Registro correspondiente.

Que todo contrato legalmente celebrado, es una ley para los contratantes, pero que el de transacción, que no fue inscrito en el Libro número segundo, como era el caso, no lo es, ni puede alegarse que posteriormente se registrara en el referido Libro, porque para entonces, los herederos en la sucesión del señor Montaña, ya habían vendido lo que les fue adjudicado (artículos 38 de la ley 57 de 1887 y 2641 del C. C.).

Que el error de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar indebidamente una pieza probatoria en que faltaba una formalidad legal indispensable para su validez y que sólo más tarde trató de legalizarse, llevó al juzgador a violar los preceptos citados.

Para resolver, se considera:

Al efectuarse la transacción del litigio sobre reforma del testamento del señor Marco Tulio Montaña, propuesto por doña Blanca Montaña Valderrama de Moreno contra Carmen Valderrama de Montaña y sus hijos, de que da cuenta la escritura número 321 de 23 de abril de 1937, de la Notaría de Tunja, la señora Carmen Valderrama de Montaña transfirió a doña Blanca determinados bienes raíces de la sucesión del señor Montaña, los cuales le fueron adjudicados luego en la liquidación y partición de bienes de la referida mortuoria.

En puridad de verdad, por la indicada transacción, se le traspasaron a doña Blanca bienes ajenos, pertenecientes al señor Montaña, en cuya cabeza se encontraba su inscripción en el registro.

La adquisición de derechos y acciones en una sucesión, sea en abstracto, sea vinculados a uno o más bienes, no da al comprador, en realidad, sino la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo y pedir se le reconozca su derecho, según los términos del contrato, pero no le dan, ni pueden darle, desde el momento de la compra, la propiedad de determinados bienes. La concreción de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado, es fenómeno legal, que no se verifica sino con la aprobación y registro de la partición.

La señora Blanca no se presentó en la sucesión del señor Montaña a hacer efectiva la cesión de derechos de que se ha hecho mérito, pero los bienes que le fueron traspasados por el contrato de transacción, se le adjudicaron precisamente a su vendedora, que ningún derecho tenía ya en tales bienes, pero hecha la adjudicación, ella redundó

en favor de la adquirente de los respectivos derechos, ya materializados en la finca asignada (artículo 1401 del C. C.).

La hijuela en la causa mortuoria del señor Montaña, mediante la cual se pagaron los derechos de la cedente, convalida de modo retroactivo en el cesionario, esos derechos, una vez inscrito en la Oficina de Registro el acto respectivo.

Es necesario recordar que el artículo 1401 del C. C., establece el importante principio de la retroactividad de la partición, o sea que el adjudicatario se presume haber sucedido "inmediata y exclusivamente al difunto", y no haber tenido nunca parte alguna en los bienes que no se le adjudicaron; de forma que el derecho de herencia sólo existe en el interregno que media entre la muerte del *de cuius* y el acto de la partición; consumada ésta, desaparece para dar lugar a un dominio continuo de causante a causahabiente.

De derecho hereditario puede hablarse mientras no se haya adjudicado el bien de que se trata; ya adjudicado, el fenómeno de la retroactividad borra el derecho hereditario, para que nadie vea cosa distinta de un derecho de dominio sin interrupción entre el difunto y sus sucesores adjudicatarios.

Así pues, no violó el Tribunal el artículo 946 del C. C., que señala la acción de reivindicación, o sea la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírselo, pues no demostró el actor ser dueño de lo que demanda. Por la misma razón, es ineficaz el cargo por violación de los demás preceptos que se indican.

b) Error de hecho

Este reparo a la sentencia es ineficaz, por no haberse indicado la disposición o disposiciones sustantivas violadas y el concepto en que lo fueron.

Se quedó el recurrente a medio camino. Sobre el particular, puede verse la sentencia de esta Sala de fecha 31 de mayo de 1940, G. J., Tomo 49, números 1957 y 1958, pág. 499.

c) Error de derecho

En este cargo, de nuevo se plantea la ineficacia del título de la demandada en presencia del originado en la adjudicación hecha a la señora Carmen de Montaña, en la partición herencial del señor Montaña, ya porque la demandada no

hizo gestión alguna para hacerse parte en la referida mortuoria, ya porque, a su entender, el contrato de transacción es ineficaz, por no haberse registrado en el Libro número segundo, y por incumplimiento de las obligaciones de la misma, que debía desistir del pleito que motivó la transacción, y no lo hizo.

En relación a lo primero, para la efectividad del derecho de doña Blanca en el inmueble que se reivindica, era lo mismo adjudicarlo a ella o a su tradente, la señora María del Carmen, porque así lo establece el ya citado artículo 1401 del Código Civil (1875 del C. C.).

En cuanto a que no se presentó el memorial de desistimiento en el juicio sobre reforma del testamento del señor Montaña, basta observar que el Tribunal consideró jurídicamente que el memorial de desistimiento no era menester para terminar el mencionado juicio, puesto que la transacción hace las veces de sentencia, y el contrato de transacción se hizo valer para terminar el juicio de reforma.

Ciertamente, la escritura de transacción no fue registrada en un principio en el Libro número segundo, en cuanto al contrato, sino con posterioridad, pero lo fue en cambio para los efectos de la tradición de los inmuebles, inmediatamente y mucho antes de la venta hecha por doña María del Carmen a su hijo, venta que ha dado origen al presente litigio.

Por lo expuesto, se rechazan los cargos.

Sentencia

Por las razones indicadas, 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 Tunja, de fecha treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo—Pablo Emilio Manotas.

Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME.—LA APRECIACION QUE EL TRIBUNAL HAGA DE UN DICTAMEN, CUANDO HAY UN ERROR EVIDENTE PUEDE ATACARSE EN CASACION SOLO

1.— Siempre que se ejercite la acción de rescisión por lesión enorme hay que acudir a las pruebas conducentes, de las cuales, la señalada es el avalúo de los bienes vendidos, realizado por peritos con las formalidades legales, para que dictaminen con el debido fundamento y claridad, cuál era el justo precio del inmueble al tiempo del contrato.

2.—Corresponde al Juez determinar si el dictamen está debidamente fundamentado, y tal apreciación sólo puede atacarse en casación cuando en ello hay un error evidente, que en el caso en estudio no se ha demostrado.

Comentando esta disposición y el artículo 722 del C. J., ha dicho esta Sala:

No se establece en estos artículos del código la imperativa ACEPTACION MECANICA por parte del Juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, QUE ES LA ESENCIAL de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien los reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos. Es por medio del poder judicial como la República ejerce permanentemente la facultad de administrar justicia de acuerdo con la constitución y las leyes (artículo 142 del C. J.).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Con el carácter de cónyuge sobreviviente del señor Enrique Paredes, quien falleció en la ciudad de Pasto el diez y nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, su esposa, la señora Natalia Henríquez de Paredes demandó por la vía ordinaria al señor Carlos Franco Paredes, para que con su audiencia se declare que el contrato celebrado por su esposo con el demandado, por medio de la escritura pública 1254 de 18 de diciembre del mismo año, es simulado, porque ni su marido tuvo la intención de vender, ni Franco Paredes la de adquirir; que a falta de la declaración anterior, se disponga la resolución del mismo contrato por falta de pago del precio, y por último, que si no se accede a alguna de las súplicas impetradas, se declare rescindido el mismo convenio, por lesión enorme.

Por la escritura citada, Enrique Paredes dijo vender a su sobrino, por la suma de trece mil pesos (\$ 13.000.00), que declaró recibidos a satisfacción, la finca denominada "Versalles", situada en el Corregimiento de Sibundoy, Comisaría Especial del Putumayo. La venta comprende el predio en referencia y cincuenta cabezas de ganado vacuno (vacas lecheras), que pastan en el predio.

La sentencia recurrida

El Juez del conocimiento decidió el litigio absolviendo al demandado de todos los cargos propuestos, sentencia que confirmó el Tribunal Superior de Pasto, a donde fueron remitidos los autos a virtud de apelación interpuesta por la demandante.

Se funda el Tribunal, en lo que respecta a la solicitud de rescisión del contrato de venta por lesión enorme, a que se circunscribe el recurso, en que en la enajenación realizada por don Enrique a favor de su sobrino, por la suma de trece

mil pesos (\$ 13.000.00), se comprendió en este precio el inmueble de Versailles y cincuenta vacas lecheras, y que no fue posible en el litigio establecer el valor de los semovientes, para así determinar el verdadero precio del inmueble, teniendo en cuenta que la rescisión por lesión enorme sólo procede respecto de bienes raíces.

Que en orden a establecer el precio de los semovientes, la demandante se limitó, en la inspección ocular practicada en la finca, a inquirir de los peritos el precio comercial que en 1945 tuvieran las reses comprendidas en la venta, pero, dada la pregunta, los peritos se concretaron a dar su parecer, que a juicio del Tribunal, no establece en forma alguna su valor, por lo cual desechó la prueba referida, y como no halló demostrado el precio relativo a la finca, separada de los semovientes, confirmó la sentencia apelada.

Contra la providencia recurrió en casación la señora de Paredes, por cuya razón los autos fueron enviados a la Corte. Sustanciado el recurso, pasa a decidirse.

Los cargos

Con fundamento en el motivo primero de los señalados en el artículo 520 del C. J., se acusa la sentencia por cuanto no se decretó la lesión enorme del contrato de compraventa. Dice que "el Tribunal cometió error de derecho cuando dejó de apreciar el dictamen pericial, o lo apreció erróneamente, pues dejó de aplicar las normas a que se refieren los artículos 721, 722 y 723 del C. J., lo cual dio por resultado la falta de aplicación de los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil.

Manifiesta que, bien pudo el sentenciador deducir el precio de las cincuenta cabezas de ganado, a que se contrae la cláusula cuarta de la escritura contentiva del contrato demandado, ya dando pleno valor al dictamen de los dos peritos, que se produjeron sobre el valor de tales semovientes, tomando el precio en que estuvieron de acuerdo para animales de mediana calidad, o bien, tomando el medio aritmético entre los extremos, para aplicarlo a la cosa materia del justiprecio.

Dice que a los peritos se les inquirió para que dijeran "qué precio comercial tenían en 1945, las vacas lecheras que pastaban en el fundo de "Versalles", anotando que se trata de ganado de buena calidad". Que los peritos dictaminaron sobre animales de mediana calidad.

Expresa que el perito Ricaurte, de acuerdo con los datos suministrados por la Caja de Crédito Agrario, estimó que el precio de una vaca leche-

ra de mediana calidad, era en 1945, de ciento veinticinco pesos (\$ 125); que el perito tercero dio un avalúo para vacas de buena calidad, de ciento cincuenta pesos (\$ 150), y para de mediana, el de ciento veinticinco pesos (\$ 125). Que hubo, pues, un dictamen pericial uniforme. Que el concepto del designado por la parte demandada, quien expresó que no podía avaluar cosas que no tenía a la vista, apenas representa una excusa para no cumplir con su deber como perito.

Que determinado así el valor del ganado que entró en la negociación del predio "Versalles", se llega la conclusión, dado el avalúo de quince mil pesos (\$ 15.000.00), que se señaló a la finca, que hubo lesión enorme en el precio por el cual se enajenó.

Se considera:

Según el artículo 1946 del C. C., el contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme. Al tenor del artículo 1947, el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

El artículo 32 de la ley 57 de 1887, establece que no habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme, en la venta de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por ministerio de la justicia.

La igualdad, dice Pothier, debe imperar en las convenciones. Hay imperfección en el consentimiento de la parte lesionada, porque ésta no ha querido dar lo que ha dado en virtud del contrato mas que en la falsa suposición de que lo que ella recibía en cambio, valía tanto como lo que daba.

"Siempre que se ejercite la acción de rescisión por lesión enorme —ha dicho esta Sala— hay que acudir a las pruebas conducentes, de las cuales, la señalada es el avalúo de los bienes vendidos, realizado por peritos con las formalidades legales, para que dictaminen con el debido fundamento y claridad, cuál era el justo precio del inmueble al tiempo del contrato". (Casación, Tomo 55, pág. 616).

El justo precio del inmueble vendido en este negocio al tiempo del contrato, fue el que no pudo establecerse, lo cual fue motivo para que el Tribunal negara la acción de rescisión propuesta.

Por un precio global de trece mil pesos (\$ 13.000) don Enrique Paredes transfirió a don Carlos Fran-

co Paredes el predio de "Versalles" y un lote de vacas destinadas al esquilmo, sin señalarse en forma alguna la calidad de los semovientes que entraron en la negociación. Es decir, se determinó el género, pero no la especie.

En el lenguaje jurídico se llama **género** una cosa que se determina únicamente por la clase a que pertenece: uña vaca lechera.

En tales circunstancias, ha debido demostrarse la especie de tales vacas: de óptima calidad, de buena calidad, de mediana calidad, o de inferior calidad.

Sobre el particular, ha dicho esta Corte:

"Tratándose de avaluar unos semovientes que perecieron por culpa de otro (el demandado), no es admisible el avalúo hecho por testigos del demandante, porque la prueba exigida en estos casos es la de expertos o peritos (artículo 651, Código Judicial). Si en los autos no aparece la prueba requerida para fijar el valor de las bestias lo conducente es remitir a las partes a un juicio pericial, debiendo los peritos tener en cuenta para su dictamen, ya que los animales no existen, los datos que suministran los testimonios aducidos y los demás que juzguen pertinentes. (Sentencia, 26 junio 1924. XXXI, 23, 2ª)". (Compilación Garavito, Jurisprudencia de la Corte, Tomo III, número 336).

"Tratándose de estimar el valor de un edificio asolado por incendio, la circunstancia de estar destruido ya, no hace admisible la estimación dada por los testigos presenciales del siniestro. En estos casos, si bien los peritos no pueden hacer un examen actual, sí puede nombrarse expertos que hubieran conocido el edificio o que sobre los testimonios recogidos acerca de él puedan emitir su dictamen (1)". (Casación, 13 diciembre 1926, XXVIII, 279, 2ª). (Jurisprudencia Corte. Garavito. Tomo 3º, número 328).

Careciendo los peritos de una orientación, o de la determinación de la clase de los semovientes sometidos a su parecer, no pudieron realizar su avalúo, dando un dictamen con la debida fundamentación y claridad, ni por la misma razón, establecer el justo precio del inmueble al tiempo del contrato.

Los peritos se limitaron, dos de ellos a señalar el valor que en la fecha del contrato tenía una vaca para la producción de leche, considerada de mediana calidad, y el perito designado por el demandado se abstuvo de dar su concepto, por no saber qué clase de animales eran los sometidos a su pericia.

Por tales razones, el Tribunal desestimó el dic-

tamen por hallarlo infundado, con apoyo en el artículo 721 del C. J., que dispone que si se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba.

Como puede observarse, corresponde al Juez determinar si el dictamen está debidamente fundamentado, y tal apreciación sólo puede atacarse en casación cuando en ello hay un error evidente, que en el caso en estudio no se ha demostrado.

Comentando esta disposición y el artículo 722 del C. J., ha dicho esta Sala:

"No se establece en estos artículos del código la imperativa **aceptación mecánica** por parte del Juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, **que es la esencial** de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien los reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos. Es por medio del poder judicial como la República ejerce permanentemente la facultad de administrar justicia de acuerdo con la constitución y las leyes (artículo 142 del C. J.)". (GACETA JUDICIAL número 1935, Tomo 46, página 416).

Se declara, pues, que no han sido violadas las disposiciones citadas.

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 del Distrito Judicial de Pasto, de fecha veintidós de noviembre de mil novecientos cincuenta.

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.
El Secretario, Hernando Lizarralde.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO. — TECNICA DE CASACION

Los cargos operantes en un recurso de casación, no son otros sino aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlos o quebrantarlos. Por eso, cuando los cargos hechos por un recurrente no se relacionan con esos fundamentos, son inoperantes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veinte y cuatro de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez del Circuito del Espinal, Lucía Figueroa Roldán, invocando la representación de sus menores hijos Bertoldo, Omaira, Gladys y Guadalupe Figueroa, propuso, por medio de apoderado, juicio ordinario contra Laura Lozano de Oviedo, Juvenal, Dámaso, Saturio, Grimaldo, Julián y Silvia Oviedo, a fin de que en sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

“Primera.—Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de transacción extrajudicial celebrado entre mí poderdante la señora Lucía Figueroa Roldán, mayor de edad, vecina del Municipio de Ibagué, en representación de sus menores hijos Bertoldo, Omaira, Gladys y Guadalupe Figueroa Oviedo, y los señores Laura Lozano de Oviedo, mayor de edad y vecina de Girardot, Juvenal, Dámaso, Saturio, Grimaldo, Julián y Silvia Oviedo V., y que está contenida en instrumento público número 413 de 21 de mayo de 1947 de la Notaría de Girardot, Espinal e Ibagué.

“Segunda.—Que como consecuencia de la anterior declaración, las cosas deben volver al estado que tenían antes de la celebración del contrato de transacción que se declara nulo, y que por ende, los menores Bertoldo, Omaira, Gladys y Guadalupe Figueroa Oviedo, son dueños de los bienes que se les adjudicaron en la partición verificada dentro del juicio de sucesión doble de Dámaso Oviedo Meneses y Herminia Varón de Oviedo iniciado y proseguido ante el Juez Civil

del Circuito del Espinal y que está contenido en el instrumento público número 329 de 17 de abril de 1945, por medio de la cual se protocolizó el expediente relativo al juicio de sucesión que aludo.

“Tercera.—Que como poseedores de mala fe, los demandados quedan obligados a pagar en favor de mis mandantes, los frutos naturales y civiles que hayan producido los bienes en virtud de la transacción extrajudicial que se declara nula, se hicieron adjudicar, desde la fecha en que se celebró la transacción hasta el día en que mis poderhabientes entren de nuevo en posesión real y material de tales bienes.

“Cuarta.—Que los demandados citados en mi primera petición, están obligados a restituir a los menores Bertoldo, Omaira, Gladys y Guadalupe Figueroa Oviedo, los bienes que en virtud del contrato de transacción a que vengo aludiendo, aparecen representados por su madre Lucía Figueroa Roldán transfiriendo a favor de los demandados; restitución ésta que debe hacerse a la señora Lucía Figueroa Roldán como representante de sus menores hijos citados; y

“Quinta.—Que, en caso de oposición, los demandados deben pagar las costas del presente juicio”.

En los hechos de la demanda se afirmó que en el juicio de sucesión doble de Dámaso Oviedo Meneses y Herminia Varón de Oviedo se adjudicó a los referidos menores los bienes inmuebles y derechos en los mismos que se describen en el hecho primero de la demanda; que la partición fue aprobada por la correspondiente sentencia y que tanto la una como la otra fueron debidamente registradas; que por medio de la escritura número 413 de 31 de mayo de 1947, otorgada en la Notaría de Girardot, Lucía Figueroa Roldán, obrando en su calidad de madre natural de los dichos menores celebró una transacción con los demandados, por medio del cual transfirió a éstos el derecho de dominio que en los aludidos inmuebles tenían los menores. Finalmente, en los hechos noveno a undécimo se dijo:

“**Noveno.**—La transferencia del derecho de propiedad que los menores tenían sobre los bienes anteriormente anotados, hecha por la madre natural de estos últimos, pretextando el ejercicio de la patria potestad que invocando una pretendida representación legal para tal efecto, constituye una extralimitación de funciones, un acto que no está dentro de la órbita demarcada por la ley como facultad para los representantes legales de un menor.

“**Décimo.**—La señora Lucía Figueroa Roldán, como madre natural de los menores Bertoldo, Omaira, Gladys y Guadalupe Figueroa Oviedo, no podía enajenar bienes raíces pertenecientes a sus menores hijos, porque solamente tenía ella facultades administrativas sobre tales bienes, y no dispositivas.

“**Undécimo.**—Para la enajenación o transferencia de bienes raíces, exige la ley sustantiva, la licencia del Juez con conocimiento de causa y la pública subasta de tales bienes, requisitos éstos que el Legislador tiene establecidos con mira a la defensa de los intereses del menor”.

Ninguno de los demandados contestó la demanda, y una vez surtido el trámite de rigor, el Juez la decidió en sentencia de primero de marzo de mil novecientos cincuenta, por la que declaró la nulidad absoluta impetrada y decretó las prestaciones pertinentes.

Apelado ese fallo por los demandados, el Tribunal Superior de Ibagué, que conoció de la alzada, lo confirmó en el suyo de fecha 7 de septiembre de 1950.

Esa decisión la sustentó el Tribunal en las consideraciones que en seguida se copian:

“De conformidad con el artículo 2470, no pueden transigir sino las personas capaces de disponer de los objetos comprendidos en la transacción, y por mandato del artículo 489 se necesita previo decreto judicial para que se pueda proceder a transacciones o compromisos sobre bienes raíces de los pupilos, y verificado el contrato, para su validez, se requiere aprobación judicial.

“Como puede verse de la disposición judicial últimamente citada, el legislador se ha mostrado riguroso en la defensa de los derechos de los menores, cuando se trata de transacciones y compromisos, pues exige dos decretos: el que autorice la transacción o el compromiso, y otro, que lo apruebe una vez efectuado.

“En el caso de autos, la transacción —si así

pudiere llamarse el pacto que fundado en supuestos ‘errores de la partición’, que contiene la citada escritura 413 de 31 de mayo de 1947— resulta por decir lo menos, excepcionalmente oneroso para los intereses de los menores, y en cambio éstos solamente recibieron por conducto de la Figueroa \$ 5.075.00, y la posesión material de una casa que era propiedad de los lesionados menores, y que al parecer se encontraba en poder de los otros herederos de Dámaso Oviedo y Herminia Varón.

“Tampoco aparece por parte alguna que la Figueroa hubiera obtenido autorización, para proceder a la enajenación que se bautizó de transacción, y menos que una vez verificada se hubiera sometido a la aprobación judicial, requisito que su inobservancia sanciona el citado artículo 489, con pena de nulidad”.

Después, refiriéndose a la excepción de ilegitimidad de la personería adjetiva y sustantiva de la demandante, alegada por los demandados, dijo:

“Es verdad que las actas de nacimiento de Omaira y Guadalupe no se allegaron a los autos, pero también lo es que, aquí no se está discutiendo propiamente la filiación de tales personas, sino la nulidad de un contrato, y cuya invalidez la pide, la persona que asumiendo la representación de unos menores, celebró el pacto con violación de todas las normas legales y de equidad. Es decir, que la Figueroa, tiene interés suficiente para pedir la invalidez de lo pactado por ella a nombre de menores”.

A los demandados se les concedió el recurso de casación, que hoy se procede a decidir.

El recurrente, con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, propone los dos cargos que en seguida se compendian:

Cargo primero.—Aquí acusa la sentencia “por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 2º de la Ley 50 de 1936”, y al fundamentar la acusación transcribe lo que reza esa disposición y cita el artículo 1741 del C. C.: expresa que la demandante asumiendo la representación de los cuatro menores mencionados pidió la nulidad absoluta del contrato de transacción; se detiene en indagar qué clase de nulidad afecta ese contrato; si absoluta o relativa, con cuyo fin acude a las pruebas relativas al nacimiento de los menores; expresa que con la demanda se presentaron los certificados que acreditan que Gladys y Bertoldo Figueroa eran impúberes para la fecha del contrato de transac-

ción y que son hijos naturales de la demandante, quien ejerce sobre ellos la patria potestad; que desde ese punto de vista y si en la demanda se hubiera solicitado la declaración de nulidad absoluta del contrato únicamente en cuanto se relaciona con esos dos menores es incuestionable que ella habría estado llamada a prosperar; expresa que al proceso no se trajo el acta o certificado notarial que acredite el nacimiento de Omaira y Guadalupe y permita saber si son impúberes o adultos y si la demandante tiene con respecto a ellos la condición de madre natural; que de allí “se deduce, con claridad meridiana, que el Tribunal infringió el texto del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, anticipándose a juzgar “a priori” la situación jurídica del contrato de transacción cuya nulidad absoluta se pretende, sin elementos de juicio que le sirvieran de basamento para determinar la capacidad o incapacidad absoluta de todas y cada una de las personas en cuyo nombre o representación se creó la litis por parte de la demandante”. Añade que el Tribunal interpretó erróneamente el mismo texto legal citado, al decir que el contrato de transacción está viciado de nulidad absoluta, sin que haya elementos probatorios que establezcan que Omaira y Guadalupe eran impúberes absolutamente incapaces al momento en que se celebró.

Después de expresar la misma tesis, concluye así la alegación:

“Y acontece que, no habiéndose traído al juicio las partidas de nacimiento de Omaira y Guadalupe, el juzgador carece de elementos probatorios de convicción que le den asidero para afirmar si aquellos menores están o no emancipados (numerales 2 y 3 del artículo 314 del C. C.), o si, no estándolo, es ciertamente la demandante su madre natural, y la titular del derecho a ejercer sobre sus hijos la patria potestad.

“Por manera que se apreció erróneamente por el Tribunal la prueba llevada al juicio, siendo así que ella (certificados notariales de nacimiento de los menores Gladys y Bertoldo, sólo sirven para establecer una relación jurídica de consanguinidad entre ellos y la actora, mas nunca podría extenderse acomodativamente y por vía de simple inferencia a servir de prueba para establecer relaciones de consanguinidad hipotéticas entre Lucía Figueroa y los hermanos Guadalupe y Omaira, pues no existen las actas de nacimiento que lo certifiquen. De donde se concluye que el Tribunal infringió “ipso facto” el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, al interpretar como absoluta

una nulidad contractual cuya tipificación no se ha establecido en los autos, por carencia de prueba determinante de la calidad y edad de los representados Guadalupe y Omaira; y al aceptar la personería adjetiva de la demandante, como consecuencia de dicho error”.

Se considera:

Se ha detenido la Sala en hacer un prolijo resumen de las largas exposiciones del recurrente y en copiar las consideraciones de la sentencia, para poder destacar un hecho —anotado por el opositor— que de suyo acarrea la ineficacia de la demanda de casación: el recurrente no acusa —como era imperioso que lo hiciera— la verdadera fundamentación del fallo recurrido y sus cargos, principalmente el primero, los formula en el aire y no dan en el blanco.

En efecto, la nulidad la decreta el sentenciador con aplicación de los artículos 2470 y 489 del Código Civil, que es el que la consagra. En esta última disposición sólo se atiende a la omisión de la autorización y de la aprobación judicial de la transacción para establecer la sanción de la nulidad; ésa es la causa que la determina, y la sanción es la misma, ya sea que los pupilos sean púberes o impúberes. La edad tiene incidencia en la naturaleza de la nulidad cuando el contrato es celebrado directamente por el menor, pues si era impúber en la fecha en que lo celebró, el vicio será de nulidad absoluta, y si era adulto, existirá una nulidad relativa.

Por ningún concepto ni en forma alguna alega el recurrente la violación de las disposiciones en que el fallo expresamente se funda para deducir y declarar la nulidad, pues su acusación la concreta al artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que enseña entre otras cosas que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, pero no establece en qué casos y cuándo un contrato está afectado por ese vicio, y han debido ser las disposiciones que esto último consagran las que se señalaran como quebrantadas, cosa que el acusador no ha cumplido.

Además, el sentenciador afirmó que la Figueroa por la circunstancia de haber celebrado la transacción “a nombre de los menores” “tiene interés suficiente para pedir la invalidez de lo pactado por ella”, con lo cual se atemperó —dentro de su tesis— a lo requerido en el particular por el artículo 2º de la Ley 50 citada, y el recurrente en forma alguna ataca esas consideraciones.

De otro lado, el Tribunal admite que "las actas de nacimiento de Omaira y Guadalupe no se allegaron a los autos" pero dá a entender que ello es innecesario, porque "aquí no se está discutiendo propiamente la filiación de tales personas, sino la nulidad de un contrato" y porque "la invalidez la pide", "la persona que asumiendo la representación" de esos menores lo celebró. Es decir, que, en síntesis, el sentenciador admite que basta el hecho que la Figueroa hubiera contratado en nombre de sus menores hijos, para que tanto la calidad en que lo hizo como la condición de menores de los mismos, tuvieran que aceptarse sin más demostración en una acción como la presente, y el recurrente no acusa tales apreciaciones en forma alguna, pues a ellas no hace referencia siquiera.

De tal suerte que la fundamentación del fallo, por falta de adecuada acusación, queda en pie, pues, la Corte oficiosamente no puede rectificarla, si fuere del caso, y ello determina ineludiblemente la ineficacia del cargo.

Cargo segundo. — Aquí se acusa la sentencia "por infracción directa del artículo 1743 del C. C.", y al fundamentarlo expresa que la nulidad de que habla el artículo 489 ibidem se genera cuandoquiera que se trate de incapaces; que cuando esa incapacidad no está demostrada —como aquí ocurre— no es posible declarar la nulidad; pero que aceptan la hipótesis de que la transacción se operó con violación del artículo 489 citado, la nulidad que este texto consagra es relativa y no absoluta, y que si ello es así, hay que concluir "que por el fallador de segunda instancia se violó directamente el artículo 1743 del C. C. ya que, según él, la nulidad relativa no podía declararse en la forma y términos en que se ha hecho la declaración de la sentencia recurrida, confundiendo lastimosamente el ordenamiento jurídico y las causales de nulidad señaladas en la Ley 50 de 1936 y en el artículo 1743 del C. C."

Se considera:

En este cargo como se ha visto, se acusa la sentencia "por infracción directa del artículo 1743 del C. C."; pero la Sala no comprende cómo es que el fallador haya contrariado lo que en esa norma se dispone, pues no ha dicho que la nulidad de que adolece el contrato es relativa ni

que esa clase de nulidad pueda declararse en condiciones distintas de las que dicha norma prescribe. Y "para que exista violación directa de una disposición legal —ha sostenido la Corte— es necesario que el fallo contenga disposiciones contrarias a ese precepto". (G. J. Tomo XXX, pág. 23).

Si el sentenciador declara una nulidad absoluta, es porque entendió que la pretermisión de lo estatuido en el artículo 489 del C. C., acarrea para la transacción una nulidad de esa índole; entonces es claro que la acusación para que fuera viable debió formularse por violación, entre otros, de ese texto, por interpretación errónea, y que en él encuentra la sentencia su verdadero y exclusivo fundamento. Y es reiterada jurisprudencia de esta Sala la de que 'los cargos operantes en un recurso de casación, no son otros sino aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlos o quebrantarlos. Por eso cuando los cargos hechos por un recurrente no se relacionan con esos fundamentos, son inoperantes'. (Casación, 9 de septiembre de 1944, G. J. número 2010, pág. 563).

Lo dicho es suficiente para no acoger el cargo que se ha 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 siete (7) de septiembre de mil novecientos cincuenta (1950), proferida en el presente asunto por el Tribunal Superior de Ibagué.

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 — Rafael Ruiz Manrique — Emilio Prieto H., Of. Mayor en ppad.

PARA QUE SE DECRETE LA LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD DE HECHO, QUIEN EJERCE ESTA ACCION DEBE PROBAR PLENAMENTE QUE ENTRE LOS SOCIOS HUBO UN PACTO SOCIAL. — AUNQUE LA CORTE, SALVO CONTADOS CASOS, NO PUEDE VARIAR EN CASACION LA APRECIACION QUE EL TRIBUNAL DE INSTANCIA HIZO DE LA PRUEBA INDICIARIA, SI PUEDE COMPROBAR SI EXISTE O NO

1.—Para reconocer la existencia de una sociedad de hecho y decretar su liquidación, es preciso que quien ejercite esta acción, pruebe plenamente que entre los socios hubo un pacto social; que consecuentemente tuvieron el deseo o ánimo de asociarse o de trabajar en compañía en determinado negocio; que uno o más de estos contratantes puso al servicio del mismo un capital, ya sea en dinero o en especies, o la simple industria.

2.—Lo prescrito por el artículo 2081 del C. C. es fundamental en la sociedad y si no se prueba la existencia de los dos elementos consagrados por la citada disposición, no puede sostenerse que exista tal contrato.

3.—La confesión extrajudicial es prueba deficiente e incompleta, y su mayor poder demostrativo se radica exclusivamente en el que el Juez le otorgue; de esta suerte, no puede invocarse el error de derecho cuando se hace consistir en el uso por parte del sentenciador, de una amplia potestad legal cuyo resultado objetivo escapa, por otra parte a cualquier rectificación originada en persona diferente del propio juzgador.

4.—La Corte con razón ha sostenido que el Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba y por lo tanto no puede cambiar su criterio pero sí puede entrar a estudiar si se dio o no la prueba del indicio, o mejor, si esa prueba existe en los autos. Si no existe, la acusación por error de hecho en la apreciación de la misma debe prosperar, lo que es natural especialmente tratándose de la confesión extrajudicial que por su naturaleza es deficiente.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique)

Por medio de apoderado Joaquín Mariño demandó ante el Juez del Circuito de Santa Rosa de Viterbo al señor Luis A. Mariño para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera.—Que entre el señor Joaquín Mariño, mi representado, y el señor Luis A. Mariño, el demandado, como únicos socios, existió una sociedad comercial de HECHO, que se formó con el objeto de explotar el negocio de compra y venta de varios artículos de comercio, y especialmente de pieles de ganado vacuno, lanar y cabrio, de batán, cera de abeja, alpargatas, badanas, vaquetas, etc., etc., sociedad que tuvo su domicilio principal en Floresta y que aún no se ha liquidado.

“Segunda.—Que los socios Joaquín Mariño y Luis A. Mariño, lo fueron capitalistas e industriales a la vez, por iguales partes, debiendo, por lo tanto, corresponder a cada uno de ellos la mitad de los bienes que integran el haber de la mencionada sociedad de hecho.

“Tercera.—Que se ha disuelto o terminado la expresada sociedad de hecho; y que, en consecuencia, debe procederse a su liquidación en forma legal, mediante la facción de inventario y avalúo de los bienes correspondientes, y la citación general o emplazamiento de cuantos se crean con derecho a intervenir en tal liquidación.

“Cuarta.—Que el socio Luis A. Mariño está en la obligación de rendir cuentas a la sociedad de hecho en cuestión, representada en este caso y para este efecto por el socio Joaquín Mariño, de los dineros que manejó, recolectó y llevó a su haber particular, como socio de ella.

"Quinta.—Que el socio Luis A. Mariño debe y está en la obligación de reintegrar a la sociedad de hecho en cuestión la suma de cincuenta y cinco mil pesos (\$ 55.000.00) moneda legal que él recolectó y sustrajo de las operaciones de la sociedad para su beneficio exclusivo, sin haberse liquidado ésta; o la suma que se acredite en el juicio que el socio Luis A. Mariño debe a la citada sociedad, bien en comprobación directa, bien por razón de las cuentas que le corresponden de rendir; y

"Sexta.—Que el demandado debe pagar las costas. Esto siempre que se oponga a que se hagan las declaraciones pedidas anteriormente".

Por hechos básicos de la demanda enumeró los siguientes:

"1º—En el mes de septiembre del año de mil novecientos cuarenta y uno (1941), entre mi poderdante Joaquín Mariño y el señor Luis A. Mariño se formó una sociedad comercial de hecho destinada a la compra y a la venta de varios artículos de comercio, y entre ellos pieles de ganado vacuno, lanar y cabrío, de batán, cera de abeja, alpargatas, badanas y vaquetas, etc., etc.

"2º—La sociedad de hecho se formó aportando el socio Joaquín Mariño la suma de mil pesos (\$ 1.000.00) moneda legal y su trabajo personal, y el socio Luis A. Mariño la suma de mil seiscientos pesos (\$ 1.600.00) moneda legal y su trabajo personal, para iniciar las operaciones de la sociedad.

"3º—Luego cada uno de los socios igualó su aporte, y así el socio Joaquín Mariño aportó a la sociedad igual suma a la aportada por el socio Luis A. Mariño, para desarrollar el negocio de compra y venta de que antes se ha hablado.

"4º—El capital de la sociedad comercial de hecho, alcanzó a subir a más de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) moneda legal, hasta la fecha en que se suspendieron los negocios en virtud de haber retenido el dinero en su totalidad el socio Luis A. Mariño.

"5º—Mi poderdante Joaquín Mariño en ninguna ocasión, pero ni siquiera pasó por su mente (sic), pensó que la sociedad de hecho formada con Luis A. Mariño, se convirtiera para él en una simple dependencia, o sea que entrara a su servicio como empleado. Esto no aconteció, sino que, desde un principio, existió fue una sociedad de hecho formada entre los socios citados, y de ahí las afirmaciones del socio Joaquín Mariño, y la manera como se desarrollaron las operaciones de

la sociedad, con su intervención directa y personal. Existió un convenio tácito, un aporte de capital, el deseo de obtener una ganancia conjunta, el señalamiento del negocio para la explotación de determinados artículos de comercio, la independencia para obrar, en las compras y ventas, de cada uno de los socios, la libertad para manejar los dineros de la sociedad por cada uno de los socios, y en fin la ejecución de todos los actos de que solamente son capaces los socios que son a la vez capitalistas, industriales y libres administradores de los bienes sociales.

"6º—La sociedad tuvo su existencia hasta el mes de noviembre del año de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), época en que el señor Luis A. Mariño recogió, en su totalidad, el dinero de la sociedad de hecho, prevalido de la libre administración, y no entregó ni ha entregado a Joaquín Mariño la parte que le corresponde en dicha sociedad, por aporte y por ganancias o utilidades del negocio.

"7º—Tanto el socio Joaquín Mariño, como el socio Luis A. Mariño eran socios capitalistas, por haber aportado igual suma de dinero para la explotación del negocio antes anotado, y socios industriales, porque ambos tenían libertad para hacer las compras y vender los efectos comprados, con pérdida o ganancia, para la misma sociedad, según las fluctuaciones de los mercados. Efectivamente, uno y otro de los socios, en forma libre, pero con interés de y para la sociedad, compraba y vendía los efectos materia de explotación, administraba, por decirlo así, los bienes de la misma, pues compraba, vendía, volvía a invertir los dineros recibidos, indistintamente por uno, u otro del que hacia las ventas, y así sucesivamente.

"8º—Los artículos materia del negocio de la sociedad de hecho los adquirían los socios mencionados, indistintamente, en las plazas o mercados de La Uvita, Santa Rosa de Viterbo, Floresta, Sogamoso, Belén, Tunja y otras poblaciones de este Departamento (Boyacá), para realizarlos ordinariamente en Bogotá.

"9º—Cada uno de los socios compraba libremente los artículos materia de la explotación, e igualmente los vendía y recibía los dineros consiguientes, muchas veces indistintamente, a la vez que cada uno de ellos podía cancelar créditos o deudas, según el caso, sin la intervención del otro.

"10º—Luis A. Mariño tenía en el Banco de Bogotá, Sucursal o Agencia de Duitama, una cuen-

ta corriente con dineros de la sociedad formada con Joaquín Mariño.

"11°—El señor Luis A. Mariño recibió el valor de las últimas ventas hechas por la sociedad de los artículos de comercio en que negociaba la sociedad. Dicho valor lo guardó el citado socio sin haberlo consultado con su consocio Joaquín Mariño, y sin que le hubiera ni haya entregado la parte que le correspondía, tanto por su aporte como por las utilidades realizadas. En las casas comerciales de Bogotá existen los comprobantes respectivos.

"12°—El centro principal o domicilio principal de los negocios de la sociedad de hecho, fue el Municipio de Floresta, lugar de vecindad de uno y otro de los socios.

"13°—El señor Luis A. Mariño tuvo necesidad de permanecer, por motivos de salud, durante cinco meses, en la Clínica de Santa Clara, de la ciudad de Bogotá, y durante este tiempo el señor Joaquín Mariño administró los bienes de la sociedad solo y sin la intervención del señor Luis A. Mariño.

"14°—A pesar de los esfuerzos que ha hecho mi poderdante, señor Joaquín Mariño, no ha sido posible que el señor Luis A. Mariño le rinda las cuentas correspondientes a la sociedad de hecho formada con él mismo, ni le cancele la mitad del capital aportado a la sociedad, ni la mitad de las ganancias obtenidas durante el tiempo de su desarrollo; y

"15°—El capital que hoy tiene el señor Luis A. Mariño, fue fundado especialmente como consecuencia de los bienes procedentes de la sociedad de hecho formada con el señor Joaquín Mariño".

El demandado contestó el escrito de demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones pedidas, y en cuanto los hechos los negó todos o excepción del 10° y el 13° que aceptó con ciertas reservas. Al mismo tiempo presentó demanda de reconvencción contra el señor Joaquín Mariño Gómez, para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera—Que Joaquín Mariño Gómez es deudor del señor Luis A. Mariño de la suma de ocho mil ciento cuatro pesos (\$ 8.104.00), o de la suma que resulte probada junto con los intereses legales, la cual debe pagar dentro del término que usted señale;

"Segunda.—Que si hace oposición a los fines de esta contrademanda pague las costas resultantes".

Como hechos de la contrademanda dijo que la suma de \$ 8.104.00 proviene de varias partidas

que entregó a Joaquín Mariño directamente y por medio de otras personas, partidas que enumera una a una en la demanda de reconvencción. Que con motivo de la enfermedad que obligó a Luis A. Mariño a recluirse en una clínica de Bogotá, éste comisionó a su hermano Joaquín para que le atendiera sus negocios, quien no correspondió a esta confianza y luego se negó a rendirle cuentas de las operaciones efectuadas durante su enfermedad. Que Luis pagó a Joaquín todos sus salarios y comisiones por los servicios que le prestó mientras fue su agente. Que Luis requirió a Joaquín para que le rindiera cuentas y le devolviera el dinero que le tenía entregado, requerimiento que no atendió.

El apoderado de Joaquín contestó la contrademanda oponiéndose a las declaraciones pedidas y negando los hechos que se enumeran en apoyo de la acción.

Agotado el trámite de la primera instancia el Juez de la causa le puso fin al juicio con la sentencia de fecha 28 de junio de 1948, cuya parte resolutoria dice así:

"1)—DECLARASE que entre los señores Joaquín Mariño y Luis A. Mariño, mayores y de la vecindad de Floresta existió UNA SOCIEDAD DE HECHO para la explotación del negocio de compra y venta, de pieles de ganado vacuno, lanar y cabrío, de batán, cera de abeja, alpargatas, badanas y vaquetas, sociedad que no se ha liquidado;

"2)—Que los mencionados socios lo fueron el primero como industrial y el segundo como capitalista;

"3)—Que la expresada sociedad de hecho se ha disuelto y como consecuencia se debe proceder a su liquidación conforme a la ley;

"4)—El socio Luis A. Mariño está en la obligación de rendir las cuentas de la administración de la sociedad;

"5)—No es el caso de decretar las demás peticiones de la demanda;

"6)—DECLARASE NO probadas las excepciones perentorias propuestas en la contestación de la demanda;

"7)—ABSUELVESE al contrademandado señor Joaquín Mariño de los cargos formulados en la demanda de reconvencción;

"8)—No hay condenación en costas por razón de la demanda y de la contrademanda, y

"9)—Se cita y emplaza a todos los que se crean con derecho a intervenir en la liquidación orde-

nada para lo cual se fijarán los edictos respectivos”.

Apelado este fallo de primera instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de 21 de junio de 1949 despachó la apelación en la siguiente forma:

“**Primero.**—Confirmanse los apartes 1), 2), 3), 5), 7), 8) y 9, de la sentencia apelada.

“**Segundo.**—Confírmase también el aparte 4), de la misma sentencia, pero con la aclaración de que las cuentas que debe rendir el demandado Luis A. Mariño, se contraen a los negocios o a la administración que haya tenido en la sociedad de hecho, en el tiempo comprendido de 1941, exclusive, hasta el mes de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro;

“**Tercero.**—Igualmente confirmase el aparte 6), de la misma sentencia, con la reforma de que es fundada la excepción de petición de modo indebido y antes de tiempo en relación con la petición de la demanda, para que se condene al demandado a pagar a la sociedad la suma de cincuenta y cinco mil pesos (\$ 55.000.00) por los conceptos que se indican;

“**Cuarto.**—No hay costas por la segunda instancia”.

Contra esta sentencia el demandado Luis A. Mariño interpuso recurso de casación, el que entra a estudiar la Sala mediante las consideraciones que en seguida se expresan.

El recurso

Antes de entrar en el estudio del recurso conviene destacar cuáles son las características de las sociedades de hecho, no sólo a la luz de nuestra legislación, sino también a la luz de los expositores de derecho civil y mercantil.

Nuestro Código Civil en su artículo 2079 define la sociedad diciendo: “La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital y otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación.

“La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

Tal definición comprende no sólo las sociedades de carácter puramente civil, sino también las

mercantiles, porque el Código de Comercio no las define especialmente.

En primer término, para que haya sociedad es indispensable el **animus contrahendi societatis**, porque sin él no existe; tratándose de sociedades de carácter colectivo es todavía más indispensable esta circunstancia, ya que en ellas la principal consideración es la confianza recíproca que personalmente se dispensan los socios entre sí, mejor dicho, es el verdadero ánimo de asociarse; en las sociedades anónimas también es indispensable esta circunstancia pero sin tener en cuenta la calidad de las personas, sino únicamente el aporte de capitales, que es la principal característica de esta clase de compañías.

En cuanto a las sociedades regulares, es decir, en relación a las sociedades colectivas, en comandita, anónimas y de responsabilidad limitada, que tienen su reglamentación en la ley, no hay dificultad; ésta se presenta en las sociedades de hecho, o sea en aquellas de que tratan los artículos 2083 del C. C. y 475 del Código de Comercio y la voluntad de los contratantes.

El art. 475 del Código de Comercio califica como de hecho la sociedad regular de comercio que no se perfeccionó con el lleno de las formalidades legales, y ordena a los socios proceder a su liquidación sujetándose a las reglas sobre el cuasi-contrato de comunidad, a fin de evitar posteriores dificultades, con terceros o con los socios entre sí.

En virtud de la libertad de las convenciones pueden celebrarse sociedades de hecho pero no hay ley civil ni mercantil que las reglamente en forma expresa, y siendo así, ellas deben ajustarse, en cuanto a sus elementos primordiales, a lo que dispone el artículo 2079 del C. C., transcrito arriba.

El contrato de sociedad, ya sea de hecho o de derecho, debe reunir ciertos elementos indispensables para que pueda calificarse como tal, a saber: **ánimo de asociarse, aporte y participación en las utilidades.** El primero de tales elementos, o sea la resolución de los contratantes de unir su esfuerzo y capitales para trabajar en común determinada industria o negocio, debe demostrarse plenamente porque, de lo contrario, no puede sostenerse que exista el contrato social; el segundo elemento, o sea el aporte, también debe probarse con plenitud por ser de la esencia misma del contrato, y finalmente, es indispensable, para demostrar la existencia de la sociedad, que los socios tengan participación en las utilidades.

La prueba de estas circunstancias es tan necesaria en la sociedad de hecho como lo sería en la regular colectiva.

La existencia de tales elementos es indispensable según lo afirman los tratadistas de derecho mercantil. Estasen, en su tratado sobre Sociedades Mercantiles, al hablar de sociedades irregularmente formadas, es decir, aquellas que carecen de las formalidades que la ley impone para su existencia, dice: "De lo dicho se infiere que no siempre que hay comunidad de intereses, de bienes, de trabajo, o de aplicación de actividad humana hay sociedad, pues es preciso que haya habido intento, ánimo, consentimiento y conocimiento de constituir sociedad para que ésta se entienda constituida; pero en cambio, siempre que se constituya sociedad hay comunidad de bienes, de interés, o de trabajo".

En resumen, es preciso, para reconocer la existencia de una sociedad de hecho y decretar su liquidación, que quien ejercite esta acción, pruebe plenamente que entre los socios hubo un pacto social; que consecuentemente tuvieron el deseo o ánimo de asociarse o de trabajar en compañía en determinado negocio; que uno o más de estos contratantes puso al servicio del mismo un capital, ya sea en dinero o en especies, o la simple industria. Sin que esta prueba se haya dado en forma plena no puede prosperar una acción como la intentada en el recurso que se estudia.

La sentencia fue acusada así: "Con base en el artículo 520 del C. J., acuso la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, de fecha 21 de julio de 1949, por violación de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea a consecuencia de la apreciación errónea también de las pruebas allegadas al proceso".

CAPITULO II.—Violación de ley sustantiva

Dice el recurrente: "Estableciendo el Código Judicial una íntima concatenación entre la demanda, la contestación y la sentencia, importa dentro de una labor más de síntesis que de análisis, saber qué se demandó, qué contestó el demandado, cuál fue la parte resolutive del fallo, por ser ésta sobre la cual opera el recurso de casación".

"De acuerdo con los autos, el señor Joaquín Mariño, vecino de Floresta y hermano de Luis A. Mariño, demandó a éste para que declarara en primer término, que entre demandante y deman-

dado existió una sociedad de hecho, con el objeto de explotar la compra y venta de diversos artículos de comercio, con fundamento en que ambos hermanos eran 'socios capitalistas e industriales', con un aporte de un mil seiscientos pesos (\$ 1.600.00) cada uno (hechos 2º, 3º, 7º de la demanda).

"En cambio, el demandado negó enfáticamente las afirmaciones del actor, y propuso demanda de reconvencción, por cuanto jamás existió la sociedad de hecho con éste, aceptando sí, que en las operaciones comerciales que en realidad realizaron ambos, Joaquín Mariño actuó como su dependiente o comisionista, recibiendo sumas de dinero que el demandado reclama de aquél, mediante demanda de reconvencción.

"Frente a la litis planteada en esta forma, tanto el Juzgado del conocimiento como el Tribunal, haciendo un estudio sobre sociedades de hecho implícitas o tácitas, desató la controversia reconociendo la existencia de la sociedad de hecho, ordenando su liquidación sobre la base de que Joaquín Mariño era simplemente socio industrial, y el segundo tan sólo socio capitalista, con obligación para éste de rendir cuentas al demandante, ordenando a la vez el emplazamiento y citación de los que se crean con derecho a intervenir en la liquidación, para lo cual se fijaron los edictos respectivos".

Como el segundo capítulo formulado contra la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, tiene íntima relación con el primero, ya que ambos se apoyan en el valor probatorio de las declaraciones de testigos, estima la Sala que puede estudiarlos a la vez. El segundo capítulo de acusación dice:

"Error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas que les llevó a la violación del artículo 697 del Código Judicial y 608 ibidem.

"En consecuencia, del examen realizado sobre los tres puntos que informan este capítulo de acusación, a saber: los testimonios rendidos, la confesión extrajudicial, y las cartas citadas, se desprende que el Tribunal cometió en relación con ellos los siguientes errores de hecho y de derecho:

a) Error de hecho evidente en la estimación que hizo de las declaraciones con las cuales entendió existir la sociedad de hecho entre demandante y demandado, porque sin puntualizar los declarantes, ninguno de ellos la fecha, el día y el sitio y demás circunstancias que hicieran atendible su testimonio, las valoró como elementos

que demostraban plenamente dicha sociedad, dando aplicación indebida y quebrantando en derecho el artículo 697 del Código Judicial que fija las condiciones para que la prueba testifical sea procedente;

b) Error de hecho evidente en la apreciación de la prueba sobre la confesión extrajudicial, porque fue una manifestación oral a **terceros**, en palabras cuyo contenido se desconoce y sin que aparezcan por parte del testigo las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y además, porque el hecho no aparece acreditado en presencia de **dos testigos, que en el mismo día y hora hubieran escuchado la manifestación de los hechos en que el Tribunal pretende fundar esta prueba**, y finalmente, porque las "circunstancias" exigidas por la ley para el mérito de dicha prueba, son diametralmente distintas de las "circunstancias" que tuvo en cuenta el Tribunal, violando en esta forma por aplicación indebida el artículo 608 del C. J., lo mismo que los artículos 1767 del C. C. y 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887;

c) El sentenciador incurrió en manifiesto error de hecho por no haber tenido en cuenta **las cartas que obran** en el cuaderno de pruebas del demandado, puesto que esas cartas fijan la imposibilidad económica del demandante para hacer aportes, y al no reconocerles fuerza legal quebrantó el artículo 1763 del C. C., según el cual los papéles domésticos hacen fe contra el que los ha escrito y firmado, violando al propio tiempo el artículo 645 del C. J. que manda tener por reconocidos los documentos privados que figuran en el juicio, sin haber sido objetados o redargüidos de falso por el que los firmó, y el artículo 1769 ib. Síntesis de estos tres cargos, es la violación por omisión del artículo 1757 del C. C. que impone probar sus obligaciones a quien las alega, por todo lo cual ratifico la acusación a que se refiere el presente capítulo".

Esta es la síntesis que el recurrente hace de la demanda y de las sentencias para apoyar su acusación contra el fallo del Tribunal. Luego viene estudiando los artículos 2079, 2081 y 2083 del C. C. para concluir que tales preceptos son las normas sustantivas que sirven para fijar los factores integrantes del contrato social y al efecto los enumera así:

"1º Constitución de un capital por medio de aportes de todos y cada uno de los socios para formar el capital social o patrimonio colectivo;

"2º Participación de los miembros sociales en los beneficios y en las pérdidas para afrontar el riesgo común;

"3º Voluntad de colaboración activa en que

descansa la mutua estimación de los miembros sociales o sea, la **afectio societatis**; y de una confianza recíproca basada en las condiciones personales de cada socio **intuitu personae**, concepto este último que no opera por excepción en las sociedades anónimas y en las de comandita por acción.

Luego agrega: "La concurrencia de estos elementos es lo que le dá fisonomía propia a toda sociedad, sea de hecho o de derecho, porque la falta de cualquiera de estos elementos haría degenerar el acuerdo de las partes en un contrato de naturaleza distinta".

Puntualizadas estas bases el recurrente hace un estudio del material probatorio y censura la sentencia en relación con el capítulo de probanzas.

Sostiene que no hay ninguna prueba en el expediente que demuestre que los supuestos socios, señores Mariño, hubieran aportado capital o industria para explotar determinado negocio. Dice que si esto es así, el Tribunal violó lo dispuesto en el artículo 2081 del C. C. que dispone: "No hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicios o trabajo apreciables en dinero".

Evidentemente no hay en el expediente ninguna prueba que demuestre que los hermanos Mariño aportaron capital o industria para el negocio de que habla la demanda. Hay un sinnúmero de declaraciones que trajo la parte demandante, en las que se dice que los hermanos Mariño, con independencia el uno del otro, visitaban varias poblaciones de Boyacá, Cundinamarca, Tolima y Caldas, comprando y vendiendo pieles, lana, alpargatas, ganado vacuno, y algunas de estas declaraciones, muy pocas por cierto, afirman que esos negocios los hacían en compañía, sin que den una razón suficiente para respaldar este concepto.

Lo prescrito por el artículo 2081 del C. C. es fundamental en la sociedad y si no se prueba la existencia de los dos elementos consagrados por la citada disposición no puede sostenerse que exista tal contrato.

La primera causal la apoya el recurrente en que el Tribunal dio por probado la existencia de esos dos hechos, es decir, de que hubo aportes y de que se estipuló la manera de repartir utilidades.

En realidad el Tribunal al analizar y apreciar las pruebas dijo: "Que en todas estas operaciones se veía que procedían como socios de una

compañía, pues así lo observaban Horacio y Pedro Alcántara Barrera, Eduardo Mendoza, Silvino Rincón, Alvaro González Rojas, Lucas Romero, Francisco Delgado, Arturo Báez y Arturo Pava y otros”.

Ocho hechos, entre esos el acabado de transcribir, enumera el Tribunal como demostrados en el juicio y que son suficientes, en su concepto, para declarar que entre Joaquín Mariño y Luis A. Mariño, existió una sociedad comercial de hecho desde el año de 1941 hasta el año de 1944; pero si se leen con cuidado todos y cada uno de esos ocho numerales, no se encuentra demostrado que los nombrados Joaquín y Luis A. Mariño hubieran puesto un capital en común y que hubieran fijado la manera como debían distribuirse las utilidades resultantes del negocio. No basta que el testigo afirme que vio funcionar la sociedad; es necesario que el testimonio se refiera a los hechos constitutivos de la compañía, pues de lo contrario su dicho viene a ser **conceptuoso**, circunstancia que le quita valor y fuerza. La sociedad no se prueba sino con los hechos fundamentales que señala el artículo 2081 del C. C. y sólo así podría calificarse de contrato social el que existió entre demandante y demandado desde el año de 1941 hasta el de 1944.

No puede aceptarse que implícita o tácitamente se forme una sociedad si no ocurren los dos hechos primordiales de que se viene hablando. El Tribunal al dar por probada la existencia de la sociedad, sin tener para nada en cuenta lo dispuesto por el artículo 2081 del C. C., violó este precepto. En efecto: el mismo Tribunal después de enumerar ocho hechos que estima como fundamentales y básicos de su sentencia agrega:

“Así las cosas, si ambos negociantes eran personas capaces, si en el desarrollo de las operaciones que realizaron es de presumirse un consentimiento que no está viciado; si los negocios tenían objeto y causa lícitos; si a ellos concurren dos personas; si entre ellos se revela un acuerdo de voluntades; si cada cual aportaba a los negocios lo que compraban y tenían dinero ambos; si en el desarrollo de los negocios tenían una finalidad común; si es de presumirse que el fin perseguido era el de derivar beneficios de estos negocios; y si todo lo anterior revela el ánimo de unir sus actividades en una verdadera sociedad, puede llegarse a la conclusión de que evidentemente entre Joaquín y Luis A. Mariño existió una verdadera sociedad de hecho porque aparecen establecidos los requisitos esenciales para

que exista esta clase de sociedad, según los principios generales de derecho y la doctrina que en desarrollo de ellos ha sentado la H. Corte Suprema de Justicia y que ya es conocida en este fallo”.

La enumeración de hechos que contiene el aparte transcrito no se ajusta exactamente a la verdad, frente a las pruebas, porque en ninguna parte del proceso hay constancia de que los señores Joaquín y Luis A. Mariño hayan puesto un capital en común para explotar determinado negocio, ni tampoco hay prueba alguna de la forma en que hubieran pactado los hermanos Mariño la distribución de beneficios.

El Tribunal no se atrevió a decir que hay prueba de este hecho sino que dice lo siguiente: “**Si es de presumirse que el fin perseguido era el de derivar beneficios de esos negocios**”.

Concretando se tiene: que el Tribunal dejó de aplicar lo dispuesto por el artículo 2081 del C. C. incurriendo en error de hecho en la apreciación de las pruebas, y aplicó indebidamente el artículo 2079 del C. C., porque calificó de sociedad un negocio que carece de las características señaladas por este precepto.

El Tribunal no sólo apoya su fallo en las declaraciones que transcribe en su mayor parte en el cuerpo de la sentencia, sino que lo sustenta en lo que él llama confesión extrajudicial, que fundamenta en el dicho de Eduardo Mendoza, Silvino Rincón, Gonzalo Botero Velásquez, Horacio Barrera, Pedro Alcántara Barrera y Elpidio Maldonado. Al respecto dice:

“Sobre esta prueba de indicios, cabe la presunción muy aceptable de que para iniciar y desarrollar los negocios comerciales entre los hermanos Joaquín y Luis A. Mariño hubo consentimiento o al menos se hizo evidente al través del tiempo en que estuvieron negociando ambos, porque no otra cosa revelan los hechos mencionados y que tienen plena demostración en el expediente, aparte de que sobre la existencia de la sociedad hay una confesión extrajudicial hecha por ambos, mayormente por Luis A. Mariño, según se vio, como que ambos manifestaron existir entre ellos esa vinculación jurídica y la confesión extrajudicial que consiste en la manifestación que se hace por escrito o de viva voz, sobre la existencia de un hecho, si bien constituye una prueba deficiente o incompleta, puede llegar a la categoría de plena prueba, según las circunstancias en que se hagan y si de ella no queda

duda sobre el hecho confesado, pues así lo dice el artículo 608 del C. J."

La prueba de confesión extrajudicial ha sido estudiada por la Corte en repetidas ocasiones llegando a la conclusión de que tratándose de simples indicios o de una prueba incompleta el Tribunal es soberano en su apreciación. Al efecto, en sentencia de 14 de agosto de 1941 sentó la siguiente doctrina:

"El artículo 608 del C. J. establece como principio que la confesión extrajudicial es prueba deficiente o incompleta y que su fuerza es mayor o menor según la naturaleza del hecho confesado y las circunstancias que rodean la confesión. Y agrega: Puede ésta tener mérito de plena prueba si a juicio del juez no queda duda alguna acerca de la confesión misma".

"La decisión relativa a si está probada la existencia de la confesión extrajudicial o, como dice la ley, si ella es indudable, le corresponde pues al juzgador de instancia. Y si del análisis que haga en determinado caso llega a concluir que no queda duda alguna acerca de la confesión misma, puede tener ésta mérito de plena prueba. No porque sea indudable para el juez la existencia de la confesión extrajudicial estará obligado a asignarle necesariamente el valor de plena prueba, pero sí puede optar por ese extremo según la naturaleza y circunstancias que la rodeen, como dice la ley".

En otra sentencia, la de fecha 10 de junio de 1948, dictada en la Sala de Casación Civil, se sostuvo lo siguiente:

"La confesión extrajudicial es prueba deficiente e incompleta, y su mayor o menor poder demostrativo se radica exclusivamente en el que el juez le otorgue; de esta suerte, no puede invocarse el error de derecho cuando se hace consistir en el uso por parte del sentenciador, de una amplia potestad legal cuyo resultado objetivo escapa, por otra parte a cualquier rectificación originada en persona diferente del propio juzgador".

Se tiene, pues, que la Corte con razón ha sostenido que el Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba y por lo tanto no puede cambiar su criterio, pero sí puede entrar a estudiar si se dio o no la prueba del indicio, o mejor, si esa prueba existe en los autos. Si no existe, la acusación por error de hecho en la apreciación de la misma debe prosperar, lo que es natural especialmente tratándose de la confesión extrajudicial que por su naturaleza es deficiente.

Expuesto lo anterior, es preciso averiguar si

los hechos que el Tribunal dá por probados lo están evidentemente en el proceso, porque si no lo están, existe el error de hecho en la apreciación de la prueba. El artículo 699 del Código Judicial manda que para que las declaraciones sobre palabras tengan fuerza probatoria, es preciso que se haga ante dos testigos que concordando en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, depongan sobre las palabras que oyeron decir al supuesto confesante; sin esta demostración no puede decirse que exista la confesión extrajudicial.

El Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, como puede verse del aparte que se transcribió arriba, dá por probado que Eduardo Mendoza, Silvino Rincón, Gonzalo Botero Velásquez, Horacio Barrera, Pedro Alcántara Barrera y Elpidio Maldonado, en sus^o declaraciones dicen que oyeron a demandante y demandado afirmar que tenían sociedad, pero ninguno de ellos, como puede verse de sus exposiciones, ha declarado en la forma que exige el artículo 699 del C. J., y mucho menos que dos de esos testigos hayan oído en cada ocasión a los hermanos Mariño decir que sus negocios eran en compañía. Todos afirman el hecho sin decir las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que oyeron tal declaración; por consiguiente, debe concluirse que no se llevó la prueba de confesión extrajudicial que el Tribunal estima existente en los autos.

Al darle el Tribunal fuerza probatoria a las declaraciones de las personas últimamente nombradas, para apoyar su sentencia, violó el artículo 608 del C. J., y consecuentemente el 699 de la misma obra, por cuanto dá por demostrado el hecho de la confesión que dice hicieron Joaquín y Luis A. Mariño en presencia de testigos cuyas deposiciones no están en armonía con los preceptos legales acabados de citar. Es por tanto fundado este cargo y así se declara.

Resta estudiar únicamente el valor probatorio de las cartas originales que al debate trajo el demandado Luis A. Mariño y que están suscritas por el demandante.

Las dos primeras, o sea las de fechas 10 y 23 de julio de 1941, no se refieren a ninguno de los hechos controvertidos, apenas sirven para demostrar que Joaquín en esa época tenía una situación económica precaria. Tal vez podría servir como antecedente para demostrar que el nombrado señor no estaba en capacidad de formar sociedad con aporte de capital. La última de las cartas, la de fecha 17 de septiembre de 1942, que

contiene una información de los negocios que el demandante en esa ocasión celebró en Bogotá, lejos de demostrar la existencia de la sociedad entre el firmante de la carta y el destinatario, se ve que aquél informaba a su patrón de los negocios que a su nombre estaba ejecutando; mejor dicho, por medio de esa carta es más atendible la declaración del demandado de que entre él y su hermano no existió sociedad o compañía, sino simplemente un contrato de prestación de servicios.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 538 del C. J., la Sala encuentra que no es el caso de entrar a estudiar las otras causales alegadas contra el fallo.

Con lo hasta aquí dicho, queda demostrado que la sentencia debe casarse y que los cargos formulados contra ella por el recurrente son fundados. Resta examinar la demanda de reconvencción, porque casada la sentencia tiene la Corte que entrar a fallar en instancia.

Estudiada así la demanda principal sólo queda pendiente lo relacionado con la demanda de reconvencción, demanda que fue negada tanto por el juez de primera instancia como por el Tribunal; mejor dicho, las pretensiones del señor Luis A. Mariño fueron desechadas. El estudio de este caso

no fue presentado en casación, y por tanto, en esa parte la Corte no tiene jurisdicción.

Lo hasta aquí dicho es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASE PARCIALMENTE** la sentencia de fecha veintiuno de julio de 1949, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, y revocando en parte la de primera instancia, **RESUELVE:**

ABSUELVESE al demandado Luis A. Mariño de los cargos formulados en la demanda.

En cuanto a la contrademanda queda en firme lo resuelto por el Juez de primera instancia en el numeral 7) de la parte resolutive del fallo.

Sin costas.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Rafael Ruiz Manrique — Hernando Lizarralde, Secretario.

LA CONFESION DE UNO DE LOS DEMANDADOS NO PERJUDICA A LOS CODEMANDADOS. — LA ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS NO DETERMINA POR SI SOLA LA INVALIDACION DEL FALLO RECURRIDO EN CASACION. — DIFERENCIAS ENTRE EL ERROR DE DERECHO Y EL ERROR DE HECHO

1.—El cargo por error de derecho tendría alguna base si el Tribunal hubiera dado a las declaraciones un valor distinto del que la ley les atribuye; pero el sentenciador guardó silencio sobre las mismas, apenas las mencionó en forma general, sin puntualizar los hechos a que cada testigo se refiere, y sin establecer, según las reglas dadas por el artículo 702 del C. J., cuáles tienen mayor mérito probatorio, ya que los testigos de cada parte deponen en favor de las pretensiones de quien los llamó a declarar. El silencio de la sentencia sobre las pruebas podría servir de base para demostrar un error de hecho por falta de apreciación de las mismas, que conduciría necesariamente a la violación de ley sustantiva, acusación que no se le hizo a la sentencia.

2.—Muchas veces ha repetido ya la Corte que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí sola causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva, que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia.

La simple contraposición de la manera como el recurrente en el sitio del juzgador habría apreciado el material de decisión, no basta para poner de relieve un error evidente de hecho.

3.—La confesión de un demandado no perjudica a los codemandados.

4.—Quien se acoja a la disposición del inciso 2º, del artículo 739 del C. C., debe demostrar, previamente, que es propietario de las mejoras, y una vez dada esta prueba,

la ley le dá un derecho de retención sobre el predio, hasta tanto el propietario no le pague el valor de lo gastado; mejor dicho, se concede al propietario de las mejoras un derecho de retención y una acción personal contra el dueño del terreno para que le pague lo invertido en la finca.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique)

Los señores Jaime, Gustavo y Saúl Nieto Toro, por medio de apoderado, ante el Juez del Circuito de Sevilla (V.) y mediante los trámites de un juicio ordinario pidieron que con audiencia de Dolores Toro, Esneda María, Leonor y Beatriz Nieto Toro y Ana María Ruiz, se hicieran las siguientes declaraciones:

“a) Que mis representados, Jaime, Gustavo y Saúl Nieto Toro, son dueños exclusivos de las mejoras, existentes dentro del lote determinado en el punto primero de esta demanda;

“b) Que las mejoras en referencia, fueron indebidamente incluídas en los inventarios y avalúo de la sucesión de Pedro Antonio Nieto Cardona, y por tanto se excluyen:

“c) Los demandados en este juicio, ya mencionados, no tienen y menos la sucesión de Pedro Antonio Nieto Cardona, ni la sociedad conyugal, ningún derecho, sobre las mejoras antes descritas y como la inclusión se hizo a sabiendas, es decir de manera dolosa, de que las mejoras pertenecían a terceros poseedores, se condene a los demandados al pago de los perjuicios y a las costas de este juicio”.

La demanda fue contestada por el apoderado de Dolores Toro de Nieto, quien convino en los hechos y en el derecho. El apoderado de Beatriz y Leonor Nieto, doctor Gabriel Vallejo Palomino, contestó el traslado oponiéndose a que se hi-

cieran las declaraciones pedidas y negando en forma rotunda, todos y cada uno de los hechos. Notificada la demanda a Ana María Ruiz, manifestó que su derecho le pertenecía en la fecha de la notificación, al señor Alfonso Arroyave. Este, sin ser citado al juicio, dio poder para que contestara la demanda en su nombre, al mismo doctor Vallejo Palomino, la que contestó negando los dos primeros hechos, conviniendo en el 3º y en el 4º y oponiéndose a las declaraciones pedidas.

La demandada Esneda Nieto Toro fue notificada, pero no contestó el traslado ni confirió poder para que la representaran en el juicio.

Abierto a prueba en la primera instancia, la parte demandante y la demandada presentaron como prueba principal, declaraciones de testigos que el Juez estudió cuidadosamente al dictar su sentencia, pero en cambio el Tribunal, como se dirá adelante, se abstuvo de hacerlo. También trajo la parte demandante algunas copias de sentencias y en la segunda instancia los demandantes hicieron practicar una inspección ocular sobre los terrenos donde se encuentran las mejoras que reclaman como propias. El Juez del Circuito de Sevilla, después de hacer un estudio cuidadoso de las pruebas traídas al proceso, llegó a la conclusión de que los demandantes eran dueños de las mejoras existentes dentro del terreno alinderado en el hecho 1º de la demanda, y negó, por falta de prueba, las demás peticiones.

Apelada la sentencia subió al Tribunal de Buga, donde el juicio tuvo su trámite correspondiente que concluyó con la sentencia de 28 de julio de 1949, mediante la cual, revocó la del Juez en lo que hace a la primera petición, y la confirmó en lo demás; es decir, se negaron todas y cada una de las peticiones de la demanda. El Tribunal dijo:

"Por las razones expuestas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia de 20 de septiembre de 1948, en cuanto hace declaraciones de dominio y la confirma en lo demás".

Contra este fallo se interpuso recurso de casación y agotado como está el procedimiento, se pasa a resolver lo que sea del caso, mediante las consideraciones que en seguida se expresan.

El Tribunal sentenciador en el fallo recurrido, hizo un estudio superficial del material probatorio, abundante por cierto, especialmente en materia de declaraciones de testigos. Las considera-

ciones que sustentan la sentencia son de orden moral que por sí solas no son suficientes para apoyar una resolución judicial. Da la circunstancia que la parte resolutive del fallo es inmodificable porque como se dirá adelante, los actores no probaron el derecho que reclaman.

El análisis que el Tribunal hace de las pruebas traídas al proceso está sintetizado en los siguientes apartes:

"En esta segunda instancia ambas partes acudieron a mejorar la prueba, inquiriendo al Tribunal la práctica de varias de ellas, a saber, de la parte actora vino la práctica de una inspección ocular en el lote en donde se encuentran las mejoras de los señores Nieto, según así lo dicen los peritos y los funcionarios que la practicaron.

"En esta inspección ocular no se deduce una identidad perfecta del lote discutido y se observa la ausencia de los inventarios y las constancias de la sucesión del señor Pedro A. Nieto, a que hizo referencia el Juez de primera instancia.

"Por parte de las demandadas se trajo un número bastante considerable de testimonios sobre el fomento de las mejoras en el lote a que se ha hecho referencia en la demanda por parte del señor Pedro Antonio Nieto y arrojan indicios sobre la cooperación de sus hijos especialmente de Saúl, en el levantamiento de las mejoras.

"No hay que perder de vista tampoco, que este gran número de declarantes afirman la ausencia por esos contornos de Gustavo y Jaime Nieto (ausencia de la finca y su permanencia en Roncesvalles, Tolima). Dicen también que eran buenos hijos y que Saúl llevaba la batuta, porque su papá se mantenía en la casa, sin expresar si esa estadía era enfermo, agotado por la vejez, o trabajando, ya que dicen haber sido el señor Pedro Antonio Nieto el que fomentó los cultivos y los pastos allí existentes".

Tal es el análisis que hace la sentencia acusada sobre el material probatorio. La única prueba que cita en forma concreta es la inspección ocular, pero no menciona como debiera haberlo hecho, todas y cada una de las declaraciones recibidas en el curso del juicio. El Tribunal negó en general el derecho de los demandantes, haciendo una referencia muy superficial de las pruebas, pues apenas las mencionó como acaba de verse.

El recurrente dice: "Acuso la sentencia recurrida por las siguientes causales:

"I.—Violación de ley sustantiva por error de derecho que consta evidentemente en los autos y

que consiste en la indebida apreciación de unas pruebas.

"II.—Violación de ley sustantiva por interpretación errónea y aplicación indebida".

- I -

"La sentencia recurrida es violatoria de ley sustantiva por error de derecho que consta ostensiblemente en los autos y que consiste en la apreciación errónea de unas pruebas.

"Primer motivo.—Un análisis imparcial y sereno de los testimonios que obran en los autos, lleva necesariamente a la conclusión de que no todos son contradictorios, sino más bien que la casi totalidad de ellos concurren a demostrar plenamente la realidad objetiva de los hechos".

La Sala pasa a estudiar a la luz del artículo 520 del C. J., los cargos formulados contra la sentencia. En primer término, debe saberse si la acusación que contiene el primer cargo está justificada.

Se acusa la sentencia de ser violatoria de ley sustantiva por indebida apreciación de las pruebas, pero no se citan las disposiciones violadas, como debiera haberlo hecho para que la Corte pudiera estudiar esta causal.

El cargo tendría alguna base si el Tribunal hubiera dado a las declaraciones un valor distinto del que la ley les atribuye; pero el sentenciador guardó silencio sobre las mismas, apenas las mencionó en forma general, sin puntualizar los hechos a que cada testigo se refiere, y sin establecer, según las reglas dadas por el artículo 702 del C. J., cuáles tienen mayor mérito probatorio, ya que los testigos de cada parte deponen en favor de las pretensiones de quien los llamó a declarar. El silencio de la sentencia sobre las pruebas podría servir de base para demostrar un error de hecho por falta de apreciación de las mismas, que conduciría necesariamente a la violación de ley sustantiva, acusación que no se le hizo a la sentencia.

En casación de 1º de septiembre de 1949 dijo la Corte:

"Muchas veces ha repetido ya la Corte que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí sola causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe

hacer la Corte la confrontación de la sentencia.

"La simple contraposición de la manera como el recurrente en el sitio del juzgador habría apreciado el material de decisión, no basta para poner de relieve un error evidente de hecho".

Lo anterior es suficiente para declarar que no prospera el cargo que contiene el primer motivo.

El segundo motivo lo hace consistir en que el sentenciador sin ser necesario, anotó la falta de las copias de la diligencia de inventario y avalúos de los bienes dejados por Pedro Antonio Nieto según puede verse del siguiente aparte de la sentencia que transcribe la demanda de casación:

"...se observa la ausencia de los inventarios y las constancias de la sucesión del señor Pedro Antonio Nieto, a que hizo referencia el Juez de la primera instancia" (f. 43 in fine, c. Nº 1)".

El recurrente dice al respecto:

"Es verdad que no se trajo al expediente copia del acta de inventarios de la sucesión de Pedro A. Nieto, pero todos los demandados confiesan en su respuesta a la demanda que originó el juicio a que vengo refiriéndome, que las mejoras cuestionadas sí fueron incluidas en tales inventarios, por haber pertenecido exclusivamente al causante Pedro Antonio Nieto. Es un hecho tan sencillo y de ocurrencia tan frecuente la inclusión de bienes ajenos en un inventario sucesoral, que la ley en parte alguna exige la prueba solemne de la copia de la respectiva acta de inventarios para dar por acreditado legalmente ese hecho, y para que pueda decretarse la exclusión de un bien ajeno comprendido en ellos".

Continúa el recurrente:

"Acuso desde este punto de vista la sentencia recurrida por error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial sobre inclusión del bien controvertido en los inventarios de la sucesión de Pedro Antonio Nieto, pero si la Corte estimara que más bien incurrieron el Tribunal fallador y el Juez a quo en error de hecho que consta evidentemente en los autos, por no haber apreciado la prueba de confesión judicial en la contestación de la demanda relativa a la inclusión ameritada, entonces las acuso por violación de ley sustantiva consistente en el error de hecho de no haber apreciado la referida prueba".

La demanda se instauró contra Dolores Toro, Esneda María, Leonor y Beatriz Nieto Toro, y Ana María Ruiz, como subrogataria de Pedro Antonio Nieto Toro. La notificación de la misma se hizo a todas las personas señaladas como repre-

sentantes de la sucesión del señor Pedro A. Nieto; pero de todos los demandados sólo se apersonaron en el juicio por medio de apoderado, Dolores Toro de Nieto, que fue representada por el doctor Luis Eduardo Arboleda; Beatriz Nieto y Leonor Nieto, que fueron representadas por el doctor Gabriel Vallejo Palomino, pero no se hicieron representar Esneda María Nieto Toro y Ana María Ruiz. Esta última al notificársele la demanda declaró que su derecho lo había transmitido al señor Alfonso Arroyave M. El señor Arroyave confirió poder al mismo doctor Vallejo Palomino.

El apoderado Arboleda contestó la demanda conviniendo en los hechos y en el derecho y el apoderado Vallejo Palomino, hablando en nombre de Beatriz y Leonor Nieto Toro, en memorial que corre en el folio 14 del cuaderno principal, y con fecha 19 de abril, contestó la demanda negando los hechos en que se apoya y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones pedidas.

No contestaron la demanda, como ya se dijo, la señora Esneda Nieto Toro, ni la señora Ana María Ruiz.

Por tanto, no es verdad como lo afirma el recurrente, que todos los demandados confesaron ser ciertos los hechos 3º y 4º de la demanda, ya que Vallejo Palomino al contestar a nombre de Leonor y Beatriz Nieto, los negó en forma rotunda, y los otros dos demandados no contestaron; la única que aceptó los hechos y el derecho fue la señora Dolores Toro de Nieto. La confesión de ésta no perjudica a los codemandados.

No existe pues, la confesión judicial que invoca el recurrente sobre la inclusión de las mejoras, de que trata la parte petitoria de la demanda, en el juicio de sucesión del señor Pedro Antonio Nieto. Consecuencialmente la sentencia no es violatoria de los preceptos legales sobre la supuesta confesión judicial, como se pasa a demostrar.

Invoca como violados, por interpretación errónea y falta de aplicación, el inciso 2º del artículo 739 del C. C., y 1º de la ley 200 de 1930. La cita de esta última ley debe ser equivocada, ya que en el año de 1930 no expidió el Congreso sino 85 leyes; posiblemente quiso referirse a la Ley de Tierras, que es la 200 de 1936.

La violación del primer texto legal citado, o sea el inciso 2º del artículo 739, no existe. Este precepto dispone:

“Si se ha edificado, plantado o sembrado a cien-

cia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado para recobrarlo a pagar el valor del edificio, plantación o sementera”.

Supone el Código Civil en el artículo transcrito, que hay una persona distinta de la propietaria del terreno, que a ciencia y paciencia de ésta, ocupó el predio poniendo plantaciones, sementeras y edificios; mejor dicho, quien se acoja a esta disposición debe demostrar, previamente, que es propietaria de las mejoras, y una vez dada esta prueba, la ley le dá un derecho de retención sobre el predio, hasta tanto el propietario no le pague el valor de lo gastado; mejor dicho, se concede al propietario de las mejoras un derecho de retención y una acción personal contra el dueño del terreno para que le pague lo invertido en la finca.

En el caso de autos, ya se demostró, que los actores no lograron probar que ellos fueron dueños de las mejoras existentes en el predio de “La Argentina”; por el contrario, hay un número de declaraciones superiores al que trajeron los demandantes, con las que se acredita que el señor Pedro Antonio Nieto fue quien sembró y plantó las mejoras en referencia; por tanto, no puede considerarse como violado el inciso 2º del artículo 739 del C. C., toda vez que quienes alegan ese derecho no lograron probarlo.

La acusación por este segundo cargo tampoco está demostrada, porque las disposiciones que cita como violadas son improcedentes. El Tribunal no apoyó en ellas su fallo y no tienen aplicación al caso del pleito.

Tercer motivo.—Se acusa la sentencia de violar ley sustantiva por interpretación errónea y aplicación indebida, o sea, la primera causal de las que enumera el artículo 520 del C. J.

El recurrente expone así:

“Para llegar a la conclusión errónea de que está debidamente acreditado en los autos que las mejoras cuestionadas son de propiedad de Pedro Antonio Nieto, como se vio del párrafo transcrito de la causal anterior, el Tribunal fallador se expresa así:

“Si los hijos demandantes vinieron con su padre al sitio de ‘Sinaí’, teniendo menos de 21 años, surge la natural obligación de ellos de ayudar al padre a la formación del patrimonio familiar, que sirve para su común existencia o para que al morir sea repartido ese patrimonio entre todos sus hijos y su esposa. En estas condiciones un buen hijo que ha ayudado a su padre a crear riquezas, y éste fallece, ¿cómo va a aceptar que él sea el

único dueño, existiendo su madre y otros hermanos quizá más necesitados que ellos?”.

Continúa el recurrente estudiando la sentencia como puede verse de los siguientes apartes:

“Es muy común no sólo en el vulgo sino aún en personas ilustradas, confundir el patrimonio con el peculio, que es cosa muy distinta de aquél.

“El patrimonio es el conjunto de bienes apreciables en dinero, que tiene un individuo habida cuenta de sus obligaciones, es decir, que él está constituido por los derechos reales, personales o créditos que le pertenecen a una persona, y por eso, comprende la totalidad de los bienes de una persona natural o jurídica, habida cuenta de sus obligaciones.

“En cambio, el peculio está formado por un conjunto de bienes sometidos a un régimen legal especial”.

El autor del recurso quiere hacerle decir a la sentencia del Tribunal lo que no dijo, porque el párrafo transcrito antes, sólo contiene un concepto sobre lo que debe ser la familia; la ayuda mutua que deben prestarse el padre y los hijos, pero no viene a establecer la confusión que plantea sobre los conceptos “peculio” y “patrimonio”.

El Código Civil reglamenta en sus artículos 291 a 294, los diferentes peculios o bienes del hijo de familia, y en el inciso 2º del artículo 291, establece que éste, es decir, el menor de edad, que no ha tenido la habilitación correspondiente, puede adquirir bienes en el ejercicio de un empleo de una profesión liberal, de una industria o de cualquier otro oficio mecánico y tener la libre administración y disposición de los mismos, sin intervención de su padre o representante legal. Y para ese efecto de la administración y disposición de esta clase de bienes adquiridos por el menor se considera al hijo como emancipado o habilitado de edad, según lo dispuesto por el artículo 294 del C. C.

Estos dos textos legales estima el recurrente, que fueron violados en la sentencia, pero la Sala no ve cómo y por qué fueron violados. El Tribunal no habló de peculio sino que dio un concepto sobre lo que debe ser el apoyo recíproco que en la familia se dispensan los padres con los hijos, y apellidó de patrimonio familiar el que el jefe del hogar tiene sobre determinados bienes, sin que pueda pensarse que quiso hablar del peculio profesional o industrial de los hijos. Tanto es así, que el siguiente aparte de la sentencia lo demuestra sin lugar a duda:

“No es posible aceptar dentro del campo de la moral que un hijo pague a sus padres la crianza,

sus desvelos y cuidados de toda una vida arrebatándole a uno de ellos el pequeño haber que le coresponde al morir su consorte. Pero fuera de estas imprecaciones de orden moral, también la ley exige muchas comprobaciones para evitar esta posible ocurrencia”.

El Tribunal nunca pensó en la aplicación de los artículos 291 y 294 del C. C. y menos en lo dispuesto por los artículos 1 a 5 de la ley 91 de 1936, que acusa el recurrente como violados.

La ley 91 de 1936 invocada, establece el patrimonio familiar sobre los bienes adquiridos en los casos que el mismo precepto contempla, pero este patrimonio familiar se establece es para poner los bienes de que allí se trata al abrigo de las acciones que los acreedores de los miembros de la familia puedan ejercitar sobre los mismos; es decir, se quiere evitar la acción persecutoria establecida por el artículo 2488 del C. C.

El recurrente termina su demanda de casación diciendo: “No se acreditó el derecho de dominio que Pedro Antonio Nieto tuviera sobre el inmueble de ‘La Argentina’, donde se hallan las mejoras, luego lo más acertado es suponer que fueron hechas sobre terrenos baldíos de propiedad del Estado, como lo aseveran con juramento un gran número de testigos”.

Es verdad que no se trajo prueba del derecho de dominio que tuviera Pedro Antonio Nieto sobre la finca de “La Argentina”, pero no era necesario desde luego que no se demandó el derecho de dominio sobre el terreno. Además los demandantes reconocen a Nieto o a su sucesión derechos sobre el predio, únicamente le disputan las mejoras que reclaman como propias.

De lo dicho resulta improcedente el cargo que se estudia.

Lo hasta aquí dicho es bastante para que 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 CASE la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

Costas a cargo del recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Rafael Ruiz Manrique — Hernando Lizarralde, Secretario.

LA FALTA DE PERSONERÍA SUSTANTIVA NO PUEDE SER MATERIA DE LA CAUSAL SEXTA DE CASACION.—PRUEBA TESTIMONIAL.—RATIFICACION DE DECLARACIONES RENDIDAS EXTRAJUICIO

1.—La falta de personería reclamable en casación, bajo el patrocinio de la causal 6ª del artículo 520 del C. J., consiste en reconocer a alguna de las partes, o a sus representantes, una personería de que carecen, y no en que el Tribunal sentenciador estime que el actor no tiene la capacidad necesaria para comparecer en juicio, aunque con esa estimación infrinja la ley o incurra en error. Esta infracción no puede ser objeto del recurso por quebrantamiento de forma, en el que se aspira a la nulidad de lo actuado, y porque aquélla constituye un problema ajeno a la forma del procedimiento y entraña una cuestión que afecta directamente a la acción ejercitada, ya que la representación en estos eventos envuelve la calidad misma con que se reclama el derecho o pretende deducírsele al demandado, cuestión de fondo que corresponde decidir en la sentencia definitiva.

2.—El artículo 693 del C. J., es la única disposición que existe como reguladora de las normas que deben emplearse para aducir y recibir como pruebas las declaraciones que han sido rendidas extrajudicialmente. Tales exigencias son las de que la ratificación se haya solicitado y decretado durante el respectivo término probatorio, con el fin de darle oportunidad a la contraparte de contradecir la prueba o de contrainterrogar a los testigos.

De acuerdo con el estatuto procesal vigente, como en el antiguo, no es más la exigencia para admitirse como prueba, los testimonios rendidos extrajudio, de donde se deduce que la facultad para los jueces de escoger la forma como deba recibirse y extenderse la diligencia de ratificación, es perfectamente discrecional. No es, pues, admisible la afirmación del Tribunal de Santa Marta, consignada en la sentencia recurrida, en el sentido de que para la validez de la ratificación del testimonio producido ex-

trajuicio, sea esencial el lleno de las mismas exigencias que impone la ley para la declaración original, y que además deba reproducirse la exposición primitiva punto por punto. En este evento, basta que después que se haya leído la declaración se manifieste que se ratifica, que se está de acuerdo con ella, y que la diligencia aparezca firmada por el Juez, el testigo y por el Secretario; y que si el testigo no está, en todo o en parte, de acuerdo con la declaración extrajudio, así se exprese y se haga constar en la diligencia.

3.—Con el fin de que el testimonio sea, en lo posible, responsivo, exacto y completo, el Juez debe preguntar al declarante, sin detalles minuciosos, sobre lo que conduzca a esclarecer y completar su exposición y a investigar el fundamento en que basa el conocimiento de los hechos que afirma. (Artículos 687, 688 del C. J.), para lo cual, como es obvio, habrá que ubicarlos en el tiempo, expresando la época de su ocurrencia; en el espacio, determinando el sitio del acaecimiento, y describiendo, además, el modo como ocurrieron o tuvieron cumplimiento esos hechos. Esto, porque, naturalmente no debe perderse de vista que las circunstancias de tiempo, modo y lugar que singularizan los hechos, inciden de distinta manera y tienen una mayor o menor importancia en la investigación de la fuente y pureza del conocimiento, según la naturaleza de los hechos afirmados.

(Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril diez de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

La señora Elena Múñive, en representación de

su menor hija Ana María Múnive, y por medio de apoderado, requirió del Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta, con audiencia de las señoras Ana María Castrillón y Rosa G. vda. de Correa, como representantes de la sucesión de Rodrigo A. Correa, fallecido en Fundación, las siguientes declaraciones:

"a) Que la menor Ana María Múnive, nacida en esta ciudad el día trece (13) de abril del presente año (1946) es hija natural de Rodrigo A. Correa.

"b) Que la menor Ana María Múnive tiene derecho a suceder, en su calidad de hija natural, a Rodrigo A. Correa y a que se le adjudique en la sucesión de éste la cuota de bienes que le corresponda según la ley".

Como fundamentos de hecho se dan en la demanda:

Rodrigo A. Correa hizo vida marital con Elena Múnive desde mayo de 1945 hasta la muerte de aquél, ocurrida el 16 de octubre del mismo año; que de estas relaciones sexuales estables la Múnive concibió a Ana María Múnive, quien nació el 13 de abril de 1946, en Santa Marta, y Correa atendió a la subsistencia de Elena durante el tiempo de esas relaciones sexuales.

La madre de Rodrigo A. Correa, señora Ana María Castrillón, tenía conocimiento de la vida marital que hacía su hijo con Elena Múnive y que de esa unión nació la menor Ana María Múnive.

Rodrigo A. Correa falleció en Fundación en octubre de 1945, y en uno de los Juzgados del Circuito de Ciénaga, cursa el respectivo juicio de sucesión, en donde han sido reconocidos como herederos Ana María Castrillón y Rosa G. de Correa.

La menor Ana María, como hija natural del *de cuius* Rodrigo A. Correa es heredera y tiene derecho a intervenir en dicho juicio y a que se le reconozca la cuota herencial que le asigna la ley.

Se invocaron como fundamentos de derecho los artículos 1º, 4º (ordinal 4), 12º, 18º y 19º de la ley 45 de 1936; 404 y 1387 del C. C.; 152 (numeral 15), 736, 737 y siguientes del C. J.

La demanda fue contestada sólo por Rosa G. viuda de Correa, quien negó la mayoría de los hechos y aceptó el 5º y el 6º y se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas.

El Juez Civil del Circuito de Santa Marta, en fallo de 11 de junio de 1948, negó las declaraciones solicitadas en la demanda, y, de esta decisión apeló la demandante. El Tribunal Superior de

Santa Marta puso fin a la segunda instancia con su fallo de 19 de junio de 1950, confirmatorio del de primer grado.

Como razones de aquella confirmación, y que han sido motivo de ataques en el recurso de casación que se estudia, adujo el Tribunal:

Que la demandante invocó la causal del numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, y que para establecerlo había acompañado las declaraciones de José María Robles, María de los S. Pana y Angelina Suárez.

Califica el sentenciador de testimonios de nudo hecho esas declaraciones, y las reproduce en la sentencia, para expresar que ellas fueron ratificadas, y "también la de la madre de Rodrigo A. Correa, Ana María Castrillón, a quien no podía recibírsele declaración sino absolución de posiciones, conforme a la técnica procesal, porque ella es demandada en este juicio".

Agrega el Tribunal que, para su sorpresa, la declarante Angelina Suárez A., al pedírsele la ratificación de la declaración dijo, ante el mismo Juez Municipal de Fundación que le había tomado la de nudo hecho, ya transcrita, lo siguiente: "Lo que dije en mi anterior declaración fue que no me constaba que el señor Rodrigo A. Correa hubiera hecho vida marital con la señora Elena Múnive, no obstante de que la señora Múnive fue pensionista de mi hotel, pensión que me pagaba el señor Rodrigo A. Correa, pero no especificué precio. De modo que me extraña que el señor Juez, quien me recibió personalmente la declaración, hubiera anotado cosas que yo no dije. Al punto 3º, contestó que se ratificaba en él por ser cierto. Al punto 4º, contestó que no es cierto que yo hubiera dicho que Rodrigo Correa venía con frecuencia a visitar a Elena Múnive".

"Como se ve —dice el sentenciador— este testimonio desvirtúa totalmente el que aparece tomado extrajuicio por el mismo funcionario judicial de Fundación y comoquiera que la declaración a que se alude, o sea la de 15 de julio de 1946, que figura a folio 3 v. del cuaderno principal, aparece visiblemente enmendada o borronada y Angelina Suárez manifiesta que ella no expresó lo que allí consta, es el caso de ordenar que se abra la correspondiente investigación penal.

"Y sobra decir que para el Tribunal tiene únicamente valor el testimonio último, no sólo por los serios motivos de credibilidad que él merece, como porque aquél, como se ha dicho, es una prueba de nudo hecho y tiene el carácter de ex-

arajudicial, quitándole así la calidad de controvertible.

“Las declaraciones tomadas también durante el debate probatorio de la primera instancia, carecen de pleno valor legal, porque José María Robles y María de los Santos Pana se limitaron a decir simplemente que se ratificaban en las respuestas dadas en sus exposiciones extrajuicio, que se acompañaron al libelo de demanda. Este concepto está admitido por la jurisprudencia y la doctrina de los autores y merece transcribirse el de Antonio Rocha, en su importante obra *De la Prueba en Derecho*, 2ª edición, página 114 y siguientes. La sentencia reproduce el concepto aludido.

“Según se dijo anteladamente, José María Robles y María de los Santos Pana no reprodujeron su declaración extrajuicio, sino que se limitaron a decir que se ratificaban en ella. De consiguiente, esos testimonios no forman plena prueba”.

Inmediatamente, se transcribe la declaración de la madre de Rodrigo A. Correa, señora Ana María Castrillón para expresarse que ésta, “es testigo de oídas y su declaración es la que los publicistas denominan “de segunda mano”, porque obsérvese que no vio los hechos que pudieran demostrar irrefragablemente que la menor Ana María era hija de Rodrigo Correa.

“Ella lo sabe porque se lo oyó decir a Angel Correa y su hijo Rodrigo nunca le dijo del estado de embarazo de ella; sólo lo supo en Fundación cuando fue a la muerte de él. Esta es una declaración sobre palabras oídas, no precisamente a la persona de quien se pretende la paternidad” y, por cuyas razones “no puede acogerse tampoco el testimonio de Ana María Castrillón”.

“Pero hay más: si lo dicho hasta aquí no fuere suficiente como fundamento para llegar a la conclusión de que no puede prosperar la demanda de que se trata, se entra seguidamente a poner de relieve que el certificado traído por el actor sobre la defunción de Rodrigo Correa, no es prueba principal, porque la ley 92 de 1938 en su artículo 18 reza: ‘A partir de la vigencia de la presente ley, sólo tendrán el carácter de pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, matrimonios, defunciones (subraya el Tribunal), reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a ella, las copias auténticas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente ley’.

“Tal certificado que obra a folio 7 de este cua-

dermo, fue expedido por un funcionario eclesiástico respecto de una defunción ocurrida el 17 de octubre de 1945. Es decir, cuando ya estaba en vigencia la ley 92 de 1938. De consiguiente no está legalmente demostrado el deceso de Rodrigo Correa, pues se echa de menos la prueba correspondiente que debió ser expedida por un Notario o Alcalde Municipal que son los investidos por la ley de la potestad suficiente para expedir un documento de esa índole, a efecto de que produzca plena validez probatoria.

“A lo sumo ese certificado tendría valor de prueba supletoria, pero para que así se estimase habría habido necesidad de que se hubiese demostrado que no existía la prueba principal. Si pues, no está acreditada la defunción en forma legal, no puede tener tampoco éxito la demanda.

“La crítica que se ha formulado a los anteriores testimonios impide producir plena convicción de que entre Correa y la Múnive existieron de manera notoria relaciones sexuales estables. Por tanto no es posible declarar judicialmente la paternidad natural; sobre todo, cuando por la naturaleza y el alcance de esta clase de acciones, la apreciación y examen de las pruebas es y debe ser riguroso y severo. Por eso ha dicho nuestra jurisprudencia: ‘No es por lo tanto cualquiera prueba la aceptable o pertinente, sino únicamente las consagradas en los casos del artículo 4º de la ley 45 de 1936, a cada uno de los cuales corresponde una prueba distinta y que debe estimarse con criterio restricto y severo de que ya se ha hecho mérito’”. (Subraya el Tribunal).

El recurso

Recurrió la actora en casación. Este recurso está debidamente sustanciado, y por tanto, es el caso de decidirlo.

Como causales de casación se aducen la sexta y la primera del artículo 520 del Código Judicial, en su orden.

Causal sexta

La impugnación con fundamento en esta causal se concreta a que el fallador conceptuó que el deceso de Rodrigo A. Correa, no está legalmente acreditado en el proceso, pues, no se trajo a él la partida de defunción de origen civil, sino eclesiástica, y de acuerdo con la ley 92 de 1938, sólo tienen el carácter de pruebas principales del

estado civil respecto de nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones, las primeras, ya que las segundas son supletorias, y debió allegarse la de la no existencia de la prueba principal, y que por este aspecto tampoco podía tener éxito la demanda.

“Si lo anterior, dice el recurrente, ‘es cierto, no ha debido fallarse el pleito por falta de uno de los presupuestos procesales, que son condiciones previas esenciales que habilitan al Juez para resolver el fondo del litigio’. Que es, en consecuencia, absurdo, la confirmación de la sentencia de primer grado, pues si la sucesión de Rodrigo A. Correa, legalmente no existe por no haberse acreditado la muerte del supuesto causante, es claro que no puede ser absuelta en un juicio, por inexistencia legal de la parte a quien se pretende absolver’. Y agrega, que si la causal sexta invocada, ‘consiste en haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del C. J., siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley’, y siendo la ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes una de tales causales en todos los juicios, ‘en el presente caso, según el Tribunal, no existe la sucesión demandada, luego el pleito se ha librado, como en los cuentos de Hoffman, contra un fantasma: la parte es ilegítima, pues legalmente no existe, a juicio, del Tribunal’ ”.

Se considera:

La falta de personería reclamable en casación, bajo el patrocinio de la causal sexta del artículo 520 del C. J., consiste en reconocer a alguna de las partes, o a sus representantes, una personería de que carecen, y no en que el Tribunal sentenciador estime que el actor no tiene la capacidad necesaria para comparecer en juicio, aunque con esa estimación infrinja la ley o incurra en error. Esta infracción no puede ser objeto del recurso por quebrantamiento de forma, en el que se aspira a la nulidad de lo actuado, y porque aquélla constituye un problema ajeno a la forma del procedimiento y entraña una cuestión que afecta directamente a la acción ejercitada, ya que la representación en estos eventos envuelve la calidad misma con que se reclama el derecho o pretende deducirse al demandado, cuestión de fondo que corresponde decidir en la sentencia definitiva, tal como lo sugiere el Tribunal en su fallo acusado.

En tal virtud el planteamiento de la acusación, tal como ha sido presentada, indica su improcedencia por la vía de la causal sexta y consecuentemente su fracaso.

Causal primera

“**Primer motivo.**—Violación de la ley 45 de 1936, artículos 1º, 4º, ordinal 4º, 12, 18 y 19. Esta violación es directa por no haberse aplicado, debiendo aplicarse. La violación fue consecuencia del error de derecho en la apreciación de los testimonios de José María Robles y María de los Santos Pana, y redundó en la absolución de la demandada.

“Los testigos Robles y Pana relatan los hechos que acreditan las relaciones sexuales estables, notorias, mantenidas entre Correa y la señora Múnive, tales como el hecho de pagarle la alimentación y pieza, la cohabitación, el tratamiento de mujer y todos los hechos que sirven para demostrar los requisitos de que trata el artículo 4º, ordinal 4º de la ley 45 de 1936.

“A estos dos testimonios el Tribunal no les dio el valor de plena prueba, a pesar de reunir los requisitos de que trata el artículo 697 del C. J., so pretexto de no haber reproducido los deponentes, durante el término probatorio, sus relatos extrajudiciales.

“Al no apreciar el Tribunal los testimonios invocados violó el artículo 693 del C. J., que dá mérito de plena prueba a los testimonios tachados, por hábiles y concordantes, o contestes. Este error de derecho llevó al Tribunal a desconocer el estado de hija natural que tiene mi poderdante, ya que los testigos prueban las relaciones sexuales estables y notorias de Correa y la señora Múnive, como lo prescribe el artículo 4º, ordinal 4º de la ley 45 de 1936, que fue violado directamente por falta de aplicación, lo que redundó en la absolución de la demandada, que debió ser condenada, conforme a lo expuesto.

“**Segundo motivo.**—Error de derecho en la apreciación de la confesión de la señora Castrillón. Para tachar este testimonio el Tribunal se limita a decir que se trata de un testimonio de oídas, lo que no es cierto. Dice el Tribunal: ‘Esta es una declaración sobre palabras oídas, no precisamente a la persona de quien se pretende la paternidad’ ”.

Anota el recurrente que el Tribunal confunde la prueba de la confesión con la testimonial; pues

la señora Castrillón, "por ser representante de la sucesión, no es testigo sino confesante. En materia probatoria no hay confesión de oídas ni tampoco confesante de segunda mano o auriculares, calificaciones propias de los testigos pero no de quien reconoce el hecho que le perjudica", para conceptuar que: "La razón del dicho es exigencia probatoria para los testigos pero no para el confesante... Esto es elemental en derecho probatorio. Lo cierto en el caso discutido es que la señora Castrillón reconoce como nieta suya a la demandante, y la señora Castrillón es representante legal de la sucesión, luego su dicho es una confesión judicial que tiene valor de plena prueba conforme al artículo 606 y 607 del C. J., que le dá valor a la confesión judicial hecha por el representante legal. Y conforme al artículo 1155 del C. C. la señora Castrillón es representante legal de la sucesión a título de heredera".

Estas disposiciones fueron violadas por haber incurrido el Tribunal en error de derecho en la apreciación de la confesión de la señora Castrillón, lo que llevó al Juzgador a violar directamente los arts. 1, 4, 18 y 19 de la ley 45 de 1936, al no aplicarlos y al no reconocerle el derecho de hija natural a mi poderdante, violaciones todas que repercutieron en la parte resolutive del fallo que absolvió la sucesión debiendo condenarla.

"Tercer motivo.—Error de derecho por falta de apreciación del certificado judicial que figura en el folio 4 del incidente de nulidad.

"En autos figura un certificado del Juzgado 1º del Circuito Civil de Ciénaga en que consta que Rodrigo Correa falleció el 16 de octubre de 1945, que el juicio de sucesión de dicho señor se adelanta en el mencionado Juzgado y que fueron declaradas herederas las señoras Ana María Castrillón y Rosa Rodríguez vda. de Correa. Al no apreciar el H. Tribunal el certificado mencionado, violó el artículo 632 del C. J., que dá valor de plena prueba a las certificaciones de los jueces, error de derecho que lo llevó a desconocer que Rodrigo Correa había muerto y, por consiguiente, en la cadena de errores, obligó al Tribunal a desconocerle el carácter de hija natural a mi poderdante, con lo que violó el artículo 4º, ordinal 4º de la ley 45 de 1936, violación directa que redundó en la parte resolutive".

Se considera:

1º En realidad, como lo anota el recurrente, el

artículo 693 del C. J., es la única disposición que existe como reguladora de las normas que deben emplearse para aducir y recibir como pruebas las declaraciones que han sido rendidas extrajudicialmente. Tales exigencias son las de que la ratificación se haya solicitado y decretado durante el respectivo término probatorio, con el fin de darle oportunidad a la contraparte de contradecir la prueba o de contrainterrogar a los testigos.

De acuerdo con el estatuto procesal vigente, como en el antiguo, no es más la exigencia para admitirse como prueba, los testimonios rendidos extrajudicio, de donde se deduce que la facultad para los jueces de escoger la forma como deba recibirse y extenderse la diligencia de ratificación, es perfectamente discrecional. No es, pues, admisible la afirmación del Tribunal de Santa Marta, consignada en la sentencia recurrida, en el sentido de que para la validez de la ratificación del testimonio producido extrajudicio, sea esencial el lleno de las mismas exigencias que impone la ley para la declaración original, y que además deba reproducirse la exposición primitiva punto por punto. En este evento, basta que después que se haya leído la declaración se manifieste que se ratifica, que se está de acuerdo con ella, y que la diligencia aparezca firmada por el Juez, el testigo y por el Secretario; y que si el testigo no está, en todo o en parte, de acuerdo con la declaración extrajudicio, así se exprese y se haga constar en la diligencia. (Véase G. J. Tomo LXV. pag. 523).

En estas condiciones procesales, no hay duda de que el Tribunal incurrió en el error de derecho que le imputa el recurrente, al subestimar el valor probatorio de los testimonios de José María Robles y María de los Santos Pana por debajo del nivel que le asigna la ley. Pero el éxito del cargo no tiene el alcance de incidir en las disposiciones de la sentencia recurrida, sino el de producirse por la Sala, la rectificación de la doctrina asentada por el Tribunal en esta materia, como en efecto la rectifica.

La apreciación de los dos testimonios aludidos, y la de los otros elementos probatorios del proceso, que la Sala hiciera en instancia, la llevaría, aun cuando por razones distintas, a las dadas por el sentenciador, a la misma conclusión a que se llega en el fallo recurrido. En efecto, el artículo 697 del C. J. establece que, "dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias

de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley".

Pues bien, "con el fin de que el testimonio sea, en lo posible, responsivo, exacto y completo, el Juez debe preguntar al declarante, sin detalles minuciosos, sobre lo que conduzca a esclarecer y completar su exposición y a investigar el fundamento en que basa el conocimiento de los hechos que afirma (artículos 687, 688 del C. J.), para lo cual, como es obvio, habrá de ubicarlos en el tiempo, expresando la época de su ocurrencia; en el espacio, determinando el sitio del acaecimiento, y describiendo, además, el modo como ocurrieron o tuvieron cumplimiento esos hechos". Esto, porque, naturalmente no debe perderse de vista que las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que singularizan los hechos, inciden de distinta manera y tienen una mayor o menor importancia en la investigación de la fuente y pureza del conocimiento, según la naturaleza de los hechos afirmados.

Así, utilizando como ejemplo, el caso de autos, el tiempo o época de ocurrencia, es circunstancia de suma importancia, en la demostración de las relaciones sexuales estables de que habla el ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, para los efectos de la declaración de la paternidad, con fundamento en esta causal. Por cuanto que, la presunción allí prevista, está subordinada necesariamente a la fecha del nacimiento del hijo, en relación con la del comienzo de las relaciones sexuales entre los pretendidos padres y con la de su casamiento.

En las explicaciones de los testigos Robles y Pana, manifiestan haber tenido conocimiento del hecho de las relaciones sexuales estables que existieron entre Rodrigo Correa y Elena Múnive, por constarle personal y directamente, el pago efectuado por el primero del arrendamiento de la pieza y de los alimentos para el uso y consumo de la última, y por el tratamiento de mujer que le daba. Esta es la razón de su dicho o el fundamento del conocimiento del hecho afirmado por ellos.

Pero, olvidaron los deponentes la circunstancia de tiempo, o de la época de la ocurrencia de tales relaciones sexuales, o mejor, de la de su comienzo; y el Juez que les recibió las declaraciones y sus ratificaciones, no inquirió de ellos explicación alguna sobre circunstancia de tan vital importancia en la futura memoria de ese suceso. Sólo María de los Santos Pana, alude incidental-

mente, a que "verdad es que, Correa y la Múnive hicieron vida marital poco más o menos del mes de mayo hasta el día de su inesperada y jamás olvidada muerte, el día diez y seis del pasado año". Pero no expresa si para el mes de mayo vivía en su casa la Múnive, o si ya se había mudado para el Hotel Valledupar, de propiedad de la señorita Angelina Suárez, detalle importante, en cuanto que, la declarante en la ratificación de su testimonio, rendido el mismo día del de la Pana, niega rotundamente haber dicho que Correa y la Múnive hicieran vida marital en el mes de mayo de 1945, y menos que Correa la visitara con frecuencia en dicho mes, y durante su permanencia en el hotel que ella administraba, que sólo había dicho que Correa le pagaba la pensión sin especificar precio, que todo lo demás que se le leía le causaba extrañeza que el señor Juez lo hubiera consignado como afirmado por ella. Declaración que como lo afirma con acierto el Juez de primera instancia, "al ser analizada y al graduarse su valor probatorio, ha quedado como se dice, desvirtuada, incidiendo sobre la de María de los Santos Pana, con la cual se había considerado armónica", dejando en el aire, las afirmaciones hechas por la última.

El éxito del cargo queda, pues, limitado a rectificar la Corte, en los términos expresados, la doctrina sostenida por el Tribunal.

2º La confusión que le imputa el recurrente al Tribunal; entre la prueba de confesión y la testimonial, no se origina propiamente en la apreciación por éste, del testimonio de la señora Castrillón, madre de Correa y demandada en su condición de heredera de éste. En efecto, el sentenciador en la motivación de su fallo al hacer la crítica de las declaraciones traídas a los autos, expresó haberse tomado "también la de la madre de Rodrigo Correa, Ana María Castrillón, a quien no podía recibírsele declaración sino absolución de posiciones, conforme a la técnica procesal, porque ella es demandada en este juicio".

Aquella confusión obedeció, más bien a la forma imprecisa del escrito en que se solicitó la prueba, y en el cual se dijo: "Que se sirva tomar declaración a la señora Ana María Castrillón, mayor y de este vecindario, al tenor del siguiente interrogatorio"... Y tal como fue pedida la prueba, fue admitida y practicada por el Juez del conocimiento.

Por otra parte, esa confusión la ha querido crear el recurrente en su demanda de casación, partiendo de la base de que la señora Castrillón

no es testigo sino confesante, dada su calidad de heredera y como tal representante legal de la sucesión de su hijo Rodrigo Correa y haciendo una distinción teórica entre una y otra prueba, para concluir que el dicho de aquélla, "es una confesión judicial que tiene el valor de plena prueba conforme al artículo 606 y 607 del C. J., que le dá valor a la heccha por el representante legal.

La argumentación es más de apariencia que de realidad jurídica, que en este caso se confunde con la procesal. En efecto, "en derecho civil, confesar una cosa, un hecho, un acto jurídico, es reconocer como verdadero un hecho o un acto jurídico de índole suficiente para producir contra el que lo admite consecuencias jurídicas". De allí que la Corte haya dicho: "La confesión es la expresa o presunta aceptación por parte de una persona capaz del hecho susceptible de tener consecuencias jurídicas en contra de quien la hace". De aquí la conveniencia de precisar los caracteres de la confesión porque suele confundirse frecuentemente con hipótesis similares en que no la hay, aunque envuelvan una determinación de aceptar consecuencias desfavorables. Tal es, de que el recurrente se vale de una hipótesis similar a la confesión, para deducir de allí, la de la aceptación por parte de la madre de Rodrigo A. Correa, del hecho de las relaciones sexuales estables, notorias, entre éste y la señora Elena Múnive. En efecto, la señora Castrillón negó o no aceptó los hechos principales determinantes de la confesión que se buscaba con el interrogatorio a que fue sometida, como son: el de que como madre de Rodrigo A. Correa, tenía conocimiento de la vida marital, que se afirma, éste hizo con la señora Elena Múnive, desde el mes de mayo de 1945, hasta su muerte ocurrida el 16 de octubre del mismo año; el del conocimiento, por confesión que le hiciera su hijo Rodrigo del estado de embarazo de Elena, para comprobar el único hecho debatido: las relaciones sexuales estables que se dice existieron entre aquéllos. Lo que, subsidiariamente, aceptó la declarante, es que el día de la muerte de su hijo Rodrigo estuvo en Fundación y que ese día fue enterada por su otro hijo Angel Correa, de los hechos porque se le preguntaba; que con posterioridad a esa fecha, la señora Múnive ha ido a su casa con su hijita, que según ella (la Múnive) es hija de su hijo Rodrigo, y que "yo la tengo como nieta mía pues se me dá un parecido con mi hijo Rodrigo".

Hechos que pueden envolver una determinación de aceptar consecuencias desfavorables, pero que jurídicamente no tienen importancia admitirlos como ciertos, en cuanto que no tienen la virtud legal de incidir en el hecho único debatido, la causal alegada como fundamento de la declaración de paternidad solicitada estableciéndola en las condiciones del artículo 4º, ordinal 4º de la ley 45 de 1936.

3º De los apartes del fallo recurrido ya transcritos aparece nitidamente que el sentenciador de segundo grado falló como lo hizo, por hallar que las pruebas allegadas al proceso no tenían la eficacia suficiente para dar por demostrada la causal que sirve de apoyo a la solicitud de la declaración de paternidad, tal como se dejó estudiado este problema en la consideración de los cargos anteriores. Este fundamento es el principal sostén de la sentencia recurrida; el atacado lo presenta el Tribunal como subsidiario, para mayor abundamiento en razones justificativas de las disposiciones de aquélla, sin que su inclusión o exclusión, en su cuerpo, implique el quebrantamiento de la misma.

Así las cosas, aún concediéndole éxito al cargo que se considera, no se alcanza por este motivo a infirmar la sentencia recurrida, porque el fundamento principal la mantiene en toda su firmeza. En consecuencia, no se admiten los cargos de la causal primera.

Pará satisfacer la inquietud del recurrente en cuanto hace a la tesis que formula la Corte, sobre los presupuestos procesales, la Sala se permite remitirlo a lo que aquella entidad tiene resuelto sobre estos fenómenos jurídicos, en su sentencia de 16 de agosto de 1948, que corre publicada en la GACETA JUDICIAL, Tomo LXIV, páginas 711 y 713, en donde se estudia el problema en extenso y por todos sus aspectos.

Con base en estas 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 proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el día 11 de junio de 1948.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, cúmplase, 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.

ACCION DE PERTENENCIA DE UN INMUEBLE, POR HABERLO ADQUIRIDO POR MEDIO DE LA PRESCRIPCION.— RECONSTRUCCION DE JUICIOS CIVILES DESTRUIDOS CON OCASION DE LOS SUCESOS DEL 9 DE ABRIL DE 1948

En el Decreto extraordinario número 1683, de mayo de 1948, se estableció el procedimiento para la reconstrucción de los procesos civiles destruidos con ocasión de los sucesos del 9 de abril de ese año, e instituyóse en el mismo el principio o sistema excepcional del fallo en conciencia, verdad sabida y buena fe guardada, para la decisión definitiva de tales juicios, y con la facultad de dictar auto para mejor proveer con el objeto de que por el Juez o Magistrado que conocía de ellos, se aclarara los hechos oscuros o dudosos o que no admitían la prueba de confesión, y con la consiguiente autonomía en la apreciación de la prueba y aún en la aplicación misma del derecho.

Pero, en los Decretos de la misma naturaleza del anterior, número 2327 de julio de 1948 y en el expedido en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República, por la Ley 90 del mismo año, sobre esta materia, se sustituyó aquel criterio excepcional de la decisión en conciencia, por el ordinario o corriente del fallo en derecho, según lo alegado y probado. Así lo dispone el artículo 14 —inciso 2º— del Decreto 4135 de 17 de diciembre de 1948, que reproduce la correspondiente disposición del primeramente citado.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Abelardo González Bernal, por medio de apoderado, promovió demanda ante el Juzgado del Circuito de Gachetá, para que con audiencia de Luis Vicente Castillo, Bonifacio Pulido, Alejandro Pulido, Félix Pulido, Isaías Hortúa, Ezequiel Hortúa, Faustino y Claudio Gómez, Ricardo Cas-

tillo, Sady González, Eulalia Rodríguez, Ignacio y Manuel Rodríguez, y previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

“a) Que el señor Isaías Bonilla, mayor de edad, vecino de Choachí adquirió por prescripción extraordinaria el dominio o propiedad de un terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de Junín, sitio de “Páramo Grande”, cuyos linderos se determinan en esta súplica y en las sentencias de instancia;

“b) La prescripción adquisitiva demandada ha tenido lugar por haber poseído Isaías Bonilla sin interrupción y sin reconocer dominio a otra persona el terreno mencionado por más de treinta años, ejecutando actos a que sólo da derecho el dominio, como cercar, sembrar, pastar animales y edificar una casa.

“c) Que mi poderdante doctor Abelardo González es cesionario o adquirente de los derechos del titular Isaías Bonilla, por compra que de ellos hizo por escritura número trescientos veintiuno otorgada en la Notaría de Gachetá el tres de junio de mil novecientos cuarenta y dos;

“d) Que los demandados son responsables de las costas de este juicio si se oponen a la declaratoria solicitada”.

Como fundamentos de hecho se dieron en la demanda: que Isaías Bonilla había poseído el terreno objeto del litigio por más de 30 años, sin interrupción, a ciencia y paciencia de los colindantes de él, sin reconocer dominio ajeno, sin que le fuera disputada dicha posesión, ni el terreno hubiera sido objeto de demanda judicial, no estaba fuera del comercio; y que, González había adquirido los derechos de Bonilla, emanados de esa posesión, por medio de la escritura 321 de 3 de junio de 1942, pasada ante la Notaría de Gachetá, registrada el día 11 del mismo mes y año.

El Juzgado del conocimiento falló el negocio en sentencia de 18 de junio de 1947, accediendo a las súplicas de la demanda; y ella fue motivo del recurso de apelación por parte de los deman-

dados Luis Vicente Castillo y los representados por el curador *ad litem* doctor Adelmo Guzmán, los otros no lo hicieron y respecto de ellos quedó el fallo en firme.

El Tribunal Superior de Bogotá, entidad ante la cual se tramitó la segunda instancia, declaró ejecutoriada la sentencia apelada con respecto a los recurrentes representados por el curador *ad litem*, por no haber suministrado papel necesario para el repartimiento, quedando así la instancia concretada a las pretensiones del actor con relación al demandado Luis Vicente Castillo.

Estando el proceso al despacho del Magistrado sustanciador para su decisión definitiva, desapareció a consecuencia del incendio del Palacio de Justicia, ocurrido el día 9 de abril de 1948, y aquél fue reconstruido de acuerdo con las disposiciones legales vigentes sobre esa materia.

Con fecha 27 de junio de 1950 expidió el Tribunal su decisión definitiva, revocando la sentencia apelada, "y en su lugar se resuelve que no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas, por lo cual se absuelve a la parte demandada de todos los cargos". Sin costas.

En la motivación de la sentencia del Tribunal se acogen las conclusiones de la recurrida y las que se reconocieron como comprobadas en el incidente de reconstrucción, y se agrega:

"Además se ordenó tener como prueba en auto de 27 de enero de 1950 la sentencia dictada por el juez de primera instancia y de que ya se ha hecho mención. Ninguna otra prueba se adujo en el incidente ni tampoco trajeron las partes ninguna de las pruebas solicitadas en el auto dictado el veintitrés de marzo de mil novecientos cincuenta.

"La situación jurídica contemplada por el Juez de primera instancia no ha sido desvirtuada, las pruebas en que se basó para fundamentar en derecho su decisión deben tenerse como que existían en el proceso.

"Aparece de la sentencia recurrida que Isaías Bonilla poseyó con ánimo de dueño y señor por un tiempo mayor de treinta años el terreno de que trata la demanda y que se identificó plenamente durante la inspección ocular; que el demandante doctor Abelardo González adquirió de Bonilla por compra el terreno de que se trata por escritura número 321 otorgada en la Notaría de Gachetá el tres de junio de 1942 y registrada el 11 del mismo mes. El doctor González Bernal demostró que estuvo en quieta y pacífica posesión del terreno, ejerció en él actos de dueño,

pastando animales, limpiando de maleza el suelo, sembrando papa, poniendo semillas de papa por un lapso de cinco años. Ananías Varón González, Eusebio Rodríguez y Ernesto Sarmiento rindieron declaraciones que no fueron contradichas tanto respecto de la posesión de Bonilla como a la del actor".

"Quedó probado y así se expresa en la sentencia que pronunció el Juez de primera instancia el diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta y siete, y que en copia presentó el actor con su solicitud de reconstrucción, que el actor había presentado en primera instancia copia de la escritura número 321 otorgada en la Notaría de Gachetá el 3 de junio de 1942 y que contiene la cesión o adquisición de los derechos de Isaías Bonilla al doctor Abelardo González de un terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de Junín, sitio de "Páramo Grande" y cuyos linderos se encuentran indicados en la sentencia proferida por el señor Juez del Circuito de Gachetá.

"Se ordenó por el Tribunal en auto para mejor proveer, traer a los autos la mentada escritura 321 ya que el demandante solicita que se declare que Isaías Bonilla adquirió por prescripción extraordinaria el dominio o propiedad del bien cuya posesión dice tener el citado Bonilla, al tenor de lo expuesto por el artículo 2º de la ley 120 de 1928, declaración que debe hacerse teniendo en cuenta la posesión de Bonilla, antecesor en la posesión del demandante doctor Abelardo González Bernal, o sea agregando la posesión de aquél a la posesión de éste con lo cual queda acreditada una posesión a favor del doctor González, posesión mayor de treinta años.

"Pero para poder ordenar la agregación de posesiones solicitada, es indispensable presentar el título de adquisición producida a favor del doctor González Bernal, el cual no fue traído a los autos ni siquiera en acatamiento del auto para mejor proveer. Por lo anterior no se ha demostrado la posesión en el lapso requerido por la ley para hacer la declaración de pertenencia impetrada. Previsivo el Decreto 1683 de 1948, dice: 'Artículo 14.—En los juicios reconstruidos conforme a este Decreto, el Juez o Magistrado que vaya a fallarlos definitivamente en cualquier instancia, deberá dictar auto para mejor proveer con el objeto de que se aclaren los hechos que juzgue oscuros o dudosos, o que no admitan prueba de confesión, dentro del término de quince días. Durante este término no se suspenderá el que tiene el Juez o Tribunal para fallar. Contra

esta clase de providencias no se admitirá recurso alguno'.

"Con apoyo en este artículo era debido a la parte actora traer a los autos la escritura 321, ordenada presentar por el Tribunal.

"De acuerdo con la naturaleza de la acción propuesta o sea la declaración de pertenencia, es obligación del demandante demostrar la posesión y la existencia del título que le faculta agregar su posesión a la de su antecesor. No es posible aceptar como prueba únicamente el acreditamiento del hecho de la existencia de ese título, sino que se hace necesario producir la prueba en la forma solemne, señalada por la ley, mediante la exhibición del respectivo título registrado. Ello porque no puede confundirse la realidad con la apariencia, haciendo ver la prueba donde apenas hay constancia de que ella existió.

"El artículo 1857 del C. C. en el inciso 2º dice: 'La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley mientras no se ha otorgado escritura pública'. Y el artículo 1760 de la misma obra enseña: 'La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad'".

El recurso

Esta sentencia fue recurrida en casación por el demandante, y su apoderado la impugna "por los motivos **Primero** y **Tercero** del artículo 520 del Código Judicial". Dentro del primer motivo formula los cargos compendiados en el Capítulo **Primero** de la demanda; y dentro del tercer motivo, el expuesto en el Capítulo **Segundo** de la misma.

Primer cargo del motivo primero

"La sentencia acusada violó directamente la ley por interpretación errónea de los Decretos extraordinarios números 1683 y 2327 de 19 de mayo y 12 de julio de 1948, respectivamente, sobre reconstrucción de procesos civiles, errada interpretación que condujo al Tribunal a quebrantar los artículos del Código Civil sobre la posesión, prescripción, tradición, contrato de compraventa, prueba de las obligaciones", los cuales son: "2º y 5º de la Ley 120 de 1928; 762, 768, 769, 778, 981, 740, 745, 753, 754, 756, 758, 1758, 1759, 1760;

1849, 1857, 1602, 2512, 2513, 2518, 2531 y 2532 del Código Civil.

"La errada interpretación de los decretos citados llevó al Tribunal a violar las disposiciones sustantivas relacionadas como quebrantadas por la sentencia acusada, violación consistente en que, a hechos previstos y probados plenamente, les dejó de aplicar dichas disposiciones. Efectivamente, a los hechos plenamente establecidos de la posesión de Bonilla sobre el terreno objeto de las peticiones de la demanda, y la continuación de la posesión sobre el mismo por los actos de González, ha debido aplicarles los artículos sobre posesión, y consecuentemente los de la prescripción adquisitiva extraordinaria, ya que, Bonilla había poseído el lapso suficiente para que se operara ese fenómeno jurídico. Al hecho de la cesión, por venta, de los derechos de Bonilla a González, ha debido aplicarle los artículos sobre validez de la venta de inmuebles, hecha por escritura pública, debidamente registrada, los de la prueba de las obligaciones y los de la tradición. Y esto, por cuanto la cesión por venta, hecha por escritura pública, e inscrita debidamente, estaba establecida plenamente en autos, como el mismo fallador lo reconoce en la sentencia acusada, así como reconoció el interés jurídico del cesionario González para hacer las solicitudes de la demanda, despachadas favorablemente en la sentencia de primera instancia".

Segundo cargo del motivo primero

"Infracción directa de los artículos sobre posesión, prescripción, tradición, contrato de venta, prueba de las obligaciones, o sean los mismos citados en el cargo anterior, además el 1602 del mismo Código Civil sobre efecto de las obligaciones, por haberlos dejado de aplicar a los hechos previstos y probados en el juicio".

Son fundamentos de este cargo: Que el doctor González Bernal solicitó la declaración de prescripciones extraordinarias a favor de Isaías Bonilla del terreno alindado en la demanda, por haberlo poseído sin interrupción y sin reconocer dominio ajeno, por más de treinta años, ejecutando actos a que sólo da derecho el dominio, como cercar, sembrar, pastar animales y edificar una casa; que el Tribunal reconoció en su fallo que la situación jurídica y procesal contemplada en el de primer grado, no había sido desvirtuada, y por tanto, las pruebas en que se había ba-

sado esta decisión debían tenerse como existentes en el proceso, y que en realidad el Juez del conocimiento analizó dichas pruebas y aceptó aquella situación y la de que el terreno "se identificó plenamente durante la inspección ocular".

Que, como los Juzgadores de instancia aceptaron como hecho sucedido y plenamente probado en el proceso, la adquisición por compra de González a Bonilla del terreno de que trata la demanda, según escritura 321 de 3 de junio de 1942 y de la Notaría de Gachetá, registrada el día 11 del mismo mes, y el Tribunal aceptó asimismo el hecho de haberse presentado por el actor en la primera instancia la copia registrada de ese instrumento público, ha debido aplicar los artículos del C. C., que tratan sobre la prescripción extraordinaria del dominio, la posesión, cesión por venta de bienes raíces, tradición y prueba de las obligaciones, que se citan, por no haberlo hecho, los quebrantó directamente.

Tercer cargo del motivo primero

"Violación de la ley por interpretación errónea, debido a error de hecho que condujo a la sentencia del Tribunal a violar los artículos del Código Civil sobre la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio, o sean los artículos: 2512, 2513, 2518, 2531 y 2532".

El desarrollo del cargo consiste en que la declaración de la prescripción se pidió para Bonilla y no a favor de González, como lo entiende la sentencia. "Para el Tribunal era necesaria la suma del tiempo que poseyó Bonilla con el que poseyó González para alcanzar el lapso de treinta años requerido para la prescripción extraordinaria demandada. Pero, aceptó en la sentencia acusada el hecho de haber poseído Bonilla por sí mismo el terreno en cuestión, por más de treinta años, y que González continuó poseyéndolo por cinco años más". Que, al considerar el Tribunal que el lapso de treinta años de posesión del terreno invocado para la prescripción de Bonilla, se completaba con el de cinco de González, "incurrió en un evidente error de hecho, error que lo condujo a infringir directamente los artículos sobre el fenómeno jurídico de la prescripción citados al comienzo del cargo, pues dejó de aplicarlos al hecho comprobado de la posesión de Bonilla".

Cuarto cargo del motivo primero.

"Violación de la ley por interpretación errónea, debido a error de derecho. Infringió los artículos 2577, 2521, 778, 981 del Código Civil".

El error de derecho alegado se hace consistir en que requiere el Tribunal, en la sentencia acusada, "una prueba determinada o específica que la ley no exige, como fue la de la copia de la escritura 321 tantas veces citada", para probar el hecho de la posesión de González y la suma de ésta a la de Bonilla, hechos que no requieren escritura pública, ya que el artículo 2577 del C. C. indica cuáles son los actos que deben constar con tal solemnidad. Que al exigirse la copia de la escritura 321, como prueba de aquellos hechos—no obstante que se admitió haberse presentado en autos dicha copia— se incurrió por el Tribunal en un error de derecho, que "lo llevó en la sentencia acusada a hacer una errónea interpretación de la ley, y por consiguiente a violarla, por no haber aplicado en su recto sentido los artículos 2577, 981, 778 y 2521 del C. C., que enseñan qué actos deben constar por escritura pública, cómo se prueba la posesión, cómo se suman las posesiones y cómo la suma de ellas produce efectos jurídicos para el fenómeno de la prescripción".

Se considera:

La única finalidad de toda la acusación, es lograr que la sentencia recurrida se infirme para que en su lugar se declare la prescripción suplicada. De allí el enlazamiento de los cargos y la oportunidad de la Sala para estudiarlos conjuntamente.

En el Decreto extraordinario número 1683, de mayo de 1948, se estableció el procedimiento para la reconstrucción de los procesos civiles destruidos con ocasión de los sucesos del 9 de abril de ese año, e instituyóse en el mismo el principio o sistema excepcional del fallo en conciencia, "verdad sabida y buena fe guardada", para la decisión definitiva de tales juicios, y con la facultad de dictar auto para mejor proveer con el objeto de que por el Juez o Magistrado que conocía de ellos, aclarara los hechos oscuros o dudosos o que no admitían la prueba de confesión, y con la consiguiente autonomía en la apreciación de la prueba y aún en la aplicación misma del derecho.

Pero, en los Decretos de la misma naturaleza

del anterior, número 2327 de julio de 1948 y en el expedido en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República, por la Ley 90 del mismo año, sobre esta materia, se substituyó aquel criterio excepcional de la decisión en conciencia, por el ordinario o corriente del fallo en derecho, "según lo alegado y probado". Así lo dispone el artículo 14 —inciso 2º— del Decreto 4135 de 17 de diciembre de 1948, que reproduce la correspondiente disposición del primeramente citado.

El Tribunal Superior de Bogotá, aplicó el Decreto 1683, de mayo de 1948, cuando ya no tenía imperio, a la fecha de la reconstrucción del proceso y menos en la de la decisión final. Y bajo esta consideración, con base en los resultados negativos del auto para mejor proveer, de 23 de marzo de 1950, falló el presente negocio, como lo hizo, con olvido de que tal sistema había dejado de regir y que el imperante era el de la decisión "de acuerdo con lo alegado y probado" en el juicio y en el incidente de reconstrucción. Así, no tuvo en cuenta la prueba de la sentencia de primer grado, ni la de la confesión del apoderado de la parte demandada sobre el hecho de haber figurado en el juicio la escritura 321, de 3 de junio de 1942 de la Notaría de Gachetá, y obstinóse en no ver la prueba de la prueba, medio autorizado en estos procesos por los artículos 2º y 14 del Decreto 4135 de 1948, para exigir, necesariamente, el allegamiento a los autos de la copia de aquel instrumento público, como prueba de la posesión de Bonilla y de la continuidad de ella por parte de González, cuando en aquellos elementos probatorios se había reconocido que él había sido aducido y admitido como prueba y que el fallo de primer grado le asignó el valor de acreditar plenamente el traspaso de los derechos del primero de los nombrados sobre el terreno, al segundo.

Esta situación procesal fue desconocida por el sentenciador, so pretexto de no haberse allegado por el demandante, la copia de la escritura 321, ordenada traer en el auto para mejor proveer de 23 de marzo de 1950, falta que no lo autorizaba para decidir el negocio con prescindencia de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 14 del Decreto 4135 de diciembre de 1948, que textualmente ordena:

"Vencido el término de quince días de que habla el inciso anterior sin que se hubieran practicado las pruebas y las diligencias ordenadas en Gaceta—11

el auto para mejor proveer, el Secretario le informa así al Juez o Tribunal, quien deberá fallar dentro de los términos legales, conforme lo alegado y probado".

A todo lo cual, cabe agregar:

a) Todo poseedor tiene derecho, según los artículos 2521 y 778 del Código Civil, de aunar a su posesión la de su antecesor, siempre que suceda a éste a título universal o singular. Y si probado está con la sentencia de primer grado, como lo admite el Tribunal al acogerla en su integridad, y con la inspección ocular practicada por el Juez del conocimiento y las numerosas y acordes declaraciones tomadas cuando se llevó a cabo esa diligencia, que Bonilla poseía materialmente la finca o terreno cuando la vendió y entregó al doctor González Bernal, actual poseedor de ella, a éste por lo menos se le transmitió el derecho que tenía su antecesor para ganarla por prescripción, pudiendo así invoçar la posesión de éste, para agregarla a la suya y que actualmente ejerce;

b) Es un hecho no discutido que Bonilla poseyó a nombre propio, y que en esas condiciones entregó materialmente el terreno a González, a virtud de la venta hecha por la escritura 321 citada, y la continuación de ese estado de cosas se presume, según las voces del inciso 1º del artículo 780 del Código Civil. Presunción que no la desvirtúa la falta accidental en los autos de la copia de esa escritura. Porque, por otra parte, está demostrado que fue presentada y admitida como prueba, y así lo aceptan como hecho plenamente comprobado el fallo de primera instancia y el Tribunal en el suyo; y, estimada como que por ella adquirió González Bernal de Bonilla los derechos sobre el terreno, y la entrega de éste, por el vendedor al comprador, con la inspección ocular y los testimonios aducidos durante la práctica de esta diligencia, a lo que agregase la circunstancia de conservarlo en su poder González, ejerciendo actos de señor y dueño, en forma exclusiva y a nombre propio, como son los de trabajos personales, pastando animales, limpiando de maleza el suelo, estableciendo siembras de papa, poniendo semillas de pasto y construyendo una casa.

Todas las consideraciones que se dejan expuestas, llevan a invalidar el fallo recurrido en casación, y como consecuencia de los cargos formulados con apoyo en la causal primera, y sin que haya necesidad de entrar a estudiar la otra causal alegada (artículo 538 del C. J.).

La Corte, para dictar la sentencia de instancia que ha de reemplazar a la invalidada, agrega a las consideraciones anteriores, las del Juzgado del conocimiento, expuestas en el fallo revocado por el del Tribunal Superior de Bogotá.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Civil— administra justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 27 de junio de 1950, originaria del Tribunal Su-

perior del Distrito Judicial de Bogotá, y confirma la de 18 de junio de 1947, expedida por el Juzgado Civil del Circuito de Gachetá. Sin costas.

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

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

EL ERROR DE HECHO COMO CAUSAL DE CASACION

Tanto en la primera como en la segunda instancia se hizo un estudio pormenorizado del haz probatorio, examinando uno a uno los elementos de convicción, para llegar a la conclusión de que los demandados han tenido también la posesión material del inmueble, con lo cual queda ya negada con pruebas la afirmación de la demandante acerca de que ha sido poseedora material y exclusiva del inmueble de la litis durante treinta años continuos. Y si de ese estudio hecho por el Tribunal no se muestra y patentiza un error de hecho evidente, es decir, de fácil percepción, que hiéra la mente a primera consideración, no es posible en casación desconocer una persuasión y desautorizar un criterio del fallador, a que éste llegó en un estudio global y cuidadoso de las pruebas.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Amalia Mejía de Díaz, por medio de apoderado, entabló demanda ordinaria contra Juan Pablo Díaz y Teresa Hincapié, en la cual pide que se declare que ha ganado por prescripción extraordinaria el derecho de dominio sobre un inmueble llamado "La Oculta", situado en el paraje Mata de Caña del Municipio de Apía, a virtud de haberlo poseído quieta y pacíficamente durante un período mayor de treinta años, cultivándolo con café, árboles frutales, etc., edificando en él, instalando sementeras de distinta clase, todo a sus expensas.

Como disposiciones especiales la demandante invocó los artículos 2º y 4º de la ley 120 de 1928.

Un apoderado de la demandada Teresa Hincapié contestó el libelo manifestando que la actora jamás ha tenido la posesión material del inmueble y que tal posesión la ha ejercido ella en pro indiviso con Juan Pablo Díaz "en razón de la comunidad conformada entre los dos". Se opuso,

pues, a las peticiones de la demanda y negó los hechos de ella.

El demandado Juan Pablo Díaz le denunció el pleito a Marcelino Hincapié, quien también, por medio de apoderado, negó todos los hechos de la demanda y se opuso a lo pedido en ella.

Falló el pleito el señor Juez del Circuito de Apía, no accediendo a lo pedido en la demanda.

Apeló la actora, y el Tribunal Superior de Pereira, por sentencia de cuatro de abril de mil novecientos cincuenta y uno, confirmó el fallo de primer grado.

Acudió en casación la parte desfavorecida en las dos instancias, y en la demanda respectiva acusa la sentencia del Tribunal "por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas del demandado y del demandante". Dice el recurrente: "He de entrar, pues, en el análisis de las pruebas del actor y de la parte demandada para que la H. Corte vea dónde está el error de apreciación del fallador".

Estos son los textos, con las respectivas razones, que el recurrente señala como violados:

El artículo 697 del C. J., que se refiere al valor que tienen dos declaraciones uniformes, el cual dejó de aplicar el Tribunal al no tener en cuenta lo que expresan varios testigos acerca de la posesión de la actora durante más de treinta años sobre el inmueble de la demanda.

El mismo artículo 697, violado por aplicación indebida, a virtud de haber atribuido a Juan Pablo Díaz una posesión que corresponde a Pablo Emilio Díaz;

El artículo 702 del C. J., que versa sobre declaraciones contradictorias, el cual no tuvo en cuenta el fallador para atribuir a Amalia Mejía la posesión;

Los artículos 722 y 730, que versan sobre la inspección ocular, y los cuales no tuvo en cuenta el Tribunal, ya que con tal inspección no se establece la identidad entre los títulos presentados y el inmueble sobre que versa el juicio;

El artículo 11 de la ley 120 de 1928, ya que si el Tribunal lo hubiera aplicado, no habría dado por demostrada la posesión de los demandados en

Presencia de unas débiles pruebas presentadas por éstos; y

El artículo 5° de la misma ley, y los artículos 2531, 2532, 2518 del C. C., y 29 de la ley 128 citada, que dejó de aplicar y que versan sobre prescripción; así como dejó de aplicar también los artículos 762 y 777, "al atribuirle a la señora Amalia Mejía que quiso cambiar una tenencia por una posesión, cuando de autos no está demostrada aquélla, pero sí probada la posesión".

Tanto en la primera como en la segunda instancia se hizo un estudio pormenorizado del haz probatorio, examinando uno a uno los elementos de convicción, para llegar a la conclusión de que los demandados han tenido también la posesión material del inmueble, con lo cual queda ya negada con pruebas la afirmación de la demandante acerca de que ha sido poseedora material y exclusiva del inmueble de la litis durante treinta años continuos. Y si de ese estudio hecho por el Tribunal no se muestra y patentiza un error de hecho evidente, es decir, de fácil percepción, que hiera la mente a primera consideración; no es posible en casación desconocer una persuasión y desautorizar un criterio del fallador, a que éste llegó en un estudio global y cuidadoso de las pruebas.

Es muy dicente esto que escribe el recurrente al examinar las pruebas de la parte demandada: "En las declaraciones que llevo citadas hasta aquí se pretende decir que la posesión la han tenido conjuntamente Amalia Mejía, Pablo Emilio y Juan Pablo Díaz, pero ninguna ha señalado a Juan Pablo como único poseedor, ni ninguna dice que Teresa Hincapié haya poseído". Acepta aquí el recurrente que Juan Pablo ha poseído; pero al mismo tiempo sostiene el punto de vista de que la posesión de los demandados que se oponen, debe ser igual a la de los demandantes, es decir, continua durante treinta años, lo que es un error. Efectivamente, dice el recurrente: "Ejercitada la prescripción, como acción, si el demandado se opone al ejercicio de ésta alegando que es él el poseedor, tócale demostrar esa calidad probando que reúne mejores condiciones en la posesión que el actor". Quiere entonces el recurrente que la posesión que alegan los demandados sea por treinta años continuos, como la alegada por la demandante, lo que es inaceptable porque a los demandados les basta con establecer una posesión durante un período de tiempo que quede colocado dentro del período que alega la demandante, con lo cual se rompe el lapso de treinta años que de-

biera establecer la actora. No hay duda alguna de que los demandados han poseído el inmueble de la querrela, ejerciendo en él actos que corresponden al dueño, dentro del tiempo a que la actora se refiere; luego de esta manera, los treinta años alegados por ésta se disminuyen en lo que sume la posesión de los demandados.

Ni vale decir que la prueba de posesión por parte del demandado Juan Pablo Díaz, no aprovecha a la demandada Hincapié, ya que al uno y a la otra se les consideró desde la demanda como unidos por un vínculo de comunidad, pues en el hecho cuarto se dice que los demandados pretenden tener derechos sobre el inmueble a que aspira la demandante.

Sobre todas estas cosas, dice la sentencia del Tribunal, después de analizar las pruebas de la parte demandada:

"De las pruebas allegadas a este juicio se desprende claramente que el señor Pablo Emilio Díaz adquirió la finca materia del debate, por compra a los señores Manuel Mejía y Encarnación Granada y por haberlo hecho titular; que no solamente obtuvo la posesión inscrita sino que obtuvo la entrega material del fundo y que entró en posesión de él, a donde llegó a vivir con su familia, entre la cual se encuentra su esposa la señora Amalia Mejía de Díaz, demandante en este juicio; y además su hijo Juan Pablo Díaz, quien aparece como demandado; que a pesar de haber vendido parte de la propiedad a terceros, Díaz, hijo, conserva la posesión inscrita del inmueble y ha conservado la posesión material de él, ejerciendo actos de dominio como es el hecho de contratar las deshieras, sembrar el cafetal, vender sus productos, etc...".

"La posesión que ejerce el demandado Díaz sobre el inmueble materia de este juicio, no solamente le aprovecha a él como dueño y titular inscrito del dominio, sino que aprovecha también a la demandada señora Teresa Hincapié vda. de García, por cuanto ella también es copartícipe proindiviso en el fundo denominado 'La Oculta', con derecho de dominio y título registrado. Ello se desprende del precepto consagrado en el C. Civil en su artículo 2529 cuyo texto literal se expresa así: 'Si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción de una de ellas, la interrumpe también respecto de las demás'. A juicio del Tribunal, y con fundamento en las pruebas allegadas, el demandado Juan Pablo Díaz no ha perdido la posesión material del inmueble, sino

que por el contrario conserva esta característica fundamental que acredita la plena propiedad. Además, de acuerdo con las disposiciones citadas, su posesión aprovecha a la señora Teresa Hincapié vda. de García en cuanto incide sobre la imprescriptibilidad extintiva del dominio del bien proindiviso de que son titulares ambos".

Pero hay algo más: el inmueble a que aspira la demandante, le fue adjudicado como baldío a Pablo o Pablo Emilio Díaz, por los linderos a que la demanda se refiere, según diligencia de la Gobernación de Caldas, número 1042, de 17 de marzo de 1927, de que trata la escritura 474, de la Notaría de Apía, de 9 de noviembre del año que se acaba de citar, escritura debidamente registrada. Y ya se vio que de este Díaz pasó el inmueble a su hijo Juan Pablo Díaz y a la Hincapié. En la demanda dice la actora que aquél ha trabajado esa tierra, aunque como peón pagado por la demandante. Y esto último no fue establecido.

Es de observar también que un certificado del Registrador de instrumentos públicos expresa que la posesión inscrita sobre "La Oculta" la tienen Juan Pablo Díaz Mejía y Teresa Hincapié.

El Tribunal dice que aún dentro del supuesto de que la demandante fuera poseedora de la finca, no están cumplidos los treinta años de que ella habla, pues según escritura de 9 de noviembre de 1917 ese período no está cumplido, aún aceptando que la Mejía hubiera entrado en posesión de las mejoras el mismo día de la compra a que se refiere tal escritura.

El recurrente objeta sobre esto que no se es-

tableció la identidad entre el inmueble a que tal escritura se refiere, y el inmueble de la demanda. A lo que se contesta que ésta y otras escrituras fueron presentadas por los demandados, en primera y en segunda instancia, como defensa de sus derechos, sin que a la contraparte, que ni siquiera alegó en ninguna de las instancias, se le hubiera ocurrido plantear la cuestión sobre identidad; fuera de que los datos del expediente arrojan prueba de que tales escrituras coinciden en sus especificaciones cardinales con las señaladas en la demanda.

Ante todo esto, es irrazonable acusar al Tribunal de error de hecho evidente en la apreciación de pruebas, y no puede prosperar el cargo que a la sentencia de segundo grado se le formula. Los textos citados atrás no han sido violados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cuatro de abril de mil novecientos cincuenta y uno, dictada por el Tribunal Superior de Pereira.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

PRESCRIPCIÓN, POR PARTE DE UN COMUNERO Y EN PROVECHO PROPIO, DE LA COSA COMUN.—ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE UN DICTAMEN

1.—El juzgador tiene poderes suficientes para analizar y calificar el mérito de convicción de un informe pericial, aún en el caso de que se rinda uniformemente por los dos peritos principales o por uno de éstos y el tercero designado para dirimir el desacuerdo entre ellos. De lo contrario serían los peritos y no el juez quienes resolverían el litigio. Por tal motivo, un ataque en casación contra la apreciación de un dictamen, sólo puede prosperar si el error en que incurra el Tribunal al estimar sus fundamentos, aparece de manifiesto en los autos. Ello es así, pues al Tribunal le corresponde estimar si las razones en que se apoya el concepto pericial permiten darle valor de plena prueba. La Corte en diversas ocasiones ha expresado esta opinión. (C. C. 27 de febrero de 1952, G. J. 2110 y 2111, págs. 131 y 132). Error de derecho, pues, en la apreciación de esta prueba, sólo puede existir cuando el Tribunal le dá pleno valor no obstante hallarse el dictamen totalmente desprovisto de fundamentación.

2.—El error en la apreciación de la prueba testimonial no puede consistir simplemente en que la agrupación de los testimonios no haya sido hecha por el sentenciador en forma correcta. Es indispensable que del análisis del contenido de las declaraciones, se deduzca, sin la menor duda, el error que se alega como causal de casación.

3.—La prescripción entre comuneros ha sido posible aún antes de la Ley 51 de 1943. La Corte, en pleno, tuvo ocasión de pronunciarse sobre este punto al fallar la demanda de inexequibilidad de dicha Ley. (G. J. número 2016, pág. 8); (véase también G. J. 2116-117, pág. 508).

Pero, para que esta prescripción pueda operar, se necesita que el comunero que la alega haya poseído materialmente y sin reconocer dominio ajeno, una parte determinada y precisa del terreno común, o su to-

talidad, con exclusión de los demás comuneros y de terceros.

No hay usucapión de derechos indivisos sobre un inmueble, sino de parte determinada de éste o de su totalidad. Por eso, para obtener sentencia favorable en el juicio que siga el pretendido prescribiente, es requisito indispensable que se haya individualizado el terreno objeto de la posesión durante el lapso legal necesario.

Claro está que dos o más personas pueden poseer en común un inmueble y usucapir de la misma manera su dominio. Pero entonces todas están poseyendo para todas, en forma concurrente y no excluyente. Y nada se opone a que en tal caso cualquiera de ellas solicite la declaración de prescripción adquisitiva del dominio o de otro derecho real a favor de la comunidad. No ocurre lo mismo cuando dos o más personas ejecuten, cada una para sí y sobre el mismo terreno, en forma excluyente, actos que puedan calificarse como manifestaciones de posesión por implicar el ánimo de aprovecharse para sí, respectivamente, de este terreno. Entonces, si cada una desconoce el dominio ajeno y de consiguiente se porta como dueño, realiza actos de posesión individual. Pero como al mismo tiempo los otros interesados ejecutan esos actos, ninguno de ellos puede de tal manera llegar a adquirir por prescripción el inmueble, en proporción alguna. Lo impide la circunstancia de que las respectivas posesiones se excluyen recíprocamente.

Para que varias personas puedan simultáneamente y en forma individual adquirir por prescripción partes de un inmueble, se necesita, como ya se dijo, que cada una de ellas ejerza posesión sobre una parte determinada y precisa del bien, con exclusión de las demás.

Por último, para que exista justo título constitutivo de posesión regular, no es su-

ficiente que él reúna las características formales de tal, ni basta que sea traslativo del dominio o del derecho real cuya posesión se alega; es indispensable, además, que haya identidad entre el bien objeto de la posesión material y el que aparezca comprendido dentro de los linderos del título respectivo. Por eso, para que se reconozca en juicio el carácter de poseedor regular, es necesaria dicha identificación. La buena fe puede coexistir con el justo título, pero no lo constituye.

Puede ocurrir que una persona adquiera un inmueble en pleno dominio, y crea, con fundadas razones, que una zona de terreno del predio colindante, forma parte del suyo. Entra, pues, a poseerlo materialmente, con buena fe indiscutible. No obstante, carecería de justo título para la posesión de esa zona si en el juicio se llegare a establecer su error. En consecuencia, un título es justo en cuanto a la posesión del terreno efectivamente comprendido dentro de la alinderación que aparece en él. Pero no respecto a lo demás.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

La historia de este proceso puede resumirse así: Por memorial del 4 de marzo de 1943, dirigido al señor Juez Civil del Circuito de Urrao y suscrito por el apoderado del señor Alfredo Restrepo, éste demandó en juicio de deslinde al señor Roberto Escobar V. La demanda fue admitida el 17 de los mismos mes y año, y notificada al demandado el 25 de mayo siguiente. Por escrito del 27 de dicho mayo, Escobar pidió reposición del auto admisorio de aquella demanda, fundándose en que el artículo 862 del C. de P. Civil exige que el actor presente la demanda acompañada no sólo del correspondiente título sino también de las demás pruebas en que funde su derecho, para que pueda prosperar el juicio de apeo. Expuso el demandado que no basta allegar el título, pues es necesario aducir, además, la prueba del derecho, esto es, que los predios son colindantes; y agregó que no colinda ni ha co-

lindado con el actor Restrepo. El Juzgado del conocimiento negó la reposición en proveído del 13 de mayo de 1944, y allí mismo decretó el deslinde solicitado por Restrepo. El 5 de diciembre del mismo año (1944), practicó el Juez la diligencia de deslinde y amojonamiento decretada, y en ella señaló la línea que, de acuerdo con los peritos, entendió que debía ser la separatoria entre los predios de las partes.

Por memorial del 15 de diciembre siguiente, suscrito por el señor Roberto Escobar, propuso éste acción ordinaria contra Alfredo Restrepo, con el fin de impugnar la línea divisoria fijada por el Juez. Por auto del 24 de enero de 1945, el Juzgado admitió la demanda. Antes de su notificación al demandado, el señor Escobar le introdujo algunas reformas y adiciones, en escrito del 22 de enero de dicho año. Tales reformas y adiciones fueron admitidas por proveído del 24 del mismo mes.

En ellas el actor manifiesta: "Tanto en la demanda primitiva como en esta corrección que introduzco, me opongo, repito, al deslinde y amojonamiento practicado por usted en asocio de peritos, y pido que en sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones: 1ª La petición formulada bajo la letra a) queda así: Que no soy colindante con el señor Restrepo L., y sí con Marco A. Restrepo y hermano, y con el señor Obdulio Arboleda, y por consiguiente no me obliga el deslinde practicado por usted el 5 de diciembre de 1944, por carecer de valor, por error de los peritos y error del señor Juez que actuó. 2ª La petición formulada como subsidiaria bajo la letra d) (sic. Es b), véase fol. 3, cuaderno número 2), queda así: subsidiariamente, para el caso de que no prospere la petición anterior, que se declare que la línea divisoria es la que partiendo del amagamiento Ortiz, donde desagua el amagamiento Fidel González, se siga el curso de éste hacia arriba hasta sus nacimientos; y de éstos, línea recta, al punto denominado Llano Bonito. 3ª Subsidiariamente y para el caso de que no se haga la principal ni la subsidiaria antedichas, que se declare que mi mandante Roberto Escobar Vélez tiene derecho por prescripción extraordinaria adquisitiva, a la faja o fundo que está comprendido entre la propiedad que asegura Alfredo Restrepo L. es dueño y la de mi mandante, fijando en consecuencia como línea divisoria entre tales propiedades, la que aparece en el punto segundo formulado en la petición de esta demanda". El libelo de demanda así adicionado se le notificó

al apoderado del señor Restrepo L. Este lo contestó negando los hechos fundamentales, y pidiendo que no se acceda a las solicitudes.

Tramitada la instancia, el señor Juez del conocimiento desató el litigio en fallo del 28 de octubre de 1947. En él declaró que la finca de Orizaba anteriormente de propiedad del actor y "hoy" de Mario Ruiz, no es colindante con el predio del demandado Alfredo Restrepo L., por interponerse entre ambas fincas los inmuebles de Marcos Restrepo y su hermano, y de Obdulio Arboleda, hoy de sus herederos. Dicho fallo dijo expresamente que quedaba sin valor alguno la diligencia de deslinde y amojonamiento practicada el 5 de diciembre de 1944, la cual y en consecuencia, no obligaba al actor Escobar Vélez. No obstante haberse hecho la declaratoria principal pedida en la demanda, el sentenciador entró a resolver la subsidiaria. En el numeral 2º de la parte resolutive señaló una nueva línea en los siguientes términos:

"Desde el punto en donde el amagamiento denominado Antonio Ortiz, subiendo por la margen derecha de éste; de allí, aguas arriba por el mencionado amagamiento Fidel González hasta su nacimiento o lugar donde brota; y de dicho punto o nacimiento, en línea recta hacia arriba, con dirección al mojón que existe en el alto de Llano Bonito, hasta encontrar el lindero del predio que fue de propiedad de José de J. Restrepo (hoy de Marco A. Restrepo y hermanos), o sea, el lote A), que fue adjudicado a éste, mediante la escritura de partición extrajudicial número 360 de 1º de octubre de 1931". Contra el referido fallo interpuso recurso de apelación la parte demandada.

Sentencia recurrida

El Tribunal revocó la sentencia de primer grado y en su lugar dispuso: "Primero.—Declárase en firme la diligencia de deslinde practicada por el señor Juez del Circuito de Urrao en este juicio, de fecha cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro y en consecuencia, la línea que separa los predios de Roberto Escobar Vélez, o que fue de éste, y el de Alfredo Restrepo, es la siguiente: De la desembocadura del primer amagamiento que le cae por su ribera derecha, subiendo al amagamiento Ortiz donde se colocó un mojón de tres piedras, siguiendo este primer amagamiento hasta su nacimiento, punto que se

señaló asimismo con un mojón igual al anterior, colocado a dos metros en su orilla derecha y de aquí, en línea recta con dirección al mojón que existe en el filo o alto de Llanobonito hasta encontrar el lindero del predio de José J. Restrepo, o sea el lote A) que le correspondió según la partición de que da cuenta la escritura número 360 de 1º de octubre de 1931". (De la Notaría de Concordia). Segundo.—Escobar Vélez queda con el derecho a retener, mientras no le sea pagado el valor actual de los pastos y cercos que tiene en la faja discutida; y a su vez Restrepo tiene derecho a que Escobar Vélez le pague el goce de dicha faja, a partir del día veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, fecha de la notificación de la demanda de deslinde, hasta que entre en posesión del terreno. Todo lo anterior será regulado según el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J. Sin costas. Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase".

El actor ha interpuesto recurso de casación. En la demanda correspondiente invoca la causal primera del artículo 520 del C. J. y con base en ella formula contra la sentencia del Tribunal tres cargos principales y uno subsidiario.

Primer cargo

En primer término acusa el recurrente la sentencia del Tribunal, por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba pericial contenida en las actas de la inspección ocular practicada en la primera instancia (C. 2, fl. 23 y ss.).

Y en segundo lugar, acusa la sentencia por error de hecho al "no haber parado mientes en el acta de dicha diligencia, en cuanto contiene las observaciones del Juez sobre los hechos y circunstancias allí expresados".

En cuanto a la primera acusación, la fundamenta el recurrente así: "El fundamento probatorio de la sentencia y el error alegado.—Se sigue de lo anterior: a) Que uno de los fundamentos probatorios del fallo, el más importante, sin duda, es el dictamen de los peritos que colaboraron en la diligencia de inspección ocular que fue ordenada en auto para mejor proveer; b) Que el concepto pericial rendido en la diligencia de la misma especie practicada en la primera instancia, el cual quedó en firme, le mereció únicamente una simple referencia al hacer la relación de las pruebas (fs. 66 vt. y 56); y c) Que el fallo, fuérra de la referencia expresada, ninguna conside-

ración contiene sobre el valor probatorio de este último dictamen, ni para reconocérselo, ni para negárselo, lo cual constituye error de hecho, mas si se estimare por la H. Corte que, con todo, el Juzgador sí tuvo en cuenta, estimándola, la prueba de que se trata, el error sería de derecho, por no haberle reconocido valor alguno al experticio de que se trata, y especialmente por no haberle reconocido el valor de plena prueba que le atribuye el artículo 722 del C. J., en uno y otro caso con violación de este precepto.

“La prueba pericial no estimada o mal estimada.—La prueba pericial de que se trata está contenida en las actas de la diligencia de inspección ocular efectuada por el Juez del conocimiento, en los días 17 y 18 de abril de 1945 (fs. 23 vt. y ss., cuaderno número 2). Tres peritos intervinieron: Roberto Montoya y Alejandro Trujillo, principales, y Samuel Velásquez, tercero en discordia. En vista del desacuerdo entre los principales, se oyó al perito tercero señor Velásquez, quien acogió en todas sus partes el dictamen de Montoya. Entre estas dos exposiciones hay una absoluta uniformidad. a) No es el primer amagamamiento de que hablan los títulos, lo que primeramente se halla a la derecha subiendo la corriente ‘Antonio Ortiz’, porque es un chupadero o resumidero, de corriente casi nula, de reciente aparición y que se seca por épocas; b) El primer amagamamiento de que hablan las escrituras es el llamado ‘Fidel González’ que lleva siempre buena cantidad de agua, de largo recorrido, que nunca se seca, ni en parte alguna se pierde; c) Atendiendo a la conformación de los terrenos, a la adecuada disposición de los mismos para su administración y al menor costo de las cercas, es lógico y natural suponer que el padre de los Restrepo —entre éstos el demandado— al vender la heredad al señor Manuel Canuto Restrepo, la delimitaran los contratantes partiendo de la desembocadura del amagamamiento ‘Fidel González’ en la corriente ‘Antonio Ortiz’, subiendo aquél hasta su nacimiento y de aquí en línea recta a Llano Bonito; b) La otra línea, o sea la que arrancando de la caída del ‘primer amagamamiento’ al llano ‘Antonio Ortiz’, subiera por aquél hasta su nacimiento y de este punto fuera a Llano Bonito, dividiría antieconómica y enrevesadamente las tierras, en forma que no habría consultado la cómoda administración de los distintos predios, ni el menor costo de los cercos.

“Así, pues, estos conceptos uniformes debían

haber sido estimados en la sentencia de instancia, como prueba plena de que el lindero en disputa no es el señalado en la diligencia de deslinde, sino el otro, o sea, el que principia en la boca del ‘Fidel González’ sobre la corriente ‘Antonio Ortiz’, sube por aquél hasta su nacimiento y de aquí sigue en línea recta, a dar al Llano Bonito”.

Se considera:

El Tribunal, como el mismo recurrente advierte, reprodujo el concepto de cada uno de los expertos. El de Trujillo resulta favorable al demandado, pues estima que el primer amagamamiento de que hablan los títulos es el primero que se encuentra a la derecha, subiendo el amagamamiento “Antonio Ortiz”. Los de Montoya y Velásquez favorecen al actor, ya que según ellos, aquel amagamamiento es el llamado “Fidel González”. Luego de reproducir los dictámenes, el Tribunal procedió a calificarlos en relación con las demás pruebas allegadas, y si se apartó de las conclusiones a que llegaron los peritos Montoya y Velásquez, fue como resultado de un cuidadoso examen del conjunto probatorio del juicio.

En efecto, el Tribunal confronta aquel dictamen con el acta de la diligencia de deslinde; con la primera inspección ocular que el mismo Tribunal practicó, en asocio de peritos; con los testimonios recibidos en el curso de esta diligencia y el informe de los peritos de la misma, señores J. Miguel Mejía, Ramón Vélez y Germán Londoño; con los testimonios traídos por ambas partes; con la última diligencia de inspección ocular ordenada por el Tribunal para mejor proveer y el dictamen de los peritos designados por éste para tal ocasión, señores Carlos Augusto Agudelo y José María Uribe.

Y para llegar a una conclusión contraria a la expuesta por los peritos Montoya y Velásquez en el concepto rendido en la primera instancia, se apoya el Tribunal tanto en la prueba testimonial, recibida conforme a los memoriales de pruebas y en el curso de las diligencias, como en los dos últimos dictámenes periciales y en las dos inspecciones practicadas en la segunda instancia. Estos informes, tanto el de los peritos Ramón Vélez y Germán Londoño (en desacuerdo con el perito J. Miguel Mejía), rendido en la primera inspección de la segunda instancia a petición de parte, como el de los peritos únicos Agudelo y

Uribe, rendido dentro de la última diligencia ordenada por el auto para mejor proveer, fueron adversos a las pretensiones del demandante por haber llegado a conclusión opuesta a la de aquéllos (Montoya y Velásquez).

La circunstancia de que el Tribunal no se hubiera detenido en consideraciones acerca del valor de convicción del primer dictamen, frente a los dos últimos y a las demás pruebas que analiza, ninguna importancia tiene. Porque es obvio que al acoger la conclusión que aparece en los dos dictámenes de la segunda instancia, reforzada por la prueba testimonial —después de haber hecho la confrontación cuidadosa de todas estas pruebas— estaba manifestando, tácita pero evidentemente, que conforme a su criterio y a su apreciación de tales probanzas, ese primer dictamen debía rechazarse. Y por eso termina diciendo sobre el particular:

“Se tiene, pues, de acuerdo con lo transcrito, que lo que impropriamente ha llamado resumidero el actor, es en nuestro léxico un verdadero amagamamiento, por las irrefutables razones que exponen los expertos, de otra parte tan claras que no dejan lugar a duda; y que es el primer amagamamiento, de donde hay que partir necesariamente para dirimir la cuestión debatida.

“Asimismo han demostrado los peritos que esa primera corriente o primer amagamamiento no tuvo origen, ni podrá tenerlo jamás, en los drenajes practicados para conducir las aguas de Orizaba.

“A más de lo anterior, con los testimonios de Ramón Góez, José Correa, José M^a Góez, Benjamín Muñoz, Joaquín Montoya, Francisco Arango y Argemiro Mejía, se encuentra plenamente demostrada la existencia de ese primer amagamamiento, a que aluden los peritos, desde tiempos antiguos, lo que, por otro lado, prueba la estabilidad de tal corriente o amagamamiento, toda vez que no obstante el transcurso de tantos años, aún existe o no se ha secado (fls. 15 a 31 del cuaderno de pruebas del demandado)”. (C. 3^o, fol. 61).

Por ninguna parte aparece, pues, el error de hecho que se alega; y muchísimo menos en forma manifiesta. Pero tampoco existe error de derecho con violación del artículo 722 del C. J., porque sabido es que el juzgador tiene poderes suficientes para analizar y calificar el mérito de convicción de un informe pericial, aún en el caso de que se rinda uniformemente por los dos peritos principales o por uno de éstos y el tercero designado para dirimir el desacuerdo entre ellos. De lo contrario serían los peritos y no el juez

quienes resolvieran el litigio. Por tal motivo, un ataque en casación contra la apreciación de un dictamen, sólo puede prosperar si el error en que incurra el Tribunal al estimar sus fundamentos, aparece de manifiesto en los autos. Ello es así, pues al Tribunal le corresponde estimar si las razones en que se apoya el concepto pericial permiten darle valor de plena prueba. La Corte en diversas ocasiones ha expresado esta opinión. (C. C. 27 de febrero de 1952, G. J. 2110 y 2111, págs. 131 y 132). Error de derecho, pues, en la apreciación de esta prueba, sólo puede existir cuando el Tribunal le dá pleno valor no obstante hallarse el dictamen totalmente desprovisto de fundamentación. (Casación Civil, agosto 4 de 1950, G. J. 2085, pág. 760).

La segunda parte de este cargo se endereza a acusar la sentencia del Tribunal, por error de hecho en la apreciación del acta de la inspección ocular practicada en la primera instancia; es decir, la misma en cuyo desarrollo se rindieron los dictámenes periciales analizados anteriormente.

Se extractan los pasajes importantes del alegato del recurrente:

“La sentencia no sólo prescinde de la prueba que contiene el acta, en lo que respecta a los hechos y circunstancias observados por el Juez, sino que niega que el Juez haya dejado constancia de sus observaciones, lo cual constituye error de hecho en la apreciación de dicha prueba.

“Concepto del fallo.—En efecto, dice esta pieza al f. 55 del C. número 3: ‘La inspección ocular de fojas 10 a 16 del cuaderno principal. Antes de analizarla, conviene anotar que el juzgado no deja ninguna constancia de sus propias percepciones; sólo se limitó a la identificación de los predios’. (Subraya el suscrito. Los folios citados en este párrafo son los 23 vt. y ss. del cuaderno número 2, conforme a una nueva numeración que se hizo). El error de hecho.—Para el Tribunal pasó inadvertido el siguiente pasaje del acta de la inspección, correspondiente al día 18 de abril de 1945 y que puede leerse al folio 29 vta. del cuaderno número 2: ‘El Juzgado accede a lo solicitado por el señor apoderado y por su parte deja las siguientes constancias de los hechos observados durante esta diligencia de inspección: ‘La corriente de agua que fijó en diligencia anterior como base de la línea divisoria, constituye una quiebra del terreno de prolongación apreciable y por la cual corre agua aunque en pequeña cantidad y que se hace invisible a trechos, te-

niendo hoy una menor cantidad de agua a la que corría por allí en el día de la diligencia anterior, y el punto donde ésta nace ahora es más bajo a aquél en que se constató en la diligencia anterior. Los señores Alfredo Restrepo o mejor el predio de éste y la finca de Orizaba de propiedad del doctor Roberto Escobar Vélez y hoy Mario Ruiz, no colindan puesto que se interponen las propiedades de Marco Restrepo y Hermano y la de Obdulio Arboleda, hoy de sus herederos conforme al croquis acompañado al memorial de pruebas del doctor Roberto Escobar Vélez. Y así debido a la interposición de estos predios que antes fueron por lo menos uno o sea el de Arboleda de Alfredo Restrepo y luego vendido por éste sostiene dicho señor Restrepo que hizo tal venta dejando para sí una faja colindante con la finca de Orizaba pero completamente desvinculada del predio actual de la cual desmembró el lote expresado. **Observa asimismo que el amagamamiento Fidel González sí contiene una corriente de agua apreciable sin ninguna interrupción o desaparecimiento de sus aguas desde su nacimiento hasta su desembocadura y su recorrido es mucho mayor o más prolongado que el de los demás amagamamientos que se encuentran antes de llegar a él, por la margen derecha del amagamamiento Ortiz subiendo; y los linderos actuales de las dos propiedades y que son del desagüe del amagamamiento González en el amagamamiento Ortiz hasta sus nacimientos y de allí en línea recta al alto de Llano Bonito son en realidad más lógico que la línea señalada por el Juzgado en la diligencia que precedió a este juicio, si se atiende a la topografía del terreno, a la mayor conveniencia para ambas propiedades, al menor costo de los cercos en su construcción y sostenimiento. (Fs. 29 vt. y 30, cuaderno número 2).**

“Plena prueba.—Nada tan claro, tan explícito. Las observaciones del Juez del conocimiento, son categóricas, inequívocas, en favor de la línea invocada por el demandante. El artículo 730 del C. J. preceptúa que el acta de la inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez, de modo que al no reconocer el mérito legal a dicha prueba, por el error de hecho de no haberla visto o de haberla omitido el fallador, infringió el citado artículo. III. Resultan así, el **dictamen** rendido en aquella ocasión y el **acta** de la diligencia, íntima y armónicamente relacionados. Cualquiera de tales documentos es prueba plena de que la

línea verdadera es la de la corriente ‘Fidel González’, pero juntas componen una prueba plena por excelencia, imponderable.

“Textos legales infringidos.—No aprecia el fallador el dictamen o lo aprecia mal, lo que constituye error de hecho, o en subsidio de derecho: tampoco estima el acta, en cuanto a las observaciones directas del juez, lo que es error de hecho, con el quebranto, en cuanto a lo primero, del artículo 722 del C. J. y en cuanto a lo segundo, del artículo 730 ib., más estos preceptos, violados en común por causa de dichos errores: a) El artículo 869 del mismo Código, porque tal modo de proceder lo llevó a aprobar una línea divisoria contraria a los hechos y al derecho; b) El artículo 669 del C. C., porque la línea demarcada viola el derecho de dominio del actor, probado suficientemente en el juicio; y c) El artículo 900 ib., porque el linderero determinado implica el desconocimiento de la servidumbre de demarcación, que es garantía y no burla del derecho de propiedad. Si la sentencia hubiese estimado en la forma legal el dictamen y el acta dichos, el fallo de la primera instancia habría sido confirmado y no revocado”.

Se considera:

Evidentemente, en la parte del acta de la diligencia, transcrita por el recurrente, aparece que el juzgado se refiere a “los hechos observados durante esta diligencia de inspección”, y agrega que “por su parte deja las siguientes constancias...” (C. 2, fol. 29 vta.).

El opositor manifiesta que tales constancias en realidad fueron incorporadas a solicitud del apoderado del doctor Escobar Vélez. Pero tal afirmación representa una interpretación de las frases citadas, totalmente contraria a su claro tenor. Allí se dice: “El juzgado accede a lo solicitado por el señor apoderado y por su parte deja las siguientes constancias de los hechos observados durante esta diligencia de inspección...”. De modo que son dos cuestiones totalmente distintas las contenidas en este párrafo: la primera es la decisión favorable a la solicitud precedente del apoderado del doctor Escobar Vélez, para que se encargue al juez municipal de Betulia de recibir las demás declaraciones pedidas; la segunda, es la relación de las observaciones hechas “por su parte”, o sea por el mismo juzgado, en la diligencia.

En consecuencia, el Tribunal incurrió en una equivocación cuando dijo que "El juzgado no deja ninguna constancia de sus propias percepciones: sólo se limitó a la identificación de los predios".

Sin embargo, este error no alcanza a tener mérito para infirmar la sentencia en casación, porque, como el mismo sentenciador lo dice, el punto crucial debatido, cuyo esclarecimiento impuso la decisión adoptada por el Tribunal, consistió en determinar "cuál es el primer amagamiento a que se refiere la escritura número 395 de 2 de agosto de 1916 de la Notaría de Concordia" (folio 58, C. número 3).

Es decir, no fue simplemente la calificación del dictamen rendido por los peritos de esta primera diligencia, sino la relativa a los conceptos periciales posteriores y las demás pruebas, la que influyó en la resolución adversa al recurrente, contenida en la sentencia del Tribunal.

La resolución del litigio dependía del señalamiento que se diera en el terreno al llamado primer amagamiento en la escritura de 1916; es decir, si era el indicado por el demandante o, al contrario, el que reclama el demandado. Y las observaciones del juzgado no definen este punto, pues se limitan a dejar constancia de que el Fidel González tiene mayor caudal de aguas y hace más largo recorrido que el otro, cuya existencia también se establece. También observa el Juez que en su concepto es más lógico tomar como linderó el amagamiento Fidel González, por resultar una línea más conveniente para los dos predios y de más económico sostenimiento. Pero esto, como es obvio, no representa una observación propiamente dicha, ni resuelve la cuestión debatida, porque no se trata de conocer cuál es la línea más conveniente sino la que en la mencionada escritura se quiso señalar.

En consecuencia, de haber apreciado debidamente el Tribunal esta parte del acta de la diligencia, no habría modificado la estructura de su sentencia ni su parte resolutive. Se trata, además, de un concepto accesorio, pues como ya se vio al estudiar la primera acusación, el Tribunal apoyó su fallo principalmente en los dictámenes rendidos durante la segunda instancia y en la prueba testimonial.

No hubo violación indirecta de los textos sustantivos, como consecuencia de los errores que se atribuyen al sentenciador en la apreciación del referido dictamen pericial y del acta de la

diligencia de inspección ocular. El cargo no prospera.

Segundo cargo.

Dice el recurrente, en sustancia:

"El auto para mejor proveer.—A punto de fallar, el H. Tribunal dictó auto para mejor proveer, con apoyo en la facultad que le confiere al Juzgador el artículo 600 del C. J. Aparece dicho auto al folio 36 vt. y 37 del cuaderno número 3. Como lo dice la providencia mencionada, **"por no haber concurrido a la diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia (la de 27 y 28 de enero de 1949, fls. 52 y ss., cuaderno número 4), tanto el señor Magistrado ponente doctor Antonio Jaramillo E., como el magistrado doctor Alberto Restrepo Uribe, les era difícil definir algunos puntos dudosos del problema. Para poderlos definir se decretó una nueva inspección ocular 'a fin de OBSERVAR lo siguiente', según el texto literal del proveído. Así, pues, era para observar, y se explica bien que fuera para observar simplemente, porque lo que necesitaban los señores magistrados era eso, observar, ya que por no haber concurrido a la anterior diligencia, no habían observado, y seguramente les bastaría observar, para poder aclarar los aspectos dudosos del problema. Y en tal virtud, quisieron observar: a) El llamado primer amagamiento, nacimiento, caudal, profundidad del cauce, etc.; b) Cuál debió ser el linderó al vender Alberto Restrepo a Manuel Camilo Restrepo, mediante la escritura número 395, de 2 de agosto de 1916, teniendo en cuenta la topografía de los predios, el mejor acomodamiento de los mismos, el costo de las cercas; c) Si entre los inmuebles de las partes hay propiedades de otras personas; d) La época de que datan los pastos existentes en la zona de la disputa y si fue sembrada de café, cuándo y por quién; e) La antigüedad de los cauces de los dos amagamientos, arborización en sus orillas y otras circunstancias sobre permanencia, disminución o extinción de sus corrientes; y f) Los drenajes a que se alude en inspecciones y dictámenes, para saber si el pequeño amagamiento tiene en ellos su origen.**

"El dictamen pericial.—A los folios 41 y ss. del cuaderno número 3 corre el dictamen pericial rendido por los peritos: En una Primera parte

hacen el 'Estudio Filológico de la palabra amagamamiento'. La Segunda Parte la dedican al 'Estudio Hidrológico sobre los amagamamientos', en la cual incluyen sendos capítulos sobre 'Nomenclatura geográfica de las corrientes de agua', 'Origen de las aguas que forman la corriente', 'la longitud y el caudal', 'Velocidad de las corrientes de agua', 'Periodicidad o permanencia de las corrientes de agua' y 'Destinación de las corrientes de agua'. En la Tercera Parte estudian 'Cuál es el primer amagamamiento' y hacen el 'Cotejo entre las dos líneas divisorias'. Y en la Cuarta Parte hacen la 'Relación geológica entre el Pequeño Amagamamiento y los drenajes hechos para la conducción de las aguas en la Planta Orizaba'.

"Extralimitación de la prueba.—El H. Tribunal podía dictar auto para mejor proveer, según el artículo 600 del C. J. Si para él había puntos oscuros o dudosos, estaba facultado para ordenar lo necesario para aclararlos. La causa de la justicia así lo demandaba. Pero, ni el H. Tribunal, ni los peritos, mucho menos, podían crear pruebas. La doctrina de esa alta Corporación sobre el alcance de tan importante facultad, es uniforme en el sentido de que sólo se endereza a aclarar, no a probar, no a originar una prueba que debieron aducir y no adujeron las partes. El H. Tribunal dispuso efectuar una inspección ocular "a fin de observar", porque, como ya se dijo, la mayoría de la nueva Sala no había observado: "lo que se ha llamado primer amagamamiento de la derecha subiendo, ubicación del nacimiento de éste, examen de su caudal de aguas y de su profundidad; si presenta sequedades intermedias, arroyo a donde va a morir, diferencia de caudal entre el nacimiento y la desembocadura de ese amagamamiento". (F. 36 vt., cuaderno número 3). Pero, los señores peritos no se limitan a observar "el llamado primer amagamamiento", para dejar constancia de su ubicación, de su profundidad, de si presenta sequedades intermedias, del arroyo a donde va a morir, etc., sino que se consagran en la Tercera Parte de su concepto a probar que el primer amagamamiento de que habla la escritura número 395, de 2 de agosto de 1916, 'la Matriz de los títulos de propiedad que aparecen encuadrados en este expediente', según los términos altisonantes y ampulosos del mismo concepto, es el que primeramente se halla a la derecha subiendo de la corriente 'Antonio Ortiz'. Extralimitan su función los señores peritos, a ciencia y paciencia del H. Tribunal que exalta dicho dic-

tamen a la categoría de apoyo decisivo de la sentencia. No se les llamó a dictaminar sobre ese punto, o sea el esencial de la litis, porque ello no podía ser materia de un auto para mejor proveer, ya que habría sido crear la prueba que necesitaba el demandado para salir victorioso y que sólo a él correspondía aducir".

Luego dice: "Y con este preámbulo entran (los peritos) a conceptuar sobre lo que no fue sometido a ellos, para concluir, sentadas las premisas, que 'el llamado primer amagamamiento de la derecha subiendo', es amagamamiento y es 'el primer amagamamiento que al remontar las aguas del amagamamiento Antonio Ortiz le desagua por la derecha'. Nadie les planteó este problema. Ni el Tribunal, porque no podía crear pruebas, sino aclarar los puntos que hallase oscuros o dudosos. Ni las partes, en el acto de la inspección, porque la Sala no les dio atribución al respecto, ni ellos lo pidieron. Fue, pues, una prueba ilegalmente creada, contra los términos del auto para mejor proveer, contra la posición de los litigantes que sabían que no iban a esas horas a crear pruebas y sobre todo el demandado que no soñaba con esa de generación espontánea, caída de los cielos, y contra el texto del artículo 600 del C. J., cuyo alcance ha señalado reiteradamente esa Corporación.

"El error.—Con todo, el H. Tribunal se fundó primordialmente en dicho dictamen, que transcribo en lo esencial (fl. 59 vt., 60 vt. y 61, cuaderno número 3), para declarar que 'el llamado primer amagamamiento' de que habla aquella escritura, es el señalado como lindero en la diligencia de deslinde. Incurrió, por tanto, en error de derecho, porque tal dictamen se produjo contra lo dispuesto en el auto para mejor proveer, es decir, contra el precepto del artículo 600 del C. J., que faculta para ello con el objeto de aclarar puntos oscuros o dudosos, mas no de crear pruebas a las partes, y carece, por tanto, de valor legal. El H. Tribunal debió rechazar esa prueba, debió negarle todo valor, y no lo hizo, a pesar de que extralimitaba el encargo contenido en el auto y violaba la norma del citado texto. Parece que el H. Tribunal —y el suscrito lo cree así— hubiera olvidado que la inspección del 29 de mayo de 1950 y el dictamen referido, que menciona en la sentencia al folio 59, tuvieron lugar en cumplimiento de un auto para mejor proveer. Si no lo hubiese olvidado, se habría enterado de que

los peritos habrían creado una prueba contra su propio mandato y el texto de la ley.

Textos legales infringidos.— A través de tal error de derecho, resultaron quebrantadas estas disposiciones legales: a) El artículo 600 del C. J. que inviste al juzgador de poder para dictar auto para mejor proveer, a fin de aclarar puntos oscuros o dudosos, pero no para crear pruebas; b) El artículo 593 ib., porque, en el supuesto de que el famoso concepto alcanzare a probar, intrínsecamente, que el amojonamiento es justo, no podría atribuírsele dicho valor en este juicio, porque tal medio de probar no está especificado en la ley procesal, precisamente por haber tenido origen en un auto para mejor proveer; c) El artículo 597 ib., porque entré las vías señaladas en este precepto para llevar las pruebas al proceso, no figura el auto para mejor proveer; d) Los preceptos citados como infringidos, en el cargo.

“Si el Juzgador hubiese negado valor a dicha prueba, de acuerdo con su providencia y los mencionados preceptos, se habría derrumbado la pretensión del señor Restrepo e impuesto la confirmación de la sentencia de primera instancia, porque habría quedado en pie el dictamen pericial de dicha instancia, ya que el primer experticio de la segunda carece de mérito probatorio, hasta el extremo de que el fallador sólo lo menciona en la relación de las pruebas”.

Se considera:

Bajo el subtítulo “Textos legales infringidos”, el recurrente se limita a citar como violados los artículos 600, 597, 593 del C. Judicial. A lo largo del cargo no aparece ningún otro texto legal mencionado siquiera. Y sucede que estos tres artículos del C. Judicial son de carácter simplemente procedimental, pues se limitan a decir cuándo y con qué objeto puede el fallador de segunda instancia dictar autos para mejor proveer; a establecer que toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostradas de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios que en el Código se especifican; y a dar las reglas para la estimación de las pruebas según la manera como hayan venido a formar parte del proceso.

Ninguno de estos textos consagra, por sí solo,

un derecho subjetivo independiente que hubiera podido quebrantar la sentencia recurrida. Pero entendiéndose que estas normas se enlazan con las sustantivas citadas en el cargo anterior, la Sala estudia las acusaciones transcritas, estableciendo la correspondencia de rigor.

Sin embargo, la Sala estima conveniente observar que tampoco tiene razón el recurrente cuando afirma que no era posible reconocerle valor al dictamen pericial rendido con ocasión de la diligencia de inspección ocular decretada en auto para mejor proveer, pues no aparece que los peritos hubieran extralimitado sus poderes o funciones.

En efecto, el objeto y la causa de la diligencia y del examen pericial correspondiente, fue la necesidad de despejar la duda que encontraba el Tribunal acerca de cuál era el primer amagamamiento y por dónde en realidad debían establecerse los linderos discutidos. Así lo dice claramente el auto para mejor proveer, en sus ordinales a) y b). Además, el fallador consideraba imprescindible precisar los puntos contenidos en los ordinales c), d), e) y f). (La separación en ordinales es del recurrente; fol. 17, cuaderno de casación).

Para obtener ese resultado era indispensable oír el dictamen de los peritos, pues con la simple observación de los hechos por parte del Tribunal y de aquéllos, era imposible alcanzar el fin propuesto. La observación podría dejar determinada la existencia de los dos amagamamientos discutidos; de los cauces, del drenaje, etc. Pero para decidir si el primer amagamamiento era el lindero, o si lo era el señalado por el actor, e inclusive para saber si aquél era o no en realidad un amagamamiento y si el drenaje de que hablan las otras diligencias podía o no ser la causa de él, acudir al dictamen de expertos resultaba el único medio conducente. Para apreciar la necesidad de un estudio a fondo de las cuestiones propuestas en el auto para mejor proveer, basta reproducir algunos de sus párrafos:

“Lo que se ha llamado primer amagamamiento de la derecha subiendo, ubicación del nacimiento de éste, examen de su caudal de aguas y de su profundidad; si presenta sequedades intermedias, arroyo a donde va a morir, diferencia de caudal entre el nacimiento y la desembocadura de ese amagamamiento. Importa igualmente establecer, si no con certeza al menos con aproximación, de qué época datan los pastos con que actualmente está ocupada la faja; cuándo y en qué extensión

esa faja de terreno fue sembrada de café, y por quién. Tanto en el amagamiento pequeño como en el amagamiento Fidel González se hará estudio sobre antigüedad de cauces, floración de rocas, arborizaciones en las orillas y demás circunstancias que demuestren la constancia del caudal de aguas, o los motivos que hubiere para su disminución o extinción. De igual modo, se estudiarán los drenajes hechos para la conducción de las aguas de la planta de Orizaba, a fin de saber con certidumbre si el pequeño amagamiento proviene de esas obras, o si tiene otro origen, el cual se establecerá".

Naturalmente, estos peritos no podían limitarse a "observar" como lo pretende el recurrente, porque entonces se hubieran convertido en simples testigos actuarios. Ellos debían estudiar cuidadosamente los puntos respectivos, tal como lo hicieron en su informe y lo ordena el auto mencionado.

Y no tiene razón el recurrente cuando dice que los peritos extralimitaron sus funciones al pretender probar cuál era el primer amagamiento de que habla la escritura 395 de 1916, porque precisamente fue éste uno de los asuntos sometidos a su estudio en el auto para mejor proveer. En efecto, dice el auto: "se observará también cuál sería, dada la topografía del terreno, la línea divisoria que por ser la más indicada, dados su costo, dirección y mejor acomodamiento entre los predios divisorios, debieron haber fijado los señores Alberto y Manuel Canuto Restrepo, cuando otorgaron la escritura número 396 de 2 de agosto de 1916". (Subraya la Sala).

Y como en esa escritura se señala como lindero el primer amagamiento, resulta que determinar cuál de los tres que existen fue el que en dicha escritura se tuvo en cuenta cuando se habla del primero, es lo mismo que establecer cuál fue la línea divisoria fijada por los señores Alberto y Manuel Canuto Restrepo en la misma escritura.

Por consiguiente, para que el punto propuesto por el Tribunal en el párrafo últimamente transcrito tuviera solución, los peritos tenían que precisar sobre el terreno cuál era el primer amagamiento. Y naturalmente, necesitaban estudiar el título que allí mismo se menciona.

Tampoco el planteamiento de aquella cuestión equivalía a producir un nueva prueba, y a una extralimitación de las facultades del Tribunal, porque casualmente lo dicho en la parte reproducida del auto para mejor proveer había sido el objeto principal de las dos diligencias de inspec-

ción ocular practicadas en primera y segunda instancia, y de gran número de testimonios recibidos en el curso de las mismas. El Tribunal encontró que si bien se había establecido la existencia y diferencia de caudal de las dos corrientes de agua señaladas por las partes como el primer amagamiento, según la escritura 396, la observación directa hecha en el curso de las diligencias no había suministrado suficientes elementos de juicio para determinar cuál era en realidad ese primer amagamiento.

El resultado del dictamen pericial de la primera inspección de la segunda instancia, fue el siguiente: el perito J. Miguel Mejía, conceptuó que el primer amagamiento que se señala como lindero, es el llamado "Fidel González"; el perito Ramón A. Vélez, conceptuó, en oposición al anterior, que si bien el Ramón González podía ser un límite más conveniente, sin embargo la primera cañada que se encuentra a la derecha; subiendo por el amagamiento Ortiz, es en realidad el llamado primer amagamiento; y el perito tercero señor Ramón Vélez dice que el amagamiento Fidel González no es el primero, pues antes existen dos pequeños amagamientos. Es decir, el perito tercero estuvo de acuerdo con el perito Vélez en cuanto acepta que el arroyuelo que señala el demandado, es en realidad el primer amagamiento. Estos dos peritos observan también que el Fidel González lleva este nombre desde muchos años atrás y que a pesar de esto no se le menciona en los títulos.

Los peritos designados en la diligencia de inspección ocular de primera instancia, conceptuaron así: Alejandro Trujillo dijo que el corredero de agua aceptado como primer amagamiento por el juez en la diligencia de deslinde, era en realidad ese amagamiento; el perito Montoya conceptuó, en desacuerdo con el anterior, que a ese corredero de agua no se le podía dar el nombre de amagamiento; y el perito tercero señor Samuel Velásquez acogió el dictamen de Montoya.

De manera que el Tribunal estaba frente a dos dictámenes superficiales y radicalmente diferentes: el de la primera instancia favorable al demandante (no por unanimidad); y el de la segunda instancia favorable al demandado (también con un perito disidente). Dictámenes que, por lo demás, no contienen un estudio técnico ni aducen razones que ilustren y orienten el criterio del fallador para formar su convencimiento.

Además, las observaciones que el Juez de primera instancia hizo en el curso de la diligencia,

tampoco definen ni precisan este punto, lo que es lógico, pues a su examen de fondo no se podía llegar sin el auxilio de expertos. Simplemente el funcionario deja constancia de la cantidad de agua que en ese entonces corría por los dos vertederos, y del mayor volumen correspondiente al Fidel González. Conceptúa también aquél que es más lógico tomar como lindero este último amagamiento, si se tienen en cuenta la topografía, las conveniencias de los dos predios y el costo de los cercos. Mas lo dicho en este aparte —se repite— no es una observación, sino una opinión del funcionario que no resuelve la cuestión discutida, ya que se trataba de establecer cuál era el amagamiento que los títulos señalaban como lindero y no cuál era la línea divisoria más útil, lógica o económica.

En presencia de esas diversas pruebas, el Tribunal estimó que no se hallaba establecido con suficiente claridad, en definitiva, si el lindero debía ser el señalado conforme al dictamen de los primeros peritos o el que resultaba del concepto de los últimos. De ahí la necesidad que encontró de proferir el auto para mejor proveer, y de incluir en los puntos objeto de la nueva diligencia el relativo a establecer cuál sería la verdadera línea divisoria que se quiso fijar por la escritura 398 de 1916.

De la relación anterior aparece que el Tribunal tuvo motivos que justificaban la nueva inspección ordenada por auto para mejor proveer, con asesoría de peritos, y que el dictamen de éstos está de acuerdo con los puntos indicados en la providencia.

Se observa, por último, que la parte recurrente no formuló reclamo alguno contra el auto del Tribunal que ordenó la diligencia, ni objetó el dictamen de los peritos, el cual fue puesto en conocimiento de los litigantes por el término de tres días, para los fines legales. De manera que es en casación donde por primera vez se plantea la discusión sobre la legalidad del primero y la extralimitación de funciones de los últimos.

Se rechaza el cargo.

Tercer cargo

Se hace consistir en errores cometidos por el Tribunal al estimar la prueba testimonial en general. Dice el recurrente en los párrafos fundamentales: "La sentencia prefiere la prueba testimonial del demandado, a la del actor, porque

el número de testigos del primero supera al del segundo, y los del reo "dan las razones de sus dichos" y "no incurrir en contradicciones al contestar las preguntas que se les hicieron". Según la lista del fallo, el número de testimonios del señor Restrepo, es de diez y ocho y el del actor es de doce. Pero ocurre que los primeros no son todos los que están, y en los últimos no están todos los que son:

"Los testimonios del demandado.—El Tribunal de instancia incurrió en error de hecho en no haber eliminado de las pruebas de la parte demandada, los siguientes testimonios: a) Los de José María Góez y Joaquín Montoya, que no aparecen por parte alguna en el expediente. (Quedan 16 testigos). b) Los de Jesús María Mejía y Jesús E. Pérez (fls. 15 y vt., cuaderno número 7), porque son favorables al actor ('Alberto y Manuel Canuto Restrepo, delimitaron sus fincas por el amagamiento Fidel González' dicen). Tanto es así que en la relación de la misma sentencia, de los testigos del actor, presentados 'con el fin de demostrar que es el amagamiento Fidel González el verdadero límite de su propiedad' —según palabras del fallo— el Tribunal incluye a los MISMOS declarantes Jesús María Mejía y Jesús M. Pérez, como puede verse en el primer aparte transcrito arriba y en el folio 58 vt., cuaderno número 3. (Quedan 14 testigos). c) El de José María Vásquez (f. 20 vto. cuaderno número 6), que es inocuo, pues el testigo nada sabe y por ello nada dice categóricamente. Ignora el lindero en disputa. d) El de Antonio J. Muñoz (f. 11 vt. cuaderno número 4), quien no conoce las fincas, ni le consta nada de linderos. (13 testigos). d) El de Juan Muñoz, quien declara en la inspección ocular —prueba practicada por el H. Tribunal (f. 53, cuaderno número 4)— y quien no conoce el amagamiento 'Fidel González' y para quien 'don Manuel Canuto y don Alberto Restrepo trabajan indistintamente a lado y lado del amagamiento' (el llamado 'primer lindero'). (12 testigos). e) El de Jesús Muñoz (f. 53 vt., cuaderno número 4), quien dice: 'Don Manuel Canuto no llegó a decirme hasta dónde llegaba su finca', y 'por cuenta de don Canuto me tocó sembrar maíz al lado izquierdo del amagamiento, subiendo', es decir, entre éste y el 'Fidel González'. Don Manuel Canuto fue antecesor del actor; y agrega: 'Por cuenta de don Manuel Canuto me tocó sembrar maíz en la zona comprendida entre los dos amagamientos de que he hablado'.

(11 testigos). Esta declaración —presentada por el apoderado del demandado— debe pasar al elenco de los testimonios del demandante, cuya causa favorece ostensiblemente. f) El de Teodoro Vargas (f. 54, cuaderno número 4), cuya cita entre los testigos sostenedores de la causa del demandado, como la de Jesús María Mejía y Jesús E. Pérez, no se explica, porque es manifiestamente favorable al doctor Escobar. Sembró maíz, por cuenta de don Manuel Canuto Restrepo a la orilla izquierda bajando del amagamiento 'Fidel González'. 'He dicho que la finca Orizaba linda con propiedades de herederos de Obdulio Arboleda y Marco Restrepo, porque ellos son dueños de esas fincas colindantes'. 'Don Manuel Canuto tumbó el monte que estaba a la orilla derecha de la agüita (el llamado primer amagamiento). Y lo vi tumbar'. Debe también pasar a la relación de testigos que apoyan el derecho del demandante. (10 testigos). g) El de José Correa (f. 15 vt.), porque no sabe nada, porque no puede asegurar nada en favor del demandado. Por el contrario, en materia posesoria es francamente favorable al actor (9 testigos). h) El de Olegario Muñoz (f. 18 vt., cuaderno número 6), por innocua. 'Manuel Canuto Restrepo, que era hijo de Alberto Restrepo Arango, cobraba arrendamientos tanto en lo de él como en lo de su padre y demás Restrepos', y apenas conoce 'la primera agua' que desciende al amagamiento 'Antonio Ortiz', pero calla sobre si es o no el lindero. (8 testigos). i) El de José Benjamín Muñoz (f. 17 vt., cuaderno número 6), porque nada dice respecto de lindero, no obstante conocer el 'primer amagamiento', y no sabe si la finca de 'Orizaba' linda con propiedades de Marcos Restrepo y los Arboledas. Quedan así reducidos los diez y ocho testigos a siete.

"Los testimonios del actor.—Son doce, para la sentencia, de manera que ya el número supera al de los declarantes del señor Restrepo. Y es que aquella cifra aumenta porque, se repite, no están todos los que son. En efecto: fué de los doce aceptados por el fallo, el sentenciador dejó de estimar los de Luis Felipe Vélez (f. 33, cuaderno número 2), José María Molina (f. 50 ib.), Ana Francisca Arboleda (f. 52 ib.), Enrique Alvarez (f. 21, cuaderno número 6), Alfonso Alvarez (f. 23 vt. ib.), Antonio Restrepo (f. 12 ib.), Joaquín Vargas (f. 55, cuaderno N.º 4), José Correa (f. 15 vt., cuaderno número 6), y Teodoro Vargas (f. 54, cuaderno número 4), es decir, *Gaceta*—12

ve testimonios que dejó de apreciar la sentencia y que hacen un total de veintiuno contra siete de la parte demandada. Todos los testimonios citados, así los estimados por el fallo, como los que omitió considerar, cooperan a formar la certeza de que el lindero debatido va por el amagamiento 'Fidel González'.

Errores de hecho e infracción de la ley.— La inclusión en la lista de testigos del demandado, de declaraciones que favorecen ampliamente la causa del actor, como el haber guardado silencio sobre algunos también manifiestamente favorables a la misma causa, implican evidentes errores de hecho que condujeron al juzgador a quebrantar estos preceptos legales: a) El artículo 697 del C. J., porque el hecho de que el lindero va a lo largo del amagamiento 'Fidel González', aparece afirmado por veintiún declarantes; b) El artículo 702 ib., porque como hay contradicción entre los dichos de una y otra parte, el número tan elevado de testigos del actor sobre el de declarantes del demandado, es decisivo, ya que la calidad, fama e ilustración, o no juegan en este caso, o juegan por igual; c) Los artículos 869 del C. J., 669 y 900 del C. C., en cuanto por la preponderancia que el fallo le dá a la prueba testimonial del demandado, debido a los errores referidos, se aprobó la línea fijada en la diligencia de deslinde, que no es verdadera y se violó el derecho de propiedad del actor, así como la prerrogativa de demarcar justamente su heredad".

Se observa:

El cargo se funda en haber incluido el Tribunal en la lista de testigos del demandado, a declarantes que favorecen al actor, y en haber guardado silencio sobre algunos que depusieron en favor de la causa del demandante. De allí se deduce el error manifiesto en la apreciación de la prueba testimonial.

Pero aún partiendo de la hipótesis que estas acusaciones estuvieran probadas, no se concluye que sin la inclusión y exclusión indebidas de los testimonios citados el Tribunal hubiera llegado a una decisión diferente. Es decir, dando por sentado que la agrupación de los testimonios se deba hacer tal como lo pretende el recurrente, no aparece por este solo hecho que del conjunto de tales declaraciones esté demostrado, y menos en forma manifiesta y evidente, como el lindero

verdadero no es el amagamiento que el Tribunal acepta, sino el que el demandante alega.

El error en la apreciación de la prueba testimonial no puede consistir simplemente en que la agrupación de los testimonios no haya sido hecha por el sentenciador en forma correcta. Es indispensable que del análisis del contenido de las declaraciones, se deduzca, sin la menor duda, el error que se alega como causal de casación. El Tribunal prefirió la prueba testimonial del demandado no sólo por el número de testigos, sino porque los que depusieron a favor de aquél "dan las razones de sus dichos" y "no incurren en contradicciones al contestar las preguntas que se les hicieron". Esta apreciación no ha sido desvirtuada. En numerosas sentencias ha dicho la Corte que el Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas y que sólo el error de hecho manifiesto en los autos dá entrada en casación para quebrantar el fallo.

El recurrente no demostró que tales testimonios, agrupados como él lo indica, prueben plenamente que el amagamiento que sirve de lindero a los dos predios, no sea el que el Tribunal acepta. De ninguna manera puede admitirse que tal error exista, porque del conjunto de testimonios contrarios entre sí, no se deduce a ciencia cierta una conclusión favorable a ninguna de las dos partes, si no hay lugar a establecer en los testigos diferencias de calidad, cualquiera que sea el número que en uno u otro sentido depongan. Y por eso, precisamente, el Tribunal consideró indispensable la práctica de la última inspección ocular con asistencia de peritos.

Además, la decisión del Tribunal se apoya preferentemente en los dos dictámenes rendidos en la segunda instancia. La prueba testimonial fue concurrente, pero no exclusiva, en la formación de su criterio. Lo cual descarta nuevamente la posibilidad de casar la sentencia por causa de estas acusaciones.

No prospera el cargo.

Cargo último o subsidiario

Dice el recurrente: "En qué consiste.—Poseída la zona de terreno comprendida entre los dos amagamientos, como lo dice la sentencia, en común, por Alberto y Manuel Canuto Restrepo, se consumó una prescripción adquisitiva recíproca en favor de las partes, de una cuota equivalente a la mitad de la referida zona, para cada una, cuya declaratoria compete ahora hacer en relación

con el demandante únicamente, por haberla él impetrado en la demanda.

"Conceptos del fallo.—Dice así: "Las sementeras plantadas en el terreno o faja comprendida entre el amagamiento Fidel González y el primer amagamiento, fueron puestas por Alberto Restrepo y Manuel Canuto del mismo apellido. Estos poseyeron en proindivisión, lo que aparece demostrado con los testimonios rendidos por Joaquín A. Caro, Obdulio Montoya, José M^a Vázquez, Argemiro Mejía y otros" (f. 61 vt., cuaderno número 3). Poseída la faja de terreno, como lo dice el fallo, en proindiviso, cosa que acepto para fundar en subsidio el presente cargo, se realizó una usucapación recíproca de cuotas a favor de uno y otro coposeedor. Esta posesión implicaba para uno y otro vecino una posesión regular, esto es, con justo título, buena fe y tradición, tal como lo exige el artículo 764 del C. C., en relación con un derecho o cuota equivalente a la mitad del dominio sobre el predio en referencia.

"Título.—En el presente caso cada poseedor obró con apoyo en su respectivo título; sin éste ninguno de los dos habría tratado de poseer el bien ajeno. La venta del año de 1916, de Alberto Restrepo a Manuel Canuto Restrepo, es el título que sirve de base a la usucapación en referencia, en lo que respecta al demandante, y en lo que concierne al demandado, el contrato de muchos años antes, por medio del cual hubo la totalidad de la heredad. Tales títulos son justos, porque reúnen los requisitos que la ley exige para su perfeccionamiento: escritura pública (art. 1857 del C. C.); para que presten fe en juicio (artículo 3673 ib.); para que produzcan efectos respecto de terceros (artículo 2674 ib.), y para que la propiedad inmueble pase de un patrimonio a otro en virtud del acto jurídico (artículo 2637, ordinal 1º).

"Buena fe.—No hay por qué suponer que al adquirir Alberto Restrepo la totalidad de la heredad y al adquirir Manuel Canuto Restrepo, la finca de 'Orizaba', no hubiesen obrado de buena fe, y sobre todo que al celebrarse el título en virtud del cual compró el último de buena fe creyese don Alberto que vendía por el llamado 'primer amagamiento', y también de buena fe pensase don Manuel Canuto que adquiría por el denominado 'Fidel González'. Sobre todo, en la pres-

cripción ordinaria, la buena fe se presume legalmente, y si por esto se puede probar en contrario, no se ha probado nada que destruya la buena fe de ninguno de los contratantes, y la coposesión posterior es la refrendación de esa irrefragable, recíproca, buena fe.

“Tradicición.—Los títulos aparecen registrados en este proceso.

“La coposesión.—En el campo subsidiario en que este cargo se desenvuelve, la coposesión aparece establecida en buen número de testimonios, y el fallo lo reconoce.

“El tiempo requerido.—De 1916 en adelante han corrido más de diez años.

“La procedencia de la declaración de prescripción.—Transcribe el H. Tribunal dos doctrinas de esa Corporación, al parecer opuestas, y se acoge a la última, según la cual en un juicio ordinario de deslinde no puede discutirse el problema de la prescripción. De ser ésta la última doctrina de la H. Corte, no creo que tarde en rectificarla, dicho sea con todo respeto, porque es de ley y de justicia, por estas razones: a) La prescripción se puede alegar como acción y como excepción, en cualquier momento; b) La prescripción como modo de adquirir la propiedad, sin duda el más importante de todos, porque conlleva una función social imponderable, cumplida que sea, todo momento es oportuno para alegarla; no ha señalado la ley una limitación en este sentido; c) No poderla alegar en el juicio ordinario que sucede al de deslinde, es negar al derecho de propiedad una de sus más importantes prerrogativas; d) Imponer un nuevo juicio es atacar la norma de la economía procesal, ya que de una vez se dirime todo, si la usucapión en verdad ha operado; e) La prescripción lo sana todo, lo define todo; pues nada más adecuado a ello el que en el propio juicio ordinario referido, se deje saneada y definida una situación que de todos modos habrá de requerir un procedimiento también ordinario y ante el mismo juez; f) Es absurdo señalar un cierto lindero, cuando la usucapión está demostrando que no es ése, porque la posesión, en las condiciones de la ley, lo ha destruido; es como si la justicia cerrara los ojos a la verdad objetiva de los hechos y pronunciara una decisión, a sabiendas de que es falsa, de que

no responde a la verdad; y g) Según el artículo 343 del C. J. el Juez debe declarar la excepción perentoria que aparezca probada en autos, salvo la prescripción, que debe ser alegada; de modo que habiéndolo sido, es ineludible deber del funcionario, declararla.

“La infracción legal.—Sobre la base de la coposesión, el fallador debió aplicar los textos sobre prescripción ordinaria y no extraordinaria, de la cuota indivisa equivalente a la mitad de la propiedad de la zona dicha, y por ello negó la usucapión alegada por el actor. Quebrantó, en consecuencia, los siguientes textos: a) El artículo 764 del C. C. que consagra la posesión regular, que fue la cumplida en el presente caso; b) Los artículos 2512, 2527, 2528 y 2529 ib. que consagran la prescripción ordinaria como modo de adquirir el dominio; c) El artículo 1º de la Ley 51 de 1943 que la admite entre comuneros; d) El artículo 669 del C. C. y el 343 del C. J., porque habiéndose probado la usucapión de la cuota, el titular del derecho tiene poder para hacerlo efectivo y a ello se endereza la declaración solicitada, y el Juez debe hacerlo necesariamente”.

Se considera:

Este cargo se reduce a dos afirmaciones: 1ª Que en el juicio ordinario de deslinde, sí puede obtenerse una declaración de prescripción del terreno objeto del mismo, o de parte de él; 2ª Que por el hecho de haber poseído dos personas un terreno en indivisión, durante el tiempo requerido, pueden prescribir recíprocamente contra el coposeedor la mitad indivisa del inmueble, y que son poseedores regulares si han poseído con la creencia de que sus títulos lo autorizan.

La prescripción entre comuneros ha sido posible aún antes de la Ley 51 de 1943. La Corte, en pleno, tuvo ocasión de pronunciarse sobre este punto al fallar la demanda de inexecutable de dicha ley. (G. J. número 2016, pág. 8). (Véase también G. J. 2116-117, pág. 508).

Pero, para que esta prescripción pueda operar, se necesita que el comunero que la alega haya poseído materialmente y sin reconocer dominio ajeno, una parte determinada y precisa del terreno común, o su totalidad, con exclusión de los demás comuneros y de terceros.

No hay usucapión de derechos indivisos sobre un inmueble, sino de parte determinada de éste

o de su totalidad. Por eso, para obtener sentencia favorable en el juicio que siga el pretendido prescribiente, es requisito indispensable que se haya individualizado el terreno objeto de la posesión durante el lapso legal necesario.

Claro está que dos o más personas pueden poseer en común un inmueble y usucapir de la misma manera su dominio. Pero entonces todas están poseyendo para todas, en forma concurrente y no excluyente. Y nada se opone a que en tal caso cualquiera de ellas solicite la declaración de prescripción adquisitiva del dominio o de otro derecho real a favor de la comunidad. No ocurre lo mismo cuando dos o más personas ejecuten, cada una para sí y sobre el mismo terreno, en forma excluyente, actos que puedan calificarse como manifestaciones de posesión por implicar el ánimo de aprovecharse para sí, respectivamente, de ese terreno. Entonces, si cada una desconoce el dominio ajeno y de consiguiente se porta como dueño, realiza actos de posesión individual. Pero como al mismo tiempo los otros interesados ejecutan esos actos, ninguno de ellos puede de tal manera llegar a adquirir por prescripción el inmueble, en proporción alguna. Lo impide la circunstancia de que las respectivas posesiones se excluyen recíprocamente.

Para que varias personas puedan simultáneamente y en forma individual adquirir por prescripción partes de un inmueble, se necesita, como ya se dijo, que cada una de ellas ejerza posesión sobre una parte determinada y precisa del bien, con exclusión de las demás.

Por último, para que exista justo título constitutivo de posesión regular, no es suficiente que él reúna las características formales de tal, ni basta que sea traslativo del dominio o del derecho real cuya posesión se alega; es indispensable, además, que haya identidad entre el bien objeto de la posesión material y el que aparezca comprendido dentro de los linderos del título respectivo. Por eso, para que se reconozca en juicio el carácter de poseedor regular, es necesaria dicha identificación. La buena fe puede coexistir con el justo título, pero no lo constituye.

Puede ocurrir que una persona adquiere un inmueble en pleno dominio, y crea, con fundadas razones, que una zona de terreno del predio colindante, forma parte del suyo. Entra, pues, a poseerlo materialmente, con buena fe indiscutible. No obstante, carecería de justo título para la posesión de esa zona si en el juicio se llegare a establecer su error. En consecuencia, un título

es justo en cuanto a la posesión del terreno efectivamente comprendido dentro de la alinderación que aparezca en él. Pero no respecto a lo demás.

Finalmente, La manera como el recurrente presenta el cargo no coincide con la petición pertinente de la demanda. Allí pide el señor Escobar Vélez que se declare a su favor la usucapión de "la faja o fundo" comprendido entre las líneas divisorias señaladas por cada una de las partes. No habla como coposeedor ni pide que se declare haber adquirido por prescripción la mitad indivisa del fundo. La petición indica claramente que se considera poseedor exclusivo de la faja en cuestión. Esto sería suficiente para justificar el rechazo que el juzgado le dio a tal pretensión, y para considerar improcedente el motivo aducido en el cargo.

De modo que aún en la hipótesis de que sí fuera pertinente obtener una declaración de adquisición del dominio por prescripción de la zona discutida en el juicio de deslinde, y de que estuviera probada la posesión material del demandante sobre ese terreno o parte de él, tampoco habría podido el Tribunal acceder a la petición subsidiaria, en razón de faltar el justo título para la posesión regular y de no haber existido tal posesión durante los treinta años necesarios para configurar una prescripción extraordinaria.

Lo expuesto hace innecesario entrar al estudio del primer punto planteado por el recurrente, ya que en ningún caso podría hacer el Tribunal la declaración de prescripción adquisitiva.

Se rechaza el cargo.

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, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha 18 de agosto de 1950, en el juicio ordinario de Roberto Escobar Vélez contra Alfredo Restrepo.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Notifíquese, cúmplase, publíquese en la GACETA y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Rafael Ruiz Márquez — Hernando Lizarralde, Secretario.

QUE DEBE ENTENDERSE POR VERDADERO DUEÑO PARA EFECTOS DEL ARTICULO 1871 DEL CODIGO CIVIL. — LA ENAJENACION DE MEJORAS REALIZADAS EN TERRENO BALDIO, REQUIERE ESCRITURA PUBLICA Y REGISTRO

1.— Por verdadero dueño, deberá entenderse no sólo quien lo es con título perfecto que arranca del emanado del Estado y sigue por cadena no interrumpida hasta la persona que lo exhibe en forma perfecta, sino también a cualquiera que pruebe mejor derecho para poseer el bien disputado. Es decir, que el concepto relativo de dueño, definido por la jurisprudencia, en los procesos reivindicatorios, es el mismo que debe aplicarse en casos como los contemplados por el artículo 1871 del Código Civil. En otras palabras: el verdadero dueño, de que habla este artículo, puede ser quien prueba serlo de manera absoluta conforme a derecho, y también cualquier tercero al contrato de compraventa que pruebe mejor derecho a poseer el objeto vendido.

2.— Sentado que las mejoras que un colono hace en tierras baldías donde se establece con casa de habitación, con cultivos permanentes y con pastos artificiales para la cría y ceba de ganado, son bienes raíces, es forzoso declarar que, como bien raíz que ellas son, se necesita escritura pública para que el contrato de venta se reputé perfecto ante la ley, y para su tradición, es necesario el registro.

3.— Cuando el dueño o poseedor regular del terreno adquiere las mejoras por accesión, no se requiere escritura pública.

4.— Un colono cultivador de terrenos baldíos puede reivindicar sus mejoras contra poseedor sin derecho, porque tiene un derecho IN RE, respecto de terceros, aunque frente al Estado y para la fácil comprobación de su derecho, necesite la adjudicación correspondiente según las leyes fiscales.

Ordinario de Rafael Ordóñez y Aristides Rojas
contra Julio Restrepo Toro.

Procedencia: Tribunal Superior de Buga.

Resultando

Los mencionados señores Ordóñez y Rojas pidieron que se hicieran a su favor y en contra del doctor Restrepo Toro, algunas declaraciones según demanda de fecha 20 de agosto de 1944, recibida en el Juzgado Civil del Circuito de Tuluá, en relación con la finca de campo llamada La Albania, ubicada en aquel municipio y determinada así: "por el norte con predio de Abelardo Franco; por el oriente con la cuchilla alta denominada El Paramillo del Japón; por el occidente con la quebrada Culebras hasta encontrar el lindero con Abelardo Franco, y por el sur, propiedad de Cayetano Ramírez, quebrada de Los Volcanes de por medio". Especificaron que la dicha finca tenía una extensión aproximada de 200 plazas con cultivos de pasto artificial, monte, y casa de habitación.

El Juzgado ordenó corregir la demanda y entonces la parte actora, por ministerio de apoderado, concretó sus pretensiones, de las cuales se dio traslado al doctor Restrepo Toro, en el sentido de que, frente a éste, se les reconociera a Ordóñez y Rojas, dominio exclusivo de aquel predio, haciendo prevalecer sobre el título de Restrepo Toro, derivado de la viuda de un señor Vásquez, el que invocaban los demandantes derivado de un colono llamado Luis Enrique Rodríguez.

Del contexto de la demanda, de los hechos expresados en ella y de las pruebas allegadas al juicio se deduce la siguiente historia resumida.

En terrenos baldíos de las montañas de Santa Lucía en el municipio de Tuluá, el señor Jesús María Vásquez (llamado equivocadamente en la demanda Roberto), pero después de manera correcta, como se explica en memorial de pruebas del apoderado de los demandantes en primera

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

Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.

instancia) fundó por roturación y cultivo dos fincas que distinguió con los nombres de San Antonio y El Porvenir, en el sitio de Jicaramata.

Al liquidar la causa mortuoria de dicho señor se le adjudicaron aquellas fincas a su viuda doña Dolores Aguilar de Vásquez, según consta en la escritura de protocolización del juicio otorgada bajo el número 524 de la Notaría de Tuluá el 27 de septiembre de 1927.

La viuda de Vásquez vendió al doctor Julio Restrepo Toro, por escritura número 272 de 13 de abril de 1940, en la misma notaría, una parte del terreno de El Porvenir dentro de los siguientes linderos: "por el norte, quebrada de Culebras arriba hasta el páramo de Santa Lucía, o sea los picachos; por el oriente, con el páramo de Santa Lucía y la cuchilla de Calderas; por el sur con propiedad de Cayetano Ramírez, y por el occidente con propiedad de la vendedora". Se ajustó un precio de \$ 1.500 advirtiendo que el terreno "sólo tiene una perturbación de hecho ocasionada por Antonio Cañas F. y Rosalino Ramírez, consistente en la ocupación reciente de un pequeño lote". La vendedora responde de su carácter de dueña "pero que en cuanto a perturbaciones de dominio, posesión y demás litigios que ocurrieren el doctor Restrepo Toro los afrontará por su cuenta". Así lo aceptó éste.

Rosalino Ramírez y Luis Enrique Rodríguez, de quienes pretenden derivar título los demandantes Ordóñez y Rojas, suscribieron un contrato con el doctor Julio Restrepo Toro el 24 de abril de 1940, que Restrepo hizo protocolizar en documento privado firmado por ellos y por testigos rogados, mediante escritura número 373 otorgada por el mismo Restrepo el 27 de mayo de 1940 ante el Notario de Tuluá. Allí se hizo constar que Ramírez y Rodríguez se pretenden dueños de unas mejoras situadas en la finca de El Porvenir, "constantes de unas 50 plazas de pasto azul, casa de habitación y unos tumbados (sic) y una roza de maíz de una cabida de 10 plazas ya en producción, determinadas por los siguientes linderos: por el norte, quebrada de Culebras arriba hasta el páramo de Sta. Lucía, o sea los picachos; por el oriente con el páramo de Sta. Lucía y la cuchilla de Calderas; por el sur con propiedad de Cayetano Ramírez, y por el occidente con propiedad de Dolores Aguilar v. de Vásquez". Ramírez y Rodríguez se obligaron a entregar todo al doctor Restrepo Toro, por los indicados linderos, desde la fecha del contrato, "haciendo desocupación de los potreros y de la casa de habitación... en vir-

tud de transacción que hoy celebramos con el aludido doctor...; a no causar perturbación de ninguna naturaleza en las mejoras ya descritas, etc." Por su parte Restrepo se obligó a permitirles a Ramírez y Rodríguez cosechar íntegramente el maíz. Antonio Cañas adhirió al contrato haciendo declaraciones conjuntas con las de los otros cosecheros y a favor de Restrepo "para dejar de una vez terminado todo litigio que se relacione con las mejoras a que hace referencia este contrato y la transacción en él estipulada", como allí puede leerse.

El 29 de abril del mismo 1940, celebraron otro contrato por documento privado, Restrepo Toro, Rosalino Ramírez y su esposa, mediante el cual éstos recibían en administración la finca del primero incluyendo las mejoras negociadas por el pacto anterior, con derecho a ciertos beneficios para los Ramírez, venta de maderas aserradas y hasta compañía con Restrepo para la crianza de cerdos. El documento quedó protocolizado por el mismo Restrepo mediante escritura número 374 otorgada el 27 de mayo de 1940 en la Notaría de Tuluá.

Conviene anotar de una vez, para no perder el hilo orientador en este enmarañado y confuso litigio, que el Tribunal sentenciador llegó a estimar de tanta trascendencia estas escrituras, como que lo indujeron a decir en el fallo acusado que si ellas no aparecieran en el expediente, "el Tribunal hubiera hecho las declaraciones pertinentes al caso, con relación a las mejoras que con antigüedad de diez años apreciaron los peritos en los conceptos rendidos por ellos".

Es verdad que aquella prueba —el dictamen pericial— no se perfeccionó, pues de ella no se dio traslado a las partes. Sin embargo, como la sentencia no fue atacada por este aspecto y además tiene carácter puramente absolutorio, habrá de prescindirse de mencionar otra vez dicho peritazgo a que se refirió el Tribunal. Pero al tiempo y como sucede de ordinario, hubo una diligencia de inspección ocular practicada el 19 de julio de 1947, en la segunda instancia, durante la cual el juez comisionado estudió con observaciones sobre el terreno la identidad del predio materia de la demanda, de tal modo que se encontró correspondencia entre el objeto de las pretensiones de los demandantes Ordóñez y Rojas y lo poseído por Restrepo Toro. Mas tampoco habrá oportunidad de analizar los resultados de la inspección ocular, porque ello quedó por fuera del recurso de casación.

Reanudando la historia de estos antecedentes corresponde apuntar aquí que el contrato de administración entre Restrepo Toro y los cónyuges Ramírez no llegó a producir efectos prácticos, pues Rosalino Ramírez, no obstante haber firmado conjuntamente con Luis Enrique Rodríguez el contrato de 24 de abril de 1940, cuyo documento, a favor de Restrepo Toro hizo protocolizar éste mediante escritura 373 de 27 de mayo del mismo año, en la Notaría de Tuluá, arriba citada, decidió (Rosalino) pactar contrato de compraventa con Luis Enrique Rodríguez, mediante escritura número 368 de 30 de mayo de 1940 en la Notaría de Buga. De este instrumento vale copiar los párrafos que siguen; el primero determina la finca, mencionando entre los linderos una corriente de agua con el nombre de "quebrada de Los Solcones", error que aparece corregido con la explicación de que fue mal escrita la palabra y que se trata de la "quebrada de Los Volcanes" a la cual hacen referencia otros documentos del expediente; el segundo párrafo es una larga cláusula importante para apreciar otros aspectos del juicio.

Leyendo, pues, la copia de la escritura número 368 de 30 de mayo de 1940, otorgada en la Notaría de Buga, se encuentra que Luis Enrique Rodríguez le vende a Rosalino Ramírez "una finca agrícola ubicada en la región denominada Cañón de Culebras y compuesta de pasto artificial, una roza de maíz, desmontes, rastrojos y montaña alta, todo en el municipio de Tuluá.... encerrada por los siguientes linderos: norte, el Paramillo del Japón; oriente, la quebrada denominada Los Solcones (Los Volcanes); occidente, quebrada de Culebras; sur, las mencionadas quebradas hasta su encuentro".

El vendedor (Luis Enrique Rodríguez) declara que la finca que vende es el esfuerzo personal de 12 años de trabajo incorporado en el pedazo de suelo que forma parte de los terrenos baldíos adyacentes al indiviso denominado Jicaramata. Antes del vendedor ninguna persona había ocupado económicamente ese suelo. En vista de eso y de la prerrogativa otorgada por las leyes de Colombia, el vendedor descuajó la selva virgen en labor titánica y así vino a poseer una extensión de tierras que cubre una área de 200 plazas. Esa circunstancia le da suficiente título de dueño de las mejoras (se subraya) y es en razón de ello que transfiere su derecho al comprador Sr. Ramírez, quien de esa suerte viene a ocupar ante el hecho y el derecho (sic) su posición de propie-

tario. La venta se hace por la suma de \$ 500 que el comprador tiene entregados al vendedor... Este hace además las siguientes declaraciones: primera, que no tiene vendida ni enajenada la finca que vende ni la ha gravado en forma alguna; segunda, que desde esta fecha la entrega al comprador con todas sus anexidades, acciones y derechos; tercera, que se obliga al saneamiento, etc.; cuarta, que sobre el vendedor (sic) y en relación con su derecho a la finca materia de este contrato, la señora Dolores Aguilar viuda de Vásquez estableció alguna querrela pero en ella no pudo entonces salir airoso no obstante no existir la notable ley agraria que hoy existe y que es una preciosa conquista del partido liberal y la cual no permite que se pierda el esfuerzo del cultivador y descuajador de la montaña virgen porque, según principio de esa ley, a nadie le es lícito enriquecerse a costa ajena. Observan los contratantes además que la señora Aguilar se ha considerado dueña del terreno en que se ha levantado la finca de cuya venta se trata, por el hecho de que en la sucesión de su difunto esposo el señor Jesús Vásquez, los peritos avaluadores de mejoras que plantó en pequeña extensión el señor Vásquez, comprendieron la montaña virgen que ocupó económicamente el vendedor. Es ese el único título que a ella le sirvió para querrellar".

Las anteriores cláusulas que más parecen considerando de un fallo a favor de Luis Enrique Rodríguez, con el voto del comprador Rosalino Ramírez y contra la señora Dolores Aguilar v. de Vásquez, resultan en contradicción: no sólo por el reconocimiento que ambos hicieron, con el contrato suscrito mediante documento privado del 24 de abril de 1940 respecto de Restrepo Toro, comprador de la señora viuda de Vásquez—como se vio atrás— sino también con la sentencia definitiva del pleito que le siguió la misma viuda al señor Luis Enrique Rodríguez.

En efecto: aquélla entabló contra éste una demanda por perturbación, ante el Juzgado Municipal de Tuluá, en libelo de 18 de marzo de 1931; el fallo de primera instancia, pronunciado por el mismo salió con fecha 11 de junio y absolvió al demandado; pero habiendo apelado la parte demandante, se surtió la segunda instancia ante el Juzgado 2° del Circuito de Tuluá, el cual le puso fin con su fallo del 10 de septiembre, en que revoca la providencia apelada y en su lugar ordena, bajo pena de multa, al señor Rodríguez suspender todo trabajo o acto de perturbación en el

predio de la señora Dolores Aguilar v. de Vásquez. Dicho fallo se ejecutorió y en su ejecución se trasladó el Juez Municipal de Tuluá a la finca de El Porvenir y con asistencia del demandado Rodríguez procedió a hacerle entrega de las mejoras discutidas al representante de la señora viuda de Vásquez, no obstante la manifestación que hizo, pero que no le valió, el señor Rodríguez de que se oponía a tal entrega. El acta de la diligencia lleva fecha 28 de marzo de 1935 y está firmada por el propio Rodríguez, por el representante de la viuda de Vásquez, por el Juez y su Secretario.

Vigente el contrato de administración de la finca de El Porvenir, pertenencia de Restrepo Toro, con Rosalino Ramírez y su mujer, según el documento de 29 de abril de 1940, citado arriba, y que es el mismo protocolizado con la escritura número 374 de 27 de mayo de 1940 en la Notaría de Tuluá, Rosalino Ramírez decidió comprarle a Luis Enrique Rodríguez por la otra escritura, cambián citada, número 368 de 30 de mayo de 1940 de la Notaría de Buga. Pero Restrepo Toro demandó a Ramírez, con acción resolutoria, petición de perjuicios y restitución del inmueble, según libelo del 1º de abril de 1941, ante el Juzgado Municipal de Tuluá.

Antes sin embargo y por escritura número 764 de 22 de octubre de 1940, Notaría de Buga, Rosalino Ramírez le había vendido lo comprado a Luis Enrique Rodríguez traspasándolo al señor Arcesio Ramírez Salgado. Este vendió, a su turno, por escritura número 235 otorgada el 30 de septiembre de 1942, a los señores Rafael Ordóñez y Aristides Rojas, demandantes en el presente ordinario contra Restrepo Toro.

Mas aquel pleito siguió su curso y el Juzgado Municipal de Tuluá, en sentencia de 29 de enero de 1944 falló en contra de Rosalino Ramírez y en favor de Restrepo Toro, decretando la resolución del contrato de administración, condenando al demandado al pago de perjuicios y ordenando la restitución del inmueble. Pero habiendo subido en apelación, el Juez del mismo Circuito la modificó en el sentido de suprimir lo relativo a condena de perjuicios, pero sosteniéndola en todo lo demás. Este último fallo lleva fecha 18 de julio de 1944.

El 28 de agosto de ese año de 1944 fue introducida la demanda ordinaria de mayor cuantía por Rafael Ordóñez y Aristides Rojas contra Julio Restrepo Toro, base del presente pleito venido ahora en recurso de casación. No obstante, en

cumplimiento de la sentencia del Juez de Tuluá, dictada en el ordinario de menor cuantía seguido por Restrepo Toro contra Rosalino Ramírez sobre resolución del contrato de administración, etc., de que se ha hablado, fue comisionado el Inspector de Policía, quien se trasladó al terreno el 28 de febrero de 1945 para hacer la entrega de la finca. Se opusieron entonces los señores Enrique Hoyos, Aristides Rojas y otros.

Importa explicar que Hoyos había venido a reemplazar al señor Rafael Ordóñez, porque éste y Aristides Rojas hicieron una división amigable de lo comprado por ambos al señor Arcesio Ramírez, y luego Rafael Ordóñez le cedió su parte al señor Enrique Hoyos Carvajal según escritura número 411 del 20 de octubre de 1944. Es decir, después de que Ordóñez y Rojas habían presentado su demanda del presente pleito.

La oposición mencionada más arriba se sustanció y decidió en primer grado por el Juzgado Municipal de Tuluá en auto del 1º de septiembre de 1945. Hoyos y Rojas alegaron ser poseedores materiales desde tres años atrás de un terreno llamado La Albania (el mismo objeto del presente pleito) determinado por unos linderos que coinciden casi literalmente con los que se dan en el hecho 8º de la demanda (folio 5 del cuaderno número 1). Y se dice así, porque estos últimos empiezan citando el lindero del norte, mientras que los de la diligencia de oposición empiezan con el lindero por el oriente. Pero en ambos figuran el Paramillo del Japón y las quebradas de Culebras y de Los Volcanes, que los hacen inconfundibles.

El auto del Juzgado Municipal de Tuluá considera que Enrique Hoyos y Aristides Rojas han acreditado ser poseedores inscritos de las mejoras a que aludieron en la diligencia de 28 de febrero de 1945, cuando se opusieron a la entrega que iba a hacerse a Restrepo Toro por el Inspector comisionado, para obligar a Rosalino Ramírez a restituir el inmueble, porque esas mejoras, dice el auto, las plantó Luis Enrique Rodríguez, quien las vendió a Rosalino Ramírez; éste a Arcesio Ramírez Salgado, quien a su vez las traspasó a Rafael Ordóñez y Aristides Rojas, y Ordóñez permutó su mitad con Enrique Hoyos Carvajal. Luego se encuentra el siguiente párrafo:

"Se comprende muy bien que el citado Rodríguez no obstante la prohibición que se le hizo en la sentencia del 10 de septiembre de 1931 continuó trabajando en el predio llamado El Porvenir de propiedad de la señora Dolores Aguilar

v. de Vásquez, es decir, que el señor Rodríguez violó esa prevención al ensanchar la finca. También es de advertir que esa sentencia no dispuso que tal predio se entregara a la señora Aguilar v. de Vásquez, de donde se deduce que no tiene eficacia legal la diligencia de entrega que practicó el señor Juez Municipal de Tuluá el 28 de marzo de 1935". Termina reconociendo fundada la oposición de Enrique Hoyos y Aristides Rojas dejando a salvo los derechos de Restrepo Toro.

La providencia anterior fue en apelación ante el Juzgado Civil del Circuito, el cual falló a 4 de marzo de 1946 revocando aquélla y declarando infundada la oposición de Hoyos y Rojas y ordenando la entrega de las mejoras a Restrepo Toro. Y según consta en el acta de la diligencia de 3 de enero de 1947 Enrique Hoyos y Aristides Rojas desocuparon voluntariamente ante el Inspector 1º de Policía comisionado al efecto por el Juzgado Civil del Circuito de Tuluá. Así, pues, Restrepo Toro quedó en posesión.

Este último, por su parte, había obtenido que el Ministerio de la Economía Nacional le adjudicara en calidad de baldíos, a título de cultivador y por Resolución número 51 de 26 de marzo de 1946, un terreno conocido con el nombre de Culebras, ubicado en el municipio de Tuluá, corregimiento de Santa Lucía, con cabida de 133 hectáreas y comprendido por linderos que se trazan a rumbo y distancias. La resolución citada expresa que, entre los documentos presentados con la solicitud de adjudicación figuró la escritura de compra a la señora Dolores Aguilar v. de Vásquez (número 272 de 13 de abril de 1940 otorgada en la Notaría de Tuluá).

El Juzgado de primera instancia dictó su fallo, en el presente negocio, con fecha 16 de septiembre de 1946 en que absuelve al demandado Julio Restrepo Toro de los cargos de la demanda de los señores Rafael Ordóñez y Aristides Rojas, de los cuales únicamente éste siguió vinculado al pleito.

Tramitada la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, a quien correspondía conocer, dictó sentencia con fecha 17 de febrero de 1948, en la cual confirma la del Juzgado. Después de hacer el recuento de los hechos y la relación de las pruebas plantea el problema sometido a decisión, valiéndose de una forma que, no obstante su defectuosa redacción, se entiende así:

La finca denominada La Albania, sita donde se sabe, fue constituida por mejoras agrícolas

realizadas años atrás, por el señor Luis Enrique Rodríguez. Los demandantes Ordóñez y Rojas adquirieron tales mejoras agrícolas en 1942 mediante la escritura número 235 de 30 de septiembre de dicho año. El doctor Julio Restrepo Toro, demandado, alega un derecho sobre la misma finca por estar incluida en el globo de tierras baldías que le adjudicó el Estado por la Resolución del 26 de marzo de 1946. Aquella inclusión se debió, según el demandado, a que forman parte de la finca las mejoras que él compró como gananciales a la señora Dolores Aguilar v. de Vásquez por escritura número 272 de 13 de abril de 1940.

Siguen luego dos párrafos finales en que se resuelve el problema así:

"Polarizado así el problema, el Tribunal estima que no debe resolverse conforme a las disposiciones pertinentes del código fiscal, porque si es verdad que por la inamovilidad que tienen por su naturaleza las mejoras hechas en terrenos baldíos, se colocan entre los bienes que nuestro código civil llama bienes raíces para los efectos de su posesión y dominio, también es cierto que técnicamente su apropiación o incorporación en el patrimonio individual no se realiza sino mediante el reconocimiento que, de esas mejoras en terreno baldío, se haga en la respectiva providencia de adjudicación. De aquí que el problema planteado en este juicio entre los colonos demandantes que, considerándose dueños de mejoras agrícolas hechas en terrenos baldíos de la Nación, piden se les reconozca mejor derecho, como colonos cultivadores, no sólo para incrementarlas sino para demandar su adjudicación; y el doctor Julio Restrepo Toro que, como demandado, se opone alegando por su parte su calidad de adjudicatario de las mismas mejoras, es decir, alegando un derecho *in re*, hay que resolverlo con las disposiciones legales de los artículos 1º a 4º de la Ley 200 de 1936 sobre Régimen de Tierras, que contemplan estas dos situaciones jurídicas: la del colono cultivador de mejoras agrícolas en terrenos baldíos que adquiere y puede ejercitar, por tal calidad, un derecho *ad rem*; y el del colono que, obtenida la adjudicación del terreno cultivado por él, adquiere y puede ejercitar un derecho *in re*. De aquí que resuelto el problema que surge de las contrapropuestas pretensiones al derecho de explotar mejoras en terreno baldío de la Nación, entre colonos sin adjudicación y adjudicatarios, a favor de estos últimos, queden los primeros con derecho al pago de sus mejoras,

como lo dispone el artículo 4º de la citada ley; disposición que obedece al mismo principio de equidad en que se inspiró el legislador al consagrar la acción personal en el artículo 739 del código civil al dueño de mejoras hechas en terreno ajeno con o sin la voluntad del dueño de éste. De manera que fundándose en las anteriores consideraciones, debe confirmarse la sentencia apelada, con la aclaración de que si no aparecieran en el expediente... las escrituras números 373 y 374 del 27 de mayo de 1940 y de que se da cuenta en la parte motiva de esta providencia, el Tribunal hubiera hecho las declaraciones pertinentes al caso, con relación a las mejoras que con antigüedad de diez años apreciaron los peritos en los conceptos rendidos por ellos”.

La parte demandante interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual le fue concedido y oportunamente lo fundó en los siguientes términos:

“Como se ve, el sentenciador admite, en la parte motiva de la sentencia, que mis mandantes (Ordóñez y Rojas) son causahabientes de quien, como colono, fue dueño de mejoras o cultivos plantados por él en un lote de terreno baldío incorporado indebidamente en otro que adquirió el doctor Restrepo Toro de quien no era el verdadero dueño. Y sin embargo en la parte resolutive del fallo desconoce la propiedad de mis mandantes, violando así directamente el artículo 1871 del código civil según el cual si la venta de cosa ajena vale, es sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, que es precisamente el caso de los señores Ordóñez y Rojas. Por otra parte, reconociendo el Tribunal, como reconoce en la parte motiva de la sentencia, que está probado, con varios testimonios, que se trata de un fundo poseído por particulares y que la posesión consiste en la explotación económica del suelo, mediante hechos positivos propios de dueño, como las mejoras agrícolas plantadas en dicho lote por su primitivo propietario, señor Luis Enrique Rodríguez, y continuadas después por sus últimos poseedores, los señores Ordóñez y Rojas, no aplicara aquí el principio relativo a la presunción de propiedad privada del suelo a favor de los actuales poseedores, violando así directamente también el artículo 1º de la Ley 200 de 1936; mandato éste de cumplimiento imperativo en este caso, que es precisamente, el contemplado en el supradicho artículo 1º de la indicada Ley 200; cuyos mandatos 2, 3, 4, han sido erróneamente invocados por el sentenciador. Pues el problema

no se refiere a predio alguno no poseído (está subrayado) en la forma prevista en tal artículo; ni de extensión territorial que Ordóñez y Rojas hubiesen adquirido mediante título expedido por el Estado o por títulos inscritos y otorgados antes de dicha Ley 200, en los cuales consten tradiciones del dominio en un lapso suficiente para adquirir por prescripción extraordinaria; ni versa tampoco el debate sobre el hecho de haberse establecido alguien en terrenos incultos del Estado con dos años de anterioridad a la vigencia de la aludida ley. Ni era óbice para reconocer a los demandantes como dueños de lo que reclaman, con exclusión del doctor Restrepo Toro, la existencia de los documentos privados protocolizados por éste; porque esa protocolización no convierte en instrumentos públicos tales documentos, ya que a tal acto ni siquiera concurrirían aquellos señores. De modo que al darles valor a dichos documentos, los cuales, como queda dicho, implican una tradición de dominio sobre inmuebles a favor del doctor Restrepo Toro, se viola directamente, por errónea apreciación de pruebas, el artículo 2577 del código civil, según el cual todo acto sobre mutación de propiedad de bienes raíces debe hacerse constar por escritura pública. Y si se pretendiese que los documentos en cuestión sólo constituyen una transacción, cabe preguntar: ¿qué valor tiene esa transacción relativa a derechos que legalmente no han existido para el doctor Restrepo Toro sobre las mejoras pertenecientes a los demandantes, quienes, por esto, han hecho suyo el terreno, de conformidad con la moderna doctrina sobre el dominio de baldíos?

“Ninguno; puesto que la transacción versaba entonces sobre derechos inexistentes para el doctor Restrepo Toro y, por tanto, es nula, según la doctrina del artículo 2475 del código civil, el cual resulta violado directamente por no haberse aplicado al caso del pleito.

“Dedúcese de todo lo expuesto anteriormente que contra la sentencia de 17 de febrero de 1948, proferida en este juicio por el Tribunal de Buga, es procedente el recurso de casación, fundado en la primera de las causales enumeradas en el artículo 520 del C. J.; o sea, ser la sentencia violatoria de ley sustantiva por infracción directa de los preceptos citados antes y en la forma que queda expuesta”.

Se considera:

Quizá por el esfuerzo —ése sí en todo caso lau-

dable— intentado por el recurrente en la presentación sintética de sus cargos, no logró la claridad necesaria para presentar bien su intención, pecando por excesivo laconismo y, lo que es más grave para él, incurrió en confusiones e impropiedades que contribuyen al fracaso de su demanda. Parece que hubiera querido formular cargos con apoyo en la primera causal enfocándolos todos por el concepto de violación directa; sin embargo, se impone deducir por interpretación de la demanda, que hay algunos de violación directa del artículo 1871 del código civil, fundado en el desconocimiento que, según él, hizo la sentencia acusada de los derechos del verdadero dueño en una venta de cosa ajena; violación directa del artículo 2475 del mismo código, porque estima que la sentencia acusada ha debido declarar nula una transacción sobre derechos ajenos o derechos que no existen; violación indirecta del artículo 2577 del mismo código, porque alega que hubo mala apreciación de pruebas para admitir la validez de enajenaciones de derechos inmuebles sin escritura pública. Fuera de esto, alega interpretación errónea (porque habla de “invocación errónea”) de los mandatos 2, 3 y 4 del artículo 1º de la Ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras.

Ante todo es manifiesto que el cargo sobre violación directa del artículo 2475 del código civil, relativo a la invalidez de la transacción sobre derecho ajenos y derechos inexistentes, constituye un clásico medio nuevo que no procede en casación. Porque se trata de un hecho que no fue sometido al debate en las instancias, como se comprueba leyendo la demanda, su contestación y los fallos del Juzgado y del Tribunal. Todo sin contar con que no aparece suficientemente fundado, pues el recurrente no se tomó siquiera el trabajo de señalar cuál fuera el documento contenido de la transacción, ni menos de analizar los elementos de ésta, y las partes que intervinieron en ella, su relación con los litigantes, etc. De ahí que el examen siguiente se concrete al estudio de los otros cargos, así: a) violación directa del artículo 1871 del C. C. sobre validez de la venta de cosa ajena sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño; b) violación indirecta del artículo 2577 de la misma obra, por errónea apreciación de unas pruebas que acreditan negocios sobre mejoras en inmuebles; y c) violación del artículo 1º de la Ley 200 de 1936 por aplicación indebida e interpretación errónea.

a) Violación directa del artículo 1871 del Código Civil.

Pretende el recurrente que por haber desconocido las pretensiones de los demandantes — Ordóñez y Rojas— fundadas en un título que emana del señor Luis Enrique Rodríguez, primer colono fundador de las mejoras con que se dio origen a la llamada finca de La Albania y dándole la preferencia al título de Restrepo Toro que “adquirió... de quien no era el verdadero dueño”, la sentencia violó el texto citado.

Efectivamente, como lo ha dicho esta Corte (sentencia de casación de 18 de diciembre de 1950; G. J. Tomo 68, pág. 762), “el título de comprador de cosa ajena no es oponible al título de quien adquirió el bien del verdadero dueño”; tampoco es dudoso que por la expresión ésta —“verdadero dueño”—, deberá entenderse no sólo quien lo es con título perfecto que arranca del emanado del Estado y sigue por cadena no interrumpida hasta la persona que lo exhibe en forma perfecta, sino también a cualquiera que pruebe mejor derecho para poseer el bien disputado. Es decir, que el concepto relativo de dueño, definido por la jurisprudencia, en los procesos reivindicatorios, es el mismo que debe aplicarse en casos como los contemplados por el artículo 1871 del código civil. En otras palabras: el verdadero dueño, de que habla este artículo, puede ser quien prueba serlo de manera absoluta conforme a derecho, y también cualquier tercero al contrato de compraventa que pruebe mejor derecho a poseer el objeto vendido. Por este aspecto puramente teórico no habría motivo para desecharse el cargo, a pesar de que la evidencia estaría en contra de la calidad de dueño del señor Luis Enrique Rodríguez, quien sólo se pretende poseedor de terrenos baldíos roturados y cultivados por él; de quien derivan título los demandantes.

Mas por el aspecto práctico, el cargo no es congruente con la realidad de los hechos; porque no logró demostrarse que las llamadas mejoras constitutivas de la finca La Albania, bien fuera de 50 plazas o de 200, hubieran sido distintas de las que plantó el colono Jesús María Vásquez —llamado equivocadamente Roberto hasta por el recurrente— en aquel sitio de Jicaramata donde le fueron adjudicadas a la viuda de Vásquez y en el juicio de sucesión de éste, las fincas de San Antonio y de El Porvenir, de donde deriva el título traslativo de cultivador invocado por Restrepo Toro, el demandado, quien acabó por obte-

del Estado la adjudicación de la propiedad de un terreno denominado "Culebras", desprendido de las mejoras que formaban el terreno de El Porvenir, y que Dolores Aguilar viuda de Vásquez le vendió al nombrado Julio Restrepo Toro. Y no es esto sólo porque el recurrente pasa por alto que la viuda de Vásquez y Luis Enrique Rodríguez disputaron con motivo de la posesión de las mismas mejoras y Rodríguez fue vencido judicialmente en sentencia del Juzgado 2º del Circuito de Tuluá, de fecha 10 de septiembre de 1931, la cual, una vez ejecutoriada tuvo plena aplicación sobre el terreno al lanzar a Rodríguez en diligencia de 28 de marzo de 1935. De ahí que, como se consignó en los resultandos de este fallo, hubiera contradicción manifiesta entre las afirmaciones que hizo Luis Enrique Rodríguez cuando pretendió venderle aquellas mejoras a Rosalino Ramírez, diciendo que doña Dolores Aguilar de Vásquez había fracasado en sus pretensiones de desalojarlo de aquellas tierras, y los términos de la sentencia del Juez del Circuito de Tuluá, que le son totalmente adversos, a Luis Enrique Rodríguez. Hay oposición evidente entre las declaraciones de la escritura de venta de tales mejoras, que es la número 368 de 30 de mayo de 1940 de la Notaría de Buga, y el fallo citado del Juez del Circuito de fecha 10 de septiembre de 1935. Sin que valga la explicación de que la escritura hubiera sido otorgada inmediatamente después del fallo de primera instancia dado por el Juez Municipal de Tuluá, que ése sí fue favorable a Rodríguez, y antes del de segunda instancia y definitivo que le fue adverso. Por tanto la buena fe de tales declaraciones es dudosa.

De otro lado, y cuando ya la viuda de Vásquez le había vendido a Restrepo Toro, Luis Enrique Rodríguez y Rosalino Ramírez, junto con Antonio Cañas convinieron, por documento privado de 24 de abril de 1940, reconocer el derecho de Restrepo Toro en las mejoras que éste le compró a la viuda, a cambio de la cosecha de maíz que colectaron íntegramente Rodríguez, Ramírez y Cañas, con la total aquiescencia de Restrepo Toro. Ese documento fue el protocolizado por la escritura número 373 de 27 de mayo de 1940 en la Notaría de Tuluá, una de las juzgadas por el Tribunal como obstáculo insalvable para despachar favorablemente la demanda. Y esto parece claro: porque los actores no tienen otro fundamento que la precaria venta de Rodríguez a Ramírez, con las que le siguieron, del mismo origen defectuoso.

De lo expuesto se colige que no tiene base firme el cargo de infracción del artículo 1871 del código civil, pues los demandantes no lograron demostrar que su título—derivado de Luis Enrique Rodríguez—fuera de mejor derecho que el de la viuda de Vásquez, de donde emanan las pretensiones de Restrepo Toro; máxime cuando ella venció a Rodríguez mediante juicio posesorio cuya sentencia no ha sido invalidada.

b) **Violación indirecta del artículo 2577 del Código Civil**

Alega el recurrente que las escrituras 373 y 374 de 27 de mayo de 1940, Notaría de Tuluá, no son las que exige el citado artículo porque se limitan a protocolizar unos documentos privados mediante los cuales Restrepo Toro celebró unos contratos con Luis Enrique Rodríguez y Rosalino Ramírez, relativos a las mejoras disputadas. Siendo así que tales negocios o contratos por versar sobre bienes raíces han debido perfeccionarse mediante escritura pública.

En rigor de verdad este cargo envuelve proposición de medio nuevo, porque el hecho sexto de la demanda original invoca "algunos contratos verbales" que luego somete al debate así: "Tales contratos los celebró con personas a quienes se les hizo creer que la tierra que ocupa nuestra finca (y la misma finca) era, por ministerio de la ley, propiedad de Restrepo Toro, no embarcante que éste no la había adquirido por título alguno, como no sean las firmas que hizo poner dicho señor Restrepo Toro sobre contratos de ninguna validez jurídica". Aquí parece indicar que tales contratos, que no especifica, adolezcan del vicio de dolo, como para someterlos a una posible censura de nulidad relativa; en tanto que la demanda de casación propone cargos que implican nulidad absoluta por cuanto es ella el vicio de que adolecerían actos jurídicos relativos a inmuebles otorgados fuera de escritura pública. Sin embargo, hay otros considerandos que concurren a demostrar que el cargo tampoco es atendible.

Hay que empezar por repetir que los documentos privados aquí en tela de juicio no son otros que los de 24 y 29 de abril del mismo año de las protocolizaciones (1940). Que, desde luego, un documento de tal naturaleza no cobra valor distinto por el hecho de la protocolización. Que el primero, o sea, el de 24 de abril de 1940, contiene un pacto o arreglo por el cual Luis Enrique

Rodríguez y Rosalino Ramírez, a los cuales adhirió Antonio Cañas, renuncian en favor de Restrepo Toro los derechos que aquéllos pretenden sobre las mejoras de la finca El Porvenir, donde la viuda de Vásquez resultó vendiéndole a Restrepo Toro una parte desprendida de los cultivos de su difunto marido en aquellas tierras baldías; renuncia que Restrepo Toro compensó dejándoles a Rodríguez, Ramírez y Cañas, el derecho de recoger una cosecha de maíz allí plantada y en estado de producción. El otro documento, el de 29 de abril de 1940 es para hacer constar el contrato de administración entre el mismo Restrepo Toro y Rosalino Ramírez, de la finca aquella en parte disputada. El segundo, como se recordará, no cumplió con ese contrato porque prefirió comprarle a Luis Enrique Rodríguez el título averiado de éste, y averiado a través del juicio posesorio con la viuda de Vásquez a quien dice haber vencido en los términos de aquella cláusula que más parece un fallo como se comentó en su lugar. Dichos contratos, finalmente, son los únicos que parecen responder a la afirmación vaga y un tanto maliciosa del hecho sexto de la demanda, arriba copiado en parte.

Corresponde poner ahora en claro si esos contratos, por su naturaleza o esencia exigían la escritura pública, según el argumento del cargo que se examina en casación. Para abundar en claridad no sobra tener en cuenta que, prescindiendo de la aparente forma de escrituras públicas que revisten las protocolizaciones, los documentos privados allí contenidos han figurado en el pleito sin que la contraparte hubiera hecho alguna manifestación en contra de su legitimidad; es decir, que se tienen por reconocidos al tenor de lo dispuesto por el artículo 645 del código judicial.

De los dos documentos referidos, el segundo o sea el de 29 de abril de 1940, se limita a probar un contrato de administración de una finca. Luego basta esta circunstancia para descartar el problema de si sería necesario haberlo perfeccionado por escritura pública, pues resulta evidente que contratos de esta clase, que envuelven entrega de inmuebles en simple tenencia, como a título de mandato o de arrendamiento, no hacen necesaria la escritura pública. En cambio, pudiera parecer dudoso si el otro, el de 24 de abril de renuncia de las mejoras, si versara sobre acto que sirviera para la tradición del dominio en bienes raíces.

Existen dos sentencias de esta Corte, entre varias que pudieran citarse, donde se estudió el problema doble de saber si la venta o enajena-

ción de "mejoras en terrenos baldíos" debe hacerse siempre por escritura pública, por referirse a inmuebles, y si en caso de adquisición por accesión, la escritura pública no se necesita. Lo primero fue resuelto positivamente en fallo del 9 de octubre de 1941, de esta Sala de Casación, cuando se dijo, entre otras cosas: "Sentado que las mejoras que un colono hace en tierras baldías donde se establece con casa de habitación, con cultivos permanentes y con pastos artificiales para la cría y ceba de ganados, son bienes raíces (se subraya); es forzoso declarar que... como bien raíz que ellas son, se necesita escritura pública para que el contrato de venta se reputé perfecto ante la ley, y para su tradición, es necesario el registro". (G. J. Tomo 52, número 1979, página 438). Lo segundo, o sea, que cuando el dueño o poseedor regular del terreno adquiere las mejoras por accesión, no se necesita escritura pública, está dicho en sentencia del 27 de febrero de 1946: "Reconocido por el juez que la sucesión tiene derecho de ocupar y explotar el globo de tierra... y además demostrado que las mejoras existentes dentro de ese lote fueron plantadas unas por el causante de la sucesión y otras por los herederos, nada de irregular tiene el que el Tribunal hubiera reconocido también como válida la venta de otras mejoras que dentro del mismo lote hicieron Jorge Barbosa y José María Bedoya, y que a esa venta se le diera pleno valor no obstante que está contenida en documento privado; pues teniendo los herederos de Israel Varela mejor derecho que los demandados al goce del globo de terreno, no necesitaban que la aludida venta se les hiciera por escritura pública, ya que adquiriendo el dueño del terreno por accesión (se subraya) los edificios y plantaciones que otro hiciere, el pago que éste reciba por estas cosas viene a representar la indemnización del dueño del suelo de las mejoras por el esfuerzo y el trabajo realizado. De esta manera el dueño del suelo legitima el derecho que tiene a las mejoras incorporadas a su terreno por accesión". (G. J. Tomo 60, números 2029 a 2031, pág. 57).

Aplicando estas doctrinas al caso en estudio se comprende que si Restrepo Toro le compró a Dolores Aguilar viuda de Vásquez, el terreno que hacía parte de la finca de El Porvenir, fundada por Jesús María Vásquez en los baldíos de Jicaramata en las montañas de Santa Lucía; finca que luego le fue adjudicada en la sucesión del dicho Vásquez a su viuda; que si Luis Enrique Rodríguez, intentó trabajar y explotar donde ya

estaba la finca de Vásquez; que si la viuda y adjudicataria de éste consiguió desalojar a Rodríguez como perturbador; y si finalmente, teniendo Restrepo Toro la escritura pública de venta de Dolores Aguilar (número 272 de 13 de abril de 1940 otorgada en la Notaría de Tuluá), pactó luego con Rodríguez y Ramírez, con la adhesión de Cañas, el negocio de las mejoras cuya pertenencia alegaron; síguese que Restrepo Toro estaba en el lugar del dueño del terreno y que adquirió por accesión las mejoras reclamadas por los otros, de donde proviene el título precario de los demandantes. De ahí que no hubiera incurrido el Tribunal en infracción del artículo 2577 del código civil, porque no era necesaria la escritura pública, dada la naturaleza del negocio. A lo cual se añade que Restrepo Toro acabó por perfeccionar su título en aquellas tierras mediante la Resolución número 51 de 26 de marzo de 1946, sobre adjudicación de los baldíos respectivos a título traslativo de cultivador y sin la oposición de los demandantes ni de sus antecesores en el título con que le discuten el derecho al propio Restrepo Toro.

e) Violaciones de la Ley 200 de 1936

Como ya se vio, el recurrente trata de deducir dos cargos contra la sentencia por violación directa del artículo 1º en concepto de falta de aplicación, y luego otro que parece ser por interpretación errónea de los artículos 2º, 3º y 4º.

En esta parte se limita a la afirmación escueta de que el Tribunal dejó de aplicar la presunción de dominio a favor de los demandantes y a negar que el problema del pleito tuviera relación con las hipótesis de los casos regulados por los tres artículos siguientes y citados, de la Ley 200 de 1936.

La sentencia, en los apartes que invoca la Ley de Tierras, interpreta que en sus artículos 1º a 4º contempla dos situaciones jurídicas distintas: la del colono cultivador de mejoras agrícolas en terrenos baldíos, sin título de adjudicación, y la de ese mismo colono con título de adjudicación; respecto del primero dice el Tribunal que adquiere un derecho *ad rem*, y respecto del segundo, que adquiere y puede ejercitar un derecho *in re*.

En esto el Tribunal pudiera hallarse equivocado, al exponer la doctrina sobre adquisición del dominio inmueble, prescindiendo por completo de las normas del código fiscal. Pues la Corte ha

entendido que éstas son armónicas con las de la Ley de Tierras. Mas como el punto no tiene ahora importancia práctica, basta recordar que en la sentencia de 9 de octubre de 1941 dijo:

“Pudiera argüirse, que a pesar del artículo 65 del código fiscal que preceptúa que la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o por su ocupación con ganados, el colono no viene a ser verdadero dueño de las parcelas cultivadas sino en tanto que la Nación le haga la respectiva adjudicación, de acuerdo con las disposiciones fiscales, pero no debe perderse de vista que el colono, en todo caso, es un poseedor que tiene las mejoras con ánimo de señor y dueño y que se reputa como tal para todos los efectos legales, mientras otra persona no justifique serlo, y en esta condición es hábil para reivindicar”. (G. J. Tomo LII, pág. 438).

De ahí que en el presente pleito hubiera podido tramitarse sin inconveniente una demanda reivindicatoria de mejoras realizadas por colonos en terrenos baldíos. Pero eso no significa que la parte actora hubiera justificado mejor derecho que el demandado y de ahí su fracaso que se tradujo en la absolución del mismo. Y como los cargos que ahora se examinan contemplan o suponen la cuestión de hecho, ya suficientemente explicada, resultan desprovistos de fundamento, pues ni siquiera ensayaron nuevos argumentos para variar el sentido de las apreciaciones ya revisadas.

Lo único que parece necesario rectificar, pero sin mérito para la infirmación del fallo, es el error del Tribunal consistente en suponer que un colono cultivador de terrenos baldíos no pudiera reivindicar sus mejoras contra otro poseedor sin derecho, sólo por no tener un derecho *in re*. Lo tiene efectivamente, respecto de terceros, aunque frente al Estado y para la fácil comprobación de su derecho, necesite la adjudicación correspondiente según las leyes fiscales. Por lo demás, y mientras no se demuestre lo contrario de lo que aparece en este pleito, tal era la situación del señor Julio Restrepo Toro, aún antes de la Resolución de 1946, respecto de las mejoras que le compró a la señora Dolores Aguilar viuda de Vásquez, por haber sido éste quien fundó la finca de El Porvenir donde después se estableció la de Culebras de Restrepo Toro, sin que Luis Enrique Rodríguez y sus causahabientes a título singular Rafael Ordóñez y Aristides Rojas, hubieran podido demostrar el derecho preferente a la llamada finca de La Albania.

Sentencia

Por lo expuesto la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO INFIRMA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Buga, el 17 de febrero de 1948.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

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

ACCION DE REFORMA DE UN TESTAMENTO

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Antecedentes

En marzo de mil novecientos treinta y cuatro Severo Sánchez, viudo y sin hijos, otorgó testamento cerrado que puso en manos del Notario Tercero del Circuito de Medellín, y en el cual instituyó heredera en la mitad de sus bienes a su madre Ana Felisa Arango.

En diciembre del año citado Severo Sánchez contrajo matrimonio por segunda vez con Laura Mejía.

En junio de mil novecientos treinta y seis murió Ana Felisa Arango, madre del testador.

En octubre de mil novecientos treinta y seis murió el testador Severo Sánchez.

Poco después, o sea en diciembre de este mismo año, nació Concepción Ana Rosa, hija legítima de Severo Sánchez, ya muerto, y de Laura Mejía, segunda esposa de éste.

En marzo de mil novecientos treinta y siete murió esta niña, hija del matrimonio Sánchez-Mejía.

De acuerdo con el testamento, Sánchez hizo un poco de asignaciones, imputables a la mitad de bienes de que podía disponer libremente, y dijo en la cláusula tercera: "En el remanente de mis bienes, o sea en la otra mitad de ellos, instituyo como mi única heredera a título universal a mi madre, Ana Felisa Arango viuda de Sánchez, que es mi única heredera legitimaria. Si mi madre muriere antes que yo, serán mis herederos en esta parte o remanente de mi haber mis hermanos Mercedes, Eladio, Raquel, María de Jesús, Enrique, Ana Felisa, Natalia, Samuel, Teresa y Margarita Sánchez Arango". En el testamento se hace alguna distribución de esta mitad de los bienes que no interesa enunciar.

Se siguió el juicio de sucesión de Sánchez, y al mismo tiempo el de su hija póstuma; y estando éstos en curso, pidió la viuda Mejía que con

audiencia de los legatarios y de los hermanos de su esposo, se reforme el testamento de éste, así: a) Que la masa de bienes se divida en cuatro partes, una para cubrir la legítima rigurosa de Concepción Ana Rosa Sánchez Mejía, otra para la porción conyugal de la viuda Mejía, otra para la misma Concepción Ana Rosa a título de mejoras, y la cuarta restante de libre disposición para cubrir los legados rebajándolos proporcionalmente; b) Que la viuda Mejía ha de recibir lo que corresponde a su hija ya muerta.

Esta cuestión se falló así en primera instancia: Refórmase el testamento en el sentido de que la masa de bienes, después de hacer las deducciones ordenadas en el artículo 1016 del C. Civil, se dividirá en cuatro partes: una para la legítima rigurosa de la hija póstuma; otra que acrece a esta legítima a título de mejoras para formar la legítima efectiva, otra para la porción conyugal, y la cuarta de libre disposición para cubrir los legados proporcionalmente rebajados. La viuda recibirá la que hubiere correspondido a su hija.

Conoció de esta decisión el Tribunal Superior de Medellín y la confirmó con la reforma de que "no hay lugar a resolver sobre la destinación de la cuarta de libre disposición, porque la señora Laura Mejía v. de Sánchez no tiene interés para pedir que se provea sobre el destino que deba darse a ella".

El pleite actual

En vista de estos antecedentes, un hermano del testador, de nombre Samuel Sánchez, entabló demanda ordinaria, ante el Juzgado Tercero Civil de Medellín, para que con audiencia de herederos, legatarios e interesados que allí se citan, en número muy grande, se hagan estas declaraciones, que se simplifican y que son las pertinentes para el caso que se contempla: 1º Que el testamento fue reformado, por el advenimiento del hijo póstumo, "en lo referente a las tres cuartas partes de los bienes dejados por el de cujus y por disposiciones legales"; 2º Que la cuarta parte restante corresponde a la sucesión testada representada por los hermanos del testador, "con

las limitaciones que indica el testamento en su cláusula tercera”.

En la demanda no se objeta la adjudicación de las tres cuartas para la viuda, por concepto de porción conyugal y de lo que correspondía a la hija póstuma, y el debate se abre alrededor de la cuarta de libre disposición.

El Juzgado falló el pleito así: “La cuarta parte de bienes a que se contrae este juicio, según anterior sentencia del H. Tribunal, responderá de las deducciones de que trata el artículo 1016 del C. C., y lo que sobrare responderá proporcionalmente de los legados de que trata el testamento del señor Severo Sánchez Arango y que aparecen copiados en la parte motiva de esta providencia, los cuales serán rebajados en la proporción necesaria”.

La argumentación del Juzgado para llegar a esta conclusión es simple y lacónica, pues dice solamente:

“Cuando el señor Sánchez Arango hizo su testamento no estaba casado y, por consiguiente, no tenía hijos legítimos, sus disposiciones testamentarias, por esas razones, eran legales, ninguna causal de nulidad existía; pero al contraer matrimonio y tener una hija, aquella situación jurídica cambió sustancialmente ya que quedaban afectadas unas totalmente y otras en forma parcial, las disposiciones de aquel testamento.

“El testador, que no era hombre ignorante, debió darse cuenta de que algunas de las cláusulas del testamento principalmente aquella en que instituyó heredera universal a su madre, por el hecho del matrimonio quedaba inoperante y sin fuerza legal; si permaneció indiferente ante aquella situación de hecho, fue porque no quiso remediarla; y al haberse determinado en qué bienes o cuota parte de bienes heredarían su madre y los sustitutos, lógicamente se concluye que no quiso afectar los legados otorgados en las cláusulas primera y segunda del testamento, sino en lo relacionado con la cantidad de que podía disponer en su nueva situación jurídica.

“Pero a todo lo anterior debemos agregar que como la madre del señor Sánchez Arango murió viviendo éste y cuando ya el testador se había casado con doña Laura Mejía, por causa de la situación jurídica los que fueron instituidos herederos universales por el señor Sánchez A., quedaron supeditados por los legitimarios de grado más próximo que resultaron posteriormente, luego la destinación de la cuarta de libre disposición Gaceta—13.

no podrá hacerse en beneficio de los demandantes; por el contrario a ella tienen derecho los legatarios, y se resolverá en la forma solicitada por la señora doña Laura Mejía vda. de Sánchez (fs. 36 vto.)”.

Apelado este fallo, el Tribunal Superior de Medellín lo confirmó según sentencia de veintisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y uno.

Son aún más simples y lacónicas las razones del Tribunal para llegar a aquella confirmación, sin duda porque estimó que no era necesario mayor esfuerzo de argumentación, por la claridad del asunto. Efectivamente, dijo el Tribunal solamente:

“De otro lado los hermanos del señor Severo Sánchez fueron nombrados herederos sustitutos para el caso en que faltase la señora Ana Felisa Arango v. de Sánchez; luego ahora no pueden pretender recoger parte de los bienes que forman la cuarta de libre disposición, con la cual se ha de atender preferencialmente al pago de los gastos de que habla el artículo 1016 del C. Civil, por disposición expresa del testador, y lo que sobrare para atender, reducidos, los legados hechos en el testamento.

“Los hermanos del de *cujus* fueron instituidos herederos en sustitución de la señora Ana Felisa Arango v. de Sánchez; pero como el testamento quedó sin efecto en cuanto a la institución de herederos que hizo el señor Severo Sánchez, por el nacimiento de Concepción Ana Rosa Sánchez Mejía, hija de éste y de su señora doña Laura Mejía, y aun cuando fue póstuma, sin embargo es de presumir que el testador tuvo o debió tener conocimiento de la proximidad del nacimiento de la heredera, pues el alumbramiento se efectuó a los pocos meses del fallecimiento del señor Sánchez. Luego él tuvo tiempo de reformar el testamento, si era que efectivamente quería dejarle legados a sus hermanos, tomados de la cuota de libre disposición, mas como así no lo hizo el testamento quedó completamente vigente en la cuarta de bienes en que él bien podía disponer libremente.

“De suerte que no es lógico que los hermanos indicados como asignatarios a título universal, pretendan ahora recoger parte de los bienes de la sucesión por otro concepto, es decir, como legatarios o a título singular”.

Casación

Los demandantes hicieron subir el negocio a la Corte, y se entra a estudiar el recurso.

En la demanda de casación se acusa el fallo del Tribunal por infracción directa del artículo 1127 del C. C., y se dice textualmente: "La norma sustantiva que el fallo quebranta es ésta: 'Sobre las normas dadas en este título prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales'. No se pide aquí una interpretación judicial del testamento —continúa la demanda— por oscuridad o ambigüedad de sus términos. Las disposiciones del difunto son literalmente claras. Pero con el advenimiento de la hija póstuma, ha surgido un grave y delicado problema de interpretación. La voluntad del testador es para Escriche 'el alma del testamento' y para Fernando Vélez 'la suprema ley'. Sobre estas bases debe optarse entre dos disposiciones testamentarias, que después de la muerte del causante, se tornaron incompatibles. La que asigna la cuarta parte disponible en favor de amigos y servidores, y la tercera que instituye a su madre o a sus hermanos como únicos herederos. ¿Cuál de estos mandatos debe prevalecer para acatar la voluntad del causante? ¿Cómo resolvería don Severo, si viviera, el nudo de este litigio?"

Así como el Código Civil, en sus artículos 25 y en otros, dá reglas para la interpretación de la ley, y en los artículos 1618 y siguientes dá reglas para la interpretación de los contratos, así también el artículo 1127 del mismo Código, que el abogado de los recurrentes cita como violado, dá reglas sobre interpretación de testamentos.

¿Se interpretó mal el testamento, y se violó, por tanto, el artículo 1127 que se acusa? El mismo recurrente se encarga de contestar a este interrogante, cuando dice en lo copiado atrás: "no se pide aquí una interpretación judicial del testamento por oscuridad o ambigüedad de sus términos. Las disposiciones del difunto son literalmente claras". Quiere decir esto, entonces, que el artículo en mención no ha sido violado, porque no se trata de la interpretación del testamento, que es preciso en sus términos. Entonces, de lo que se trata es de la aplicación de la ley. Se ha aplicado mal alguna disposición legal? No lo dice el recurrente. Mas se hará examen del caso.

El expediente dá razón de los siguientes hechos:

Dentro del juicio mortuario de Sánchez y de su hija póstuma, a que se hizo referencia atrás, se presentaron los hermanos del testador, con invocación de la cláusula 3ª del testamento, pidiendo que se les dejara intervenir en el juicio en

su carácter de herederos, como sustitutos de la señora madre de ellos mismos y del citado testador Severo Sánchez. El Juzgado del conocimiento decidió el punto así: "Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no se accede a reconocerle a los peticionarios el carácter de herederos testamentarios de su finado hermano Severo Sánchez".

Se pidió reposición de este proveído, y el mismo juez lo revocó, y reconoció el carácter de herederos a los hermanos.

Fue apelada esta revocatoria, y el Tribunal desconoció su mérito expresando que no es procedente la solicitud hecha por los hermanos del testador, por lo cual debe revocarse el auto que los admitió como herederos; y lo revocó ciertamente, con esta razón principal: como los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, y como se declaró heredera a la hija del testador, nacida después del testamento, no es procedente reconocer como herederos a los hermanos. Si el título que invocan no es otro que la cláusula tercera del testamento en que se declare sustitutos de su madre, no se puede atender su solicitud.

De esta suerte, dentro de la sucesión quedó definido que a los hermanos no se les puede tener como herederos del testador.

Pero los hermanos insistieron, y pidieron otra vez que se les tuviera como interesados, no ya en lo que hubiera correspondido a la madre, sino en la cuarta de libre disposición de la herencia; y el Juzgado expresó que dados los antecedentes del negocio, cuando ya el Tribunal había dispuesto que no se podía tener como herederos a los hermanos, se desechaba de plano la solicitud "toda vez que se trata de un incidente ya decidido en el juicio".

De esta providencia conoció el Tribunal por apelación, y fue confirmada. Se pidió reposición de lo resuelto por el Tribunal, y éste no accedió a esa reposición.

Pero todavía, los hermanos no se resignaron a no ser herederos, a pesar de todas las negativas de que se ha hablado, y entablaron el presente juicio que está a estudio, en el cual han obtenido otras dos negativas a sus pretensiones: la del Juzgado, y la del Tribunal.

La cláusula tercera del testamento, después de haberse dispuesto de la mitad de bienes para las deducciones a que haya lugar según el artículo 1016 del C. C., y para legados, dice lo siguiente, según ya se vio: "En el remanente de mis bienes,

o sea la otra mitad de ellos (la Sala subraya) instituyo como mi único heredero a título universal, a mi madre doña Ana Felisa Arango viuda de Sánchez, que es mi única legitimaria" (subraya la Sala).

Hasta aquí se tiene lo siguiente: a) que la señora Arango fue instituida heredera en la mitad no destinada a legados y a deducciones señaladas en el artículo 1016 del C. C.; y b) que en el momento del testamento no había legitimario distinto a la madre del testador.

Y sigue la cláusula tercera: "Si mi madre muriere antes que yo serán mis herejeros en esta parte (subraya la Sala) mis hermanos Mercedes, Enrique, Samuel, etc."

De esto se tiene lo siguiente:

Que los hermanos fueron nombrados sustitutos de su madre en la mitad distinta a la destinada a legados y a las deducciones del artículo 1016; y

Que fueron nombrados sustitutos de la única legitimaria que existía entonces: la madre del testador.

Se casó el testador en segundas nupcias después de otorgado su testamento, y nació una niña de esas segundas nupcias. Automáticamente, ¿qué resultó entonces? Que esta hija del testador desalojó a la madre como legitimaria, y como consecuencia, desalojó a los hermanos del testador. Estos aceptan el fenómeno jurídico enunciado, y sin embargo, quieren seguir siendo sustitutos de una legitimaria que dejó de existir jurídicamente. Y no sólo esto: aspiran a ser sustitutos, no

siquiera en la mitad ajena a legados, sino en la mitad destinada a esos legados, de donde hay que tomar la cuarta de mejoras, que conforme a la ley corresponde a los descendientes, y no lo son los hermanos. Estos son extraños a esa cuarta de mejoras, y extraños, según el testamento, a la cuarta de que el testador podía disponer, y dispuso a favor de los legatarios y de unas deducciones legales.

Imposible una mayor claridad en un negocio judicial, e imposible una pretensión más desprovida de fundamento que la de los hermanos del testador. No ha sido violada la ley y no prospera el cargo presentado por los recurrentes.

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 veintiséis de febrero de mil novecientos cincuenta y uno.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Rafael Ruiz Manrique — Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

CUANDO ES PROCEDENTE ORDENAR INVESTIGACION POR DELITO DE FALSAS IMPUTACIONES

1.—Los cargos que por el delito de abuso de autoridad, en la especie de actos de omisión en el cumplimiento de las funciones que debía llevar a ejecución el funcionario sindicado, no tienen el carácter de punibles, pues ellos no se debieron a merosidad de éste ni a falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes legales, sino a circunstancias que impidieron el diligenciamiento del proceso en las fechas señaladas en las providencias respectivas.

2.—Al examinar el contenido del proceso, del que a primera vista y sin la producción de las pruebas que explican la conducta del Juez sindicado, se palpa la falsa impresión de que los cargos imputados carecen de explicación. Y si ello es así, la denuncia no puede calificarse como temeraria ni presentada con el ánimo esencialmente doloso de sindicar a una persona como autor de un hecho punible que no había tenido existencia y en estas condiciones, no hay base legal para ordenar la investigación de ese hecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril siete de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Con fecha catorce de noviembre del año de mil novecientos cincuenta y uno, el Tribunal Superior de Cartagena sobreseyó definitivamente a favor del doctor Ignacio Meléndez Piñeres por los cargos que dieron lugar a la formación de este proceso y dispuso consultar esta providencia con el Superior, si no fuere apelada.

Al ser notificado el mencionado auto de sobreseimiento al sindicado doctor Meléndez Piñeres, interpuso el recurso de apelación, cuyo alcance explica en escrito dirigido al Tribunal, concretándolo en cuanto a que en dicho auto se abstuvo de ordenar que se abriera investigación contra el denunciante Yances Salcedo por el delito de falsas imputaciones ante las autoridades.

Hechos.—Aparece de las diligencias informativas, que éstas se iniciaron por denuncia formulada por el doctor Pedro Yances Salcedo, quien por medio de escrito que tiene fecha veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, afirma que el entonces Juez 2º Superior de Cartagena, doctor Ignacio Meléndez Piñeres, señaló el día diez y seis de ese mes de marzo para que tuviera lugar la audiencia pública en la causa adelantada contra Adriano Rivas Lemus, por homicidio y el día anterior a la fecha citada, pretextando ser día de fiesta, aplazó la vista pública, señalando para ese acto el día veintitrés del mismo mes; que estando todo dispuesto para este día, el Juez lo mandó llamar con uno de los empleados del Juzgado a su apartamento y le dijo que no habría audiencia por encontrarse mal del estómago, siendo así que se acababa de bañar normalmente y como el funcionario en mención, sin causa justificativa, omitió la ejecución de un acto propio de sus funciones, presidir la audiencia pública, estima que se estructura la figura delictiva contemplada por el artículo 172 del Código Penal. Añade que, después de todo, el Juez le hizo notificar una providencia en la que ordenaba surtir una consulta ante el Tribunal en ese mismo juicio y correr traslado al Fiscal para que conceptuara si era el caso de aplicar el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal y en este proceder del Juez, también se configura un retardo por lo menos culposo, por haber omitido dentro del proceso actos tan elementales, después de tenerlo tantos años bajo su dirección.

Obran en el proceso en copia, las actas de nombramiento, confirmación y posesión del doctor Meléndez Piñeres, para el cargo de Juez 2º Superior de Cartagena en el tiempo a que se refiere el denuncia y también, la constancia de que por ese mismo tiempo ejercía las funciones inherentes a dicho empleo.

Se practicó una diligencia de inspección ocular, en asocio de peritos actuarios, sobre el expediente contra Adriano Rivas y en ella se dice que al folio 119 se encuentra un auto dictado por el Juez 2º Superior, en el cual se lee:

"En atención a que el día 16 de los corrientes señalado por auto de fecha treinta y uno de enero del presente año para la celebración de la audiencia pública en esta causa es feriado y así lo informa la Secretaría, aplácese para el día veintitrés del presente mes de marzo la celebración de la citada (audiencia) vista pública en el presente juicio".

En la misma diligencia anotan el funcionario de instrucción y los peritos actuarios, que al folio 120 del mismo expediente, obra el auto del día 23 de marzo de 1949, que ordena lo siguiente:

"En tal virtud dése traslado de este proceso al señor Agente del Ministerio Público para que conceptúe sobre la aplicación del artículo 153 del C. de P. P. en lo referente al procesado Villadiego. Expídanse las copias correspondientes para que se surta la consulta ante el H. Tribunal Superior —Sala Penal— en lo referente al sobreseimiento definitivo decretado por auto de 5 de octubre de 1944, con sujeción a lo preceptuado en el artículo 430 del Código de P. P."

En la mencionada inspección ocular, se deja constancia de que este último auto se dictó en virtud de que el Juez anterior al calificar el sumario dictó sobreseimiento definitivo a favor de algunos sindicados y temporal respecto de Maximino Cordale, disponiendo que se sacara copia de lo conducente para continuar la investigación y hasta entonces, no se habían consultado los sobreseimientos ni compulsado las copias. También advierten que se dispuso aplicar el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el sindicado Guillermo Villadiego Zúñiga había dejado de existir, según aparecía del acta de defunción respectiva, traída al proceso.

Indagado el doctor Ignacio Meléndez Piñeres (folio 20 v. y siguientes) en relación con los cargos que le hace el denunciante, manifiesta que no recuerda exactamente el día y el mes que se señaló para la audiencia pública en la causa con-

tra Adriano Rivas, dado el volumen de negocios que se ventilan en ese Juzgado; que la audiencia en ese proceso no se verificó en la fecha señalada en el correspondiente auto, porque ese día amaneció enfermo, con un principio de intoxicación y el médico le prescribió el reposo consiguiente y por esto, en la mañana de ese día, llamó al secretario del Juzgado y le dijo que por hallarse indispuesto no podía efectuarse la audiencia, dándole la orden de que lo hiciera saber a las partes y a los miembros del Tribunal Popular; que en las horas del medio día indicó al secretario que le enviara el negocio a su oficina particular, situada en el mismo apartamento donde vivía, para estudiar algún punto relacionado con omisiones que había observado cuando lo estudió para la confección de los cuestionarios y en la misma fecha, dictó una providencia para subsanar esas deficiencias u omisiones, sin que recuerde qué día regresó a sus labores al local del Juzgado, pero que la incapacidad fue de unos dos días.

El doctor Ignacio Oñora, citado por el doctor Meléndez Piñeres, como el médico que lo había tratado para la novedad de salud a que el procesado se refiere en su instructiva, rindió declaración bajo juramento (folio. 22 v.) y en ella dice que ha sido el médico de dicho abogado y de su familia y que recuerda que en el mes de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, lo trató de una afección a la garganta que lo hizo guardar cama y de la cual frecuentemente padece.

La Corte en auto de fecha tres de octubre de mil novecientos cincuenta al revisar el auto de sobreseimiento definitivo que antes de ahora había dictado el Tribunal de Cartagena a favor del procesado, encontró que la conducta de dicho Juez en los retardos en la tramitación de la causa contra Adriano Rivas, no estaba satisfactoriamente explicada y ordenó traer al informativo algunas pruebas que se echaron de menos, sobreseyendo temporalmente a su favor. Acerca de los nuevos elementos de juicio, dice el Procurador Delegado en lo Penal:

"En el nuevo diligenciamiento se recogió la declaración del señor Lilio Badel Martínez, Secretario de la Sala Civil del Tribunal; se amplió la indagatoria del sindicado; y se tomaron testimonios al Secretario del Juzgado y al médico que atendió al doctor Meléndez Piñeres. Además, se practicó una inspección ocular en la Secretaría General del Tribunal, y el Juez acusado, final-

mente, trajo a los autos un certificado de dicha entidad pertinente al caso.

.....
 "No se lleva, al parecer, registro en el Tribunal Superior de Cartagena y en las demás oficinas judiciales del Circuito sobre los días de vacancia; y para establecer si el 16 de marzo de 1949 fue o no día feriado, hubo que acudir al medio empírico de examinar uno a uno los almanaques caducados que se utilizaban en la Secretaría de aquella corporación. La circunstancia de que en el almanaque correspondiente al año de 1949 apareciera tachado el día cuestionado, aunque en forma distinta a la usual, inclina el ánimo a pensar que probablemente no se abrió el despacho del Juzgado ni el del Tribunal en la fecha mencionada. Corroborada esta conclusión el certificado que corre a folio 147 v. sobre la existencia del Acuerdo número 253 de 15 de marzo, por medio del cual el Tribunal acogió como feriado el 16 de marzo de 1949, en atención a la costumbre seguida al respecto desde el año de 1945.

"Así las cosas, resulta verosímil el informe del Secretario, rendido al Juez, acerca de la vacancia de dicho día.

"En cuanto al motivo del segundo aplazamiento, esto es, la afeción sufrida por el Juez, la ampliación del testimonio del facultativo que lo atendió, es satisfactoria. En ella (fs. 37 v.), el doctor Ignacio Oñora precisa más el recuerdo sobre la época en que tuvo lugar el hecho y afirma haberle tratado al doctor Meléndez Piñeres una novedad en la garganta con repercusiones intestinales".

Se considera:

La calidad oficial del sindicato en este negocio, doctor Ignacio Meléndez Piñeres, en su carácter de Juez 2º Superior de Cartagena, se encuentra establecida plenamente con los documentos indicados ya en esta providencia y de ello resulta que la Sala es competente para revisar en segunda instancia la providencia que es objeto del recurso.

En relación con los cargos de omisión en el cumplimiento de sus deberes legales, que el denunciante hace al nombrado doctor Meléndez Piñeres, las pruebas relacionadas permiten tener como aceptables las explicaciones que éste da en su declaración indagatoria sobre las causas que dieron lugar a que la audiencia pública en el proceso seguido contra Adriano Rivas, se aplazara en

las fechas que ya se habían señalado. Tanto el primer aplazamiento, por haberse fijado un día que según la costumbre era feriado, como el segundo, a causa de enfermedad del Juez Superior, tienen asidero en dichas comprobaciones. Y lo mismo ocurre, en cuanto a las omisiones que se cargan a su cuenta, por no haber surtido la consulta de los sobreseimientos dictados al calificar el negocio en el fondo y decretar la cesación de procedimiento por muerte de uno de los sindicados, toda vez que esos sobreseimientos los había proferido su antecesor y la muerte de Villadiego Zúñiga, ocurrió con posterioridad al dictamiento del auto de proceder.

Por lo tanto, los cargos que por el delito de abuso de autoridad, en la especie de actos de omisión en el cumplimiento de las funciones que debía llevar a ejecución el funcionario sindicado, no tienen el carácter de punibles, pues ellos no se debieron a morosidad de éste ni a falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes legales, sino a circunstancias que impidieron el diligenciamiento del proceso en las fechas señaladas en las providencias respectivas en un caso, y en el otro, el que se refiere a la orden de consultar un sobreseimiento que su antecesor había olvidado diligenciar y al traslado para poder dar aplicación al artículo 153 del C. de Procedimiento Penal en relación con otro sindicado, nada hay de contrario a las normas del estatuto represivo; este proceder más bien pone de presente el interés y corrección del funcionario en que los asuntos a su cargo fueran tramitados con el cumplimiento de las normas procedimentales sobre la materia.

Por consiguiente, el sobreseimiento definitivo que es materia de la revisión, se ajusta a la realidad procesal y a las disposiciones legales y debe confirmarse.

En cuanto a la apelación interpuesta por el procesado por no haberse ordenado por el Tribunal sacar copia de lo conducente para investigar el delito de falsas imputaciones ante las autoridades, cometido por el denunciante, tampoco es el caso de reformar dicha providencia en tal sentido. A esta conclusión se llega, al examinar el contenido del proceso, del que a primera vista y sin la producción de las pruebas que explican la conducta del Juez sindicado, se palpa la falsa impresión de que los cargos imputados carecen de explicación. Y si ello es así, la denuncia no puede calificarse como temeraria ni presentada con el ánimo esencialmente doloso de sindicarse a una

persona como autor de un hecho punible que no había tenido existencia y en estas condiciones, no hay base legal para ordenar la investigación de ese hecho.

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 au-

toridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vázquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

COMPETENCIA PARA CONOCER, POR RAZON DEL LUGAR, DE UN PROCESO POR ABUSO DE CONFIANZA

En varias oportunidades la Corte tiene sentado que cuando se ha recibido una cosa a título no traslativo de dominio, debe conocer del proceso penal que se adelante el Juez del lugar en donde la cosa o su valor debía entregarse, toda vez que las actividades anteriores son equívocas por lo menos en cuanto al ánimo de apropiación indebida de lo que se ha recibido. En cambio, en aquel lugar en que debe entregarse la cosa o su valor, según el caso, la intención adquiere realidad objetiva por la indebida apropiación de lo que no se ha recibido por título traslativo de dominio, que es lo que constituye el delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El 30 de marzo de 1951, en la Inspección 2ª Municipal de Medellín, Raúl Botero Nicholls denunció que hacía unos doce días había sido enviado un carro, marca Chevrolet, modelo 50, de su hermana Lucila, a hacer un viaje al Departamento del Valle, manejado por Edgar Navarro, el que hasta entonces no había dado ninguna razón sobre su paradero.

El detectivismo, tras de algunas averiguaciones, halló el carro en La Dorada "sin carrocería y fuimos informados —dice el informe respectivo— que esa carrocería estaba en reparación, pero que le faltaba la carpa y la herramienta con que había salido el carro de Medellín, al igual que los repuestos... Supimos de manera verídica —agrega— que el repuesto de llanta fue vendido en Popayán para con el dinero obtenido proveer el vehículo de gasolina y el ring fue vendido en Cali...., la carpa había sido dejada en prenda en Dorada por la hospitalización del ayu-

dante..., quien había sido aporreado por el mismo carro en Honda".

Según manifiesta Edgar Navarro (fl. 6), el ayudante del carro de nombre Luis Eduardo Correa lo obligó a que le entregara la llave de aquél, diciéndose administrador del mismo, por encargo de la propietaria, hecho ocurrido en Buenaventura.

Adelantada la investigación, la Inspección 2ª Municipal de Medellín la pasó a los Jueces del Circuito, de donde por competencia se ordenó enviarla a los Fiscales de los Juzgados Superiores, correspondiendo al Quinto de aquella ciudad, funcionario que con fecha 27 de febrero de 1952, dijo: "El presente negocio es de la competencia de los señores Jueces Superiores del Distrito Judicial de Cali por cuanto los hechos que dieron origen a la investigación fueron cometidos en Buenaventura (véase fl. 6)". En consecuencia, remitió el expediente al reparto de los Fiscales, correspondiendo a la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior de dicha ciudad.

Este funcionario, en auto de 28 de agosto último, dice que no hay fundamento para aseverar que el delito haya tenido su consumación en la ciudad de Buenaventura, del Distrito Judicial de Cali y que tampoco es competente para conocer del proceso si se tiene en cuenta que en Popayán fueron vendidas llantas del vehículo y que éste fue decomisado en La Dorada.

La Fiscalía citó en apoyo de su criterio el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, según el cual si el lugar en que se comete el delito es desconocido, o se comete en lugares distintos, prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho, del lugar en que se formula el denuncia o en el que primero se inicie la instrucción. Dispuso, en consecuencia, devolverlo a la Fiscalía Quinta de Medellín, proveyéndole la competencia negativa.

Como el Fiscal Quinto de esta última ciudad insistiera en los puntos de vista sustentados en un principio, dispuso enviar el expediente a la Corte para que se decida lo que sea legal.

Se considera:

De acuerdo con el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, el Juez del lugar en que se cometió la infracción es el competente para conocer de ella. La dificultad consiste en determinar ese lugar cuando el desarrollo de la acción considerada ilícita ha tenido cumplimiento en sitios pertenecientes a jurisdicciones distintas, como ocurre en este caso.

En varias oportunidades se ha pronunciado la Corte en casos semejantes y tiene sentado que cuando se ha recibido una cosa a título no traslativo de dominio, debe conocer del proceso penal que se adelante el Juez del lugar en donde la cosa o su valor debía entregarse, toda vez que las actividades anteriores son equívocas por lo menos en cuanto al ánimo de apropiación indebida de lo que se ha recibido. En cambio, en aquel lugar en que debe entregarse la cosa o su valor, según el caso, la intención adquiere realidad objetiva por la indebida apropiación de lo que no se ha recibido por título traslativo de dominio, que es lo que constituye el delito.

En el caso a estudio, el carro o camión marca Chevrolet, modelo 50, a que hace relación el proceso, fue entregado por su propietaria Lucila Botero en la ciudad de Medellín, de donde a cargo del chofer Edgar Navarro, quien lo manejaba desde hacía algún tiempo, fue llevado al Valle, a mediados del mes de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, con mercancías entregadas en la Agencia o establecimiento de Rafael Salazar, según manifiesta la señorita Lucila Botero y el mismo chofer Navarro a folio 5 vto. Dicho automotor debía ser entregado en la ciudad de Medellín a su propietaria, conforme a la siguiente manifestación hecha por ella a folio 3 vto.: "El mismo chofer (Navarro) estaba autorizado para ex-

plotar el carro en su correría y luego entregar todo en esta ciudad a mí...".

Pero todavía si lo anterior no fuere bastante para radicar la competencia en la Fiscalía del Juzgado 5º Superior de Medellín, toda colisión se resolvería en virtud del mandato legal contenido en el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, porque esta regla fue creada precisamente para resolver todos aquellos conflictos de jurisdicción que pudieran surgir de la duda o desconocimiento preciso del lugar donde el delito fue ejecutado. Entre los casos que allí se enumeran está comprendido el referente a la circunstancia de haberse formulado en primer término el denuncia, para radicar allí la jurisdicción. Como en el caso lo fue ante las autoridades de Medellín, las cuales iniciaron la investigación, este motivo unido a lo que desde otro ángulo de la cuestión, se ha tenido en cuenta por la Corte, señala que tiene razón el funcionario que propuso la competencia, es decir, el señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Cali y así debe decidirse.

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 competencia entre el Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Cali y el Fiscal del Juzgado Quinto Superior de Medellín, resolviendo que le corresponde a este último el conocimiento del presente negocio, que debe remitirsele, dando cuenta previamente al Fiscal de Cali ya citado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello, Secretario.

HAY NULIDAD CONSTITUCIONAL CUANDO EL CUESTIONARIO CONTIENE ERRORES ESENCIALES QUE MODIFICAN EL PLIEGO DE CARGOS FORMULADOS EN EL AUTO DE PROCEDER

1.—La Corte ha sostenido que hay nulidad de orden supralegal cuando el cuestionario contiene errores esenciales que modifican el pliego de cargos formulados en el auto de proceder y, por lo tanto, ese vicio impide que el Jurado se pronuncie sobre la verdad de los hechos materia del debate, causando, así, un perjuicio evidente a la sociedad en su función represiva, o al procesado en su derecho de defensa.

Y en el presente asunto, fue manifiesta la equivocación del Juez al elaborar el primer interrogatorio por homicidio común, en vez de otro especialmente agravado (asesinato), que fue la figura planteada en el llamamiento a juicio. Luego era necesario, en defensa de la justicia, enmendar ese yerro y restablecer las cosas a su cauce legal. De lo contrario, sí se hubiera presentado la nulidad constitucional que alega el señor defensor.

2.—En conformidad con el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, las circunstancias conocidas que especifiquen el hecho imputado deben precisarse en la parte motiva del auto de proceder y no en la parte resolutive, la cual sólo debe contener el llamamiento por el delito que corresponda, determinándolo con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo Capítulo o en el correspondiente título cuando éste no se divida en Capítulos, sin determinar dentro del género la especie a que pertenezca.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Por sentencia de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, el Tribunal Superior de Cali condenó a Julio César Cocuñame como responsable del delito de homicidio en la persona de Abel Martínez, a la pena principal de quince años y medio de presidio y a las accesorias correspondientes.

Contra este fallo interpuso el recurso de casación el defensor del procesado, doctor Abelardo Restrepo Vélez, quien oportunamente presentó ante la Corte la respectiva demanda, invocando, en su orden las causales primera, tercera y cuarta del artículo 567 del Código de Promedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

Los hechos que dieron origen al proceso, aparecen relatados en la providencia recurrida, en la siguiente forma:

“El veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, día de la madre, se verificaba un baile en la cantina de Benjamín Cantero, ubicada en el paraje de “La Paz”, Corregimiento de La Elvira, Municipio de Cali. A esta reunión se dirigían Julio César Cocuñame, su hermano Efraín y su padre Evangelista, lo mismo que Abel Martínez con su esposa y algunos parientes y amigos de ambos grupos. Entre Cocuñame y Martínez existían algunas diferencias por motivo de algún dinero que el segundo le dio prestado al primero y que éste no devolvió. Al encontrarse los dos grupos, que marchaban en la misma dirección, Abel Martínez dijo “ahí va Concha”, a lo cual Julio César Cocuñame, tomando para sí lo dicho por Martínez, respondió con las expresiones de “despavorido” e “hijo de puta”, con lo cual pretendieron irse a las manos, pero sin lograrlo debido a la oportuna intervención de quienes los acompañaban. Más adelante, en la tienda de la señora Carmen Güengue, los mismos prota-

gonistas trataron de irse a las manos nuevamente, lanzándole Cocuñame su peinilla a Martínez, sin tocarlo, siendo recogida dicha arma y entregada a la señora Carmen Güengue para que la guardara. Al llegar los protagonistas y sus acompañantes a la casa de Benjamín Cantera encontraron varias personas bailando y tomando licor, haciendo inmediatamente ellos parte de la fiesta. Se encontraba Abel Martínez recostado al mostrador de la cantina cuando se le acercó Julio César Cocuñame y le dio un puñetazo, ante lo cual aquél reaccionó esgrimiendo su peinilla, pero sin que se produjera ninguna consecuencia debido a que Cocuñame se metió hacia el interior de la casa. En ese momento surgió Efraín Cocuñame, hermano de Julio César, armado con una navaja con la cual le propinó a Martínez una herida en la nuca. Martínez fue inmediatamente desarmado por Evangelista Cocuñame, padre de los agresores, viéndose obligado el ofendido a armarse con un palo con el cual le dio a Efraín Cocuñame que en ese momento trataba de agredirlo nuevamente a puñetazos. Intervino de nuevo el señor Corregidor, para insinuarle a Abel Martínez que se retirara de ese lugar, al mismo tiempo que le ponía la mano en la espalda para indicarle la vía que debía seguir. Obedecía Martínez la insinuación del señor Corregidor y habría dado unos cuatro pasos cuando intempestivamente salió a la carrera Julio César Cocuñame dándole alcance a Martínez a quien le asestó una herida en el pecho con una puñalada que llevaba en la mano, sobreviniéndole la muerte al herido pocos momentos después".

Conoció de los hechos narrados el señor Juez Primero Superior de Cali, quien por auto fechado el tres de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, abrió causa criminal contra Julio César Cocuñame por el delito de homicidio. Contra este auto interpusieron el recurso de apelación el Fiscal de dicho Juzgado, el encausado y su defensor, y el Tribunal en auto que tiene fecha cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, revisó aquel proveído afirmando en la parte motiva que "figura el procesado como provocador de los hechos que precedieron a la muerte de Martínez, quien se hallaba desarmado en el instante de recibirla, en actitud pacífica, cuando se consideraba seguro en poder del Corregidor y, por consiguiente en estado de indefensión, al recibir inesperadamente la puñalada mortal, lo que dá al homicidio las características agravantes previstas por los ordinales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal".

Es decir, que introdujo una modificación o reforma a la situación jurídica en que había sido colocado el procesado en el auto de proceder de primera instancia, pues en éste, solamente se le responsabilizaba por un homicidio intencional sin la concurrencia de circunstancias que le dieran al hecho la categoría de asesinato; sólo que el Tribunal en la parte resolutive de su providencia, no habla de modificación o reforma al auto apelado, sino que simplemente dice: "RESUELVE: CONFIRMAR en todas sus partes la providencia recurrida".

La causa se tramitó con la plenitud de las formalidades legales y la audiencia pública tuvo lugar, el día catorce de julio de mil novecientos cuarenta y nueve. El señor Juez Superior presentó al Jurado el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Julio César Cocuñame, es responsable de haber dado muerte, de propósito, al señor Abel Martínez, por medio de varias heridas que le infirió con arma corto-punzante, una de las cuales atravesó el corazón, lo que produjo una hemorragia fuerte que le causó el deceso; hecho que tuvo lugar en las primeras horas de la noche del veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y siete (1947), en el corregimiento de La Paz, jurisdicción del municipio de Cali?"

El Jurado contestó: "Sí, en estado de ira e intenso dolor, después de recibir ofensas".

El negocio pasó al despacho del Juez para dictar el fallo correspondiente, pero este funcionario encontró que al formular el cuestionario a los Jueces de conciencia, por un error involuntario y atendido a la parte resolutive del auto del Tribunal, no había incluido dentro de él, las circunstancias características de asesinato a que se refería la parte motiva de dicho auto y en consecuencia, declaró la nulidad de lo actuado a partir de la providencia que señaló día para el sorteo general de Jurados, ordenando reponer el procedimiento de ahí en adelante. Esta determinación tiene fecha veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y nueve y habiendo sido apelada por las partes, el Tribunal la confirmó con fecha veintinueve de octubre del mismo año.

Vuelto el asunto al Juzgado, se le dio la tramitación de rigor y la nueva audiencia tuvo lugar el día primero de febrero de mil novecientos cincuenta y uno. El cuestionario presentado al Tribunal de conciencia, es del siguiente tenor:

"¿El acusado Julio César Cocuñame, es responsable de haber dado muerte, de propósito, al señor Abel Martínez, por medio de varias heri-

das que le infirió con armá corto-punzante, una de las cuales átravesó el corazón, lo que produjo una hemorragia fuerte que causó el deceso; acto para el cual obró el acusado con premeditación y hallándose la víctima en condiciones de inferioridad; hecho que tuvo lugar en las primeras horas de la noche del veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y siete (1947), en el correjimiento de La Paz, jurisdicción del municipio de Cali?”.

El Jurado contestó: “Sí es culpable de propósito, en estado de embriaguez”.

El Juzgado Superior dictó sentencia, aceptando este veredicto, condenando al acusado como responsable de un homicidio intencional con las circunstancias de premeditación y hallándose la víctima en condiciones de inferioridad, imponiéndole la pena principal de quince años de presidio. Esta sentencia tiene fecha tres de febrero de mil novecientos cincuenta y uno.

Este fallo fue apelado por las partes y el Tribunal Superior de Cali en sentencia fechada el veintinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, lo reformó en el sentido de condenar a Julio César Cocuñame, a la pena principal de quince años y medio de presidio, en lugar de la de quince años de la misma pena a que lo había sentenciado el Juez de primera instancia. Contra esta sentencia se dirige el recurso de casación interpuesto por el representante del procesado, alegando las causales de casación indicadas al comienzo de esta providencia.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario, observa que el defensor del procesado invoca las causales de casación ya mencionadas, sin que desarrolle el libelo con la técnica exigida por el artículo 531 del Código Judicial, pero por haber enunciado expresamente los motivos del recurso e indicado los cargos contra la sentencia de segunda instancia, procede a contestar las causales, empezando por la cuarta, que según la alegación del abogado es la que afecta más radicalmente el proceso.

El representante del Ministerio Público, examina las tres causales alegadas por el actor frente a los motivos aducidos en la demanda y a las constancias del proceso, y sostiene que ninguna de ellas puede prosperar y por ello, considera que no debe casarse el fallo del Tribunal Superior de Cali.

Se considera:

La Sala procederá en el estudio de las causales de casación invocadas, en el mismo orden que lo hace el Ministerio Público, comenzando por la causal cuarta, que según se afirma en el libelo, es la que más radicalmente afecta el proceso.

Causal cuarta.—Nulidad del juicio

Acerca de esta causal, en la demanda se dice:

“La sentencia recurrida se dictó sobre un juicio en el cual generó el Juez una nulidad de carácter constitucional, que afecta los derechos del reo y menoscaba los fundamentos de su defensa, nulidad con la cual violó el sentenciador el artículo 26 de la Constitución Nacional”.

Y al comienzo del libelo sostiene el actor:

“En la primera audiencia verificada en la causa, el procesado se defendió del cargo de homicidio voluntario formulado por el Juez 1º Superior en el auto de proceder, auto éste que fue confirmado en todas sus partes por el Tribunal Superior, Sala Penal de Cali.

“El Jurado Popular contestó el cuestionario con la modalidad de la riña imprevista, pero el Juez saliendo de los términos del auto de proceder, declaró una nulidad improcedente que afecta los derechos del reo, toda vez que éste se defendió de un homicidio simplemente voluntario de conformidad con los cargos deducidos del auto de proceder, que fue confirmado en todas sus partes por la Sala Penal del Tribunal, tal como claramente lo reza en su parte final la providencia del Tribunal.

“La nulidad invocada por el Juez contra los derechos del procesado, fue confirmada por el Tribunal y por esta razón al procesado se le hizo una nueva audiencia en la cual fue condenado con modalidades que no se le dedujeron en el auto de proceder que estaba ejecutoriado y era ley del proceso y por lo tanto, no podía variarse esta situación jurídica para agravar los derechos del sindicado, que mal podía defenderse del cargo de homicidio con circunstancias de asesinato, que no le fueron previamente deducidas en la providencia enjuiciatoria”.

Ya se ha visto al relatar la actuación procesal que ha tenido el negocio, que el Tribunal Superior de Cali al revisar por apelación el auto de proceder de primera instancia, en la parte motiva de su providencia imputó en forma clara y

precisa al procesado Julio César Cocuñame el delito de homicidio con las circunstancias específicas de asesinato previstas por los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal. Pero ocurrió que el Juez de la causa por un error involuntario al elaborar el cuestionario que debía presentar al Jurado en el acto de la audiencia pública, dejó por fuera dichas circunstancias y los Jueces de conciencia no tuvieron oportunidad de dar respuesta sobre ellas, habiéndose concretado la pregunta del Juez y la respuesta a un homicidio simplemente intencional. Por eso, el veredicto del Tribunal Popular fue: "Sí, en estado de ira e intenso dolor, después de recibir graves ofensas".

Al estudiar este veredicto, el Juez de la causa, cayó en cuenta de la omisión anotada y con base en doctrinas sentadas por la Corte, declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto que había señalado día para el sorteo general de jurados, providencia que fue confirmada por el Tribunal.

Acerca de este punto, dice la Procuraduría:

"Realmente, la H. Corte y la Procuraduría han sostenido que hay nulidad de orden supralegal cuando el cuestionario contiene errores esenciales que modifican el pliego de cargos formulados en el auto de proceder y, por lo tanto, ese vicio impide que el Jurado se pronuncie sobre la verdad de los hechos materia del debate, causando, así, un perjuicio evidente a la sociedad en su función represiva, o al procesado en su derecho de defensa.

"Y en el presente asunto, fue manifiesta la equivocación del Juez al elaborar el primer interrogatorio por homicidio común, en vez de otro especialmente agravado (asesinato), que fue la figura planteada en el llamamiento a juicio. Luego era necesario, en defensa de la justicia, enmendar ese yerro y restablecer las cosas a su cauce legal. De lo contrario, sí se hubiera presentado la nulidad constitucional que alega el señor defensor.

"Además, no sobra anotar que el auto que declaró la nulidad referente al cuestionario, quedó ejecutoriado con la confirmación que le impartió el Tribunal. En consecuencia, lo resuelto está fuera de debate y no puede revisarse en casa-ción".

El argumento de que el auto de proceder de primera instancia que llamaba a juicio al procesado por un homicidio simplemente intencional, no fue reformado por el Tribunal, porque en la parte resolutive de su providencia dice que lo

confirma en todas sus partes, no es valedero, pues en conformidad con el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, las circunstancias conocidas que especifiquen el hecho imputado deben precisarse en la parte motiva del auto de proceder y no en la parte resolutive, la cual sólo debe contener el llamamiento por el delito que corresponda, determinándolo con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo Capítulo o en el correspondiente título cuando éste no se divida en Capítulos, sin determinar dentro del género la especie a que pertenezca.

Reunido el nuevo Jurado, según se ha visto, se le formuló el cuestionario completo, es decir, incluyendo dentro de él aquellas circunstancias que por error involuntario habían sido omitidas en la primera audiencia y la respuesta fue la siguiente:

"Sí es culpable de propósito, en estado de embriaguez".

El Juez del conocimiento en la sentencia de primera instancia y el Tribunal en la segunda, estimaron que este veredicto calificaba el homicidio como asesinato y condenaron al acusado de acuerdo con el artículo 363 del Código Penal.

Según aparece del acta de la audiencia pública, la situación jurídica en que el procesado fue colocado en el auto de proceder, fue ampliamente discutida por las partes que intervinieron en los debates orales y la defensa tuvo oportunidad de rebatir y así lo hizo, no sólo la intencionalidad del homicidio, sino también las circunstancias de agravación que le daban el carácter de asesinato. No es cierto, por lo tanto, que el acusado no hubiera podido defenderse del cargo de homicidio con las circunstancias específicas de agravación consignadas en el auto de proceder ni que tales circunstancias no se le hubieran deducido en la providencia enjuiciatoria.

Por consiguiente, la nulidad constitucional alegada por el demandante no existió y no puede prosperar.

Causales tercera y primera. — Desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder y el veredicto del Jurado, y violación de la ley penal.

Como dice el Procurador Delegado en lo Penal, ambos motivos de impugnación de la sentencia se fundan en las mismas razones y por ello, procede su estudio en forma conjunta.

El actor con base en el primer veredicto, referente a la primera audiencia, que quedó sin

valor por virtud de la nulidad decretada, aduce el cargo de que al tenor del enjuiciamiento y de la respuesta del primer Jurado, la responsabilidad de Cocuñame se colocó en la de autor de un homicidio simplemente intencional, con la modalidad de la riña imprevista que estatuye el artículo 384 del estatuto represivo.

En primer lugar, se observa que ni el auto de proceder ni el veredicto dado por el primer Jurado en la primera audiencia, reconocieron la circunstancia de la riña imprevista. El auto de proceder, como ya se anotó, calificó el hecho materia del proceso como un homicidio intencional con circunstancias especiales de agravación y sin la concurrencia de circunstancias especiales de atenuación. A causa de la equivocación del Juez de la causa, el cuestionario se formuló en desacuerdo con el auto de llamamiento a juicio, como un homicidio simplemente intencional sin atenuaciones especiales y los Jueces de conciencia le dieron respuesta afirmando la responsabilidad del procesado, "en estado de ira e intenso dolor, después de recibir ofensas", lo cual no refleja la situación contemplada por el artículo 384 del Código Penal, ni tampoco la prevista por el artículo 28 *ibidem*.

En segundo lugar, el primer veredicto, según se ha visto, quedó sin valor alguno por virtud de

la nulidad decretada por el Juez de la causa, relacionada con la primera audiencia, y el que debe tenerse en cuenta para efectos del recurso es el segundo veredicto, que declaró la responsabilidad por un homicidio agravado, sin reconocimiento de la circunstancia de atenuación de la riña imprevista.

Por consiguiente, las razones alegadas no atacan el segundo veredicto ni contra él se invocan las causales de casación que se examinan y en estas condiciones, éstas carecen de fundamento y no pueden prosperar.

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, **NO INVALIDA** la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE COLUSION

1.—El estatuto represivo considera como hecho constitutivo del delito de colusión propiamente dicho, el caso de que el apoderado o consultor, mediante acuerdo con la parte contraria o en cualquier otra forma, sea infiel a sus deberes profesionales y comprometa la causa que se le hubiera confiado.

Sólo en este evento puede darse con toda propiedad el delito de colusión. En los demás hechos que el Código incluye dentro del capítulo respectivo bajo la denominación "De la colusión y otras infracciones cometidas por los apoderados y consejeros", no se configura puntualmente ese delito, y si se incluyeron en él, fue por la semejanza que guardan con esa infracción, por tratarse de actos contra la administración de justicia, relacionados con el ejercicio profesional de quienes actúan en los negocios judiciales como apoderados, defensores o consejeros.

2.—Lo que la ley penal reprime bajo la denominación de "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas", es la conducta abusiva del funcionario que pone en peligro los intereses generales que representa con la mira de hacer prevalecer un interés particular de enriquecimiento ilegítimo, hechos que, por otra parte, son inconvenientes para la vida del Estado y para el prestigio de las instituciones, que exigen la máxima circunspección por parte de los funcionarios públicos.

El artículo 167 del Código Penal, que es el que sanciona el delito, excluye de parte del funcionario todo interés en provecho propio en los contratos en que debe intervenir por razón de las funciones de su cargo.

Vistos:

Con fecha diez y seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, se declaró cerrada la presente investigación y se ordenó pasar en traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal, para concepto de fondo.

En concepto de fecha diez y seis de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, la Procuraduría contestó el traslado haciendo las siguientes solicitudes:

"Primero—Que se traigan a los autos los documentos sobre nombramiento, posesión y ejercicio del cargo de Ministro de Justicia, por parte del doctor José Gabriel de la Vega; y

"Segundo.—Que una vez comprobada esa alta calidad oficial, se digne resolver acerca de la competencia para conocer del presente asunto".

En auto de fecha veintitrés de mayo del citado año de mil novecientos cincuenta y dos, el ponente en este negocio refiriéndose a los pedimentos del señor Procurador Delegado en lo Penal antes transcritos, dijo:

"El criterio adoptado por la Sala, cuando se trata de la competencia para conocer de procesos por hechos delictuosos de que se sindicaba a ciertos empleados que de acuerdo con la Constitución Nacional y con la ley procedimental, gozan de fuero especial, debe determinarse teniendo en cuenta la situación en que se encontraba el empleado cuando cometió el hecho y no la que ocupe al tiempo de ser juzgado.

"Por lo tanto, no es el caso de dar curso a las solicitudes de la Procuraduría y se dispone, devolverle el expediente para que emita el concepto solicitado en la mencionada providencia de diez y seis de noviembre del año pasado".

El Procurador Delegado en lo Penal interpuso el recurso de reposición contra el mencionado auto de veintitrés de mayo, afirmando que por medio de él, la Corte prácticamente se declaraba competente para conocer del asunto y expone las razones que en su concepto le dan esa atribución al Senado de la República, pidiendo "que se sirva reponer, revocándolo, su auto de fecha 23 de los corrientes, y decidir en Sala sobre la compe-

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero diez y siete de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

tencia para conocer del presente negocio". Esta solicitud tiene fecha 26 de mayo de 1952.

El Ponente accedió a la anterior petición, porque el auto reclamado había sido suscrito por un solo Magistrado, debiendo serlo por toda la Sala, por tratarse de un punto substancial del proceso, y dispuso que el negocio volviera al despacho para decidir sobre el incidente de competencia planteado por el representante del Ministerio Público.

En providencia de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y dos, la Sala después de examinar a espacio los argumentos de orden legal y jurídico aducidos por la Procuraduría, sostuvo que es a la Corte a quien corresponde conocer de este proceso. A dicha providencia pertenecen los siguientes apartes:

"Para resolver sobre el incidente de competencia para conocer del presente negocio, que plantea el Procurador Delegado en lo Penal mediante la fundamentación que se deja relacionada, se considera:

"Dice la Procuraduría que la Corte en numerosos casos, sobre todo a raíz de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, ha sostenido la doctrina de que la competencia para conocer de procesos por hechos delictuosos de que se sindicó a ciertos empleados que de acuerdo con la Constitución Nacional y con la ley procedimental, gozan de fuero especial, debe determinarse teniendo en cuenta la situación en que se encontraba el empleado cuando cometió el hecho y no la que ocupe al tiempo de ser juzgado", pero que dicha jurisprudencia se sentó para definir situaciones muy distintas a la que se contempla en este negocio.

"La afirmación de que la doctrina transcrita ha sido la de la Sala, con el concepto acorde de la Procuraduría, para resolver sobre la competencia en numerosos casos, corresponde a la realidad, pero no es exacto que esa jurisprudencia se hubiera sentado para definir situaciones distintas a la que se contempla en este negocio. Todo lo contrario; se trataba de situaciones absolutamente semejantes a la de que da cuenta este proceso y bastaría citar el caso más reciente resuelto por la Sala, en el que la Procuraduría aceptó la competencia de la Corte para conocer del negocio adelantado contra el doctor Jorge Leiva por los cargos de abuso de autoridad y detención arbitraria, cometidos cuando ejercía las funciones de Gobernador del Departamento de Cundinamarca y quien en la fecha en que la Cor-

te resolvió sobre el fondo del asunto, sobreseyendo definitivamente a su favor, desempeñaba el cargo de Ministro de Obras Públicas. (Auto de 13 de abril de 1951).

"En el caso de autos, al sindicado doctor José Gabriel de la Vega, se le hacen cargos por el delito de abuso de autoridad en su condición de Gobernador del Departamento de Bolívar y en la actualidad, ejerce las funciones de Ministro de Justicia. No hay, por lo tanto, ni en cuanto a la naturaleza de los cargos investigados en una y otra ocasión, ni en lo tocante al momento de cometer los hechos imputados ni respecto al tiempo de conocer de los mismos, diferencia ninguna.

"De esto resulta, que la mencionada jurisprudencia de la Corte, se ha tenido en cuenta, no para definir situaciones distintas a las que ofrece por el aspecto de la competencia este proceso, sino precisamente para resolver situaciones exactamente iguales.

"En cuanto a que es la propia Constitución la que hace diferencias acerca de la clase de investidura del procesado, para determinar la competencia de la Corte en el conocimiento del proceso penal, ello aparece del texto del artículo 151 de la Carta, cuando dice:

"Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

"1ª—Juzgar a los altos funcionarios nacionales que hubieren sido acusados ante el Senado, por el tanto de culpa que les corresponda cuando haya lugar, conforme al artículo 97.

"Los altos funcionarios a que esta norma alude, son aquellos a que taxativamente se refiere el numeral 5º del artículo 102 de la Constitución, cuando dice:

"Son atribuciones especiales de la Cámara de Representantes:

"5ª—Acusar ante el Senado, cuando hubiera justas causas, al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación y a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia....

"Y el tanto de culpa a que se refiere la citada atribución, está determinada por la regla 2ª del artículo 97 del estatuto fundamental, al decir que "Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, pero se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen

responsable de infracción que merezca otra pena'.

"También dispone la regla 3ª del artículo 97 de la Constitución, que cuando la acusación ante el Senado se refiere a delitos comunes, éste se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.

"Son, pues, de acuerdo con las normas constitucionales citadas; dos los casos en que la Corte tiene intervención en el juzgamiento de los 'altos funcionarios nacionales': 1º Cuando uno de estos funcionarios es acusado por la Cámara ante el Senado por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por indignidad por mala conducta y además de la pena de destitución del empleo o de privación temporal o absoluta de los derechos políticos, los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena, caso en el cual, debe seguirse juicio criminal al reo ante la Corte Suprema. 2º Cuando la acusación de la Cámara ante el Senado contra los 'altos funcionarios' se refiere a delitos comunes, el Senado no tiene más atribución que la de declarar si hay lugar o no a seguimiento de causa, debiendo poner al acusado a disposición de la Corte para su juzgamiento.

"Esto mismo es lo que consagra el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, al referirse a la intervención de la Corte Suprema de Justicia en el juzgamiento de los 'altos funcionarios nacionales', cuando dice:

"La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena conoce privativamente y en una sola instancia de las causas que se sigan contra el Presidente de la República; el Encargado del Poder Ejecutivo y los Ministros del Despacho, en los casos que corresponda conforme al artículo 97 de la Constitución".

"Y en este evento, la intervención de la Corte se refiere a los dos casos ya relacionados, taxativamente enumerados por el artículo 97 del Estatuto Fundamental.

"El Procurador Delegado en lo Penal, deduce de las reglamentaciones constitucionales y procedimentales que se dejan relacionadas, que lo que determina la competencia de la Corte en tales eventos es el factor subjetivo, 'la eximia posición o jerarquía oficial' que los altos funcionarios nacionales ocupan al momento del juzgamiento y trae en su apoyo los comentarios de don José María Samper al artículo 97 de la Constitución y del doctor Timoleón Moncada al Código de Procedimiento Penal. A este argumento Gaceta—14

de autoridad se observa que el señor Samper, nada dice en el aparte transcrito por el Procurador, acerca del punto debatido. Dicho comentarista de nuestra Carta, se limita a concretar en qué casos conoce el Senado de las acusaciones que formule la Cámara contra los 'altos funcionarios nacionales': por delitos comunes y por delitos oficiales o de responsabilidad; y a definir éstos y aquéllos, sin hacer comentario alguno en lo que respecta al criterio que debe tenerse en cuenta para determinar la competencia de la Corte, en aquellos casos en que el funcionario acusado, tenía cierto fuero en el momento de cometer el delito y otro distinto, en el momento de ser juzgado.

"Y en cuanto a la opinión del comentarista de nuestro derecho procesal penal, doctor Moncada, tampoco éste sostiene los puntos de vista del representante del Ministerio Público, para casos como el que contempla el proceso contra el doctor de la Vega.

"En efecto: El doctor Moncada después de hablar del fuero especial que establece la Constitución para ciertos altos funcionarios, en guarda de su decoro e independencia, del alcance de los ordinales 5º y 6º del artículo 42 del C. de Procedimiento Penal y cómo cuando se trata de los empleados mencionados en dicho numeral 6º el fuero está restringido a las causas que se les promuevan por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o de las leyes, propone dos cuestiones, 'que pueden presentarse en el caso de delitos comunes':

"1ª—Cuando un individuo comete un delito común, un homicidio, en su condición de simple particular y después es elegido Ministro del Despacho y toma posesión del cargo; y

"2ª—Un Ministro del Despacho, comete un delito común, un homicidio y antes de ser juzgado es destituido.

"Según el comentarista citado, en el primer caso, lo que determina la competencia no es la categoría de la persona en el acto de cometer el delito, sino la dignidad de que está investido cuando se va a juzgar, y en el segundo, debe estar sujeto a la justicia ordinaria, no obstante la calidad de Ministro que tenía cuando violó la ley penal, porque se trata de un delito común imputable a quien en el momento del juzgamiento era un simple particular.

"Se ve, pues, que la tesis del doctor Moncada dice relación a casos en que la acusación contra un alto funcionario es motivada por la comisión

de delitos comunes y no por aquellas infracciones llamadas delitos de responsabilidad u oficiales, como ocurre en el caso de autos. De esto se deduce, que la opinión del nombrado comentarista no puede servir de apoyo para sustentar la tesis del Procurador Delegado en lo Penal ni para dilucidar el problema debatido, pues en este proceso se trata de acusaciones contra el doctor de la Vega por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o de las leyes o por mal desempeño de sus funciones oficiales, como Gobernador del Departamento de Bolívar.

“Examinando las actas de la Comisión que preparó el Código de Procedimiento, se observa, que al discutirse el que hoy es el artículo 42 de este Código, el doctor Escallón solicitó reconsideración de la aprobación dada anteriormente al inciso final de ese artículo, el cual decía:

‘Si cuando se decida sobre el mérito del sumario, las personas mencionadas en este artículo no estuvieran ejerciendo los cargos que tenían cuando incurrieron en la infracción penal porque se les va a juzgar, no por ello perderá la Corte la competencia para conocer de ese caso’.

“Y preguntó el doctor Escallón, si sería necesario hacer esta enunciación expresamente. El doctor Moncada, hizo la siguiente manifestación:

‘He pensado que al respecto existe un vacío. Y considero conveniente establecer el principio contenido en el inciso que acaba de leerse, porque es lógico que si **alguno de los empleados de que se trata cometiere un hecho delictuoso, debe juzgársele teniendo en cuenta la situación en que se encontraba cuando delinquirió y no la que ocupa al tiempo de ser juzgado**’. (Subraya la Corte).

“El inciso que se deja transcrito fue negado y según los puntos de vista manifestados por todos los miembros de la comisión, su pensamiento quedó concretado a sostener que los ‘altos funcionarios nacionales’ a que se refiere el numeral 5º del artículo 42, gozan siempre de fuero especial cualquiera que sea el delito, común o de responsabilidad y los funcionarios mencionados en el numeral 6º, gozan de fuero especial únicamente cuando se trate de delito de responsabilidad, y cuando alguno de estos funcionarios, haya cometido un delito común en el tiempo en que desempeñaba el cargo y se le juzga cuando ha cesado en el ejercicio de su empleo, no debe tener fuero especial.

“Por consiguiente, la Comisión no consideró necesario contemplar expresamente el evento planteado por el doctor Moncada, pero lo que sí apa-

rece en forma muy clara, es que la tesis de dicho miembro de la Comisión, no contradicha por los demás integrantes de la misma, es la de que cuando alguno de los empleados mencionados en el artículo 42 del C. de Procedimiento Penal, que gozan de fuero especial, cometa un hecho delictuoso, ‘debe juzgársele teniendo en cuenta la situación en que se encontraba cuando delinquirió y no la que ocupe al tiempo de ser juzgado’.

“Esta misma tesis es la que ha sostenido la Corte, cuando se trata de juzgar por delitos de responsabilidad a los funcionarios enumerados en el numeral 6º del artículo 42 del C. de Procedimiento Penal. En auto de fecha 30 de septiembre de 1942, dijo:

“...El nuevo estatuto procedimental se atuvo, pues, para fijar la competencia legal de la Corte, exclusivamente a la naturaleza del hecho juzgable. Y así el delito cometido en el ejercicio de la magistratura o con abuso o pretexto de las funciones correspondientes, debe ser juzgado por la Corte, ya sea que se trate de un magistrado en ejercicio o de quien haya dejado de serlo.

“En cambio, si se trata de un delito común, el juzgamiento no corresponde a la Corte, sino a los jueces ordinarios, aun cuando el sindicado haya ejecutado el hecho siendo magistrado y aun cuando conserve tal carácter al tiempo que se le va a juzgar.

“De lo anterior resulta, que la competencia de la Corte para juzgar a los funcionarios a que se refiere el numeral 6º del artículo 42 del C. de Procedimiento Penal, se determina teniendo en cuenta la naturaleza del delito y las funciones que ejercía el agente en el momento de delinquir. Esto es apenas, la interpretación de lo que preceptúa el artículo 151 de la Constitución Nacional al decir que es atribución especial de la Corte: ‘Conocer de las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra... los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales de Distrito..., etc., que es tanto como sostener, que lo que determina la competencia privativa de la Corte, en estos casos, es la naturaleza del delito cometido y el que el agente lo haya realizado ejerciendo determinadas funciones. Cualquiera otra interpretación sería contraria a la norma constitucional mencionada, porque daría lugar a que se le arrebatara a la Corte, una de las atribuciones que de manera especial le confiere dicha disposición.

“El argumento de que con la tesis de la Corte, no podría tener aplicación la regla tercera del artículo 97 de la Carta, que prevé el caso de que el ‘alto funcionario’ sea acusado por delitos comunes, es sólo aparente, porque en este caso el problema de la competencia es muy distinto al que contempla la atribución segunda del artículo 151 del Estatuto Fundamental, evento que no está comprendido dentro de la doctrina de la Corte y que se rige por lo dispuesto en la regla tercera del citado artículo 97 de la Carta, según el cual lo que determina la intervención de la Corte en ese evento, es la investidura que tiene el ‘alto funcionario’ en el momento de cometer el delito y el referirse la acusación a delitos comunes”.

No obstante lo anterior, el Procurador Delegado en lo Penal, insiste en sus puntos de vista al emitir concepto sobre el mérito del informativo, invocando los mismos argumentos ya estudiados y analizados, advirtiendo que ese concepto es de fondo por cuanto se refiere a la competencia, que entraña “un punto substancial del proceso” y en esa forma cumple el traslado que se le ha corrido.

Sentado que la Sala es competente para conocer de este proceso, se procede a su estudio mediante las anotaciones que en seguida se expresan:

El negocio se inició por denuncia presentada ante la Sala de Casación Penal de la Corte, por el doctor Pedro Yances Salcedo, quien imputa al doctor José Gabriel de la Vega en su carácter de Gobernador del Departamento de Bolívar, los delitos de colusión, abuso de autoridad y negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, que hace consistir en los siguientes hechos:

a) Que antes de entrar a desempeñar el cargo de Gobernador del Departamento de Bolívar, patrocinaba en juicio civil los intereses del señor Hernando Vergara contra ese Departamento y ya en ejercicio de las funciones de su empleo, se abstuvo de separarse de ese patrocinio que continuó desempeñando y recibiendo notificaciones como Gobernador y como apoderado del demandante;

b) Que el señor de la Vega, se excedió en el ejercicio de sus funciones e hizo cometer actos arbitrarios e injustos contra los bienes y contra las personas, pues hizo que tres Jueces de Instrucción Criminal detuvieran arbitrariamente con posterioridad al nueve de abril de 1948, a los si-

guientes ciudadanos: Braulio Henao Blanco, Alfonso Castro Bermúdez, Víctor Nieto Núñez, Miguel Henríquez Castañeda y al denunciante y a numerosas personas cuyos nombres aparecen en los respectivos expedientes; que por por su orden se les detuvo en la Policía Nacional, donde fueron maltratados y vejados; que la radiodifusora “Miramar” sufrió serios daños en sus transmisores; y obligó al Juez 42 de Instrucción Criminal, señor Reinaldo López Cotes, a cometer actos arbitrarios, quien para tomar medidas en cualquier sentido dentro del expediente, tenía que consultarlo previamente;

c) Que de la Vega omitió unas veces y retardó otras, el cumplimiento de órdenes emanadas del Organismo jurisdiccional de Bolívar, especialmente aquellas relacionadas con la suspensión de alcaldes cuya detención se había ordenado judicialmente o de Administradores de Hacienda que habían malversado fondos públicos o de Oficiales de la Policía que se habían apropiado multas que ellos mismos habían impuesto;

d) Que el mismo funcionario suspendió por medio de Decreto y sin solicitud de Juez competente, a diversos concejales y empleados públicos, como al señor Braulio Henao Blanco, al señor Ramón León y B. y al denunciante, quienes respectivamente, desempeñaban los cargos de Concejero Municipal, Director del Mercado Público de Cartagena y Profesor de la Cátedra de Introducción al Derecho de la Universidad de Cartagena; y

e) Que al Gobernador de la Vega, se le denunciaron por diversos conductos los hechos que han ocurrido y ocurren en el Departamento de Bolívar y no sólo omitió denunciarlos ante la autoridad competente, sino que se empeñó en mantener esa situación.

Posteriormente al ratificarse en la denuncia antes relacionada, la amplía haciendo al Gobernador de la Vega otros cargos, tales como los de que en las elecciones para Concejeros Municipales que tuvieron lugar el nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, ordenó hacer violencia para impedir que el electorado concurreniera a las urnas en los municipios de San Marcos, San Jacinto, Cereté, Arenal, San Pelayo, Mompós, Ciénaga de Oro y Corozal, nombrando Alcaldes arbitrarios y de malos antecedentes. Agrega que, cometió igualmente el delito de falsedad en documentos, pues en ciertos Decretos hizo afirmaciones contrarias a la verdad, como en el 154 de 1948, donde se dijo que la señorita

Rosenda Gómez J. había abandonado su cargo de maestra de escuela en el municipio de San Marcos y esto no correspondía a la realidad; y en el 167 de junio 25 de 1948, donde se dice que por informes de la Directora del Colegio Biffi se cancelan becas para algunas alumnas y la Directora del plantel desmintió ese hecho.

En el memorial de constitución de parte civil, el denunciante Yancés Salcedo, concreta los fundamentos de su demanda, a los siguientes hechos: 1º Que el ex-Gobernador de la Vega, por conducto de los Jueces de Instrucción Criminal y de sus agentes de Policía, lo redujo a prisión en los cuarteles de la Policía Nacional y en la Base Naval de Cartagena. 2º Que en dichos cuarteles, los agentes del señor de la Vega lo sometieron a vejámenes, entre otros ser bañado con manguera en los patios; y 3º Que el ex-Gobernador de la Vega, sin solicitud escrita de Juez competente, lo suspendió del ejercicio de la Cátedra de Introducción al Derecho en la Facultad respectiva de la Universidad de Cartagena. (Folio 13, cuad. 1º).

En el mismo escrito, aprecia los perjuicios materiales en cinco mil pesos (\$ 5.000.00) y los morales en quinientos mil pesos (\$ 500.000.00).

Con base en tales documentos se abrió la investigación y se ordenó la práctica de las diligencias que se juzgaron conducentes al esclarecimiento de los hechos denunciados.

Se trajo al expediente, copia del Decreto de nombramiento recaído en el doctor José Gabriel de la Vega, para Gobernador del Departamento de Bolívar; de la diligencia de posesión respectiva, ocurrida el día veintiuno de junio de mil novecientos cuarenta y siete; y certificación de que se retiró de dicho empleo el día diez y ocho de junio de 1948 (fls. 22 y 67, cuaderno 1º).

En las copias expedidas por la Secretaría de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, aparece un escrito del señor Hernando Vergara Támara dirigido a los Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena, por el que confiere poder especial al doctor José Gabriel de la Vega para que en su representación demande al Departamento de Bolívar, por la vía judicial, a fin de que esa entidad sea condenada a pagarle la cantidad de setenta mil pesos (\$ 70.000.00) que le adeuda en cumplimiento de un contrato de lotería. Dicho escrito, tiene la aceptación del doctor de la Vega, y está fechado el 27 de febrero de 1945.

El Tribunal de Cartagena, reconoció a dicho

abogado como representante de Vergara Támara, con fecha catorce de marzo del año de 1946.

Con fecha 19 de junio de 1947, el doctor de la Vega dirigió al Magistrado del Tribunal de Cartagena doctor Cabrales, en su carácter de ponente, un escrito por el que sustituye el poder que le había conferido el señor Vergara Támara en el doctor José María Lozano y renuncia a la notificación del auto que admite ese poder.

Posteriormente, con fecha 26 de noviembre de 1947, el mencionado doctor de la Vega se dirigió a los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal de Cartagena, manifestándoles que se había enterado que en la Secretaría estaba para notificársele una sentencia recaída en la demanda ordinaria de Vergara Támara contra el Departamento de Bolívar y como la representación judicial de los departamentos la tenían los Gobernadores, se declaraba impedido para asumir la personería de aquel Departamento, no obstante que había sustituido en tercera persona el poder que le había otorgado el demandante, pues a pesar de esto, no había perdido su interés en el pleito mencionado.

El Tribunal no aceptó el impedimento manifestado por el doctor de la Vega, pero más tarde la Corte en auto de fecha veintisiete de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, lo declaró fundado y ordenó dar aviso al Ministerio de Gobierno para que diera cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto número 1274 de 1931. (Folios 30 a 42, cuaderno 1º).

En la diligencia de inspección ocular practicada en la Sala de Negocios Generales de la Corte sobre el juicio ordinario promovido por Hernando Vergara Támara contra el Departamento de Bolívar, por el Magistrado sustanciador en asocio de los peritos doctores Flavio Córdoba y Angel Rojas, éstos al dar respuesta al interrogatorio que se les formuló, afirman:

"No hay constancia alguna de que el Dr. José Gabriel de la Vega hubiera intervenido en este juicio en su calidad de Gobernador del Departamento de Bolívar, ni como apoderado de Hernando Vergara Támara cuando desempeñaba el cargo de Gobernador del referido Departamento: lo primero porque el apoderado del Departamento era el doctor Antonio María Ripol, y lo segundo porque el apoderado de Hernando Vergara Támara era el doctor José María Lozano...". (Fls. 9 v. 10 y 10 v. cuaderno 2º).

En relación con el cargo que se hace al doctor

de la Vega, de haberse excedido en sus funciones de Gobernador del Departamento de Bolívar, haciendo cometer actos arbitrarios e injustos contra las personas y los bienes de ciudadanos de dicho departamento por conducto de los Jueces de Instrucción Criminal y de la Policía Nacional, se han traído a los autos numerosas declaraciones. Unas se refieren a detenciones verificadas con ocasión de los sucesos ocurridos en la ciudad de Cartagena el día 9 de abril y siguientes del año de mil novecientos cuarenta y ocho; y otras, a hechos que se cumplieron en varios municipios, con motivo de las elecciones para Concejeros Municipales.

En cuanto a las detenciones cumplidas por causa de los sucesos del día 9 de abril de 1948, obran los testimonios de Miguel Enrique Castañeda (folio 46, cuaderno 1º), Víctor Nieto Núñez (folio 49), Alfonso Castro Bermúdez (fl. 119) y Eduardo Guerrero Córdoba (folio 8, cuaderno 2º).

Los dos primeros declarantes afirman que fueron detenidos por orden del Gobernador de la Vega, no porque les conste directa y personalmente que éste hubiera dado la orden, sino porque así lo dijeron algunos funcionarios de la Policía y el Juez Departamental número 42 señor López Cotes, quien decía que no los podía poner en libertad porque no había recibido órdenes del Gobernador. Los señores Castro Bermúdez y Eduardo Guerrero Córdoba también hablan de esa detención, pero que no les consta que la hubiera ordenado dicho funcionario ni que los daños a la Radiodifusora "Miramar" se realizaran por mandato del mismo.

Los señores Rubén More (folio 82), el Capitán Alvaro Velásquez (folio 110 v.) y el detective Julio Ignacio Cortés (folio 112), manifiestan que esas detenciones se verificaron por orden del Jefe de la Seguridad doctor Luis Felipe Ballesteros, en atención a que los detenidos eran integrantes de la Junta Revolucionaria formada en Cartagena con motivo de los sucesos del día 9 de abril de 1948 y eran los líderes y agitadores de ese movimiento y responsables de los hechos que se llevaron a cabo en la misma fecha, pues entre otras cosas el señor Enrique Castañeda fue sorprendido en la radiodifusora "Miramar" transmitiendo noticias subversivas; y que no recibieron órdenes ningunas del Gobernador de la Vega.

El Jefe de la Seguridad, doctor Luis Felipe Ballesteros (folio 84, cuaderno 1º), dice en su declaración que el día nueve de abril de 1948, le tocó trabajar a órdenes de la Base Naval de Car-

tagena por autorización de la Seguridad Nacional y fue comisionado para decomisar la Radiosíntesis de propiedad de Víctor Nieto, quien en compañía de Braulio Henao Blanco, Castro Bermúdez y el mismo Víctor Nieto, transmitían órdenes subversivas al pueblo de Cartagena y a todo el Departamento de Bolívar para que los liberales se tomaran las alcaldías y la Gobernación y masacraran a los conservadores, se armaran y fomentaran la revolución; que por esta circunstancia se decomisaron las radiodifusoras de la "Síntesis" y el Estado Mayor ordenó la captura de dichos individuos y tiene la impresión que esa orden la dio la Base Naval, pues allí existe un aparato para precisar en qué sitio y a qué distancia está transmitiendo una radiodifusora; que entraron a dicho lugar y comprobaron, porque los aparatos estaban calientes, que estaba funcionando la radiodifusora y ordenó a los detectives Marín Téllez y Matallana que le quitaran la resistencia a los transmisores, y como encontrara en dicho lugar al doctor Henríquez y no diera explicaciones satisfactorias de su presencia en tal lugar, le dijo que lo acompañara a los Cuarteles de la Policía Nacional y después se lo entregó al ex-Teniente Pineda, para que se lo entregara al señor Amador Pérez, Director de la Policía; que él recibía órdenes del Servicio de Inteligencia de la Base Naval y no recuerda haberlas recibido verbales ni escritas del doctor de la Vega. Y en cuanto al doctor Yancés Salcedo, no necesitaba órdenes superiores para detenerlo y de motu proprio procedió a su captura, por estar sindicado directamente como autor material e intelectual del incendio del periódico "El Fígaro" de Cartagena.

Se practicó una diligencia de inspección ocular en las oficinas de la Gobernación de Bolívar (folio 78, cuaderno 1º) y allí no se halló constancia alguna de que el Gobernador con motivo de los sucesos de abril de 1948, hubiera dado a la Policía o al Detectivismo órdenes para detener a los comprometidos en tales sucesos.

Se hace al Gobernador de la Vega el cargo de haber omitido unas veces y retardado otras, el cumplimiento de órdenes emanadas del Organismo Jurisdiccional de Bolívar, relacionadas ellas con la suspensión de algunos alcaldes, administradores de Hacienda u Oficiales de la Policía.

Acerca de este cargo, no existe prueba alguna en el expediente. Todo lo que aparece, son las afirmaciones del denunciante y de algunos de los detenidos por los sucesos del nueve de abril

y días siguientes, pues de las demás constancias del proceso no resultan elementos de convicción que acrediten los actos de omisión o de retardo de que habla la denuncia.

Tampoco existe la comprobación de las afirmaciones relativas al dictamienro de Decretos por parte del Gobernador de la Vega, encaminados a suspender indebidamente a Concejales y empleados públicos o en caso de que ello hubiera ocurrido así, de los motivos o razones que fundaran esas determinaciones de dicho gobernante.

Se dice que al funcionario sindicado se le denunciaron por diversos conductos los hechos ocurridos en el Departamento de Bolívar y omitió denunciarlos a las autoridades competentes, empeñándose en mantener esa situación. Este cargo también está desprovisto de toda prueba y sólo cuenta con el respaldo de quienes se presentan como sus acusadores, pues las diligencias informativas no suministran ningún elemento de juicio para darle crédito ni documentos que lleven a esa conclusión.

Dice el doctor Yancés Salcedo, que en las elecciones para Concejeros Municipales que tuvieron lugar el nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, el Gobernador de la Vega ordenó a sus alcaldes hacer violencia para impedir que el electorado liberal se acercara a las urnas.

Según las declaraciones del doctor Apolinar Díaz Callejas (folio 17); César Tulio Guerra de la Ossa (folio 51 v.), Donaldo Badel (folio 120, cuaderno 1º), Alfonso Mogollón (folio 22, cuaderno 2º) y Estanislao Garzón Bernal (folio 23, cuaderno 2º), en varios Municipios y Corregimientos del Departamento de Bolívar se presentaron actos de violencia el día de las elecciones y en la fecha de los escrutinios por parte de la Policía acantonada en tales lugares, pero los mismos declarantes no llegan a sostener que ello hubiera sido el resultado de las órdenes impartidas a los autores de los hechos por el Gobernador doctor de la Vega; le atribuyen responsabilidad a éste porque diz que le dieron aviso de lo que ocurría y no tomó medidas encaminadas a normalizar la situación.

El Teniente Cornelio Pineda, uno de los sindicados por tales sucesos, dice que se encontraba como Jefe de la Policía en la Primera Zona de Coroza! y como los ánimos estaban exaltados, surgieron choques entre los elementos de ambos partidos en los cuales hubo algunos heridos a piedra y posteriormente se le imputó el cargo de

que había presionado a los miembros de los Jurados Electorales para que le entregaran los Registros de los Corregimientos de Coroza!, lo cual no es cierto; que no recibió orden verbal ni escrita del Gobernador para impedir el sufragio de los liberales, porque no podía darle esa orden ni él la hubiera cumplido por entrañar la comisión de un delito; que los oficios y mensajes, que recibió de dicho Gobernador, contenían la orden de impartir garantías a todos los ciudadanos y conservar el orden en las elecciones. (Folio 121, cuaderno 1º).

Finalmente, se afirma que el funcionario sindicado cometió el delito de falsedad en documentos, porque en varios de los Decretos dictados por él se consignaron afirmaciones contrarias a la verdad, consistentes en decir que la señorita Rosenda Gómez había abandonado el cargo de maestra de escuela de San Marcos y que se cancelaban unas becas a varias alumnas del Colegio Biffi, por informes de la Directora del plantel.

En orden a establecer el cargo relacionado en el aparte anterior, se practicó una diligencia de inspección ocular en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cartagena y los peritos dejan constancia, de que en el libro radicador de movimientos de negocios correspondientes al año de 1948, figuran los expedientes números 1664 y 1662, contentivos de las demandas instauradas por el doctor Marco Díaz del Castillo contra los Decretos 154 y 167 de 1948 de la Gobernación de Bolívar; que a la primera demanda se le puso término por sentencia de fecha 11 de diciembre del mismo año y el negocio se encontraba en el Consejo de Estado por apelación interpuesta por el apoderado de la demandante señora Rosenda Gómez; y a la segunda, la relativa a las becas canceladas en el Colegio Biffi, por sentencia de 3 de noviembre de 1948, hallándose también el expediente en el Consejo de Estado en consulta de esa sentencia.

La Directora del Colegio Biffi, Sor María Felipa, dice en el testimonio rendido en el proceso que no es cierto que hubiera dado informes a la Dirección de Educación del Departamento de Bolívar para que se cancelaran becas, porque no ha habido cancelación de éstas, sino solamente un cambio y qué en la fecha en que rinde su declaración existen las becas aludidas (folio 51).

Relacionados los elementos de prueba que lograron traerse al informativo sobre los cargos que en este proceso se hacen contra el exGobernador del Departamento de Bolívar, doctor José

Gabriel de la Vega, la Sala procede a precisar la situación jurídica de este funcionario en presencia de tales elementos de juicio.

Se considera:

La calidad oficial del doctor José Gabriel de la Vega, como Gobernador del Departamento de Bolívar, en el tiempo a que se refieren los hechos denunciados, se halla plenamente acreditada con los documentos mencionados en otra parte de esta providencia.

Ya hemos visto cómo el denunciante imputa a dicho funcionario los delitos de colusión, abuso de autoridad, negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, detención arbitraria y falsedad en documentos.

La Corte sólo tiene competencia para conocer de los cargos por los cuatro primeros delitos, llamados de responsabilidad u oficiales, porque en cuanto hace al de falsedad en documentos, la competencia para resolver sobre él, por tratarse de un delito común, corresponde a los Jueces ordinarios.

Genéricamente el delito de colusión, es el convenio fraudulento y secreto entre dos o más personas, sobre algún negocio, con perjuicio de terceros.

El estatuto represivo considera como hecho constitutivo del delito de colusión propiamente dicho, el caso de que el apoderado o consultor mediante acuerdo con la parte contraria o en cualquier otra forma, sea infiel a sus deberes profesionales y comprometa la causa que se le hubiere confiado.

Sólo en este evento puede darse con toda propiedad el delito de colusión. En los demás hechos que el Código incluye dentro del Capítulo respectivo bajo la denominación "De la colusión y otras infracciones cometidas por los apoderados y consejeros", no se configura puntualmente ese delito y si se incluyeron en él, fue por la semejanza que guardan con esa infracción por tratarse de actos contra la administración de justicia, relacionados con el ejercicio profesional de quienes actúan en los negocios judiciales como apoderados, defensores o consejeros.

En el caso del doctor de la Vega no se dá el delito de colusión, ni tampoco las otras modalidades contempladas por la ley penal. La diligencia de inspección ocular que el Magistrado sustanciador practicó en asocio de peritos sobre

el juicio de Vergara Támara contra el Departamento de Bolívar, demuestra que dicho abogado en el lapso en que tuvo las funciones de Gobernador, no hizo gestión alguna ante las autoridades judiciales ni como apoderado del demandante ni asumiendo la representación oficial de dicha entidad pública. Aún más: los otros documentos ya relacionados, confirman plenamente las conclusiones afirmadas por los peritos en la diligencia de inspección ocular, porque de ellos aparece que el funcionario sindicado sustituyó el poder que le había otorgado el citado Vergara Támara, antes de tomar posesión del cargo de Gobernador y oportunamente se declaró impedido ante el Tribunal de Cartagena para recibir notificaciones como representante de la entidad departamental, impedimento que no aceptó ese Tribunal, pero que más tarde la Sala de Negocios Generales de la Corte declaró fundado.

En estas circunstancias, el cargo que por el delito de colusión se hace al exGobernador de la Vega, carece de todo fundamento.

También se carga a la cuenta del exGobernador de la Vega, el delito de "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas". Posiblemente este cargo lo deduce el denunciante de la afirmación que él hace de que cuando aquel funcionario ejercía las funciones de Gobernador, representó al demandante Vergara Támara en el juicio iniciado por éste contra el Departamento de Bolívar. Pero de lo afirmado acerca del delito de colusión, se deduce que ese otro cargo por negociaciones incompatibles con las funciones públicas, igualmente carece de fundamento en las diligencias informativas.

Lo que la ley penal reprime bajo la denominación indicada en el aparte anterior, es la conducta abusiva del funcionario que pone en peligro los intereses generales que representan con la mira de hacer prevalecer un interés particular de enriquecimiento ilegítimo, hechos que por otra parte, son inconvenientes para la vida del Estado y para el prestigio de las instituciones que exigen la máxima circunspección por parte de los funcionarios públicos.

El artículo 167 del Código Penal, que es el que sanciona el delito, excluye de parte del funcionario todo interés en provecho propio en los contratos en que debe intervenir por razón de las funciones de su cargo. Y esta nota característica de la infracción, está diciendo claramente que en los hechos que se examinan no podía cometerse

esa violación de la ley penal, porque ningún contrato u operación se llevó a cabo ante la Gobernación de Bolívar cuando el doctor de la Vega era Gobernador, en el que éste se hubiera interesado directa o indirectamente.

El abuso de autoridad se hace consistir en que el nombrado funcionario por medio de empleados de su dependencia o bien con el empleo de la fuerza pública a su disposición, cometió actos arbitrarios e injustos contra las propiedades de ciudadanos del Departamento de Bolívar y contra sus personas, y que igualmente incurrió en actos de omisión y de retardo en el cumplimiento de las funciones inherentes a su empleo. Es decir, que el doctor de la Vega violó los preceptos normativos de la ley penal por actos positivos de abuso de autoridad y por actos negativos y de abstención.

Entre los primeros enuncia el denunciante los daños causados en los sucesos del nueve de abril de 1948 a la radiodifusora "Síntesis" o "Miramar", los atropellos de que dice fueron víctimas varios ciudadanos por parte de la policía y de la destitución de los empleos que ejercían algunos otros; y entre los segundos, el haberse negado a destituir o suspender de las funciones de su cargo a funcionarios de su dependencia acusados como arbitrarios e injustos en hechos ocurridos en el Departamento de Bolívar en el debate electoral para elegir Concejos Municipales.

En relación con los primeros hechos, las pruebas allegadas al informativo no tienen capacidad para establecer que el doctor de la Vega, en su condición de Gobernador hubiera ordenado la comisión de los actos dañosos realizados contra dicha radiodifusora, con perjuicio de sus propietarios ni tampoco la realización de violencias contra los detenidos como sindicados de los hechos punibles ocurridos en la ciudad de Cartagena en la fecha mencionada. Unos y otros actos, según el dicho de las mismas autoridades que silenciaron la radiodifusora y detuvieron a algunos de los sindicados, se llevaron a cabo cumpliendo órdenes del Comandante de la Base Naval, bajo cuya autoridad actuó el Detectivismo y la Policía. Y en cuanto a la destitución del Concejal Henao Blanco, del señor León y B. de la Dirección del Mercado Público de Cartagena, y del denunciante doctor Yancés Salcedo de la Cátedra que desempeñaba en la Facultad de Derecho de Cartagena, no hay prueba en el expediente de que así hubiera ocurrido, pero en caso de que ello corresponda a la realidad, los mismos hechos

están indicando, dada su naturaleza, que al Concejal Henao Blanco si se le destituyó o suspendió de sus funciones, tuvo que ser a petición de otras autoridades; la destitución del señor León y B., es un hecho propio del Alcalde de Cartagena, porque era un empleado municipal; y por lo que hace a la destitución del doctor Yancés Salcedo de la Cátedra que desempeñaba en la Facultad de Derecho, no está acreditado el hecho.

En cuanto a los actos de omisión y de retardo por parte del Gobernador en el ejercicio de sus funciones, se carece de toda comprobación. Se habla de que se le solicitó el cambio de algunos alcaldes y funcionarios de policía, tachados de arbitrarios y parciales, pero no existen en los autos las pruebas de esas solicitudes ni que estuvieran fundadas en motivos justos y convenientes. Tampoco hay constancia de que el exGobernador se hubiera negado a destituir o suspender a empleados de su dependencia a solicitud de autoridad competente. Son afirmaciones sin respaldo probatorio, que no fue posible confirmar a pesar de que la investigación se dirigió a comprobar esos hechos.

Finalmente, el delito de detención arbitraria de que habla el denunciante, de acuerdo con las pruebas ya indicadas, no es imputable, en caso de que se hubiera cometido, al nombrado funcionario, porque lo que está probado es que las detenciones verificadas en la ciudad de Cartagena el nueve de abril y días siguientes, lo fueron en cumplimiento de órdenes impartidas por el Jefe de la Base Naval en dicha ciudad.

Como consecuencia de las consideraciones anteriores, es el caso de dictar sobreseimiento definitivo a favor del exGobernador del Departamento de Bolívar, doctor José Gabriel de la Vega, por cargos que se le hacen en este proceso por los delitos de colusión, abuso de autoridad, negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas y detención arbitraria, debiendo sacarse copia de lo conducente para que los Jueces ordinarios resuelvan lo relativo al cargo de falsedad en documentos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **SOBRESEE DEFINITIVAMENTE** a favor del exGobernador del Departamento de Bolívar, doctor José Gabriel de la Vega, por los cargos que se le hacen en este proceso por los delitos de colusión, abuso de autoridad, negociacio-

nes incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas y detención arbitraria.

Sáquese copia de lo conducente y pásese a la justicia ordinaria, para que investigue y resuelva lo relacionado al cargo de falsedad en documentos, que en este negocio se hace al mencionado doctor José Gabriel de la Vega.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.

Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vázquez.

Julio E. Argüello R., Secretario.

SE REPONE EL AUTO ANTERIOR. — DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS.—DELITOS COMUNES Y DELITOS OFICIALES O DE RESPONSABILIDAD

1.—En el caso contemplado por el artículo 231 del Código Penal, el sujeto activo de la infracción es un funcionario o empleado público y comete el hecho constitutivo de la falsedad en documentos en ejercicio de sus funciones y con abuso de éstas, respecto de aquellas escrituras que de acuerdo con la ley está encargado de autorizar con su firma. Por esto, no es posible separar el hecho que constituye la falsedad, de la función que ejerce el agente, viniendo a ser esta función uno de los presupuestos de esa modalidad especial de la falsificación documentaria, lo cual excluye, al mismo tiempo, el concurso formal o ideal de delitos: falsedad en documentos y, al mismo tiempo, un delito de responsabilidad.

2.—El artículo 20 de la Constitución, precisa y distingue entre las causas que dan lugar a exigir responsabilidad a los particulares y las causas que permiten deducir responsabilidad a los funcionarios, por hechos constitutivos de delito. Para los primeros establece que sólo son responsables por infracción de la Constitución y de las leyes; para los segundos, exige responsabilidad por las mismas causas que a los particulares y, además, por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de ellas.

En otros términos: una es la responsabilidad del funcionario público cuando actúa en la realización del hecho punible como simple particular, y otra muy distinta cuando, obrando en su carácter oficial, la responsabilidad penal emana de extralimitación de funciones o de omisión en el ejercicio de las mismas. En el primer caso las causas de responsabilidad son idénticas a las que comprenden a los particulares; en el segundo, son otras distintas, pues se refieren exclusivamente a los funcionarios cuando actúan en ejercicio de sus funciones y se extralimitan en éstas u omiten las que legalmente les corresponden.

De lo anterior se deduce, con absoluta cla-

ridad, que la Carta estableció motivos de responsabilidad penal por hechos que pueden cometer los particulares o los funcionarios públicos cuando obran en su carácter particular; y motivos de responsabilidad por hechos violatorios de la Constitución y de las leyes, que sólo pueden cometer los funcionarios públicos, cuando proceden extralimitando sus funciones u omitiendo las que les asigna la ley. Las primeras han recibido la denominación genérica de delitos comunes; las segundas, la de delitos oficiales o de responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril veintiocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Por auto fechado el diez y siete de febrero pasado, esta Sala de la Corte sobreseyó definitivamente a favor del exGobernador del Departamento de Bolívar, doctor José Gabriel de la Vega, por los cargos que se le hacen en este proceso relativos a los delitos de colusión, abuso de autoridad, negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas y detención arbitraria. En la misma providencia se dispuso sacar copia de lo conducente y pasarla a la justicia ordinaria, para que se investigara y resolviera lo relacionado con el cargo de falsedad en documentos que en este mismo negocio se hace al mencionado doctor José Gabriel de la Vega.

El señor Procurador Delegado en lo Penal interpuso con fecha veintitrés del mencionado mes de febrero, el recurso de reposición contra la providencia antes relacionada, y se expresa en la siguiente forma:

“El recurso se refiere a la parte dispositiva del auto de fondo, en, cuanto ordena sacar copia de

lo conducente y pasarla a la justicia ordinaria, a fin de que "investigue y resuelva lo relacionado al cargo de falsedad en documentos, que en este negocio se hace al mencionado doctor José Gabriel de la Vega".

El recurrente después de puntualizar el cargo que el denunciante hace al exGobernador del Departamento de Bolívar, afirma que la imputación por falsedad se refiere exclusivamente a una actividad funcional del doctor José Gabriel de la Vega como Gobernador de aquel Departamento, pues sólo en esa calidad podía dictar los Decretos que puntualiza el denunciante y por eso, éste habla de falsedad en "documentos públicos", que no es otra que la prevista por el artículo 231 del Código Penal, "norma que tiene en cuenta la investidura del agente como funcionario o empleado público", el abuso de funciones "y el ejecutar el hecho en escrituras o documentos públicos". Y de esta consideración deduce que se trata aquí, de uno de los delitos llamados de responsabilidad u oficiales, o sean aquellos que cometen los funcionarios públicos "por exralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas".

El colaborador en apoyo de sus puntos de vista cita una providencia dictada por esta misma Sala en el proceso adelantado contra el doctor Humberto Ardila, entonces Juez 4º Superior de Bogotá, por los delitos de "falsedad, injuria y calumnia", en la que después de precisar qué debe entenderse por delitos de responsabilidad, agrega que "lo que pasa es que en ocasiones el hecho o circunstancia constitutivo de exceso o defecto en el ejercicio de un cargo oficial, es considerado en el Código como delito aparte, y sin embargo, no es posible separarlo de la función misma. Y por eso es necesario examinar en cada caso si tal hecho o circunstancia ha tenido su influencia en el acto oficial en que se realiza, ha formado una entidad con él determinando sus consecuencias, para poder decir si se trata de un cargo de responsabilidad o no".

Fundándose en lo anterior, cree la Procuraduría, que no era el caso de separar la investigación por falsedad y fallarla en proceso distinto por otro funcionario, pues de acuerdo con la tesis de la Corte sobre competencia para conocer de este negocio, ha debido calificar igualmente lo relativo al delito de falsedad en documentos.

Por último observa el recurrente que al ser delito común la falsedad atribuída al Gobernador, las copias que se ordenaron sacar no deben enviarse a la justicia ordinaria, sino a la Cámara

de Representantes, por ser actualmente el doctor de la Vega, Ministro de Justicia y corresponde al Senado el conocimiento de esa clase de infracciones, conforme a la regla tercera del artículo 97 de la Constitución, en armonía con los artículos 96 y 102, numerales 5º y 6º de la misma Carta, y en este sentido procede también la reposición intentada.

Se considera:

El recurso ha sido tramitado de acuerdo con las normas legales respectivas y es el caso, de entrar a resolver lo que corresponda.

La reposición interpuesta por el Procurador Delegado en lo Penal contra el auto de fecha diez y siete de febrero pasado, se contrae exclusivamente, según se ha dejado expuesto, a la parte dispositiva de dicha providencia en cuanto ordena sacar copia de lo conducente y pasarla a la justicia ordinaria, para que investigue y resuelva lo relacionado con el cargo de falsedad en documentos, que también se hace en este proceso al doctor José Gabriel de la Vega, cuando ejercía las funciones de Gobernador del Departamento de Bolívar.

La Sala sostuvo en la parte respectiva de la providencia reclamada, que el cargo de falsedad en documentos imputado al sindicado entrañaba un delito común y por lo tanto, su conocimiento correspondía a la justicia ordinaria. El Procurador Delegado en lo Penal, con apoyo en antecedentes jurisprudenciales de esta misma Sala, sostiene que en el caso presente no se puede quitar al hecho imputado el carácter de un cargo por responsabilidad y por ello, no es procedente separar la investigación por falsedad y fallarla en proceso distinto, por otro funcionario, si se sigue la tesis de la Corte sobre competencia para conocer de estas diligencias.

Está de acuerdo la Sala con su colaborador, en que el cargo que el denunciante hace al exGobernador del Departamento de Bolívar por falsedad en documentos, se refiere exclusivamente a una actividad funcional del doctor de la Vega y en que el hecho imputado no es otro, que el previsto en el inciso del artículo 231 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 231.—Incurrirá en presidio de tres a diez años el funcionario o empleado público que abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos:"

En el caso contemplado por esta norma, el sujeto activo de la infracción es un funcionario o empleado público y comete el hecho constitutivo de la falsedad en documentos en ejercicio de sus funciones y con abuso de éstas, respecto de aquellas escrituras que de acuerdo con la ley está encargado de autorizar con su firma. Por esto, no es posible separar el hecho que constituye la falsedad, de la función que ejerce el agente, viniendo a ser esta función uno de los presupuestos de esa modalidad especial de la falsificación documentaria, lo cual excluye al mismo tiempo, el concurso formal o ideal de delitos: falsedad en documentos y al mismo tiempo, un delito de responsabilidad.

La Constitución Nacional y la ley procedimental penal, distinguen entre los llamados delitos oficiales o de responsabilidad y delitos comunes.

La primera dice en su artículo 20:

“Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”.

Y en el artículo 97, al hablar de las atribuciones judiciales del Senado, cuando se acusa ante él a los altos dignatarios del Estado, se lee:

“En los juicios que se sigan ante el Senado se observarán estas reglas:

“2ª Si la acusación se refiere a delitos en ejercicio de sus funciones o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la destitución del empleo; o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, pero se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.

“3ª Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema”.

Por lo tanto, el artículo 20 de la Carta, que se ha transcrito, precisa y distingue, entre las causas que dan lugar a exigir responsabilidad a los particulares y las causas que permiten deducir responsabilidad a los funcionarios, por hechos constitutivos de delito. Para los primeros, establece que sólo son responsables por infracción de la Constitución y de las leyes; para los segundos, exige responsabilidad por las mismas causas que a los particulares, y además, por extralimi-

tación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas.

En otros términos: una es la responsabilidad del funcionario público cuando actúa en la realización del hecho punible como simple particular y otra muy distinta, cuando obrando en su carácter oficial, la responsabilidad penal emana de extralimitación de funciones o de omisión en el ejercicio de las mismas. En el primer caso, las causas de responsabilidad son idénticas a las que comprenden a los particulares; en el segundo, son otras distintas, pues se refieren exclusivamente a los funcionarios cuando actúan en ejercicio de sus funciones y se extralimitan en éstas u omiten las que legalmente les corresponden.

De lo anterior se deduce con absoluta claridad, que la Carta estableció motivos de responsabilidad penal por hechos que pueden cometer los particulares o los funcionarios públicos cuando obran en su carácter particular; y motivos de responsabilidad por hechos violatorios de la Constitución y de las leyes que sólo pueden cometer los funcionarios públicos, cuando proceden extralimitando sus funciones u omitiendo las que les asigna la ley. Las primeras, han recibido la denominación genérica de delitos comunes; las segundas, la de delitos oficiales o de responsabilidad.

Las conclusiones anteriores, encuentran confirmación en las reglas 2ª y 3ª del artículo 97 del Estatuto Fundamental, transcritas ya en esta providencia, porque allí también, al establecer la competencia del Senado y de la Corte para juzgar a los altos Dignatarios del Estado, habla de “delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta...” (delito oficial) y de delitos comunes.

También el Código de Procedimiento Penal en el Capítulo II, “De la competencia por la naturaleza del hecho”, refiriéndose a los negocios de que privativamente conoce la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, en el numeral 6º del artículo 42, habla “De las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan...”. Y el ponente de esta disposición que fue adoptada sin variaciones, doctor Timoleón Moncada, explicó el alcance de esa norma, en estos términos:

“El artículo de la Constitución que me sirvió de base para este numeral, ha dado lugar, en mi parecer, a que se consideren dos clases de responsabilidad, dos clases de violaciones de la ley

penal; delitos llamados de responsabilidad que no (sic) pueden ser cometidos por los empleados y en relación con sus funciones propias, y delitos comunes. Pues bien: sostengo que este numeral, en virtud de aquella consideración, **no puede referirse sino a los primeros delitos**, nunca a los delitos comunes. Si un agente diplomático de Colombia comete un homicidio, no debe ser juzgado por la Corte, debe serlo por los Tribunales ordinarios; si un Gobernador hace una estafa a un particular, debe igualmente estar sometido a la justicia ordinaria. En cambio si ese Gobernador se excede en sus funciones, si comete un delito de los llamados de responsabilidad, deberá ser juzgado por la Corte Suprema. Ese es el espíritu de la Constitución.

“Presta mayor fuerza a esta manera de pensar un argumento de orden gramatical, y es el que en la frase ‘por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes’ no existe, coma después de la palabra ‘Responsabilidad’, lo cual lógicamente demuestra que no se trata de la responsabilidad general, sino de la responsabilidad proveniente de la violación de la Constitución y leyes, de una responsabilidad especial”.

Por consiguiente, de acuerdo con las consideraciones anteriores, fundadas en textos constitucionales y legales, no puede desconocerse que en nuestra legislación, las infracciones penales se dividen en dos grandes categorías para efectos de la competencia para conocer de ellas por razón del fuero y teniendo en cuenta la naturaleza del hecho que las constituye: delitos oficiales o de responsabilidad, y delitos llamados comunes.

Esta clasificación no la establece el estatuto represivo, porque aunque el delito oficial o de responsabilidad de que tratan las disposiciones constitucionales y legales examinadas, es genéricamente, en su acepción más amplia, un delito de abuso de autoridad, el Código Penal no agrupa ese género de delitos en un Título o Capítulo especial, pues las normas que sancionan esas entidades punibles se hallan diseminadas bajo distintas denominaciones en diversos Títulos y Capítulos del Libro II de aquel estatuto. A pesar de esto, no es arbitrario sostener que el delito oficial o de responsabilidad, está constituido por aquellas violaciones de la ley penal que únicamente pueden cometer los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones; y los delitos comunes los que pueden realizar todos los ciudadanos.

Establecido lo anterior, corresponde entrar a

determinar si el delito imputado al exGobernador del Departamento de Bolívar, doctor José Gabriel de la Vega, bajo la denominación de falsedad en documentos, es un delito oficial o de responsabilidad, o un delito común.

Ya se ha visto que la Procuraduría, con la aceptación de la Sala, afirma que el hecho materia de la imputación es el que contempla el inciso del artículo 231 del Código Penal, que se refiere al caso de que el funcionario o empleado público abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos, cometa alguna o algunas de las falsedades contempladas en los nueve numerales de dicho artículo.

La falsificación documentaria a que se refiere la norma en mención, tiene modalidades especiales, pues a diferencia de otros casos que se contienen en el Capítulo de la falsedad en documentos, aquélla exige para su estructuración como hecho sancionado por esa disposición, fuera de los caracteres generales que integran la figura, como son la alteración de la verdad, el perjuicio propio de la falsedad y el dolo especial, los de que el agente activo sea un funcionario o empleado público que proceda en la ejecución del hecho con abuso de funciones, y que el acto se realice sobre aquellas escrituras o documentos que de manera privativa él esté encargado de autorizar con su firma.

Estas modalidades que no son propias de las demás hipótesis de la falsificación documentaria contemplada por el Código Penal, bien sea que se cometan por los particulares o por los funcionarios públicos cuando actúan en su carácter particular, hacen que la falsedad en referencia sólo puedan cometerla los funcionarios o empleados públicos en ejercicio de las funciones que les dá la investidura, abusando de estas funciones y únicamente sobre aquellas escrituras o documentos que están encargados de autorizar con su firma. Y tan cierto es esto, que cuando el particular o el funcionario público en su condición de particular cometen falsedad en documentos públicos, su penalidad no es la que establece el inciso del artículo 231, sino la que prevé el artículo 233, pues no puede predicarse respecto de ellos que han procedido en ejercicio de funciones y con abuso de éstas, ni que alteraron la verdad en relación con escrituras o documentos que legalmente estuvieron facultados para autorizar con sus firmas.

Se trata, por lo tanto, de un evento punible que sólo pueden realizar los funcionarios o empleados

públicos cuando actúan con extralimitación de funciones y por ello, el hecho que constituye la infracción está comprendido dentro de aquellas figuras delictivas, llamadas delitos oficiales o de responsabilidad.

Teniendo en cuenta las consideraciones que se dejan expuestas, procede la reposición del auto reclamado por el Procurador Delegado en lo Penal y la Sala, debe entrar a resolver sobre la situación jurídica del doctor de la Vega ante el cargo de falsedad en documentos públicos que se le hace en este negocio, ya que no es viable la reposición del auto reclamado, en el sentido de que las copias que se ordenaron sacar se envíen a la Cámara de Representantes, para que si es el caso acuse ante el Senado al mencionado exGobernador. La solicitud de reposición en tal sentido, sería procedente, si el actual Ministro de Justicia hubiera realizado el hecho constitutivo de la falsedad ejerciendo este cargo, pero los autos demuestran que no tenía esa investidura, sino la de Gobernador del Departamento de Bolívar y por consiguiente, no es de aplicación la regla 3ª del artículo 97 de la Constitución Nacional, en armonía con los artículos 96 y 102, numerales 5º y 6º de la misma carta, sino el numeral 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

Los cargos por falsedad en documentos que el denunciante hace en este proceso al exGobernador del Departamento de Bolívar, doctor de la Vega, se hacen consistir en lo siguiente: Que en el decreto número 154 de 1948, Ramo de Educación Pública, se afirma que la señorita Rosenda Gómez J., abandonó su cargo de Maestra de Escuela en el municipio de San Marcos, Corregimiento de Montegrande, según informe rendido por la Directora del establecimiento, y ésta certifica que no rindió ese informe; que en el decreto 167 de junio 25 de 1948, Ramo de Educación, se dijo que por informes de la Directora del Colegio Biffi de Cartagena, se cancelaban becas para alumnas de este Colegio y en la demanda instaurada contra dicho decreto, hay una certificación de la Directora del plantel donde desmiente haber dado esos informes.

En orden a establecer la realidad de los hechos antes relacionados, se ordenó practicar una diligencia de inspección ocular en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cartagena y de las observaciones de los peritos que actuaron en esa diligencia, aparece:

Que en el libro radicator correspondiente al año de mil novecientos cuarenta y ocho, encon-

traron que el expediente 1664, relativo a la demanda instaurada contra el decreto número 154 de 1948, se ventiló en ese Tribunal y se le puso término por sentencia de 11 de diciembre del mismo año, y en la fecha de la diligencia de inspección ocular, se encontraba en el Consejo de Estado por apelación interpuesta por el demandante; que en el mismo libro hay constancia de haberse ventilado el expediente número 1662 contentivo de una demanda contra el inciso primero del decreto 167 de 1948, dictado por la Gobernación de Bolívar, el cual terminó con la sentencia de fecha 3 de noviembre del nombrado año de 1948 y se hallaba igualmente en el Consejo de Estado, a donde se había remitido en consulta de ese fallo. (Folio 15 v. cuaderno 2º).

Rindió declaración bajo juramento, la Directora del Colegio Biffi, Sor María Felipa, a quien se interrogó sobre el cargo hecho por el denunciante, a que ya se ha hecho referencia, en la siguiente forma:

"Diga su reverencia si es cierto que informó a la Dirección de Educación de este Departamento que se cancelaban becas para el Colegio Biffi en Cartagena y en caso afirmativo si era por orden del Gobernador? Contestó: No es cierto, porque no podía informar nada porque no se han cancelado. Antes habían ocho auxilios departamentales de a sesenta pesos cada uno y se convirtieron en doce becas de a cuarenta pesos cada una; entre las doce becas figuraron las ocho niñas que gozaban del auxilio departamental, por lo tanto no ha habido cancelación sino un cambio y en la actualidad existen las mencionadas becas". (Folio 11 v. cuaderno 1º).

Las pruebas antes relacionadas son todas las que obran en el expediente y de ellas, no resultan acreditados los cargos de falsedad en documentos imputados al exGobernador de Bolívar. La diligencia de inspección ocular, ya relacionada, en cuanto hace al Decreto número 154, establece que en la primera instancia el fallo del Tribunal Administrativo fue adverso a las pretensiones del demandante, lo cual da asidero para deducir que dicho Decreto no era carente de fundamentos ciertos y dictado en conformidad con las normas legales sobre la materia. Y en cuanto hace al Decreto número 167, el dicho de la Directora del Colegio Biffi, desvirtúa la imputación de falsedad intelectual, porque en él no hubo cancelación de becas, sino aumento de éstas con la misma partida presupuestal, lo cual quiere decir, que el mencionado Decreto no tenía por base

información alguna de la Directora de dicho plantel, como ésta lo sostiene en su declaración transcrita.

En estas condiciones, los cargos de falsedad en documentos que se hacen al exGobernador del Departamento de Bolívar, doctor José Gabriel de la Vega, carecen de fundamentos probatorios y el delito, no está acreditado en ninguno de sus elementos integrantes, siendo el caso de sobreseer definitivamente en su favor.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, repone la parte dispositiva de su auto de fecha diez y siete de febrero pasado, por la cual dis-

pone sacar copia de lo conducente y pasarla a la justicia ordinaria para que investigue y resuelva lo relacionado con el cargo de falsedad en documentos, que en este negocio se hace al doctor José Gabriel de la Vega y en su lugar, sobresee definitivamente a favor del mismo doctor José Gabriel de la Vega, exGobernador del Departamento de Bolívar, por los referidos cargos de falsedad en documentos.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.



MOMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA

De acuerdo con el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal si el lugar en que se cometió el delito fuere desconocido o si se tratare de delito cometido en lugares distintos, prevendrá en el conocimiento el Juez competente por razón de la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncia, o en el que primero se inicie la instrucción, y en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculcado. Conforme al art. 55 de la misma obra, es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometió la infracción.

En el caso de autos no tiene aplicación el artículo 57 sino el 55, porque conforme a lo anteriormente expuesto, el lugar en que el hecho investigado tuvo su cumplimiento se halla determinado, porque el cheque de que se trata fue entregado en Garagoa y era allí donde el empleado de la Caja Agraria, Mesa Uribe, que lo recibió, debía verificar las operaciones necesarias para obtener el cobro, fin éste que era el que se proponía quien lo había consignado.

El hecho de que el inculcado intentara cobrar el cheque en Bogotá, si bien puede implicar una exteriorización del ilícito, no es menos cierto que esa exteriorización se hizo patente desde que dejó de consignarlo en las oficinas de la Caja en Garagoa, para ausentarse luego sin esperar siquiera a que le fuera resuelta la licencia que había solicitado. Además, el dinero o valor del cheque debía entregarse en Garagoa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril veintiocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El 18 de diciembre de 1952, en el Juzgado del Circuito en lo Penal de Garagoa, Gustavo Leal Villate, Gerente de la Caja de Crédito y de la

de Ahorros de aquella ciudad, denunció que Gonzalo Mesa Uribe, cajero de esa entidad, había recibido de Noé Alfonso Peña un cheque a favor de Nepomuceno Alfonso, girado por la Administración de Hacienda Departamental del Valle, por valor de dos mil ciento sesenta pesos, contra el Banco Francés e Italiano de la ciudad de Cali, para que fuera remitido a esta ciudad para su cobro, pero que Mesa Uribe no hizo los correspondientes asientos en los libros de contabilidad ni depositó el cheque, y sin dejar constancia alguna se ausentó sin esperar siquiera a que le fuera resuelta una licencia que solicitó. Que el interesado reclamó el dinero y entonces se dio principio a las averiguaciones del caso, dirigiéndose telegráficamente a las oficinas del Banco en Cali y a las agencias en Bogotá.

Carlos Pinilla Barrios, empleado de la Caja Agraria en Bogotá, seguramente ante las gestiones adelantadas en Garagoa, denunció en el Juzgado Primero Permanente de esta ciudad, el 20 del mismo mes de diciembre, el hecho pormenorizado por Gustavo Leal Villate, adelantándose un solo proceso que fue remitido a los Fiscales de los Juzgados Superiores de este Distrito Judicial. El Tercero Superior, a quien correspondió en reparto el expediente, en providencia de 19 de febrero último, dijo: "El cheque materia del ilícito fue recibido por Mesa Uribe en Garagoa y allí en lugar de anotarlo lo guardó en su cartera, en Bogotá lo entregó a un amigo para el cobro y este último quiso hacerlo efectivo en la ciudad de Cali".

En atención a esto y a que en Garagoa fue donde primero se formuló denuncia y se dictó auto cabeza de proceso, el Fiscal del Juzgado Tercero, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, resolvió pasar el expediente a los Fiscales de los Juzgados Superiores del Distrito Judicial de Tunja, proponiendo competencia negativa.

La Fiscalía del Juzgado Segundo Superior de Tunja a quien correspondió en reparto el negocio, teniendo en cuenta la manifestación del sindicado conforme a la cual su propósito era cobrar el cheque él para así obrar en forma más

rápida, razón por la que lo había llevado a Bogotá, estimó que era en este Distrito donde había podido consumarse el hecho, porque era aquí donde se había exteriorizado el acto básico de la apropiación, y en consecuencia dispuso devolver el expediente a la Fiscalía de su origen. No aceptó ésta las razones del remitente y envió el expediente a la Corte para que se decida lo que sea legal.

Se considera:

De acuerdo con el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal si el lugar en que se cometió el delito fuere desconocido o si se tratase de delito cometido en lugares distintos, prevendrá en el conocimiento el Juez competente por razón de la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncia, o en el que primero se inicie la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculcado. Conforme al artículo 55 de la misma obra, es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometió la infracción.

En el caso de autos no tiene aplicación el artículo 57 sino el 55, porque conforme a lo anteriormente expuesto, el lugar en que el hecho investigado tuvo su cumplimiento se halla determinado, porque el cheque de que se trata fue entregado en Garagoa y era allí donde el empleado de la Caja Agraria Mesa Uribe, que lo recibió, debía verificar las operaciones necesarias para obtener el cobro, fin éste que era el que se proponía quien lo había consignado.

El hecho de que el inculcado intentara cobrar el cheque en Bogotá, si bien puede implicar una exteriorización del ilícito, no es menos cierto que esa exteriorización se hizo patente desde que dejó de consignarlo en las oficinas de la Caja en Garagoa, para ausentarse luego sin esperar siquiera a que le fuera resuelta la licencia que había solicitado. Además, el dinero o valor del cheque debía entregarse en Garagoa.

Gaceta—15

La cita de una doctrina de la Corte que trae el auto del señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Tunja, podría tener alguna vigencia para resolver conflictos de jurisdicción como el aquí surgido si el proceso presentara un delito agotado en todas sus fases de ejecución.

Comoquiera que el negocio no tiene esta característica, es indudable que el acto básico de la apropiación que se exterioriza con la no entrega de la cosa cuando se trata de una apropiación indebida o abuso de confianza, no ha podido cumplirse, desde luego que el *iter criminis* no tuvo el desarrollo indispensable para que ese elemento se patentizara en la acción del agente.

Es menester conformar, pues, la solución del conflicto a los hechos que el proceso presenta y entre ellos es manifiesto que el que ofrece una pauta más segura para señalar la competencia es lo referente a la entrega del cheque por Noé Alfonso Peña y la omisión del sindicado de darle el curso que las prácticas de la oficina indican para esa clase de consignaciones en una Caja de Ahorros.

De lo anterior se desprende que es competente para conocer del proceso en el actual estado del mismo, el señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Tunja, funcionario éste que lo remitió a la Corte para decidir sobre la colisión de competencia de que se trata.

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 competencia suscitada entre el Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Bogotá y el Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Tunja, resolviendo que le corresponde a éste último el conocimiento del presente negocio, que debe remitírsele, dando cuenta previamente al Fiscal de Bogotá ya citado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.
Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.
Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

SE IMPONEN SANCIONES DISCIPLINARIAS A UN ABOGADO. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 8° DE LA LEY 69 DE 1945

No pueden acumularse las penas que señala el artículo 8° de la Ley 69 de 1945, entre otras razones porque estableciendo el citado artículo las penas para las faltas LEVES cometidas por los abogados en el ejercicio de la profesión, aquéllas no podrían agravarse acumulándolas, como así lo interpretó la Corte aún para las faltas GRAVES cometidas por los mismos, cuando fijó la interpretación que debe darse al artículo noveno de la Ley 69 (Negocios Generales, octubre 31 de 1952).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril diez de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Emilio Cardona Mesa, mediante memorial dirigido al Tribunal Superior de Medellín, el 14 de julio de 1950, solicitó, que de conformidad con el artículo 10° (causal 6ª) de la ley 21 de 1931, en armonía con las disposiciones de la ley 69 de 1945, le fuera cancelada la matrícula de abogado al demandado Rafael Jaramillo L.

Como hechos de la demanda expuso los que a continuación se expresan, extractados del escrito con que dio contestación al traslado, el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"1°—En el Juzgado Civil del Circuito de Rio-negro se adelanta el juicio sucesorio del señor Bernardino Ospina, en el que figuran como interesados, entre otros, el autor de la queja como subrogatario de derechos, y la señora Ana Rosa Ospina G.

"2°—El señor Rafael Jaramillo, es abogado aceptado y como tal figura inscrito en el Tribunal Superior de Medellín.

"3°—Los señores Emilio y Misael Alvarez como también la señora Ana de Jesús Duque no figu-

ran como interesados, a ningún título, en el sucesorio aludido. Intervinieron en él únicamente para solicitar la exclusión de unos bienes inventariados y evaluados en el mortuorio.

"4°—El abogado Rafael Jaramillo obró primeramente en el sucesorio como apoderado de la señora Ana Rosa Ospina G., y con tal carácter pidió y obtuvo el reconocimiento de aquélla como heredera del causante.

"5°—En su condición de mandatario de los señores Emilio y Misael Alvarez y de Ana de Jesús Duque, el abogado Jaramillo intervino en el expresado juicio y obtuvo la suspensión del remate de los bienes relictos".

Obran en los autos, copias auténticas de las piezas a que se refiere el demandante, y que la Sala tiene que aceptar, como demostrativas de los hechos afirmados en el libelo de demanda.

A folios 16 y 17 del cuaderno principal figura la contestación de la demanda aludida, en la que el licenciado Jaramillo admite que "aceptó poder a la señora Ana Rosa Ospina G., heredera en la sucesión de su padre señor Bernardino Ospina, para representarla en el juicio que se adelantaba ante el Juez Civil del Circuito de Rio-negro..."; admite también, que aceptó poder posteriormente de "los terceros Ana de Jesús Duque y Misael Alvarez para pedir la suspensión del remate de sendos lotes de terreno a ellos pertenecientes...".

Finalmente manifiesta que, "aceptó con mucho gusto sin faltar en nada a la ética profesional, porque convencido estaba —dice— de que esos dos lotes no pertenecían a la sucesión, y que en cambio sí eran de la absoluta propiedad de los reclamantes".

Ordenado el traslado de rigor al Fiscal respectivo, éste lo recorrió solicitando del Tribunal que se sancionara a Jaramillo, "por haber incurrido en falta en el ejercicio de la profesión".

Dijo en efecto el Agente del Ministerio Público:

"Las razones que el abogado Jaramillo L. expone en su escrito que corre a folios 16 del cuaderno principal, no las considera valederas la Fiscalía como justificativas de su conducta. Si una vez aceptado el poder que le confirió la señora Ana Rosa Ospina llegó al convencimiento de que en los inventarios hechos en el juicio de sucesión de Bernardino Ospina había bienes que no pertenecían a la sucesión, debió así manifestarlo a su poderdante y para no violentar su conciencia defendiendo injustos intereses, renunciar el mandato que aquélla le había confiado. Este el proceder debido. Pero aceptar la defensa de unos intereses e irse luego contra ellos a nombre de terceras personas por estimarlos injustos, presentándose en un proceso como apoderado de personas opuestas, no es conducta aceptable en un abogado".

Finalmente, mediante sentencia que tiene fecha 10 de septiembre de 1952, el Tribunal Superior de Medellín le puso fin al litigio, condenando a Rafael Jaramillo a pagar una multa de \$ 50.00 a favor de la Nación, y la suspensión del derecho de ejercer la profesión de abogado, por un término de quince días, todo con base en el artículo 8º de la ley 69 de 1945.

El recurso

De la mencionada sentencia apeló en tiempo oportuno el demandado, razón por la cual hoy se encuentra al estudio de esta Sala de la Corte el referido juicio.

Repartido el negocio en cuestión al suscrito Magistrado, se ordenó el traslado respectivo al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien lo evacuó por medio de escrito presentado el 9 de marzo del corriente año, en el que solicita sea reformada la sentencia recurrida, en el sentido de imponer únicamente la sanción pecuniaria a que alude el citado artículo 8º de la Ley 69.

Consideraciones de la Corte:

De autos aparece plenamente probado, que el demandado Jaramillo, obró en el juicio de sucesión de Bernardino Ospina, como apoderado de la señora Ana Rosa Ospina G., directamente interesada en el mencionado sucesorio, en su calidad de hija legítima del causante, y que, en

contra de los intereses de su mandante, aceptó poder de terceros en el juicio, para conseguir, como en efecto lo logró, la exclusión de dos lotes de terreno; y la suspensión del remate respectivo.

En síntesis, pues, la falta sancionable se concreta al hecho de haber defendido intereses opuestos dentro de un mismo juicio.

A todas luces, tal proceder en un abogado, es atentatorio de la moral profesional, bien esté que la justicia debe defender con diligente celo, para evitar precisamente que individuos encargados de la nobilísima misión de defender los intereses de sus representados, abusen inescrupulosamente de su encargo, pues como lo anota la Procuraduría, y lo acepta esta Sala de la Corte: "Las infracciones cometidas por los profesionales en el ejercicio de la abogacía, deben ser apreciadas, para los fines de la ley, en sus implicaciones propias; por cuanto si el hecho realizado por un abogado contraría las finalidades específicas de su profesión, que en suma se contraen a la defensa celosa del derecho que se asiste, **se habrá cometido una falta, grave o leve, contra la moral profesional, independientemente de cualquiera otra consideración, inclusive la del perjuicio que se hecho irrogue concretamente al cliente que le confió su representación.**

"La falta, en suma, se sanciona porque ella es en sí misma índice de una voluntad desviada del fin social de la abogacía, que así resulta menospreciada en el concepto y confianza públicos". (Los subrayados son de la Corte).

Por último, el señor Procurador Delegado en lo Civil, al pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia apelada, manifiesta que la falta del abogado Jaramillo quedaría suficientemente sancionada con la multa impuesta por el Tribunal, ya que en su sentir, y de acuerdo con la interpretación que esta Sala le ha dado al artículo 8º de la ley 69 de 1945, "no son forzosamente acumulables las sanciones allí previstas".

Propiamente no fue interpretando el artículo 8º citado cómo esta Sala se pronunció en el sentido a que alude aquel funcionario, sino en relación con el 9º ibidem, y en providencia de 31 de octubre de 1932.

Se dijo en tal oportunidad:

"Sin embargo, la Corte estima que las penas de que trata esta disposición no pueden acumularse, en el sentido de imponer varias de ellas al mismo tiempo, como lo hizo el Tribunal de Me-

dellín. Y ello porque, si bien es cierto que las tres clases de sanciones allí previstas están unidas por la conjunción copulativa **y**, fácilmente se advierte que se trata de un lapsus del Legislador; ya porque las distintas penas van en orden ascendente, de acuerdo con la gravedad de la falta; ya porque también la suspensión del derecho de ejercer la abogacía por un tiempo, resulta incompatible con la cancelación de la matrícula, que son las dos últimas sanciones de que trata el artículo 9º de la ley 69”.

Considera la Sala, que tal interpretación, debe ser la misma para el artículo 8º, puesto que éste se encuentra redactado en forma semejante al interpretado por la Corte en el auto aludido, como que también emplea la conjunción copulativa **y**.

De otra parte, estableciendo el citado artículo las penas para las faltas **leves** cometidas por los abogados en el ejercicio de la profesión, aquéllas no podrían agravarse acumulándolas, como así lo

interpretó la Corte, según ya se vio, aún para las faltas **graves** cometidas por los mismos.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia apelada de fecha 10 de septiembre de 1952 del Tribunal Superior de Medellín, con la sola reforma de suprimir la sanción impuesta al demandado Rafael Jaramillo L., de suspensión por el término de quince (15) días para ejercer la profesión de abogado.

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

Rafael Leiva Charry — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada — Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

DE LOS NEGOCIOS CIVILES EN QUE SEA PARTE EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES, DEBEN CONOCER EN PRIMERA INSTANCIA LOS TRIBUNALES SUPERIORES Y EN LA MISMA FORMA QUE CUANDO SE TRATA DE NEGOCIOS EN QUE ES PARTE LA NACION

De acuerdo con los artículos 3º de la Ley 83 de 1935 y 1º del Decreto número 2645 de 1943, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales goza, para los efectos judiciales y administrativos, de todos los privilegios consagrados por la ley a favor de la Nación, de lo cual se deduce lógicamente que de los negocios en que es parte dicho Consejo deben conocer en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, al tenor de lo dispuesto por el inciso 1º del artículo 76 del Código Judicial, y, además, que tales negocios deben ser fallados por todos los Magistrados de la Sala Civil, cuando el respectivo Tribunal se halle dividido en dos Salas, o por la totalidad de los Magistrados que integran el Tribunal, en caso de no existir aquella división.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y seis de abril de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Ch.)

El presente juicio ordinario fue promovido ante el Tribunal Superior de Santa Marta por Benjamín E. Johnson, Víctor Fontanilla y Joaquín Pinto contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales para obtener de esta última entidad el pago de perjuicios a causa de un accidente ferroviario.

El negocio fue fallado por medio de la sentencia proferida por la Sala de Decisión en lo Civil del expresado Tribunal, fechada el 5 de febrero del año próximo pasado, contra la cual interpusieron recurso de apelación ambas partes litigantes, representadas, en su orden, por los doctores Rodrigo Almanza G. y Moisés Méndez Barreneche.

Mientras se daba curso al trámite de la alzada en esta Sala, el apoderado de los Ferrocarriles

Nacionales, doctor Roberto Mantilla Valenzuela propuso un incidente de nulidad, alegando como causal de ésta la falta de notificación personal a dicho apoderado de las providencias que habían sido dictadas hasta entonces por el sustanciador.

Tal incidente fue fallado en providencia de trece de febrero retropróximo, en la cual esta Sala declaró inadmisibile la expresada causal de nulidad.

El doctor Arturo Tapias Pilonieta, actuando como apoderado sustituto del Consejo Administrativo en este mismo juicio, en memorial que presentó oportunamente, interpuso recurso de reposición contra el fallo incidental, petición a la cual recayó el siguiente proveído:

“Antes de dar curso al trámite de la reposición solicitada en el memorial anterior del doctor Arturo Tapias Pilonieta, pase este negocio a la Secretaría General de la Corte a fin de que se informe a continuación sobre el número de Magistrados que integraban el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el mes de febrero de 1952”.

Rendido ya el informe a que se refiere el auto transcrito, ha comprobado la Sala que el negocio de autos se halla afectado de nulidad a partir de la sentencia apelada inclusive, porque los tres Magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal fallador carecen de plena jurisdicción para decidir del fondo de esta controversia, como pasa a demostrarse.

Los negocios civiles en que es parte la Nación y cuyo conocimiento le está atribuido expresamente a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial por el inciso 1º del artículo 76 del C. Judicial, sólo pueden ser fallados “por todos los Magistrados de la Sala de lo Civil cuando el respectivo Tribunal se halle dividido en Salas”, según lo ordena el artículo 77 ibidem. De consiguiente, si el Tribunal no está dividido en Salas debido a no hallarse compuesto del número de Magistrados requerido por la Ley de Organización Judicial para su división en Salas, tales

fallos habrán de ser proferidos por todos los Magistrados del Tribunal así integrado.

Con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo número 0976 de 1950 (29 de abril), los Tribunales de Distrito Judicial compuestos por más de tres Magistrados, podían dividirse en Salas, al tenor de lo previsto en el artículo 70 del citado Código. Mas, de acuerdo con el artículo 3º del expresado Decreto-ley, se estableció la promiscuidad de funciones de los Tribunales Superiores compuestos por seis Magistrados. Por tanto, las sentencias proferidas en negocios de la naturaleza descrita, dentro de la vigencia del nuevo estatuto legal, por Tribunales formados por seis Magistrados, deben serlo por la totalidad de ellos, y no únicamente por tres, como ocurre en el caso en estudio.

Ahora bien. El presente juicio, en verdad, no está dirigido contra la Nación, sino contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, persona jurídica independiente y autónoma. Mas ello no es óbice para que la nulidad apuntada se configure plenamente, puesto que, de acuerdo con los artículos 3º de la Ley 83 de 1935 y 1º del Decreto número 2645 de 1943, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales goza, para los efectos judiciales y administrativos, de todos los privilegios consagrados por la Ley a favor de la Nación, de lo cual se deduce lógicamente que de los negocios en que es parte dicho Consejo deben conocer en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial al tenor de lo dispuesto por el inciso 1º del artículo 76 del citado Código, y, además, que tales negocios deben ser fallados por todos los Magistrados de la Sala Civil, cuando el respec-

tivo Tribunal se halle dividido en dos Salas, o por la totalidad de los Magistrados que integran el Tribunal en caso de no existir aquella división. (Artículo 77 *ibidem*).

El Tribunal Superior de Santa Marta, según aparece del anterior informe de la Secretaría General de la Corte, está integrado por seis Magistrados. Se trata, pues, de un Tribunal que debe conocer promiscuamente de los negocios civiles y penales de su competencia, y en el cual, por tanto, no existe división en Salas. De otro lado, la sentencia de que aquí se trata fue proferida sólo por tres Magistrados de dicho Tribunal, cuando, según se ha visto, debía haberlo sido por todos los seis que lo constituyen. Tal irregularidad —como ya lo ha dicho la Sala en otras ocasiones— constituye la causal de nulidad señalada en el artículo 448, numeral 1º, del C. Judicial.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia DECLARA NULO lo actuado en el presente juicio a partir del fallo de primer grado de que se ha hecho referencia, y, en consecuencia, dispone que los autos sean devueltos al Tribunal de origen para que se dicte nuevo fallo con arreglo a lo que se acaba de expresar.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

LOS DOCUMENTOS PUBLICOS QUE LAS PARTES TENGAN EN SU PODER Y QUE CONSIDEREN ADECUADOS PARA DEMOSTRAR LOS HECHOS QUE CON ELLOS QUIEREN ACREDITAR, PUEDEN SER PRESENTADOS DIRECTAMENTE POR ELLAS DURANTE LOS TERMINOS PROBATORIOS

1.—El auto que decreta el recibimiento a pruebas o tiene como tal una de ellas es interlocutorio y, en consecuencia, contra él cabe el recurso de súplica, y no el de reposición. Lo cual se deduce, no mirando a aquel en cuyo favor se ha decretado, puesto que entonces fallaría el criterio del perjuicio, sino a la contraparte, cuya posición probatoria desfavorable puede quedar fijada por la dicha prueba aceptada a su contrario.

2.—Se ha hecho una interpretación cerrada y excluyente del artículo 636 del C. J., diciendo que los documentos públicos no pueden ser admitidos como pruebas si dentro de los términos probatorios no han sido allegados al proceso en la forma prevenida en este precepto. Pero no se para mientes en el contrasentido que encierra la afirmación excluyente, pues el mismo artículo enseña que si los documentos se presentan con la demanda, o con la contestación de la misma, o con los escritos de excepciones, o sea, en ocurrencias en que las partes los allegan directamente, sí pueden ser aceptados, pero que si se trata de agregarlos al expediente dentro de los términos probatorios no pueden serlo si las partes los presentan en forma directa. Es más, si un documento público se presenta en inspecciones u otras diligencias por el interesado, tiene mérito probatorio (artículo 597, ordinal 2º, del C. J.), pero si ese mismo documento lo agrega el interesado dentro del tiempo de pruebas, no tiene eficacia ninguna, puesto que no puede ser admitido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Al decretar la práctica de las pruebas en el juicio ordinario de Ana Dolores Hernández v. de Quintero contra la Nación, el magistrado ponente en el negocio, doctor Luis A. Flórez, en su providencia de 18 de marzo próximo pasado, resolvió lo siguiente:

“6º—Tiénense como pruebas las copias auténticas de las escrituras acompañadas con la demanda, o sea, las numeradas en el punto 6º del memorial de pruebas del demandante”.

Contra esa providencia interpuso el señor Procurador el recurso de súplica, si la Sala, siguiendo una doctrina suya, entendía que el auto que decreta la práctica de pruebas es interlocutorio, o el de reposición, si entendía que no lo era. El señor magistrado ponente entendió que el recurso interpuesto era el de súplica y por eso pasó el expediente al siguiente en turno.

De esta suerte, deben resolverse dos cuestiones: si el auto que decreta la práctica de las pruebas es interlocutorio, pues contra éstos, dictados por un magistrado como juez a quo, como el de que aquí se trata, “sólo se concede el recurso de súplica” para ante los magistrados restantes de la Sala (artículo 511 del C. J.); y si los documentos públicos pueden ser presentados por las partes dentro de los términos de prueba, sin necesidad de que sean pedidos por conducto del funcionario correspondiente y del registrador en su caso.

Para distinguir un auto interlocutorio de uno de mera sustanciación hay que acudir a los criterios señalados en el artículo 466 del Código Judicial y en las actas de la Comisión Revisora del mismo código.

El artículo 466 del Código Judicial expresa que los autos interlocutorios 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 pruebas o la práctica de cualquiera de ellas, y todas las demás que contengan resoluciones análogas; y que los

de sustanciación son los que la ley establece para darle curso progresivo a la actuación.

Y la Comisión Revisora del código dice que la diferencia entre los autos de sustanciación y los interlocutorios consiste "en que los primeros no causan perjuicio, al paso que los segundos sí son susceptibles de producirlo. Creemos —prosiguen los miembros de la Comisión— que cualquier error que se cometa en proveídos que sólo tienen por objeto adelantar el procedimiento, como por ejemplo, el que ordena conferir un traslado, pueden subsanarse mediante el recurso de reposición, sin que el legítimo interés de los litigantes exija que se les conceda además el de apelar para ante el superior". (Subraya la Corte).

Viniendo al caso que se estudia conviene decir que el artículo trae como ejemplo de auto interlocutorio el que niega el recibimiento a pruebas o la práctica de cualquiera de ellas; luego con igual razón puede decirse que el que decreta el recibimiento a pruebas o tiene como tal una de ellas debe ser tenido como interlocutorio. Lo cual se deduce, no mirando a aquel en cuyo favor se ha decretado, puesto que entonces fallaría el criterio del perjuicio, sino a la contraparte, cuya posición probatoria desfavorable puede quedar fijada por la dicha prueba aceptada a su contrario.

En conclusión, contra el auto que tuvo como pruebas las escrituras públicas presentadas por una de las partes dentro del término probatorio, cabe el recurso de súplica y no el de reposición, por tratarse de un auto interlocutorio, como lo ha venido considerando la Sala.

El otro punto es el de saber si pueden tenerse como pruebas los documentos públicos presentados por las partes dentro del término probatorio, o sea, cuando no han sido pedidos por conducto del funcionario correspondiente quien, a su vez, ha debido remitirlos al registrador para que les ponga la nota de registro, como lo manda el artículo 636 del Código Judicial.

La Corte, en fallo de 21 de marzo de 1938, expresó que los documentos públicos son documentos auténticos, o sea, de aquellos cuya autenticidad se presume *ab initio* o *probatio probata*, como dicen los tratadistas, pero que "deben llevarse al juicio de la manera indicada en el artículo 636" del Código Judicial, pues de lo contrario "no puede disponerse que se tenga como prueba en los autos". (G. J. Tomo XLVI, número 1934, página 354).

En providencia de 23 de febrero de 1939 la

misma Corte califica la anterior interpretación como de "excesivamente angosta de las reglas contenidas en el artículo 597 del Código Judicial", que estatuye cuáles son las oportunidades para presentar las pruebas con el fin de que formen parte del proceso, bien que se trataba del rechazo de una escritura pública como prueba de la disolución de una sociedad. (G. J. Tomo XLVIII, número 1944, página 662).

En providencia de 25 de julio de 1939 confirma esta doctrina pero haciendo la distinción entre escrituras públicas, y demás "documentos públicos", pues estos últimos son todos los que provienen de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública (artículo 632 del Código Judicial). Estos últimos deben ser presentados en la forma prevenida por el artículo 636, "como garantía de pureza y autenticidad, que se justifican sobradamente por el especial mérito probatorio que les concede la ley". No así las escrituras públicas, las cuales sí "pueden presentarse por las partes en copia autorizada por el notario y debidamente registrada", según lo establece el art. 630 del mismo código. (G. J. Tomo XLVIII, número 1948, página 354).

En fallo de 18 de noviembre de 1942 hace un nuevo distingo la Corte para decir que si los interesados presentan dentro del término probatorio un documento público sin reclamo de su contrario puede ser estimado como prueba en la sentencia, porque éste es un requisito que no tiene otro fin que el de que las partes "se aseguren en la mejor forma acerca de la autenticidad de dichos documentos"; y si consienten en la providencia que las haya aceptado, aceptan también tácitamente la presentación del documento en forma distinta y su voluntad es suprema ley del juicio civil. (G. J. Tomo LIV-bis, página 409).

Lo mismo se sostiene en fallo de 20 de febrero de 1945, aunque se añade que "presentados en forma distinta a la indicada en el artículo 636 del Código Judicial, posiblemente no se les podría reconocer, en sí mismos considerados, el que procedan en realidad del funcionario público que dice expedirlos en ejercicio de determinadas funciones y de la manera que en ellos se expresa". Luego agrega que si no puede dársele al documento "el valor legal de convicción propio de un instrumento público", debe reconocérsele "algún mérito probatorio". (G. J. Tomo LVIII, número 2017, página 793).

Vistas estas doctrinas de la Corte debe resolver

la Sala lo que estime legal sobre el segundo punto sometido a controversia.

Respecto de las escrituras públicas no cabe la menor duda de que, dentro de los términos probatorios pueden presentarse de dos maneras: o en la forma prevenida por el artículo 636 del Código Judicial para toda clase de documentos públicos, o por presentación directa de las partes, de acuerdo con el artículo 630 del mismo código.

En efecto, no puede considerarse que sea una disposición inútil la del artículo 630 del citado código, al decir que "la escritura pública, para ser estimada como prueba, se presenta por las partes en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en debida forma". Al referirse de modo, especial a las escrituras públicas en esa disposición, quiso señalar una manera singular de presentación en juicio, distinta de la manera general del artículo 636, si algo enseñan los preceptos de la lógica.

Es que el valor especial de autenticidad que tienen las escrituras públicas debidamente registradas, explica lo dispuesto por el artículo 630, ya que la ley creó los notarios y en ellos "deposita la ley la fe pública respecto de los actos o contratos" que ante ellos deben pasar "y su confianza respecto de los documentos" que se ponen bajo su custodia (artículo 2576 del C. C.).

Pero los demás documentos públicos también pueden ser presentados directamente por las partes dentro de los términos probatorios, porque ellos hacen plena prueba acerca de su contenido como documentos auténticos (artículos 1758 y 1759 del C. C. y 632 del C. J.), y porque allegados al expediente dentro de los términos señalados al efecto, forman parte del proceso y su mérito probatorio debe ser justipreciado (artículo 597 del C. J.).

Se ha hecho una interpretación cerrada y excluyente del artículo 636 diciendo que los documentos públicos no pueden ser admitidos como prueba si, dentro de los términos probatorios no han sido allegados al proceso en la forma prevenida en este precepto. Pero no se para mientes en el contrasentido que encierra la afirmación excluyente, pues el mismo artículo enseña que si los documentos se presentan con la demanda, o con la contestación de la misma, o con los escritos de excepciones, o sea, en ocurrencias en que las partes los allegan directamente, sí pueden ser aceptados, pero que si se trata de agregarlos al expediente dentro de los términos probatorios no

pueden serlo si las partes los presentan en forma directa. Es más, si un documento público se presenta en inspecciones u otras diligencias por el interesado, tiene mérito probatorio (artículo 597, ordinal 2º del C. J.), pero si ese mismo documento lo agrega el interesado dentro del tiempo de pruebas, no tiene eficacia ninguna, puesto que no puede ser admitido.

Otro contrasentido patente es el que surge de afirmar que un documento público allegado en forma distinta a la prevenida por el citado art. 636 no se puede desconocer por falta de autenticidad, o sea, porque no merezca fe de suyo, sino por la forma indebida como se aduce en juicio. Pero como explica el doctor Antonio Rocha en su tratado de pruebas judiciales, "mucho menos exige la ley sobre la oportunidad de llevar debidamente a un juicio un simple documento privado". - (De la prueba en Derecho, 3ª edición, página 167).

Y así sucede, en efecto, comoquiera que no hay disposición ninguna que establezca manera especial de presentar los documentos privados en juicio, lo que enseña que, para que formen parte del proceso y estimar su mérito, pueden presentarse en las oportunidades que indica el artículo 597 del Código Judicial, entre otras, por haberse presentado por las partes dentro de los términos de prueba señalados en el juicio (ordinal 3º).

Que tal presentación de los documentos privados puede hacerse directamente por las partes dentro del término probatorio lo dejan entender claramente los artículos 645 y 648 del citado código, al establecer que "un documento privado se tiene por reconocido, cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado, o redargüido de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad" y que "los documentos privados se presentan originales" lo que enseña que se pueden acompañar con la demanda o en las otras oportunidades que la ley señala, entre ellas el término de prueba, puesto que para presentarlos en copia sí se necesita "orden del juez".

Volviendo a la fe que merecen los documentos públicos o auténticos, debe decirse que ella no puede desconocerse por la forma más o menos rigurosa como han sido presentados en juicio, pues si lo han sido en cualquiera de las previstas por el código de procedimiento, deben ser admitidos y entonces su autenticidad no puede ser puesta en duda ni su mérito probatorio rechazado, salvo que la parte contra quien se aduce lo

tache de falso y pruebe su falsedad, al igual que sucede con los documentos privados (artículos 649 y ss. del C. J.).

El sentido más obvio del trajinado artículo 636 del Código Judicial es el de que si las partes no tienen en su poder los documentos públicos que consideran adecuados para demostrar los hechos que con ellos quieren acreditar, como será la ordinaria ocurrencia, le soliciten al juez que lo pida al funcionario correspondiente y, si necesitan nota de registro, que se la haga poner del registrador. Pero no quiere significar que, si no se procede en esa forma, no puedan presentarse directamente al proceso, porque contra esta inter-

pretación excesiva militan los preceptos legales que establecen otras maneras de aducir documentos con la finalidad de que formen parte del proceso y su mérito probatorio pueda ser estimado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, MANTIENE la providencia de 18 de marzo último, dictada en este juicio y de que se viene hablando.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada.
Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.



ACCION DE PERTENENCIA DE UN INMUEBLE, POR HABERLO ADQUIRIDO POR MEDIO DE LA PRESCRIPCION. — LA SOLA DESTINACION O AFECTACION DE UN INMUEBLE DE PROPIEDAD PARTICULAR A UN SERVICIO PUBLICO, NO ES NI PUEDE SER TITULO SUFICIENTE EN FAVOR DE LA NACION Y MENOS AUN DE LOS PARTICULARES QUE, AL GOZAR Y USAR DE TAL SERVICIO, NO EJERCITAN ACTO ALGUNO DE POSESION MATERIAL

1.—Aún tratándose, no ya de controversias entre el dueño de un predio y un prescribiente que le disputa el dominio, sino de distintas personas que aspiran a prescribir, alegando para ello posesión suficiente, la Corte ha exigido que dicha posesión sea exclusiva para que pueda prosperar la prescripción. (Casación, 23 de mayo de 1932. G. J. número 1886, página 65). Doctrina ésta que —dicho sea de paso— no ha venido a agregar nuevas condiciones a las ya exigidas por los preceptos legales en punto de prescripción, sino a interpretar rectamente el concepto jurídico de la posesión.

2.—La Sala no está de acuerdo con la tesis sentada por el Tribunal sentenciador sobre que “los bienes de propiedad particular que se destinan a uso público, constituyen bienes de los llamados de uso público por destinación y entran por tanto al patrimonio de la Nación”.

Tal doctrina, en efecto, contraría abiertamente aquel precepto del Código Civil, que dice:

“Artículo 676. — Los puentes y caminos construídos a expensas de personas particulares, en tierras que les pertenecen, no son bienes de la Unión, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos los habitantes de un territorio.

“Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares y en sus tierras, aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño”.

Luego los puentes y caminos así como las demás obras (calzadas, canales, etc.), que se construyan por los particulares a sus expensas y en terrenos de su propiedad, no pasan al dominio de la Nación por el solo hecho de que sus dueños permitan que los habitantes de un territorio puedan libre-

mente transitar, pasear, estacionarse o reunirse en esos sitios. Son éstos, actos de mera facultad que de acuerdo con el artículo 2520 del C. C., no confieren posesión ni dan lugar a prescripción alguna.

Por tanto, la sola destinación o afectación de un inmueble de propiedad particular a un servicio público, no es ni puede ser título suficiente en favor de la Nación y menos aún de los particulares, que al gozar y usar de tal servicio no ejercitan acto alguno de posesión material.

Dicho en otros términos, lo que dá a un bien el carácter de bien de la Unión de uso público o de bien público del Territorio —para emplear una cualquiera de las expresiones de que se vale el inciso 2º del artículo 674 del mismo C. C.— no es solamente su afectación a un servicio público. Es necesario, además, que esa afectación o destinación, decretada por la autoridad, esté respaldada por un título de dominio sobre tal bien y a favor de la Nación misma. Lo contrario constituiría el más franco y absoluto desconocimiento del derecho de propiedad.

3.—El artículo 2519, sólo se refiere a los bienes que forman el dominio público del Estado, llamados por el Código Civil bienes de la Unión de uso público, en contraposición a los que el mismo Código denomina bienes fiscales.

Si así no fuese, carecería de todo interés desde el punto de vista de la prescripción, la distinción entre bienes de la Unión de uso público y bienes de propiedad particular pero afectados también, por permiso de su dueño, a un servicio público.

4.—Para que la Nación, los Departamentos o los Municipios se consideren como parte en el juicio sobre declaración de pres-

cripción, con las consecuencias que de tal calidad se derivan en relación con la cosa juzgada, de acuerdo con el parágrafo del artículo 12 de la Ley 120 de 1928 se necesita la correspondiente oposición, o que la demanda haya sido dirigida formalmente contra cualquiera de las mismas. Luego, si dentro del procedimiento especial de que se viene hablando el Ministerio Público no se opone a la declaración de pertenencia, el fallo que en aquél se pronuncie, de ninguna manera perjudica o favorece a dichas entidades, por no haber sido parte en el juicio. Tal fallo, por consiguiente, no puede oponerse contra ninguna de ellas como fundamento de la excepción de cosa juzgada, según lo que el mismo artículo 12 disponía en su primer inciso. Pero tampoco, por igual razón, pueden alegarlo en su favor como fundamento de esa misma excepción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

Con poder especial del R. P. Fray Juan J. Díaz Plata, Superior del Convento Dominicano de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá, el doctor Pedro Martín Quiñones pidió al Tribunal Superior de este Distrito Judicial que por los trámites del juicio civil ordinario de mayor cuantía, con citación y audiencia de la Nación y del Municipio de Bogotá, representados, en su orden, por el Fiscal del mismo Tribunal y por el Personero Municipal, se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que pertenece al Convento de la Comunidad Dominicana u Orden de Predicadores de Santo Domingo de Guzmán, por prescripción extraordinaria de treinta años, el derecho de dominio sobre un lote de terreno situado en la manzana comprendida entre las calles 12 y 13 y las carreras 7ª y 8ª de esta ciudad, lote conocido con el nombre de Atrio del Templo de Santo Domingo y del cual se halla en posesión la Comunidad, por los linderos que en dicha petición se expresan;

b) Que los demandados, si se oponen, deben pagar los perjuicios consiguientes y las costas del juicio.

En diez y seis hechos consignó el actor los fundamentos de su demanda, los cuales se sintetizan así en lo pertinente:

1º Desde la época de la Colonia, en el año de 1557, la Orden Dominicana adquirió por diversos títulos toda la manzana comprendida entre las hoy llamadas calles 12 y 13 y carreras 7ª y 8ª. Sobre estos hechos históricos dan fe en sus obras, los historiadores Alonso Zamora Aguado, Pedro Simón y Manuel Groot y Restrepo.

2º La primera Iglesia de Santo Domingo con su Atrio respectivo, fue construida en el lugar que ocupaba la Real Audiencia, según afirman los mencionados historiadores, o sea, en el mismo lugar que hoy (fecha de la demanda) ocupan el Atrio y Templo de Santo Domingo.

3º La primera Iglesia fue destruida por el terremoto de 1785, habiendo sido reedificada allí mismo por los Padres Dominicanos, y terminada en el año de 1817, su consagración tuvo lugar el 6 de junio de 1818 por el Obispo de Popayán don Salvador Jiménez de Enciso.

4º Desde la consagración del Templo de Santo Domingo hasta hoy, y lógicamente desde hace más de treinta años ininterrumpidos, dicho Templo no ha tenido otro acceso para los fieles que a él concurren que el Atrio o vestíbulo que se comunica con la carrera 7ª.

5º Igualmente puede afirmarse que desde hace más de treinta años, el Atrio de Santo Domingo se ha destinado exclusivamente a funciones religiosas en servicio del Templo y a darle acceso a él a los fieles o feligreses de la Orden de Predicadores de Santo Domingo, la cual ha venido ejerciendo actos de posesión en dicho Atrio, usándolo cotidianamente con las destinaciones peculiares.

6º El Atrio de Santo Domingo se encuentra en el caso del artículo 319 del C. de P. de Cundinamarca que dice: "Los atrios, vestibulos o altozanos descubiertos de los Templos y otros edificios públicos en las poabaciones, no hacen parte de la plaza o calle sobre que están, siempre que se hallen al lado del edificio respectivo de la línea de la acera".

7º El Atrio de Santo Domingo por su destinación forma con el Templo un todo indivisible.

8º Los PP. Dominicanos, de acuerdo con el Derecho Canónico, no hubieran podido construir la Iglesia de Santo Domingo sin haber destinado un lote de terreno de su propiedad para el atrio de ella.

9º Los títulos escriturados ante el escribano público de su Majestad el Rey de España, que debidamente legajados guardaba la Orden Dominicana, le fueron confiscados en el año de 1862 por los Agentes del Gobierno.

10º Por medio del Decreto de 9 de septiembre de 1861 pasó a poder del Gobierno Nacional el antiguo Convento de los Dominicanos, no así el Templo con su Atrio ni el edificio de la "Academia de Santo Tomás", los cuales fueron exceptuados por el artículo 4º del mismo Decreto.

11º El Gobierno Nacional en recientes declaraciones escrituradas, reconoce el dominio particular de dicho Templo y su Atrio.

12º La escritura número 2894 de 4 de agosto de 1942, de la Notaría 3ª de este Circuito, contiene declaraciones de pertenencia del dominio y posesión del Atrio a favor del Convento.

13º La propiedad particular del Atrio, especialmente, ha sido reconocida por el Gobierno en los siguientes actos administrativos: Resolución número 881 de 30 de marzo de 1909 emanada del Ministerio de Gobierno; oficio número 4295 de 8 de enero de 1913 del Ministerio de Obras Públicas; oficio número 11055 de 9 de noviembre de 1937 del mismo Ministerio; y algunas otras que se invocarán oportunamente.

14º Por sentencia de fecha 28 de septiembre de 1942, el Tribunal Superior de Cundinamarca declaró de propiedad de la Comunidad el Templo de Santo Domingo del cual forma parte indivisible el Atrio del mismo.

15º Desde hace más de treinta años la Comunidad Dominicana ha venido ejerciendo sobre el Atrio materia de la demanda, actos positivos de dueño, tales como la venta de una de las paredes medianeras que lo cercan, el arrendamiento de uno de sus costados para avisos y la ejecución en él de obras de conservación y mejoras. tales como pinturas, arreglo del piso, etc.

16º El Atrio de que se trata no es ni puede ser parte de la vía pública, y se halla en el caso contemplado por el artículo 319 del C. de P. de Cundinamarca.

Entre los fundamentos de derecho citó el demandante los artículos 2512 a 2519, en relación con el 669, 762, 764, 765 y 778, todos del Código Civil; el 10 de la Ley 113 de 1928; y el 10 de la Ley 120 de 1928. Y en cuanto a la competencia del Tribunal citó también los artículos 76, 176 y 155 del C. J.

Con la demanda se presentó además el comprobante de la personería de la Comunidad, con-

sistente en el certificado expedido por el señor Arzobispo de Bogotá sobre la existencia como persona jurídica de dicha Comunidad y sobre el carácter de representante legal del R. P. Fray Juan J. Díaz Plata, poderdante del doctor Quiñones.

Corrido el traslado de la demanda tanto el Personero del Municipio como el Fiscal del Tribunal lo contestaron negando los hechos y oponiéndose, en consecuencia, a las declaraciones imputadas.

Abierto el juicio a pruebas, practicadas las que ambas partes solicitaron y sin que ninguna de éstas alegara de bien probado, el Tribunal falló el pleito negando las declaraciones demandadas y absolviendo, en consecuencia, a la Nación y al Municipio de Bogotá de todo cargo.

Inconforme el apoderado de la Comunidad Dominicana con ese fallo, interpuso el recurso de apelación que le fue concedido para ante esta Sala de la Corte.

Aquí se produjeron nuevas pruebas a petición únicamente de la entidad demandante. En seguida se ordenó dar traslado a las partes para alegar, derecho del cual sólo usó el Procurador Delegado. Por último se citó para sentencia.

Está así sí tramitada en forma regular la instancia y por ello se procede a proferir el fallo definitivo, previa advertencia de que por haberse declarado legalmente impedido el Magistrado doctor Luis A. Flórez, se sorteó el conjuer respectivo, designación que recayó en el abogado doctor Manuel Vicente Jiménez.

Fundamentos del fallo recurrido

El Tribunal previo examen de los elementos de convicción aportados al juicio, y teniendo en cuenta que la acción propuesta es la de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, llega a estas dos conclusiones: primera, que "no es posible hacer la declaración de pertenencia con base en la posesión alegada, porque ésta no aparece demostrada con actos inconfundibles que den a conocer que la persona jurídica demandante, por sí o por medio de sus dependientes o comisionados, haya ejecutado en el globo de terreno objeto de la demanda, aquellos actos que son consecuencia del ejercicio de la propiedad; y segunda, "que los bienes de propiedad particular que se destinan a un uso público, como sucedió posiblemente con el que es materia de este

juicio, constituyen bienes de los llamados de uso público por destinación y que entran por tanto al patrimonio de la Nación. Su destinación, habiendo estado como ocurrió con el atrio al servicio del público, no puede modificarse y contra ellos la acción que tienda a obtener la declaratoria de pertenencia, es improcedente”.

Razones de la Procuraduría Delegada

Por su parte, el representante de la Nación en su alegato de esta instancia, analiza las varias especies de pruebas testimonial, de reconocimiento y documental, traídas en ambos grados del juicio por la Comunidad demandante para demostrar su alegada posesión material sobre el atrio de la Iglesia de Santo Domingo, objeto de la acción de pertenencia propuesta.

En cuanto a las pruebas de la primera clase, anota que los declarantes, en su gran mayoría, afirman conocer desde hace más de treinta años el inmueble expresado, al que consideran como parte integrante del templo por constituir la única entrada de éste, y por haberse celebrado en dicho atrio actos religiosos, bazares, etc. Pero que repreguntados por el representante legal del Municipio, tales declarantes aceptaron que entre el atrio y la acera occidental de la carrera 7ª no hay solución de continuidad y que el público en general puede recorrerlo libremente y en cualquier dirección.

Agrega el distinguido funcionario que tratándose de acreditar la posesión material del suelo, la prueba pertinente es la determinada por el artículo 981 del C. C., y que, además, para que la acción de prescripción pueda prosperar, es necesario que esa posesión sea exclusiva, pero que el libre tránsito de los particulares por la plazuela o atrio contiguo al Templo, como constitutivo de uso público, quita el carácter de exclusiva a la posesión alegada por la Comunidad demandante.

Cita además el Procurador el artículo 676 del C. C., para hacer ver cómo de acuerdo con este precepto hay ciertos bienes que no son propiedad de la Nación no obstante que su uso pertenece a todos los habitantes; son todas aquellas construcciones hechas a expensas particulares en terrenos de dominio privado, cuyo propietario, con ánimo de mera tolerancia, permite tal uso en su propio predio. Mas de quien no sea dueño, nunca podrá decirse, que tolera el uso público en

terreno que no le pertenece. Y concluye el representante de la Nación este capítulo de su estudio sobre la prueba testimonial:

“Quien aspira a la declaratoria de pertenencia reglamentada por la Ley 120 de 1928, no es dueño ante terceros mientras no se registra la sentencia declarativa favorable... Por tanto, el presunto prescribiente de un inmueble, jamás podrá alegar el uso público como base de la prescripción, ni que ese uso deja de impedirle la prosperidad de la acción, siendo así que él le veda la posesión exclusiva necesaria para que se consume tal fenómeno”.

En cuanto a la prueba de inspección ocular, destaca el Procurador algunas constancias del acta de la diligencia, que en su concepto corroboran la ausencia de posesión exclusiva de la parte actora sobre el inmueble mencionado.

Finalmente, respecto de los documentos públicos de distinto origen traídos al juicio, afirma el mismo funcionario que ni las notas y copias de convenios celebrados por la Comunidad Dominicana en relación con los muros del atrio o referentes a actuaciones adelantadas por ella ante las autoridades sobre el mismo inmueble; ni los documentos de origen simplemente histórico, pero ni siquiera los de carácter notarial, prueban la posesión treintenaria invocada como fundamento de la prescripción adquisitiva de dominio que se alega por la parte actora.

Sobre el particular conviene transcribir las razones de la Procuraduría acerca de la ineficacia como medio de prueba para establecer el hecho de la posesión material, de las escrituras que obran en el proceso, en las cuales parece fundarse la principal defensa de la acción instaurada.

En primer término se refiere el Procurador Delegado a la escritura número 2894 de 4 de agosto de 1942, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá por los RR. PP. Fray Alberto E. Ariza y Juan José Díaz Plata, el primero en su carácter de Superior Provincial de la Orden Dominicana en Colombia y el segundo como Superior del Convento de dicha orden en Bogotá. En esa escritura se recogen, sintetizadas, estas declaraciones hechas por los comparecientes: que en el activo de los bienes del Convento de Padres Dominicanos de Bogotá, figura el inmueble urbano conocido con el nombre de Templo y Atrio de Santo Domingo, cuya ubicación y linderos relacionan; que desde hace más de cien años el Convento de Bogotá viene ejerciendo sobre tal inmueble el pleno dominio y posesión pacífica,

tanto por haber adquirido el terreno donde están edificadas dicho Templo y Atrio como por haberlos construido a sus expensas; que los títulos de adquisición desaparecieron cuando la Venerable Orden fue despojada del edificio del Convento por virtud del decreto sobre desamortización de bienes de manos muertas, pero que de esos títulos y adquisiciones dan fe y testimonio los historiadores Pedro Simón, Juan Flórez de Ocáriz, Alonso Zamora, Vargas Jurado, Groot y Restrepo y en la época contemporánea Fray Andrés Mesanza; y que tales Templo y Atrio, sobre los cuales la Comunidad Dominicana ha ejercido el dominio y la posesión pacífica por 140 años continuos, han sido reconocidos siempre por los gobiernos nacional y seccional, por la sociedad y el público en general como de la propiedad exclusiva y particular del Convento de los Padres Dominicanos.

Sobre el mérito probatorio de esta escritura observa con razón el Procurador:

“Al tenor del artículo 1759 del C. C., el instrumento público hace fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y a 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.

“Lo anterior quiere decir que la referida escritura es inoponible a la parte demandada en este juicio. Por tanto las declaraciones allí consignadas de que el atrio y el templo forman un solo cuerpo y de que ambos se hallan inventariados entre los bienes de la Comunidad, no constituyen prueba conducente y eficaz contra la parte demandada, mientras ésta no la acepte”.

Igual reparo formula el Procurador en cuanto al ningún mérito probatorio de la escritura número 348 de 8 de mayo de 1895, de la Notaría 2ª de este Circuito, que recoge varias declaraciones hechas por el Padre Fray Cipriano Sáenz y el doctor Bernardino Medina, entre otras la de que la casa situada en la esquina de la calle 12 con carrera 7ª de esta ciudad, casa de propiedad del último, por el norte limita con “el atrio de la Iglesia de Santo Domingo y con parte de la Iglesia misma”. Esa declaración a juicio de la Procuraduría lejos de considerar a la Iglesia y al Atrio como un todo indivisible, les dá individualidad distinta al señalarlas como heredades colindantes de la casa, y a tal escritura le es igualmente aplicable el artículo 1759 del C. C.

Se refiere también el representante de la Nación a la escritura 3486 de 31 de agosto de 1943,

de la misma Notaría 4ª, por medio de la cual el Ministro de Obras Públicas, en representación de la Nación, y el Rvdo. Padre Fray Alberto E. Ariza, en nombre de la Orden Dominicana, celebraron un contrato de compraventa recíproca de varios inmuebles y ejecución de algunas obras por parte de la Nación. Consta en dicha escritura que la Comunidad Dominicana vende al Gobierno entre otros bienes, este: “B.—El derecho que tiene y posee sobre la pared medianera que cubre el costado norte del atrio del templo de Santo Domingo, de esta ciudad, cuya pared arranca del frontis de dicha iglesia hacia el oriente y hasta dar con la pared del local que fue de Ana Ester Bodmer y que el Gobierno adquirió...”. Y afirma el Procurador que con esta escritura y con la copia del contrato celebrado entre el Superior del Convento y el señor Amador Mejía con fecha 15 de septiembre de 1943, por medio del cual el primero dá en arrendamiento al segundo un espacio de la pared que limita con el atrio por el costado sur de éste, se busca demostrar la medianería del mismo respecto de los predios que le son contiguos, “para sacar la consecuencia de que hallándose comprendido entre dos muros en que tuvo y pretende tener condominio la Comunidad; ella es la poseedora exclusiva del atrio”.

Peró si bien es cierto que el artículo 911 del C. C. establece dos únicas presunciones legales de medianería, a saber: la de toda pared de separación entre dos edificios en la parte que fuere común a los edificios mismos; y la de todo cerramiento entre corrales, jardines y campos cuando cada una de las superficies contiguas esté cerrada por todos lados, ese precepto sin embargo “no establece, a la inversa, que por hallarse interpuestos una pared u otro cerramiento entre dos heredades, surge la presunción de dominio, vale decir, de posesión, en favor de quienes las hayan tenido o crean tenerlas”.

Por lo demás, concluye el Procurador, una es la prueba de la posesión inscrita de un inmueble y otra la de la posesión material del mismo. La primera la constituye el título idóneo debidamente registrado. La segunda se rige por el artículo 981 del C. C., según el cual “se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo dá derecho el dominio”. El fenómeno de la medianería no juega papel, como tal, en estos debates.

Extractados así los principales argumentos de la Procuraduría Delegada, conviene anotar que

tanto en la primera como en esta segunda instancia, la parte actora ha hecho completa reserva de sus puntos de vista jurídicos en esta controversia, ya que en ninguna de las dos oportunidades alegó y no se conocen, por tanto, las razones de orden legal que le llevaron a proponer la demanda, ni las que fundamentan el recurso de alzada.

Por su parte la Sala se referirá en seguida a los fundamentos de la absolución, previa advertencia de que no halla reparo alguno que hacer respecto de la personería sustantiva de las partes litigantes.

La acción propuesta

Es la consagrada en el artículo 2º de la Ley 120 de 1928, conforme al cual "todo aquel que tenga en su favor una prescripción adquisitiva de dominio podrá pedir la declaración judicial de pertenencia, la cual, una vez obtenida, cuando se trate de inmuebles, será inscrita en el libro 1º de la correspondiente oficina de registro y producirá los efectos señalados en el artículo 2534 del Código Civil. La acción que se reconoce por este artículo no puede ejercitarse contra la Nación y demás entidades de derecho público respecto de los bienes declarados imprescriptibles".

Tal declaración, según lo afirma el apoderado de la Comunidad Dominicana, se impetra porque si bien es cierto que desde los primeros tiempos de la Colonia aquélla adquirió legítimamente toda la manzana de la cual hace parte el inmueble materia de la demanda, la expresada Comunidad carece de los títulos de adquisición correspondientes, por haberle sido confiscados en el año de 1862 por los agentes del Gobierno.

Se trata del lote de terreno situado en el área urbana de esta ciudad, antiguamente conocido con el nombre de Atrio del Templo de Santo Domingo, cuya ubicación y linderos que lo individualizan se señalaron en la petición a) del libelo y sobre el cual inmueble alega la parte actora la prescripción treintenaria.

De acuerdo con el artículo 2512 del Código Civil, "la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas" por medio de la posesión ejercida en los términos y condiciones legales. Por tanto, la prescripción comporta, a la vez, el nacimiento de un derecho de propiedad en una persona y la extinción del mismo derecho en otra. Tal es el efecto del carácter absoluto del domi-

nio, en el sentido de que dos o más personas no pueden ser al mismo tiempo, por la totalidad, dueños de una misma cosa.

Igual principio se aplica a la posesión, pues dada su naturaleza es obvio que dos personas no pueden tener al mismo tiempo en su poder y cada una con ánimo de señor o dueño, una misma cosa. De ahí que esta Corte haya dicho en varios fallos que "aún tratándose, no ya de controversias entre el dueño de un predio y un prescribiente que le disputa el dominio, sino de distintas personas que aspiran a prescribir, alegando para ello posesión suficiente, la Corte ha exigido que dicha posesión sea exclusiva para que pueda prosperar la prescripción". (Casación, 23 de mayo de 1932. G. J. número 1886, página 65). Doctrina ésta que —dicho sea de paso— no ha venido a agregar nuevas condiciones a las ya exigidas por los preceptos legales en punto de prescripción, sino a interpretar rectamente el concepto jurídico de la posesión.

Ahora bien, cuando en la demanda que ha dado origen a este pleito se invoca el título de la prescripción como fundamento de la declaración de pertenencia, se está aceptando que la propiedad del Atrio pasó, por efecto de la usucapión, del patrimonio de la Nación o del Municipio de Bogotá, al de la Comunidad demandante. Ello explica, de otra parte, el que la acción se haya dirigido contra tales entidades.

Este implícito reconocimiento de una presunta propiedad en favor de una cualquiera de aquéllas, obliga en primer término a dejar claramente establecido si por tratarse de un inmueble de la Nación de uso público y, por consiguiente, imprescriptible —como se sostiene en el fallo— la acción no puede ejercitarse, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º —inciso 2º— de la Ley 120 de 1928. O si por recaer sobre un bien fiscal de propiedad de aquélla, la declaración de pertenencia ha de prosperar.

La Sala no está de acuerdo con la tesis sentada por el Tribunal sentenciador sobre que "los bienes de propiedad particular que se destinan a uso público, constituyen bienes de los llamados de uso público por destinación y entran por tanto al patrimonio de la Nación".

Tal doctrina, en efecto, contraría abiertamente aquel precepto del Código Civil, que dice:

"Artículo 676.— Los puentes y caminos construidos a expensas de personas particulares, en tierras que les pertenecen, no son bienes de la

Unión, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos los habitantes de un territorio.

“Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares y en sus tierras, aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño”.

Luego los puentes y caminos así como las demás obras (calzadas, canales, etc.) que se construyan por los particulares a sus expensas y en terrenos de su propiedad, no pasan al dominio de la Nación por el solo hecho de que sus dueños permitan que los habitantes de un territorio puedan libremente transitar, pasear, estacionarse o reunirse en esos sitios. Son éstos, actos de mera facultad que de acuerdo con el artículo 2520 del C. C., no confieren posesión ni dan lugar a prescripción alguna.

Por tanto, la sola destinación o afectación de un inmueble de propiedad particular a un servicio público, no es ni puede ser título suficiente en favor de la Nación y menos aún de los particulares, que al gozar y usar de tal servicio no ejercitan acto alguno de posesión material.

Dicho en otros términos, lo que dá a un bien el carácter de bien de la Unión de uso público o de bien público del Territorio —para emplear una cualquiera de las expresiones de que se vale el inciso 2º del artículo 674 del mismo C. C.— no es solamente su afectación a un servicio público. Es necesario, además, que esa afectación o destinación, decretada por la autoridad, esté respaldada por un título de dominio sobre tal bien y a favor de la Nación misma. Lo contrario constituiría el más franco y absoluto desconocimiento del derecho de propiedad.

En sentir de la Sala no está demostrado tampoco que el inmueble de que se trata sea de aquellos que de acuerdo con el artículo 2º —inciso 2º— de la Ley 120 de 1928 han sido declarados imprescriptibles, pues si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 2519 del C. C., “los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso”, es preciso entender que esta norma no tiene aplicación respecto de aquellos otros bienes de que trata el artículo 676 *ibidem* anteriormente citado, esto es, de los que siendo de propiedad particular están afectados a un servicio público, por permiso de su dueño. El artículo 2519, en sentir de la Sala, sólo se refiere a los bienes que forman el dominio público del Estado, llamados por el Código Civil bienes de la Unión de uso público, en contraposición a los que el mismo Código denomina bienes fiscales.

Si así no fuese, carecería de todo interés desde el punto de vista de la prescripción, la distinción entre bienes de la Unión de uso público y bienes de propiedad particular pero afectados también, por permiso de su dueño, a un servicio público.

En efecto, no aparece demostrado en este pleito que el Atrio materia de la demanda, hace parte integrante de la vía pública (carrera 7ª), para que pueda afirmarse que es un bien nacional de uso público y, por tanto, imprescriptible. Los testigos a quienes se interrogó en el término probatorio de esta instancia, a solicitud de la parte actora, señores Josué Bautista J., Pedro A. Ruiz, Gustavo Arcila Uribe, Presbítero Julio Ernesto Duarte, doctor Alfonso Ordóñez y Monseñores Rudecindo López Lleras y Juan Crisóstomo García, declaran, en síntesis, lo siguiente:

Que por conocimiento personal les consta que el Atrio del templo de Santo Domingo, alindado como se expresa en la demanda, estuvo por más de treinta años —los declarantes Bautista, Ordóñez y Pbro. Duarte se refieren a un tiempo menor— encerrado por paredes y muros en los costados sur, occidente y norte y destituido de toda comunicación por la calle o vía pública por esos tres costados.

Que les consta igualmente que el Templo de Santo Domingo, que también conocieron, únicamente tuvo acceso a la vía o carrera 7ª por dicho Atrio.

Que desde hace más de treinta años —más de 46 según Ruiz y de 40 afirma Arcila Uribe— el Convento Dominicano de Bogotá ha ejercido continua y públicamente sobre dicho Atrio, actos materiales de posesión con ánimo de dueño, como son los relacionados con su conservación y sostenimiento, pavimentación del suelo del mismo, conservación de los muros que lo circundan, empleo del atrio para funciones religiosas, procesiones, bazares, misas, etc.; empleo de sus paredes o muros para la colocación de altares, estantes y kioscos; el arrendamiento de tales paredes para avisos luminosos del comercio local; y en general todos los actos materiales que se relacionan con el servicio del Templo y con los menesteres particulares de la Comunidad.

Repreguntados por el representante del Municipio demandado, respondieron ser cierto que “por el atrio o plazoleta situado frente a la Iglesia de Santo Domingo, los peatones podían transitar libremente en cualquier sentido y a cualquier hora del día y de la noche”, por la circuns-

tancia de que dicho atrio no se hallaba cerrado por verja u otra división semejante.

Pero al mismo tiempo y de manera uniforme todos los declarantes afirman que en ninguna época se confundió la vía pública o calle real con el mencionado atrio, "ni fue destinado en época alguna para tránsito libre de peatones ni mucho menos de vehículos de ninguna naturaleza...", "ni jamás se estableció allí tienda o almacén de carácter oficial o particular...", "ni el público tenía necesidad de servirse de dicho atrio para hacer el tránsito normal por la carrera 7ª, ni pudo ni podía transitarse en toda la zona libremente por estar el atrio encerrado en tres de sus costados...".

De los anteriores testimonios se deduce, sin lugar a duda, que el inmueble cuestionado no formaba parte de la vía pública, a pesar de que entre uno y otra no existía solución de continuidad. Además, en el acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal fallador con fecha 14 de diciembre de 1945 se hizo constar lo siguiente, que en sentir de esta Sala reafirma lo aseverado por los testigos sobre el particular:

"En relación con el aparte D) del memorial ya referido, se observó: El atrio o pórtico materia de la inspección, no constituye ni forma, observado directamente, una zona separada materialmente aunque sí es distinta objetivamente a la vía pública adyacente".

Más adelante se afirma también en dicha acta que, "dada la situación y linderos del atrio, tal como se observó, no puede considerarse que esté destinado al tránsito libre de vehículos de ninguna clase, pero sí que el atrio sirve objetivamente al libre tránsito de peatones, fuera de que éstos pueden transitar por la **vía pública cercana, la carrera séptima**". (Subraya la Sala).

Esta última afirmación claramente deja comprender cómo en concepto del Tribunal, existía una objetiva diferencia entre el Atrio y la calle pública contigua a éste, sin que valga argüir que se trataba de un inmueble afectado al servicio público, porque como los citados testigos lo declaran, el uso y goce que los habitantes de esta ciudad tenían sobre dicho atrio, se hallaban especialmente vinculados a las actividades del culto católico a que de manera exclusiva estaba consagrado el Templo de Santo Domingo.

Para esta Sala tiene todos los caracteres de absoluta evidencia el hecho de que el llamado Atrio de Santo Domingo nunca se confundió con la ca-

lle pública ni se consideró como parte integrante de ésta. Al contrario, no sólo los testigos de la parte demandante, sino también la totalidad de los documentos de origen oficial traídos al juicio por una y otra parte y que en alguna forma se relacionan con el inmueble de que se trata, lo designan con el nombre de Atrio del Templo de Santo Domingo, dando a entender con ello el destino especial que el público mismo le reconocía.

No es posible, por tanto, afirmar que el inmueble de que se trata es un bien nacional de uso público de los que el artículo 2519 del C. Civil considera que no pueden prescribirse en ningún caso.

Ahora bien, como propiedad particular de la Nación o del Municipio demandados, tal inmueble sí es susceptible de ser adquirido por medio de la prescripción fundada en la posesión material de más de treinta años, sin que obste para ello —como lo sostiene el señor Procurador Delegado— la afectación a un servicio del público de tal inmueble, porque, como ya se dijo, no ejercitan acto alguno de posesión material los particulares que usan de ese servicio. No son ellos realmente poseedores para que se pueda afirmar que no existe una posesión exclusiva de parte de la Comunidad demandante.

En cambio, para la Sala sí son actos de verdadera posesión en favor de la misma Comunidad los que los testigos declaran con referencia a un tiempo mayor de treinta años y en las condiciones legales; esto es, sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

Resta estudiar lo referente a la excepción de cosa juzgada propuesta por el señor Procurador Delegado en estos sintetizados términos:

a) La Comunidad Dominicana ha promovido, incluso el presente, tres juicios sobre declaración de pertenencia, en cada uno de los cuales quedó comprendido el Atrio del demolido Templo de Santo Domingo: el primero de ellos se siguió con citación y audiencia del Ministerio Público y de conformidad con el procedimiento señalado en los artículos 7º y siguientes de la Ley 120 de 1928, juicio que fue fallado en segunda instancia el 28 de septiembre de 1942 por el Tribunal Superior de Bogotá, entidad que revocó el de primer grado, proferido por el Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá, de acuerdo con las tesis sustentadas por el Personero Municipal de esta misma ciudad. En dicho fallo se resolvió: "1º Pertenece a la Comunidad Dominicana, u Orden de Predicadores de Santo Domingo de Guzmán, de Bogotá, por

haberlo adquirido por prescripción extraordinaria de treinta años, el derecho de dominio o propiedad sobre un inmueble situado en el área urbana de esta ciudad, en la manzana comprendida entre las calles doce y trece y las carreras séptima y octava, consistente dicho inmueble en la Iglesia o Templo Católico denominado Santo Domingo, edificación de ladrillo, piedra, cemento y teja de barro, junto con el lote o suelo donde está edificado, la Sacristía y el Panteón del Templo, con sus contrafuertes, lo cual forma un solo bloque o gran lote con estos linderos: (Aquí ellos). 2º No es el caso de hacer la declaración de pertenencia solicitada por lo que hace a la plazoleta denominada atrio y de que se habla en la demanda. 3º Inscríbase esta sentencia en el Libro Primero de la Oficina de Registro de este Circuito”.

El segundo de estos juicios, “ordinario, seguido contra el Personero Municipal de Bogotá”, persiguió la declaración de pertenencia a favor de la misma Comunidad sobre el mencionado Atrio. Fue finalizado con sentencia de primer grado, de 24 de febrero de 1944, proferida por el Juez 5º Civil del Circuito y confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en fallo de 24 de mayo del mismo año, sentencias en las cuales se declaró probada la excepción de cosa juzgada.

Y el tercero, o sea el de que aquí se trata, también ordinario, instaurado contra la Nación y contra el Municipio de Bogotá.

No hay, por tanto, la menor duda de que los pleitos seguidos por la Comunidad Dominicana en los Juzgados 4º y 5º Civil del Circuito de Bogotá y en el Tribunal de este Distrito Judicial, respectivamente, fueron promovidos con una misma acción (la de pertenencia), y tienen, en cuanto al Atrio se refieren, un mismo objeto.

En consecuencia, continúa el Procurador Delegado, existe identidad de acciones y de cosa entre los dos pleitos ya fallados definitivamente y el presente de que conoce la Sala. Por tanto, si hay identidad jurídica del demandado en cuanto dice a la Nación, hallaríanse reunidos los tres elementos que configuran la cosa juzgada.

El Procurador Delegado resume así su argumentación encaminada a demostrar este tercer elemento esencial de la excepción de que se viene hablando:

“Los juicios de declaratoria de pertenencia seguidos por el procedimiento que detallan el artículo 7º y siguientes de la Ley 120 de 1928 (“Sobre Reformas Civiles y Judiciales”) son de la competencia del Juez del Circuito en lo Civil de

la ubicación del inmueble, salvo que se dirijan contra la Nación. Ante dichos funcionarios actúan los **Personeros Municipales** para ejercer las funciones judiciales de que trata el artículo 178 del C. J., por mandato del artículo 164. Y como entre dichas funciones se compendian las de “llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que éste debe intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces” (numeral 1º), y de desarrollar, en las diligencias pedidas por ellos, las gestiones que “convengan a los intereses del Estado o del Departamento” asumiendo su representación (numeral 5º), síguese que al oponerse el Personero de Bogotá a la demanda promovida por la Comunidad ante el Juzgado 4º Civil del Circuito, la Nación estuvo legítimamente representada en él. Surge así el tercer elemento que configura la cosa juzgada, pues queda establecida la identidad jurídica del demandado Nación en los dos pleitos que han venido comparándose.

“No es óbice para llegar a la anterior conclusión la consideración que se hiciera de que mediante la actividad opositora del Agente del Ministerio Público lo natural y legal era adelantar el mismo proceso por la vía ordinaria y no rematarlo con sentencia pronunciada por la vía especial, pues teniendo hoy ésta los caracteres de definitiva y ejecutoriada, ha hecho tránsito a cosa juzgada.”

No pára aquí la argumentación del señor Procurador en orden a demostrar la existencia de los elementos constitutivos de la cosa juzgada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 473 del C. Judicial. También aduce la circunstancia de que en el presente juicio es aplicable el resultado lógico de la derogatoria del inciso 1º del artículo 12 de la Ley 120 de 1928, que restringía **inter partes** los efectos de la cosa juzgada en los juicios de pertenencia promovidos con base en dicha Ley, derogatoria ordenada por el parágrafo único del artículo 7º de la Ley 51 de 1943.

De los antecedentes de este último estatuto el Procurador Delegado encuentra, en efecto, que el verdadero alcance de tal disposición derogatoria no es otro que el de que “la sentencia definitiva que se pronuncie en el respectivo juicio produce, a partir de la vigencia de la Ley 51 de 1943, efectos **erga omnes**, no **inter partes**, y es cosa juzgada contra todos y respecto de todos.”

A pesar de la muy respetable opinión del Procurador que se deja sintetizada, la Sala encuentra improcedente la excepción de cosa juzgada por él

propuesta, porque en su sentir no resulta acreditada la identidad de personas entre las que intervinieron como parte en los dos juicios anteriores y las que con el mismo carácter de parte han actuado en este de que aquí se trata. Tal identidad sólo existe respecto del Convento de la Comunidad Dominicana, actor en esos juicios, más no en relación con la parte demandada, que no ha sido una misma en las diferentes demandas de que se trata.

En efecto, como puede verse de la copia respectiva traída a los autos (C. N° 3, Fol. 16), en el primer libelo de demanda, presentado por el doctor Pedro Martín Quiñones ante el Juzgado 4° Civil de este Circuito, la acción no se dirigió contra persona o personas determinadas. Allí expresamente manifestó dicho apoderado que "no existiendo presuntos interesados contra los cuales pueda directamente alegarse esta inscripción (sic) y dirigirse esta demanda, pido atentamente al señor Juez ordene correr traslado de ella al señor Agente del Ministerio Público, funcionario que debe ser tenido como parte para todos los efectos legales a que haya lugar y solicito se dé cumplimiento a lo estatuido en los artículos 7° y siguientes de la referida Ley 120."

Así lo dispuso el Juzgado en auto de 16 de noviembre de 1939. En consecuencia, la demanda fue notificada al Personero Municipal de Bogotá en su calidad de Agente del Ministerio Público, y se le corrió el correspondiente traslado de la misma, sin que de su parte se formulase oposición alguna. Por ello el juicio se siguió de acuerdo con el procedimiento especial ordenado por el artículo 6° de la expresada Ley 120, o sea, el que detallan los artículos 7°, 8° y 9° de la misma Ley.

Con base en estos antecedentes demostrados plenamente en autos, y en presencia, además, de lo que dispone el artículo 12 ibídem, no cabe afirmar —como lo afirma el Procurador Delegado— que al oponerse el Personero de Bogotá a la demanda propuesta por la Comunidad Dominicana ante el Juzgado 4° Civil de este Circuito, la Nación estuvo legítimamente representada en ese primer juicio por dicho funcionario, según la interpretación y alcance que el mismo Procurador dá a los artículos 164 y 168, numeral 5° del Código de Organización Judicial.

En efecto, el artículo 12 de la tantas veces citada ley 120 de 1928, vigente cuando se falló de manera definitiva la primera acción especial de pertenencia propuesta por la Comunidad nombrada sobre el Templo de Santo Domingo, con

todas sus dependencias y anexidades, inclusive el Atrio, disponía:

"Artículo 12.—La sentencia que se pronuncie en el juicio sobre prescripción adquisitiva de dominio, no funda la excepción de cosa juzgada sino contra las personas que intervinieron como parte en el juicio.

"Parágrafo.—Se entenderá que la Nación, los Departamentos y los Municipios han sido parte en el juicio en virtud de oposición hecha por legítimos representantes de las respectivas entidades, con arreglo a la ley, o en virtud de demanda formalmente dirigida contra cualquiera de las mismas".

El primer inciso de este artículo establece, evidentemente, el efecto relativo o *inter partes* de la sentencia que se pronuncie en el juicio sobre prescripción adquisitiva de dominio. Fue ésa —según el doctor Latorre, autor del proyecto original de la Ley 120— una modificación introducida por la Corte Suprema, que vino a desvirtuar completamente el procedimiento señalado para obtener la declaración de pertenencia en aquellos casos en que el poseedor necesitaba aclarar su situación definitivamente y contra todos, a falta de un primitivo dueño contra quién hacer valer la acción de pertenencia.

Fueron éstas las palabras del distinguido jurista, consignadas en el acta respectiva de la Comisión de Reformas del Código Civil, fechada el 21 de septiembre de 1939, sobre este particular:

"Que en el proyecto original de la ley 120 de 1928, del cual fui autor, se estableció un procedimiento para que mediante una sentencia y previas formalidades análogas a las que expliqué anteriormente, el poseedor de un inmueble pudiera aclarar su situación definitivamente y contra todos. Desgraciadamente, al enviarse el proyecto a la Corte Suprema para su estudio, esta entidad por exceso de celo sobre los principios clásicos del derecho; donde no se concebía que una sentencia pudiera tener efectos absolutos, modificó el proyecto desvirtuándolo completamente, porque si en él se había establecido un sistema para sanear definitivamente los títulos defectuosos, al reemplazar el artículo 1° original por el 12 definitivo, se estableció en este último que las sentencias pronunciadas en esos juicios no tienen efecto sino entre las partes que intervienen en el procedimiento, y, por lo tanto, carecen de objeto lo mismo que el resto de la ley." (Procedimiento Civil Colombiano, pág. 324.)

Luego respecto de quienes no actuaron en el

proceso, esa sentencia no es oponible como fundamento de la excepción de cosa juzgada. Habrá lugar a ésta en el caso de que se instaure por el demandante una nueva acción especial con intervención del Ministerio Público y sobre el mismo inmueble, ya que entonces sí puede afirmarse que existe la triple identidad de objeto, causa y personas que configuran tal excepción.

De otra parte, lo que el párrafo del mismo artículo dice en términos de evidente claridad, es que dentro del procedimiento especial señalado en los artículos 7º, 8º y 9º de la Ley 120 de que se trata, la intervención del Agente del Ministerio Público no conlleva, por sí sola, la personería de ninguna de las entidades Nación, Departamento o Municipio a que el mismo párrafo se refiere.

Esa intervención, como parte, de tal Agente, tratándose de acciones dirigidas "en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda hacer valer la prescripción", para emplear la expresión exacta del precepto, tiene, sin duda, en mira proteger no un interés particular sino el general de la sociedad. En otros términos, el Agente del Ministerio Público interviene en ese caso como vocero de los intereses generales, cuya guarda le está encomendada.

Para que la Nación, los Departamentos o los Municipios se consideren como parte en el juicio sobre declaración de prescripción, con las consecuencias que de tal calidad se derivan en relación con la cosa juzgada, de acuerdo con el párrafo acotado se necesita la correspondiente oposición, o que la demanda haya sido dirigida formalmente contra cualquiera de las mismas. Luego si dentro del procedimiento especial de que se viene hablando el Ministerio Público no se opone a la declaración de pertenencia, el fallo que en aquél se pronuncie de ninguna manera perjudica o favorece a dichas entidades, por no haber sido parte en el juicio. Tal fallo, por consiguiente, no puede oponerse contra ninguna de ellas como fundamento de la excepción de cosa juzgada, según lo que el mismo artículo 12 disponía en su primer inciso. Pero tampoco, por igual razón, pueden alegarlo en su favor como fundamento de esa misma excepción.

Hay algo más todavía. Cuando el citado párrafo habla de "oposición hecha por legítimo representante de las respectivas entidades, con arreglo a la ley", eso quiere decir que no es uno cualquiera de los funcionarios en la jerarquía del Ministerio Público el que puede oponerse, así se tra-

te de la Nación, del Departamento o del Municipio. Es el que de acuerdo con las disposiciones legales que regulan la representación en juicio de aquellas entidades, debe asumir en cada caso su personería ante los jueces ordinarios.

Finalmente, importa no perder de vista que según el artículo 3º, inciso 2º, de la Ley 120, el competente para conocer de estos juicios cuando es parte la Nación o el Departamento, es el Tribunal de la ubicación del inmueble. Por tanto, ni la Nación podía ser demandada ante el Juez 4º Civil de este Circuito, ni el Personero Municipal de Bogotá tenía personería para oponerse en nombre de aquélla a la primitiva demanda de que dicho Juez conoció.

Lo expuesto lleva a la Sala a concluir que la alegada identidad de personas que han intervenido como parte en los tres juicios hasta ahora propuestos por la Comunidad Dominicana, sobre declaración de pertenencia respecto del llamado Atrio del Templo de Santo Domingo, no resulta acreditada.

En efecto, —como ya se observó— en el primero de tales juicios la acción se dirigió, por la vía especial, contra el Agente del Ministerio Público, quien no formuló oposición alguna en representación del Municipio de Bogotá. Por consiguiente, éste no fue parte en dicho juicio.

Tampoco lo fue en el segundo, iniciado posteriormente ante el Juzgado 5º de este mismo Circuito Civil, que terminó con el auto en el cual se declaró probada la excepción dilatoria de cosa juzgada, pues si es verdad que la nueva demanda se dirigió contra el Personero Municipal de Bogotá, en parte alguna de élla se expresa que la acción era contra el Municipio de Bogotá representado por el mismo Personero. Así lo entendió también éste, cuando en el memorial en que propuso la excepción en referencia, rectificó la afirmación hecha por el Juez en el auto de aceptación de la demanda, en el sentido de que ésta había sido incoada contra el Municipio de Bogotá.

En efecto, entre los hechos expuestos como fundamentos de la excepción, se lee éste que el Juzgado acogió en el auto con que puso término al incidente respectivo. Dice así:

"Ahora nuevamente se endereza la demanda contra el Agente del Ministerio Público (no contra el Municipio de Bogotá como usted señor Juez lo ha expresado en el auto admisorio de la demanda) y por la vía ordinaria."

No entendió, por tanto, el Personero que su citación para comparecer en ese segundo juicio, co-

mo parte, le obligaba asumir la defensa de los intereses particulares del Municipio. Así lo confirma también este final razonamiento de su escrito de excepción, que aclara aún más en qué calidad consideró aquél que había sido llamado al juicio. Dice así el escrito expresado:

“Como el Personero Municipal de Bogotá es el Agente del Ministerio Público ante los Juzgados del Circuito de esta ciudad en su carácter de Fiscal del Circuito (artículo 164 del C. J.), y en el presente juicio se pide la declaración de pertenencia de un inmueble, declaración que había sido ya materia de otro juicio, no puede menos de concluirse que se reúnen los requisitos que dan lugar a la excepción de cosa juzgada.”

Por su parte, el señor Juez 5º Civil del Circuito llegó a la misma conclusión, siendo de anotar que en el auto que falló la excepción, no hizo la más insignificante referencia al Municipio de Bogotá contra quien, al principio, consideró que había sido propuesta la demanda. En esa providencia, en efecto, el Juzgado encuentra acreditados los requisitos esenciales de la excepción alegada por el Personero, y al referirse en último término a la identidad jurídica de los litigantes, razona así:

“En la primitiva demanda fue parte en el juicio el Agente del Ministerio Público (Personero Municipal), por considerarlo así el artículo 7º de la Ley 120 de 1928. En esta demanda ordinaria, se señala como demandado el señor Personero Municipal de Bogotá. Por consiguiente, queda establecido que entre la demanda anterior, y la presente, existe identidad jurídica entre las personas de los litigantes, pues en la primera demanda figura la misma Comunidad religiosa; idéntica cosa sucede con los demandados, como ya vimos”.

Sobra decir que el Tribunal, para confirmar el auto proferido por el Juzgado, se apoyó en las mismas razones de éste, sin que llegara a reconocer tampoco que la citación al juicio del Personero Municipal, en esa segunda demanda, se le hubiese hecho en su calidad de legítimo representante del Municipio de Bogotá.

Y lo que se dice de esta última entidad puede decirse también respecto de la Nación. Esta no fue parte en ninguno de los juicios anteriores al de que aquí se trata. Pero, en cambio, tanto el Municipio de Bogotá como la Nación misma han sido los únicos demandados en el presente juicio.

Resta sólo agregar en relación con los efectos de la derogatoria del inciso 1º del artículo 12 tantas veces citado, que en opinión de la Sala no tie-

ne incidencia alguna sobre el caso de autos, por la sencilla razón de que ninguna de las providencias que pusieron fin a los dos juicios de que se ha hablado, propuestos por el Convento de la Comunidad Dominicana en relación con el inmueble del Atrio, fue dictada bajo la vigencia del artículo 7º de la Ley 51 de 1943 que ordenó tal derogatoria para atribuir efectos erga omnes a las sentencias sobre declaración de prescripción.

En verdad, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 51 citada, ésta entró a regir el 8 de junio de 1944, y la última providencia del Tribunal, confirmatoria de la dictada por el Juez 5º Civil del Circuito, en que se declaró probada la excepción dilatoria de cosa juzgada, lleva la fecha de 24 de mayo de aquel año. No podría, por tanto reconocérsele a dicha última providencia, que por otra parte no es de aquellas a que se refiere el artículo 473 del C. Judicial, efectos absolutos, porque ello equivaldría a darle carácter retroactivo a la Ley 51 de que se trata.

Para terminar, no sobra hacer presente que ni la Nación ni el Municipio intentaron siquiera demostrar su derecho de dominio sobre el inmueble materia de este juicio.

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, FALLA:

1º—Es de la propiedad del Convento de la Comunidad Dominicana u Orden de Predicadores de Santo Domingo de Guzmán, denominado de Nuestra Señora del Rosario, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria de treinta años, el lote de terreno situado en el área urbana de esta ciudad, en la manzana comprendida entre las calles 12 y 13 y las carreras 7ª y 8ª de esta ciudad, alinderado así: “Por el oriente, desde el ángulo formado por el paramento de la carrera séptima con pared del local que fue de Gaspar Bodmer, hoy del Gobierno Nacional, sigue hacia el sur en línea recta de catorce metros con setenta y cinco centímetros (mts. 14,75) por el paramento de la carrera séptima de Bogotá hasta dar con la pared medianera de la casa de Dolores Medina Ricaurte, casa que fue de propiedad de la Comunidad, y que hoy está marcada dicha casa con el Nº 12- de la carrera 7ª; de este punto vuelve por esta pared medianera hacia el occidente en línea recta para formar el lindero sur, en una extensión de doce metros treinta centímetros (mts. 12,30) hasta dar a la fachada de la Iglesia o Templo de San-

to Domingo de propiedad de la entidad demandante; de este punto para formar el lindero occidental toma en línea recta hacia el norte en una extensión de catorce metros sesenta y cinco centímetros (mts. 14,65) por toda la fachada del Templo mencionado hasta dar a la pared medianera con edificio, hoy del Gobierno Nacional; y de este punto, para formar el lindero norte vuelve en línea recta hacia el Oriente en una extensión de once metros veinte centímetros (mts. 11,20) por toda la pared dicha hasta dar al punto de partida del primer lindero.”

2°—No está probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el Procurador Delegado en lo Civil.

3°—Queda en estos términos revocada la sentencia proferida por el Tribunal Superior de este

Distrito Judicial, con fecha 8 de Noviembre de 1946.

4°—Dése cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 120 de 1928.

Sin costas.

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

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada.

Luis Rafael Robles, con salvamento de voto.—Manuel Vicente Jiménez, Conjuez.—Jorge García Merlano, Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. LUIS RAFAEL ROBLÉS

Se reconoce en la anterior sentencia que la Comunidad Dominicana había pretendido antes, en dos pleitos que le fueron fallados desfavorablemente, la misma declaración sobre prescripción adquisitiva de dominio que se solicita en el actual, en relación con el Atrio del demolido Templo de Santo Domingo. Pero se agrega que como aquellos dos pleitos no se siguieron contra persona o personas determinadas, mientras que el de ahora se adelanta concretamente contra la Nación y el Municipio de Bogotá, falta en este caso uno de los requisitos de la cosa juzgada, cual es la identidad jurídica de los litigantes. "Tal entidad —dice la sentencia— sólo existe respecto del Convento de la Comunidad Dominicana, actor en esos juicios, mas no en relación con la parte demandada, que no ha sido una misma en las diferentes demandas de que se trata."

Ninguna dificultad vería yo en prohiar estos razonamientos si no encontrara que el primer juicio seguido por la Comunidad Dominicana lo fue por el procedimiento especial previsto en los artículos 6º y siguientes de la ley 120 de 1928, por no existir presuntos interesados contra los cuales pudieran alegarse la prescripción, según se dijo en la demanda con que fue iniciado.

Pero si en tal juicio se emplazó a todos los que se creyeran con algún derecho en el inmueble, ¿qué efectos debía producir ese emplazamiento en relación con el fallo que más tarde hubo de dictarse?

Hé aquí el tenor del artículo 12 de la expresada ley 120 de 1928, cuyo inciso 1º estaba todavía vigente entonces:

"Artículo 12.—La sentencia que se pronuncie en el juicio sobre prescripción adquisitiva de dominio, no funda la excepción de cosa juzgada sino contra las personas que intervinieron como parte en el juicio.

"Parágrafo. Se entenderá que la Nación, los Departamentos y los Municipios han sido parte en

el juicio en virtud de oposición hecha por legítimos representantes de las respectivas entidades, con arreglo a la ley, o en virtud de demanda formalmente dirigida contra cualquiera de las mismas."

¿Qué se quiso con esta disposición?

En mi concepto, no puede perderse de vista que cuando se adopta el procedimiento especial de pertenencia, el demandante se obliga en cierta forma a probar contra todo el mundo, contra todo el que se cree con algún derecho al inmueble. Y es allí, en la real posibilidad de probar dentro del juicio, donde veo yo la verdadera razón del inciso 1º del artículo 12, cuando estableció que el fallo sobre prescripción adquisitiva "no funda la excepción de cosa juzgada sino **contra las personas que intervinieron como parte en el juicio.**"

Lo que se quiso en este caso, en mi opinión, fue que el fallo no perjudicara o no pudiera alegarse como cosa juzgada **contra** quien no había concurrido al juicio, no obstante los emplazamientos; pero respecto de las personas presentes en él, y concretamente del demandante, tal fallo sí había de fundar la excepción de cosa juzgada.

Naturalmente que hoy, después de derogado el inciso 1º del artículo 12, la sentencia de que se viene hablando produce efectos *erga omnes*, o sea en favor y en contra de todos los citados o emplazados al juicio, quizá con la única excepción de las entidades de derecho público, a las cuales podría aplicarse el criterio antes expuesto, por haberse dejado vigente el Parágrafo de dicho artículo; mas en todo caso, con la distinción que en mi concepto ha debido hacerse sobre el alcance de aquel inciso, sigo pensando que en este asunto ha debido declararse probada la excepción perentoria de cosa juzgada.

Con todo, debo reconocer que son muy respetables las razones sustentadas por la mayoría de la Sala.

Luis Rafael Robles

SE DECLARA EJECUTORIADA UNA SENTENCIA, POR ABANDONO DEL JUICIO POR PARTE DEL RECORRENTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Por apelación de la sentencia de fecha 30 de junio de 1948, interpuesta por el actor, llegó a esta Sala de la Corte el juicio ordinario que Pablo Martínez y otros promovieron contra la Nación, originado en las oposiciones formuladas por los demandantes, a la propuesta de contrato hecha por el Instituto de Fomento Industrial para explorar y explotar el hierro que pudiera encontrarse en un globo de terreno situado en la hoya del río Chicamocha, en los municipios de Sátiva Norte, Sativasur, y probablemente en el de Paz de Río.

Concedido el recurso de alzada, por auto de 28 de julio del mismo año de 1948 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, fue remitido el expediente a esta Superioridad, en donde fue repartido al suscrito Magistrado, el 10 de febrero de 1949.

Aquí se le dió la tramitación propia de la instancia. Con posterioridad al auto de apertura a pruebas del negocio, tanto el apoderado de los demandantes, como el señor Procurador Delegado en lo Civil, pidieron de consuno, en escrito de 26 de abril de 1951, se suspendieran los términos del juicio de la referencia, hasta el 1º de agosto del mismo año.

Una nueva solicitud sobre suspensión de términos fue presentada por los representantes de las partes, el 2 de agosto del año 1951.

Por auto de 9 de agosto fue aceptada ésta, y se

prorrogó la mencionada suspensión hasta el 1º de febrero del año próximo pasado.

Ahora bien: El representante de la entidad demandada, en memorial que lleva fecha 23 de febrero del año en curso, manifiesta que: "...Habiendo, pues, transcurrido más de un año sin que el actor haya hecho petición alguna por escrito en el juicio" a cuya virtud es entendido que hubo abandono del pleito por parte del demandante", y solicita de la Sala, que se declare ejecutoriada la providencia materia del recurso.

La Sala Considera:

Efectivamente; de acuerdo con el anterior informe secretarial, y como lo manifiesta el señor Agente del Ministerio Público, ninguna gestión por escrito ha sido hecha por el actor, en un período de tiempo superior a un año, lo que de acuerdo con el artículo 364 del Código de Procedimiento Civil es índice de abandono del juicio, el que en concordancia con el 365 de la misma obra, dá base para declarar ejecutoriada la providencia materia del recurso.

En vista de las anteriores consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara EJECUTORIADA la sentencia de 30 de junio de 1948, dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el presente juicio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR.— REQUISITOS PARA QUE PUEDA IMPONERSE LA SANCION POR CADUCIDAD, REGULADA POR LOS ARTICULOS 364 Y 365 DEL CODIGO JUDICIAL

Al tratar de aplicar la sanción prevista en los artículos 364 y 365 del C. J., es preciso tener en cuenta no sólo la fecha misma de la notificación de la última providencia que se haya dictado en el juicio, sino también el alcance y sentido de tal providencia, a efecto de saber si en su virtud la actuación procesal posterior a aquella fecha estuvo o no pendiente de gestión que le correspondiera al demandante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril catorce de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente Dr. Luis A. Flórez).

El doctor Luis Eduardo Gacharná, apoderado de la parte demandante, interpuso oportunamente el recurso de reposición contra la providencia de 25 de febrero del año en curso, en virtud de la cual esta Sala, a solicitud del señor Procurador Delegado en lo Civil, y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 364 y 365 del Código Judicial, declaró ejecutoriado el fallo de primer grado, de fecha 30 de junio de 1948, dictado en este negocio por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Al sustentar el recurso se expresa así el doctor Gacharná:

“No hay modo de contar el año de la preclusión, porque tratándose de sanciones no puede ampliarse la ley admitiendo analogías; y como el año no puede contarse desde ‘la notificación del último auto’, para emplear la expresión del artículo 364, inciso 2º del C. J., puesto que ese auto suspende términos, y después no hubo auto alguno, como es evidente, carece de base la providencia que ha decretado la ejecutoria de la sentencia apelada.”

De la solicitud de reposición se dió traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien se opone a la revocatoria de la providencia reclamada, alegando razones que en el fondo coinciden con las que enseguida expone la Sala como fundamento de la presente decisión.

En sentir de la Sala, el recurrente pierde de vista que al tratar de aplicar la sanción prevista en los precitados artículos 364 y 365 del C. J., es preciso tener en cuenta no sólo la fecha misma de la notificación de la última providencia que se haya dictado en el juicio, sino también el alcance y sentido de tal providencia, a efecto de saber si en su virtud la actuación procesal posterior a aquella fecha estuvo o no pendiente de gestión que le correspondiera al demandante. Partiendo de esta base se vé que en el presente caso, el último auto es el de fecha 9 de agosto de 1951, que prorrogó la suspensión del juicio hasta el primero de febrero de 1952, lapso este durante el cual a ninguna gestión estaba obligado el actor, dada la naturaleza misma de esa providencia. Pero una vez vencido el término de la suspensión del juicio, automáticamente quedó gravitando sobre el demandante la obligación de provocar la reanudación de la actividad procesal, mediante las gestiones pertinentes, si quería ponerse a cubierto de la sanción que por su inactividad podía aplicársele a solicitud de la contraparte.

Ahora bien: partiendo de la fecha de la notificación del auto sobre suspensión del juicio, que fue el último dictado en este negocio, y descontando el lapso de esa suspensión, que se extendió hasta el primero de febrero de 1952, las constancias procesales muestran que transcurrió más de un año sin que el actor hubiera hecho gestión alguna que interrumpiera el término de la preclusión. Luego era ineludible aplicar la sanción que para el caso tiene prevista la ley procesal, en vista de la solicitud que sobre el particular formuló la contraparte.

Por todo lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, **NO REVOCA** su providencia de 25 de febrero del año en curso, dictada en el presente asunto.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNA MINA DE METALES PRECIOSOS SITUADA EN EL LECHO DE UN RIO NAVEGABLE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente Dr. Luis A. Flórez)

En virtud de apelación interpuesta y concedida al Fiscal 3º adjunto al Tribunal Superior de Medellín, conoce esta Sala de Negocios Generales de la Corte de las siguientes declaraciones hechas por esa Corporación, en fallo de 19 de diciembre de 1951, dentro del ordinario de la PATO CONSOLIDATED GOLD DREDGING LTD. Y OTROS contra la Nación.

“1º—Se declara no probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el señor Fiscal de este Tribunal al contestar el libelo de demanda formulada por el doctor Fernando Isaza como apoderado de la **Pato Consolidated Gold Dredging Limited**, sociedad con domicilio en Vancouver, Provincia de la Columbia Británica, del Dominio del Canadá, y debidamente radicada en Colombia.

“2º—La **Pato Consolidated Gold Dredging Limited** es dueña y poseedora regular de la mina de oro en aluvión denominada **Porce y Nechí**, especificada en el hecho séptimo de la demanda.

“3º—Los metales preciosos existentes en las zonas solicitadas en concesión por el señor Mauricio Restrepo R., en la parte en que dichas zonas se superponen sobre la mina **Porce y Nechí**, especificada en el hecho séptimo de la demanda, no pertenecen a la reserva minera de la Nación y, por tanto, no pueden ser otorgadas en concesión.

“4º—Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Ministerio de Fomento debe excluir, al celebrar el contrato propuesto por el señor Mauricio Restrepo R., la parte de la zona pedida en concesión que se superpone al perímetro de la mina denominada **Porce y Nechí**, perteneciente a la **Pato Consolidated Gold Dredging Limited**.”

Antecedentes del Juicio:

Mauricio Restrepo R., mediante apoderado, presentó en noviembre de 1945 una propuesta de contrato de exploración y explotación de metales preciosos en el lecho y márgenes derechos de los ríos Porce, y Porce y Nechí reunidos, en una zona ubicada en jurisdicción de los municipios de Anorí y Zaragoza del Departamento de Antioquia, individualizada como pasa a indicarse, y con invocación de la ley 13 de 1937:

“...Una extensión de OCHO MIL NOVECIENTOS METROS medidos por la margen izquierda de los ríos antes mencionados a todo lo largo del trayecto de los mismos que sirve de eje a la concesión solicitada, la cual se determina así: de la desembocadura de la quebrada PLAYA EVARISTA en los ríos PORCE y NECHI reunidos, en su orilla derecha (Punto A-I de la triangulación), y de aquí, incluyendo solamente todo el cauce de dichos ríos reunidos, es decir sin abarcar en este trayecto ninguna parte de las riberas, hasta la desembocadura de la quebrada LAS ANIMAS; y en la margen derecha de los mismos ríos, en el punto A-3 de la triangulación, a una distancia de unos mil doscientos metros arriba del punto de partida; de ahí, o sea de la desembocadura de la quebrada LAS ANIMAS en los ríos PORCE Y NECHI reunidos, aguas arriba y pasando por el punto DOS BOCAS, confluencia del PORCE CON EL NECHI, se sigue por el río Porce, arriba, hasta la desembocadura de la quebrada CANA, en el punto A-15 de la triangulación, sobre la banda derecha de dicho río y donde la medida dé los ocho mil novecientos metros de la longitud de la concesión, incluyendo el cauce del río PORCE, pero sin tocar para nada la banda derecha del expresado río. Además del lecho o cauces aludidos, la solicitud comprende una extensión de un kilómetro, hacia el ORIENTE, en la ribera derecha de ambos ríos, y que está medida solamente desde la desembocadura de la quebrada CANA en el río PORCE. La medida de los mil metros sigue la curva o curvas de la quebrada CANA con el fin de respetar completamente los linderos de

las minas que forman el grupo de la **Sociedad Minera de Guayabal y Guayabalito**, cuyos territorios colindan con esta solicitud en la boca de esta quebrada. El kilómetro de zona que solicito, está siempre localizado en una dirección de OCCIDENTE al ORIENTE, como lo indica el CROQUIS y sobre la banda derecha de dichos ríos, excluyéndose en cuanto a este kilómetro de concesión de la zona riberrana derecha, los territorios mineros comprendidos entre la quebrada PLAYA EVARISTA y la de LAS ANIMAS, localizadas en el CROQUIS, tal como antes se dijo."

Admitida la propuesta y cumplido el trámite administrativo de rigor, fue presentada, en tiempo oportuno, entre otras proposiciones, la formulada por el señor Pedro Tóffoli, representado por su mandatario especial doctor Pedro Serna Bote-ro, oposición que se dijo fundamentar en dos motivos: "1º Ser dueño o propietario, y poseedor inscrito de todo o gran parte del mineral que se pretende en concesión; 2º No hallarse ese mineral en el lecho del río o ríos navegables conforme a lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 5º de la ley 13 de 1937."

Una vez que el Ministerio de Minas y Petróleos hubo de declarar infundada la oposición en referencia, basada en el hecho de la no navegabilidad de los ríos Porce y éste, y el Nechí reunidos en el trayecto correspondiente a la zona solicitada en concesión, por ser de su exclusiva incumbencia conforme a lo preceptuado por el Decreto 805 de 1947, dispuso remitir el expediente respectivo al Tribunal Superior de Medellín, para efectos de la decisión de las oposiciones con base en la propiedad privada de esos minerales.

Ante aquella Corporación, formalizada fue oportunamente la oposición en referencia, por el doctor Fernando Isaza como mandatario judicial de la **Pato Consolidated Gold Dredging Limited**, subrogataria del señor Pedro Tóffoli, mediante libelo presentado el 15 de junio de 1950, en el que señalando como demandado al Estado Colombiano, se impetran las siguientes declaraciones por los trámites del juicio ordinario:

"1º—Que **Pato Consolidated Gold Dredging Limited** es dueña y poseedora regular de la mina de oro en aluvión denominada PORCE Y NECHI, especificada en el hecho 7º de esta demanda.

"2º—Que los metales preciosos existentes en las zonas solicitadas en concesión por el señor Mauricio Restrepo R., en la parte en que dichas zonas se superponen sobre la mina Porce y Nechí, especificada en el hecho 7º de esta demanda, no per-

tenecen a la reserva minera del Estado, y por tanto, no pueden ser otorgados en concesión.

"En subsidio de las peticiones anteriores os pido sea hecha la siguiente: Que la mina Porce y Nechí, especificada en el hecho 7º de esta demanda, fue legalmente adjudicada a particulares que han conservado el dominio y la posesión regular e inscrita de dicha mina; por tanto, ella no pertenece a la reserva minera del Estado y, en consecuencia, no puede ser otorgada en concesión.

"3º—Que como consecuencia de cualquiera de las anteriores declaraciones, el Ministerio de Minas y Petróleos debe suspender los trámites de la propuesta de contrato presentada por el señor Mauricio Restrepo R., y archivar el expediente.

"En subsidio de la anterior, os pido sea hecha la siguiente declaración: Que del contrato que el Estado celebre con el proponente debe excluirse la parte de las zonas solicitadas en concesión que se superpone sobre la extensión comprendida dentro de los linderos de la mina Porce y Nechí, especificada en el hecho 7º de esta demanda."

Como razones de derecho se invocaron los artículos 10º del Acto Legislativo Nº 1º de 1936; 2º 4º y 127 del Código de Minas; 45 de la ley 292 de 1875; 1º y 4º de la ley 85 de 1945, y 28 del Decreto 805 de 1947.

Como ya hubo de indicarse, el Tribunal una vez cubiertas todas las etapas del juicio ordinario, desató el litigio suscitado entre la **Pato Consolidated Gold Dredging Limited** y la Nación, en la forma y términos de que dá cuenta la parte resolutive preinserta de la mencionada sentencia, y de que conoce la Sala, se repite, en virtud de la apelación interpuesta por el respectivo Agente del Ministerio Público.

En esta instancia, el juicio ha recibido la tramitación que le es propia, y a decidir el recurso se procede, con vista de los alegatos presentados por las partes, esto es, la demandante representada por su apoderado, doctor Alvaro Camargo Patiño, y la Nación, por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Este funcionario manifiesta su conformidad con lo decidido por el a quo, por apreciar las declaraciones hechas, materia y objeto del recurso, ajustadas a la ley, solicitando simplemente que se suprima en la declaración 2ª la expresión 'poseedora regular', por ser antitécnica, tratándose de una mina redimida, exenta por lo mismo del pago del impuesto de estaca; y de cambiar la alusión que se hace en la 4ª al Ministerio de Fomento, por el

Ministerio del Ramo, por hallarse hoy restablecido el Ministerio de Minas y Petróleos.

La Sala acoge en un todo el parecer del señor Procurador, por estimar jurídicas las declaraciones hechas en favor de la **Pato Consolidated Gold Dredging Limited**, en relación con la mina denominada Porce y Nechí, especificada en el hecho 7º de la demanda, por cuanto las pruebas aportadas sobre el particular, demuestran, como se expresó en el fallo y lo acepta la Procuraduría, que tal mina fue titulada el 16 de febrero de 1884, bajo el número 31, y redimida a perpetuidad de acuerdo con la facultad concedida por el artículo 45 de la ley 292 de 1875, mediante el pago correspondiente efectuado el 15 de octubre de 1885; y, por último, que la zona solicitada en concesión por el señor Mauricio Restrepo R. se superpone en áreas más o menos considerables a la de la mina en referencia, según lo constatado en la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal en esas zonas y lo expuesto al respecto, en forma acorde, por los peritos que intervinieron en ella (fs. 64v a 68 C N° 3). Y a esta conclusión se llega por cuanto el actual propietario de la mina Porce y Nechí, quien guarda identidad jurídica con el adjudicatario de 1884, Ricardo Restrepo, exhibe títulos de dominio sobre dicha mina desde antes de que la Nación constituyera en reserva minera los metales preciosos existentes en los cauces de los ríos (Decreto 1.112 de 1905), y, antes de que tal reserva, por virtud de la ley 13 de 1937,

se extendiera a ciertas zonas de las riberas de los ríos navegables, “presentándose así clarísimo el caso —como acertadamente lo anota la Procuraduría— de los derechos adquiridos que ampara el artículo 30 de la Carta y que de modo especial tutela el artículo 1º de la mencionada ley 13 de 1937, sobre reserva de la propiedad de las minas de aluvi6n ubicadas en las riberas de los ríos navegables y en sus lechos, al expresar en el inciso 2º: “es entendido que esta disposici6n deja a salvo los derechos adquiridos conforme a las leyes”.

Y sin necesidad de más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de fecha 19 de diciembre de 1951, pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, en cuanto dice relaci6n a la demanda de la Pato Consolidated Gold Dredging Limited, con la sola reforma de suprimir en la declaraci6n 2ª de la parte resolutive de dicha sentencia la expresi6n “y poseedora regular” y de cambiar por el Ministerio del Ramo, la referencia que en la 4ª se hace al “Ministerio de Fomento”.

C6piese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Fl6rez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

NO ESTA IMPEDIDO PARA CONOCER DE UN NEGOCIO EL JUEZ O MAGISTRADO QUE HA DECIDIDO OTRO SEMEJANTE, AUNQUE EN AMBOS HAYA UN MISMO INTERESADO

La Sala estima que el impedimento no existe, pues aunque no resulte plausible que del asunto conozca un magistrado cuyo pensamiento, al menos para el recurso de súplica interpuesto, ya conoce un presunto interesado, no se va a revisar la providencia dictada por él mismo, ya que su tesis se ha hecho pública en un negocio distinto. El código dice que el juez o magistrado está impedido es para conocer de un negocio en que se ha dictado "la providencia de cuya revisión se trate" (ord. 6º del artículo 435 del C. J.). De aceptar la tesis del señor Magistrado, habría que concluir que, conocida una opinión de derecho que un funcionario ha sostenido en un negocio, no podría intervenir en otro en que se discutiera materia igual o semejante.

La misma naturaleza de las cosas indica que algunas veces habrá que interpretar extensivamente algunas causales de impedimento, pero no hasta llegar a la analogía, esto es, no simplemente ampliando el significado de los textos legales, sino aplicando esos textos a casos no previstos siquiera implícitamente en ellos, porque el establecer esas causales le corresponde al legislador y no a los jueces.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez de abril de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente, Dr. Agustín Gómez Prada)

El Magistrado Luis Rafael Robles se declara impedido para conocer del recurso de súplica interpuesto por el doctor Diego Llinás Pimienta contra el auto dictado por el Magistrado doctor Luis A. Flórez, con fecha diez y ocho de febrero pasado, por el cual se resolvió no darle curso a la demanda.

"La razón de este impedimento consiste —dice— en que el suscrito dictó, con fecha diez y siete del mismo mes de febrero, en otro juicio sobre pe-

tróleos, iniciado también por el doctor Llinás Pimienta, como agente oficioso del Municipio de Repelón, un auto en que se sostiene la misma tesis del que debe revisarse en este asunto, y en el cual se llegó a la misma resolución de no darle curso a la demanda".

"Considero que dada la modalidad de este caso —concluye— el impedimento que manifiesto se halla comprendido dentro del numeral 6º del artículo 435 del Código Judicial, aplicado con cierta amplitud".

Como ya se corrió traslado al interesado, que guardó silencio, debe resolverse lo que se estime legal, por los magistrados restantes de la Sala (artículo 438 y 442 del C. J.).

La Sala estima que el impedimento no existe, pues aunque no resulte plausible que del asunto conozca un magistrado cuyo pensamiento, al menos para el recurso de súplica interpuesto, ya conoce un presunto interesado, no se va a revisar la providencia dictada por él mismo, ya que su tesis se ha hecho pública en un negocio distinto. El código dice que el juez o magistrado está impedido es para conocer de un negocio en que se ha dictado "la providencia de cuya revisión se trata la tesis del señor Magistrado, habría que concluir que, conocida una opinión de derecho que te" (ord. 6º del artículo 435 del C. J.). De aceptar un funcionario ha sostenido en un negocio, no podría intervenir en otro en que se discutiera materia igual o semejante.

La misma naturaleza de las cosas indica que algunas veces habrá de interpretar extensivamente algunas causales de impedimento, pero no hasta llegar a la analogía, esto es, no simplemente ampliando el significado de los textos legales, sino aplicando esos textos a casos no previstos siquiera implícitamente en ellos, porque el establecer esas causales le corresponde al legislador y no a los jueces.

La Comisión redactora del Código Judicial, al explicar el capítulo de los impedimentos y recusaciones, expresó lo siguiente:

"Hemos procurado no extender demasiado las causas de impedimento limitándolas a aquellas

circunstancias que notoriamente lo constituyen, teniendo presente para ello lo establecido en la legislación nacional y en varias de las extranjeras.

“Fuera de esas causas, pueden ocurrir circunstancias que justamente hagan presumir falta de imparcialidad en el juzgador, pero es preferible una enumeración taxativa a dejar abierto el campo a la arbitrariedad y a la malicia. La ley debe presumir que los llamados a ejercer funciones judiciales son personas de acendrada virtud, cuyas condiciones morales y la educación que han recibido las hace aptas para el elevado ministerio que se les confía.” (Subraya la Sala.)

La Corte ha admitido como causal de impedimento el haber expresado concepto u opinión sobre el asunto materia del proceso. Pero es porque en el ordinal 6° se consagra como causal el haber favorecido a las partes o el haber sido agente del ministerio público, y en el 16°, el controvertirse la misma cuestión jurídica. Pero ha de tomarse atenta nota de que ha de tratarse de la providencia misma que se va a revisar, o del negocio o pleito mismo que es materia del litigio y, en el último, que se presta a interpretación un poco más alta, se requiere, no sólo que se debata “la misma cuestión jurídica”, sino que el juez tenga “pleito pendiente” en que se controvierte la dicha cuestión.

Desde luego debe reconocer la Sala que una elemental delicadeza ha llevado al señor Magistrado a manifestar como impedimento el hecho de haber dictado una providencia en que ha sostenido determinada tesis, y ello en tratándose del mismo demandante, en el mismo tiempo, con demandas

casi iguales y en que se ha de resolver, para el recurso de súplica, un problema que acaba de decidir como Magistrado ponente. Pero su delicadeza queda a salvo de toda suspicacia con la resolución de la Sala, que lo obliga, y con las razones de la Comisión del Código Judicial, antes transcritas y que la Sala prohija.

Para terminar se explican dos puntos que deben aclararse: el uno, que aunque la persona a quien interesaba la separación del Magistrado guardó silencio al poner en su conocimiento la causal de impedimento, no por ello debe separarse al funcionario, porque si la causal de impedimento no existe, no puede haber allanamiento de ella, así como, en otro sentido, no se puede revalidar una actuación que no es nula; y el otro, que el señor Magistrado Luis A. Flórez, que ha manifestado igual causal de impedimento en otro negocio, por el mismo motivo de que aquí se trata, no está impedido para conocer de este incidente, en virtud del precepto expreso del artículo 443 del Código Judicial, que dice que no están impedidos ni son recusables en el incidente (de recusación o impedimento), los funcionarios a quienes corresponde su conocimiento.

Por lo expuesto, se declara inadmisibile la causal de impedimento manifestada por el Magistrado doctor Luis Rafael Robles.

Notifíquese.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez, con salvamento de voto.—Agustín Gómez Prada—Jorge García Merlano, Secretario.

**NO SE ACCEDE A REPONER EL AUTO
CONSAGRADA EN EL ORDINAL S
CODIGO**

Quando el ordinal 6º del artículo 435 del Código Judicial dice que es causal de impedimento o recusación el "haber dictado la providencia de cuya revisión se trate", la palabra "providencia" hay que tomarla en su sentido natural y obvio, que es el que el mismo Código Judicial indica en el título en que define cuáles son las providencias o resoluciones judiciales, para decir que se dividen en autos y sentencias y que los primeros pueden ser interlocutorios o de sustanciación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta de abril de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente, Dr. Agustín Gómez Prada)

El doctor Diego Llinás Pimiento pide "reconsideración" de la providencia de diez de abril último, por medio de la cual se declara inadmisibles la causal de impedimento manifestada por el Magistrado doctor Luis Rafael Robles.

Antes de entrar al fondo del asunto debe advertirse que, no habiendo todavía auto de admisión de la demanda, no hay a quién correrle el traslado de dos días que para la reposición ordena el artículo 488 del código judicial y, por tanto, debe resolverse lo pertinente de plano.

Se alega, en resumen, que los impedimentos deben tomarse en sentido amplio y no en sentido restringido y, así, se dice que cuando el ordinal 6º del artículo 435 del código judicial "habla de providencia, no se está refiriendo a la forma, al aspecto material del trabajo jurídico realizado, sino precisamente al contenido de la misma, a la determinada y fija posición que la razón y el criterio han adoptado frente al problema global a que la providencia alude. Se ha expresado un juicio, ha habido ya un acto cognoscitivo de elaboración jurídica y ese criterio, ese acto de la razón consciente, tiene que reproducirse cada vez que se enfrenta la mente a los mismos postulados o principios."

**ANTERIOR. — ALCANCE DE LA CAUSAL
EXTO DEL ARTICULO 435 DEL
JUDICIAL**

Prosigue su argumentación el recurrente explicando cómo, en el caso sub iudice, el magistrado que se consideró impedido, había firmado una providencia, en un negocio distinto, pero "del mismo alcance jurídico y casi idénticos términos, hasta el punto de que lo que se decida, en recurso, sobre una, incide fatalmente sobre la otra."

Y termina pidiendo a la Sala que explique el alcance del artículo 511 del código judicial.

Se considera:

Insiste la Sala en su pensamiento de que los impedimentos y recusaciones deben estimarse con criterio restringido y no analógico, aunque admita que en algunas ocasiones pueda llegarse a cierta amplitud. Y en ello sigue las reglas de hermenéutica, que ordenan consultar el sentido natural y obvio de las palabras y el pensamiento del legislador.

La misma ley ordena atender el sentido de la ley, cuando sea claro, de tal suerte que ha de tomarse su tenor literal sin acudir a interpretaciones diferentes so pretexto de consultar su espíritu. Es más, ordena entender las palabras de la ley en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, salvo que las expresiones sean oscuras o que su significado no aparezca tan claro si se compara con el contexto de la ley o con otras disposiciones (artículos 27 y ss. del C. C.).

Así, pues, cuando el ordinal 6º del artículo 435 del código judicial dice que es causal de impedimento o recausación el "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata", la palabra "providencia" hay que tomarla en su sentido natural y obvio, que es el que el mismo código judicial indica en el título en que se define cuáles son las providencias o resoluciones judiciales, para decir que se dividen en autos y sentencias y que los primeros pueden ser interlocutorios o de sustanciación.

Ahora, yendo a la intención del legislador, se encuentra que ésta no es otra que la de la Comisión Revisora del código, ya que no expresó su pensamiento en otra forma y acogió los preceptos que le presentó en proyecto, y ésta, en forma por

demás clara y expresa manifestó que hacía una "enumeración taxativa" de las causales de impedimento o recusación, aunque pudieran invocarse circunstancias que justamente pudieran hacer presumir falta de imparcialidad en los jueces, precisamente para no "dejar abierto el campo a la arbitrariedad y a la malicia", porque la buena fe y la pulcritud debe ser una presunción que abrigue a los jueces de toda sospecha de parcialidad.

En cuanto a la circunstancia de que la Corte es "la creadora de la jurisprudencia y la natural orientadora de los tribunales" y que el criterio empleado puede producir "una serie de conflictos", piensa la Sala que lo grave sería sentar como doctrina la de que las causales de impedimento o recusación pueden tomarse analógicamente, de tal suerte que las no previstas puedan darse por establecidas únicamente por similitud. En el caso concreto, que cuando un juez o magistrado haya expresado su opinión sobre un punto concreto, de hecho y de derecho, pueda declararse impedido o pueda ser recusado en un caso parecido, por más semejanzas que guarden las ocurrencias que se contemplen.

Respecto del artículo 511 del código judicial, no entiende la Sala cuáles son las explicaciones que el señor recurrente solicita, cuando expresa que "si la ley quiere y ordena que de la súplica conozca el resto de los magistrados de la Sala, es porque está diciendo que ese recurso no es de reposición, sino de apelación."

La claridad del texto surge nítida de la exposición de motivos de la Comisión Revisora del código, cuando expresa:

"Es el único recurso que se da contra los autos interlocutorios que dicte un magistrado en cali-

dad de ponente, esto es, cuando no proceda como juez ad quem, lo que quiere decir que respecto de estas providencias, en vez de pedirse que sean reformadas o revocadas por su mismo autor, se dirige la solicitud a los magistrados restantes de la Sala de Decisión, para que sean ellos los que la reconsideren, que es el medio más adecuado para que se enmiende el agravio o error, si lo ha habido. No hay otra diferencia que ésta entre el recurso de que se trata y el de reposición.

"Es antijurídico decir, como dice la ley vigente, que tales autos son apelables para ante el resto de la Sala, porque la apelación supone un segundo grado de jurisdicción, el que no se concibe dentro de un mismo cuerpo y con relación a un mismo asunto".

La circunstancia de que un magistrado tenga que conocer de un impedimento o recusación existiendo en él la misma causal, está prevista en el código, para evitar que los trámites se compliquen en forma casi insoluble, sobre la base de la presunción de honradez que debe suponerse en los funcionarios, y por eso estatuyó en forma expresa que "no están impedidos ni son recusables en el incidente los funcionarios a quienes corresponda su conocimiento."

Por lo expuesto, se mantiene la providencia recurrida de que se ha venido hablando.

Notifíquese,

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez, con salvamento de voto.—Agustín Gómez Prada—Jorge García Merlano, Secretario.



I N D I C E

	Págs.		Págs.
SALA DE CASACION CIVIL			
Prescripción del comunero.—Unión de posesiones. — Cuándo tiene lugar.—Causal segunda de casación. — No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio que Apolinar Gutiérrez Mejía y otros siguieron con citación del Personero Municipal de Bugalagrande y de los comuneros del indiviso de "El Ove-ro", ubicado en jurisdicción de dicha ciudad, para que se declare que han adquirido por prescripción adquisitiva algunos lotes de terreno que hacen parte del mencionado indiviso. — Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña	563	Goldschmidt.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez	578
Acción de filiación natural.—La incongruencia como causal de casación.—En el juicio ordinario que, sobre el objeto expresado, siguió Ovidio Mercado o Lourido contra Bernardo Botero Restrepo y otros, como herederos de Mario Botero Restrepo, la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, y en su lugar confirma la que profirió el Juez 3º Civil del Circuito de la misma ciudad, que absolvió a los demandados de los cargos formulados en la demanda. Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña..	571	Salvamento de voto del Magistrado doctor Rodríguez Peña	619
Acción de filiación natural. — Validez de las pruebas que consagra el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, aunque los hechos pertinentes hayan tenido ocurrencia antes de la vigencia de esta ley.—La Corte no casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Popayán revocó la de primera instancia y absolvió al demandado de los cargos de la demanda, en el juicio ordinario que Roberto Mera Lehmann siguió contra Federico Carlos Lehmann Mosquera, para que se declarara que el demandante es hijo natural del finado Federico Roberto Lehmann		Salvamento de voto de los Magistrados doctores Pablo Emilio Manotas y Rafael Ruiz Manrique	627
		Acción de petición de herencia.—Testamento cerrado.—Las cuestiones dudosas descartan la causal primera de casación. — No se infirma la sentencia que el Tribunal Superior de Bucaramanga profirió en el juicio ordinario de Teodolinda Motta de Tarazona y otra contra Buenaventura Tarazona de Granados y otras.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo.....	628
		Acción de pago de unos honorarios profesionales.—Acumulación subjetiva de acciones. Libertad del juzgador de instancia en la apreciación de un peritazgo. — En el juicio ordinario que, sobre el objeto expresado, siguieron el doctor Manuel Rengifo Illera y otros contra Alfredo J. Ríos, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, favorable a los demandantes—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía	637
		Acción de filiación natural—La sentencia que se profiere en esta clase de juicios, lo mismo que el reconocimiento voluntario, es declarativa del estado civil y no constitutiva de éste. — La ley 45 de 1936 es aplicable a los hijos nacidos antes de su vigencia.—En materia probatoria de estado civil, la ley vigente en el momento del juicio es aplicable en cuanto consagra nuevos medios de prueba—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Barranquilla profirió en	

Págs.

Págs.

el juicio ordinario seguido por Carlos Alberto Criales contra Leonidas (o Leonilde) Criales v. de Viloría.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez..... 641

Acción ordinaria de nulidad de un juicio ejecutivo y de un remate.—La nulidad de un proceso judicial fenecido no puede ventilarse y decidirse sino con aplicación de las disposiciones vigentes al momento en que se realizó.—No casa la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Ibagué declaró prescrita la acción incoada en el juicio ordinario que Pablo Arteaga y otros, como herederos de Vicente Arteaga, siguieron contra Isaías Guzmán.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 666

El contrato de promesa de contrato es solemne y, en consecuencia, sólo puede probarse por medio del documento en que se haya hecho constar.—En el juicio ordinario que, sobre nulidad de un contrato de promesa de otro de permuta, siguió Juan de J. Betancourt contra Dolores Vinasco, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, y que absolvió a la demandada de los cargos formulados contra ella en la demanda, revocando la de primera instancia del Juzgado del Circuito de Roldanillo.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 670

La acción reivindicatoria tiene un sentido puramente relativo, frente al poseedor con quien se controvierte el mejor derecho.—La Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Adonái Camelo contra Julia Bustós de Téllez; revoca la de primera instancia, y en su lugar declara que el demandante tiene mejor derecho que la demandada al dominio del inmueble objeto de la reivindicación, y condena, en consecuencia, a ésta a restituirlo al actor, junto con sus frutos.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña... 673

Acción de pertenencia de un inmueble, por haberlo adquirido por medio de la prescripción.—En el juicio iniciado por Juana Ma-

ría Gutiérrez para que se la declarara dueña de un inmueble ubicado en la ciudad de Pereira, por haberlo adquirido en virtud de prescripción extraordinaria; juicio seguido con oposición de Ariel Sánchez Orrego, no se casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de la mencionada ciudad.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 680

Acción reivindicatoria—La adquisición de derechos y acciones en una sucesión, no da al comprador, desde el momento de la compra, la propiedad de determinados bienes. No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió en el juicio ordinario de Marco Tulio Montaña Valderrama contra su hermana Blanca Montaña de Moreno. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas 686

Acción de rescisión por lesión enorme.—La apreciación que el Tribunal haga de un dictamen, puede atacarse en casación sólo cuando hay un error evidente.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario que Natalia Henríquez de Paredes siguió contra Carlos Franco Paredes.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas 691

Acción de nulidad de un contrato.—Técnica de casación.—En el juicio que Bertoldo Figueroa y otros, representados por su madre Lucía Figueroa Roldán, siguieron contra Laura Lozano de Oviedo y otros, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 694

Para que se decrete la liquidación de una sociedad de hecho, quien ejerce esta acción debe probar plenamente que entre los socios hubo un pacto social.—Aunque la Corte, salvo contados casos, no puede variar en casación la apreciación que el Tribunal de instancia hizo de la prueba indiciaria, sí puede comprobar si existe o no.—Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo profi-

- | | Págs. | Págs. |
|---|------------|------------|
| rió en el juicio ordinario seguido por Joaquín Mariño contra Luis A. Mariño.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique | 698 | 719 |
| La confesión de uno de los demandados no perjudica a los codemandados.—La errónea apreciación de pruebas no determina por sí sola la invalidación del fallo recurrido en casación.—Diferencias entre el error de derecho y el error de hecho.—No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio ordinario que Jaime Nieto Toro y otros siguieron contra Dolores Toro y otras, sobre pertenencia de unas mejoras y sobre indemnización de los perjuicios ocasionados con su inclusión indebida en los inventarios de la sucesión de Pedro Antonio Nieto Cardona.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique..... | 707 | 725 |
| La falta de personería sustantiva no puede ser materia de la causal sexta de casación. Prueba testimonial.—Ratificación de declaraciones rendidas extrajuicio.—En el juicio ordinario que Elena Múnive, en representación de Ana María Múnive, siguió contra Ana María Castrillón y otra, como herederas de Rodrigo A. Correa, para que se declarara que Ana María Múnive es hija natural del mencionado Correa y tiene derecho a heredar a éste, no casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, confirmatoria de la de primera instancia, que negó las declaraciones solicitadas en la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas..... | 712 | 728 |
| Acción de pertenencia de un inmueble, por haberlo adquirido por medio de la prescripción. — Reconstrucción de juicios destruidos con ocasión de los sucesos del 9 de abril de 1948.—La Corte casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario reconstruido, seguido por Abelardo González Bernal contra Luis Vicente Castillo y otros, y en su lugar confirma la del Juzgado Civil del Circuito de Gachetá, que accedió a las sú- | | |
| plicas de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas..... | | |
| El error de hecho como causal de casación.—
En el juicio ordinario seguido por Amalia Mejía de Díaz contra Juan Pablo Díaz y otra, sobre adquisición, por medio de la prescripción, de un inmueble denominado "La Oculta", ubicado en el municipio de Apía; no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, favorable a los demandados—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía | | 725 |
| Prescripción, por parte de un comunero y en provecho propio, de la cosa común.—Error de derecho en la apreciación de un dictamen.
No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín revocó la del Juez del Circuito de Urao proferida en el juicio ordinario de Roberto Escobar Vélez contra Alfredo Restrepo, y en su lugar declaró en firme la diligencia de deslinde practicada por dicho Juez en el mismo juicio y entre los predios del demandante y del demandado.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez..... | | 728 |
| Qué debe entenderse por verdadero dueño, para efectos del artículo 1871 del Código Civil.—La enajenación de mejoras realizadas en terreno baldío, requiere escritura pública y registro.— No infirma la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio ordinario seguido por Rafael Ordóñez y otro contra Julio Restrepo Toro.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. | | 743 |
| Acción de reforma de un testamento.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio que, sobre reforma del testamento de Severo Sánchez, siguió Laura Mejía de Sánchez contra Mercedes Sánchez Arango y otros—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... | | 754 |

SALA DE CASACION PENAL

Cuándo es procedente ordenar investigación

Págs.

Págs.

por delito de falsas imputaciones.—Se confirma el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Cartagena profirió en favor del doctor Ignacio Meléndez Piñeres por cargos de abuso de autoridad.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 758

see definitivamente en favor del doctor José Gabriel de la Vega por dicho cargo como Gobernador del Departamento de Bolívar. —Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 780

Competencia para conocer, por razón del lugar, de un proceso por abuso de confianza. Resuelve la Corte que es al Fiscal del Juzgado Quinto Superior de Medellín y no al Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Cali, a quien compete conocer del proceso que se adelanta contra Edgar Navarro, por el delito de abuso de confianza. — Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 762

Momento consumativo del delito de abuso de confianza.—Se dirime la colisión surgida entre el Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Bogotá y el Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Tunja, acerca del conocimiento de un proceso por el delito de abuso de confianza seguido contra Gonzalo Mesa Uribe. —Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 786

Hay nulidad constitucional cuando el cuestionario contiene errores esenciales que modifican el pliego de cargos formulado en el auto de proceder.—No se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Cali condenó a Julio César Cocuñame, como responsable del delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 764

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Se imponen sanciones disciplinarias a un abogado.—Interpretación del artículo 8º de la Ley 69 de 1945. — Reforma la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín impuso sanciones disciplinarias al abogado Rafael Jaramillo L. —Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Elórez..... 788

Delito de colusión.—La Corte sobresee definitivamente en favor del doctor José Gabriel de la Vega, por cargos de colusión y abuso de autoridad en su condición de Gobernador de Bolívar, y ordena que se saque copia de lo conducente para que los jueces ordinarios investiguen y resuelvan lo relacionado con el cargo de falsedad en documentos.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 769

De los negocios civiles en que sea parte el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, deben conocer en primera instancia los Tribunales Superiores y en la misma forma que cuando se trata de negocios en que es parte la Nación.—Se declara nulo lo actuado en el juicio ordinario de Benjamín E. Johnson y otros contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a partir de la sentencia de primera instancia, inclusive. —Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry..... 791

Se repone el auto anterior.—Delito de falsedad en documentos públicos.—Delitos comunes y delitos oficiales o de responsabilidad.—En virtud de recurso interpuesto por el señor Procurador Delegado en lo Penal, la Corte repone el auto de que da cuenta el aparte inmediatamente precedente de este índice, en cuanto en él se ordenó remitir copia de lo conducente para que los jueces ordinarios investiguen y resuelvan lo relacionado con el cargo de falsedad en documentos públicos, y en su lugar sobre-

Los documentos públicos que las partes tengan en su poder y que consideren adecuados para demostrar los hechos que con ellos quieren acreditar, pueden ser presentados directamente por ellas, durante los términos probatorios.—La Sala mantiene la providencia por la cual el Magistrado sustanciador ordenó tener como pruebas algunas copias acompañadas con la demanda, en el juicio ordinario de Ana Dolores Hernández

Págs.

Págs.

v. de Quintero contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada.... 793

Acción de pertenencia de un inmueble, por haberlo adquirido por medio de la prescripción.—La sola destinación o afectación de un inmueble de propiedad particular a un servicio público, no es ni puede ser título suficiente en favor de la Nación, y menos aún de los particulares que, al gozar y usar de tal servicio, no ejercitan acto alguno de posesión material.—En el juicio ordinario seguido por el Convento Dominicano de Nuestra Señora, de Bogotá, contra la Nación y el Municipio de Bogotá, para que se declare que pertenece a la entidad demandante el inmueble conocido con el nombre de atrio de la iglesia de Santo Domingo, ubicado en Bogotá, se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de la misma ciudad, y en su lugar se accede a lo solicitado en la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Ch.. 797

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Rafael Robles 810

Se declara ejecutoriada una sentencia, por abandono del juicio por parte del recurrente.—La Corte declara ejecutoriada la sentencia que el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo profirió en el juicio ordinario que Pablo Martínez y otros siguieron contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 811

No se repone el auto anterior.—Requisitos para que pueda imponerse la sanción por caducidad regulada por los artículos 364 y

365 del Código Judicial.—No se accede a revocar el auto de que dá cuenta el aparte inmediatamente anterior de este índice.—Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez.. 812

Acción ordinaria de pertenencia de una mina de metales preciosos situada en el lecho de un río navegable.—En el juicio ordinario de la "Pato Consolidated Gold Dredging, Ltd." y otros contra la Nación, se reforma la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 813

No está impedido para conocer de un negocio el juez o Magistrado que ha decidido otro semejante, aunque en ambos haya un mismo interesado.—Se declara inadmisibile la causal de impedimento manifestada por el Dr. Luis Rafael Robles, para conocer de un recurso de súplica.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 816

No se accede a reponer el auto anterior.—Alcance de la causal consagrada en el ordinal sexto del artículo 435 del Código Judicial. La Sala mantiene el auto de que da cuenta el aparte inmediatamente precedente de este Índice, auto contra el cual interpuso recurso de reposición el doctor Llinás Pimienta.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 818

NOTA. — Con este número termina el Tomo LXXIV de la GACETA JUDICIAL. El número 2128 estará destinado al "Índice y Jurisprudencia" del Tomo.

El Relator

0

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 LXXIV

BOGOTA — 1954

NUMERO 2128

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO

— A —

— 1 —

ABOGADOS (Requisitos para que puedan litigar ante determinada entidad)

Para tener la calidad de abogado inscrito, única que permite litigar, según el artículo 1º de la Ley 69 de 1945, no basta haber obtenido el documento de matrícula, que expide el Tribunal de cada Distrito, según el artículo 9º de la Ley 62 de 1928, sino que también se requiere la inscripción en los registros a que se remite el artículo 10 de la misma ley. (Casación Civil. Febrero 19 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 42, 2ª

- 2 -

ABOGADOS (No pueden acumularse las penas que señala el artículo 8º de la Ley 69 de 1945)

No pueden acumularse las penas que señala el artículo 8º de la Ley 69 de 1945, entre otras razones porque estableciendo el citado artículo las penas para las faltas LEVES co-

metidas por los abogados en el ejercicio de la profesión, aquéllas no podrían agravarse acumulándolas, como así lo interpretó la Corte aún para las faltas GRAVES cometidas por los mismos, cuando fijó la interpretación que debe darse al artículo noveno de la Ley 69 (Negocios Generales, octubre 31 de 1952). (Negocios Generales. Abril 10 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 790, 1ª y 2ª

- 3 -

ABUSO DE AUTORIDAD

Los cargos por el delito de abuso de autoridad, en la especie de actos de omisión en el cumplimiento de las funciones que debía llevar a ejecución el funcionario sindicado, no tienen el carácter de punibles, pues ellos no se debieron a morosidad de éste ni a falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes legales, sino a circunstancias que impidieron el diligenciamiento del proceso en las fechas señaladas en las providencias respectivas. (Casación Penal. Abril 7 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 760, 2ª

- 4 -

ACCION 'IN REM VERSO'

Para que sea posible proponer la acción "in rem verso", se requiere que el demandante carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, o de las que surgen de los derechos absolutos.

La doctrina y la jurisprudencia francesas han establecido que el arquitecto que realiza una agregación al plano ordinario, sin el lleno de las condiciones señaladas en el artículo 1793 del C. C. francés (igual al artículo 2060 del C. C. nuestro), o sin convenir en el aumento del precio, no tiene derecho a ejercer extracontractualmente la ACTIO IN REM VERSO, pues el ejercicio de esta acción tiene cabida en ausencia de un texto legal (Collin, Capitaint, Tomo IV, pág. 346). (Casación Civil. Febrero 26 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)79, 2ª

- 5 -

APELACION (Carece de interés para impugnar un fallo la parte favorecida con la decisión)

El actor que ha triunfado en sus peticiones principales, ningún interés jurídico puede tener en apelar de la sentencia porque no estudió una de las varias causales o fundamentos aducidos en la demanda, si precisamente en tal abstención incurrió el Juez por haber encontrado suficiente para su pronunciamiento favorable, otro u otros fundamentos del libelo.

La Corte ha dicho que carece de interés para impugnar un fallo la parte favorecida con la decisión, a pesar de que esté inconforme con algunas de las consideraciones contenidas en la motivación e incluso con todas, porque lo favorable o desfavorable dice

relación con la parte resolutive. Con mayor razón se debe concluir, pues, que tampoco es pertinente apelar si la sentencia accedió a las peticiones pero no estudió o no aceptó la validez de todas y cada una de las razones o causas invocadas por la parte favorecida en la demanda o en su contestación y alegaciones. (Casación Civil. Abril 7 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)582, 1ª y 2ª

- 6 -

APELACIONES (Artículo 494)

Por regla general, para que el artículo 494 del C. J., sea violado se necesita que el fallador de segunda instancia reforme la sentencia apelada en la parte favorable al apelante, para hacer más gravosa la situación de éste. (Casación Civil. Abril 7 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)584, 1ª

- 7 -

ARRENDAMIENTO (Requisitos de la cesión del contrato)

La cesión del contrato de arrendamiento, cosa distinta del sub-arrendamiento, no puede hacerse sin la autorización o la concurrencia del arrendador, porque esta convención, como todas las bilaterales; es fuente de derechos y obligaciones, de créditos y de deudas, de manera que el desplazamiento jurídico de la parte arrendataria, con la consiguiente extinción de las garantías, no puede lograrse sino con la colaboración de quienes fueron parte en el contrato original; pero de esto lo que es dable deducir es que la cesión no autorizada por el arrendador no dá lugar a relaciones respecto de él, pero sin perjuicio desde luego de que nazcan todas las obligaciones que legalmente se generan en el contrato del arrendatario cedente y el tercero cesionario, las cuales, si no pueden cumplirse, dan

lugar a las consecuencias ordinarias del incumplimiento contractual. (Casación Civil. Febrero 25 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 63, 2ª

- 8 -

ASESINATO (Condiciones en las cuales se puede colocar a la víctima en estado de indefensión o inferioridad)

Como lo dijo la Corte: "El artículo 363 del C. P., en su numeral 5º sólo determina algunas de las condiciones en las cuales se pueda colocar a la víctima en estado de indefensión o inferioridad; pero estas circunstancias (insidia, asechanza, alevosía, envenenamiento) no tienen el carácter de taxativas, sino de enumerativas, y el juzgador goza de la amplitud necesaria para asignarle esa cualidad a cualquiera otra condición similar que coloque a la víctima en situación de indefensión o inferioridad". (G. J., Tomo LXII, pág. 769). (Casación Penal. Enero 28 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 180, 2ª

- 9 -

ASESINATO (circunstancias de indefensión o inferioridad)

Sean cuales fueren las circunstancias de indefensión o inferioridad que se señalan por vía de ejemplo en el artículo 363 del C. P., una cualquiera de ellas o todas juntas, si pueden reunirse en un caso dado, u otra que sea similar, elevan el homicidio a la categoría de asesinato.

En efecto, los fenómenos de la indefensión o inferioridad no es posible juzgarlos independientemente de las condiciones en que el hecho se cumple. Bien puede ejecutarse éste cuando el agente, conociéndolas, se aprovecha de ellas para la ejecución del delito con las mejores condiciones para su propia seguridad personal, o cuando circunstancial-

mente, esto es, en forma no preordenada, aprovecha la ocasión que le depara la certeza de que la víctima se encuentra desprevenida o indefensa, y así asesta el golpe mortal o la lesión personal, ocultando la intención, fingiendo amistad a otro, de cualquier modo que implique deslealtad o forma artera en la ejecución del delito. De aquí que pueda afirmarse que la indefensión o la inferioridad del agente pasivo constituyen casi siempre alguna forma de insidia, de alevosía o asechanza, entendiéndose por cada una de estas modalidades que al obrar de esta suerte, el delincuente lo hace con la certidumbre de que su víctima no podrá oponer ningún género de resistencia al proditorio designio de vulnerarlo con el mínimo de riesgo para el agresor.

Si el asesinato es la más alta manifestación dolosa en los delitos contra la vida y la integridad personal, es precisamente porque en él se revelan por parte del delincuente las más acusadas manifestaciones de peligrosidad social. Siendo ello así, la esencia jurídica del agravante que surge de la indefensión de la víctima o del abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, tiene que radicar en algo que señale un aprovechamiento, por parte del ejecutor, de cualquiera de aquellas circunstancias, o al menos que la existencia de alguna condición personal del ofendido, permita al agente cumplir su designio con la seguridad de que su propósito criminal será inexorablemente cumplido. (Casación Penal. Enero 28 de 1953. Tomo LXXIV. Números 2124 y 2125) 180, 1ª

- 10 -

AUTO DE PROCEDER

En conformidad con el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, las circunstancias conocidas que especifiquen el hecho imputado deben precisarse en la parte motiva

del auto de proceder y no en la parte resolutive, la cual sólo debe contener el llamamiento por el delito que corresponda, determinándolo con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo Capítulo o en el correspondiente título cuando éste no se divida en Capítulos, sin determinar dentro del género la especie a que pertenezca. (Casación Penal. Abril 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)767, 2ª

— B —

- 11 -

BALDIOS (Reivindicación de mejoras)

Un colono cultivador de terrenos baldíos puede reivindicar sus mejoras contra poseedor sin derecho, porque tiene un derecho IN RE, respecto de terceros, aunque frente al Estado y para la fácil comprobación de su derecho, necesite la adjudicación correspondiente según las leyes fiscales. (Casación Civil. Abril 28 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)752, 2ª

- 12 -

BALDIOS (Tratándose de baldíos no cabe invocar la prescripción)

En tratándose de baldíos no cabe invocar la prescripción; ésta ha sido doctrina constante de la Corte. Desde luego que ha habido controversia sobre si era posible alegar la prescripción de acuerdo con la legislación anterior al Código Fiscal o a la Ley 48 de 1882. Pero después de estas disposiciones no la hay ni puede haberla.

En efecto, la Ley 48 de 1882 decía que las tierras baldías se reputan bienes de uso público "y su propiedad no se prescribe contra la Nación, en ningún caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2519 del Código Civil". Y el artículo 61 del Código Fiscal

expresa que "el dominio de los baldíos no puede adquirirse por prescripción". (Negocios Generales. Septiembre 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2126)548, 1ª

- 13 -

BIENES DE USO PUBLICO (A éstos se refiere el artículo 2519 del Código Civil y no a los bienes fiscales)

El artículo 2519, sólo se refiere a los bienes que forman el dominio público del Estado, llamados por el Código Civil bienes de la Unión de uso público, en contraposición a los que el mismo Código denomina bienes fiscales.

Si así no fuese, carecería de todo interés desde el punto de vista de la prescripción, la distinción entre bienes de la Unión de uso público y bienes de propiedad particular pero afectados también, por permiso de su dueño, a un servicio público. (Negocios Generales. Abril 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)803, 1ª

- 14 -

BIENES DE USO PUBLICO (La sola destinación o afectación de un inmueble de propiedad particular a un servicio público, no es título suficiente en favor de la Nación)

La Sala no está de acuerdo con la tesis sentada por el Tribunal sentenciador sobre que "los bienes de propiedad particular que se destinan a uso público, constituyen bienes de los llamados de uso público por destinación y entran por tanto al patrimonio de la Nación".

Tal doctrina, en efecto, contraría abiertamente aquel precepto del Código Civil, que dice:

"Artículo 676. — Los puentes y caminos construídos a expensas de personas particu-

lares, en tierras que les pertenecen, no son bienes de la Unión, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos los habitantes de un territorio.

“Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares y en sus tierras, aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño”.

Luego los puentes y caminos así como las demás obras (calzadas, canales, etc.), que se construyan por los particulares a sus expensas y en terrenos de su propiedad, no pasan al dominio de la Nación por el solo hecho de que sus dueños permitan que los habitantes de un territorio puedan libremente transitar, pasear, estacionarse o reunirse en esos sitios. Son éstos, actos de mera facultad que de acuerdo con el artículo 2520 del C. C., no confieren posesión ni dan lugar a prescripción alguna.

Por tanto, la sola destinación o afectación de un inmueble de propiedad particular a un servicio público, no es ni puede ser título suficiente en favor de la Nación y menos aún de los particulares, que al gozar y usar de tal servicio no ejercitan acto alguno de posesión material.

Dicho en otros términos, lo que dá a un bien el carácter de bien de la Unión de uso público o de bien público del Territorio —para emplear una cualquiera de las expresiones de que se vale el inciso 2º del artículo 674 del mismo C. C.— no es solamente su afectación a un servicio público. Es necesario, además, que esa afectación o destinación, decretada por la autoridad, esté respaldada por un título de dominio sobre tal bien y a favor de la Nación misma. Lo contrario constituiría el más franco y absoluto desconocimiento del derecho de propiedad. (Negocios Generales. Abril 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 802, 2ª y 803, 1ª

— C —

- 15 -

CADUCIDAD

Al tratar de aplicar la sanción prevista en los artículos 364 y 365 del C. J., es preciso tener en cuenta no sólo la fecha misma de la notificación de la última providencia que se haya dictado en el juicio, sino también el alcance y sentido de tal providencia, a efecto de saber si en su virtud la actuación procesal posterior a aquella fecha estuvo o no pendiente de gestión que le correspondiera al demandante. (Negocios Generales., Abril 14 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) . . 812, 2ª

- 16 -

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO (Objetivos fundamentales de éste)

Respecto de la segunda condición exigida por el artículo 58 del C. de P. P., es decir, que el cambio de radicación sea conveniente para la recta administración de justicia, la Corte ha dicho en repetidas ocasiones, que esa conveniencia puede fundarse en todo hecho o circunstancia que en alguna forma, directa o indirectamente, pueda menoscabar los derechos del interesado o sus fueros sociales, sea en lo tocante a la apreciación de los hechos punibles y a su responsabilidad, en cuanto a la ley penal infringida y a las sanciones que deban imponérsele. Y en este orden de ideas, el cambio de radicación persigue dos objetivos fundamentales: la intangibilidad del buen nombre del Poder Judicial y la remoción de cualquier obstáculo que sea perturbador en la marcha del proceso, aun cuando este motivo sólo resulte fundado subjetivamente. Por eso, para que la Corte emita su concepto con el objeto de ilustrar el criterio del Gobierno, no se requiere que los comprobantes acreditados tengan el ca-

rácter de plena prueba para acreditar los hechos o motivos alegados, los cuales, por la naturaleza misma de las cosas, en ocasiones es difícil establecer. Por ello, basta que del conjunto de los comprobantes se capte una impresión de conjunto, acerca del ambiente judicial o público que exista en el lugar donde debe juzgarse al procesado, que permita tener como fundada la hipótesis de que los derechos de las partes no estén ampliamente garantizados, como ocurriría en aquellos casos en que se teme que por el ambiente de odiosidad creado en el lugar donde se sigue el proceso, los derechos de la defensa no puedan ejercerse a cabalidad, o porque circunstancias derivadas de pasiones puedan traducirse en actos de represalia o de venganza que impidan la defensa. En estos casos, para que las decisiones de los jueces sean expresión fiel de la justicia, es necesario y conveniente el cambio de radicación del proceso. (Casación Penal. Enero 29 de 1953. Tomo LXXIV. Números 2124 y 2125).....184, 1ª y 2ª

- 17 -

CAMBIO DE RADICACION (Por enfermedad del procesado)

La Corte ha sostenido en forma constante la tesis de que cuando pelagra la vida del acusado al presentarse en el lugar donde debe ser juzgado, el cambio de radicación es conveniente; pero esa tesis se refiere al evento contemplado por el inciso primero del artículo 58 del C. de P. P., es decir, cuando el cambio de radicación es conveniente para la recta administración de justicia, conveniencia que se funda en diversas situaciones y entre otras, cuando las partes no pueden disfrutar de los derechos garantizados por la Constitución y la ley, ya sea porque existe la hipótesis fundada de que esos derechos les van a ser negados por quienes deben fa-

llar el negocio; bien porque circunstancias especiales derivadas de pasiones pueden traducirse en actos de venganza o represalias que impidan la defensa del procesado o pongan en peligro su vida, y en tales casos, es lógico que esos fallos no pueden ser la expresión fiel y exacta de la justicia y, por lo tanto, el cambio de radicación del proceso respectivo es conveniente.

Pero cuando lo que se aduce como motivo determinante para el cambio de radicación, no es la conveniencia para la recta administración de justicia, sino la conveniencia para la salud del sindicado, para que tal cambio sea posible, es necesario que el procesado se encuentre detenido. (Casación Penal. Marzo 10 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 447, 2ª

- 18 -

CAPTURA (Cuándo un sujeto puede ser capturado)

Varias son las ocurrencias en que un sujeto puede ser capturado, a saber: 1ª Como consecuencia de un fallo condenatorio a pena privativa de la libertad (artículo 637 del C. de P. P.); 2ª Como consecuencia del auto de detención (artículos 379 y 383); 3ª Cuando se sorprende IN FLAGRANTI al autor del delito (artículos 24 de la Constitución y 384 del C. de P. P.); 4ª Cuando la autoridad competente ha solicitado públicamente la aprehensión de un malhechor (artículo 384 citado); 5ª Cuando el sindicado requerido por el funcionario de instrucción o del conocimiento no comparece a rendir indagatoria (artículo 346); y 6ª Cuando habiendo motivos justificados para temer perturbación pública, existen indicios graves de que una persona atenta contra la paz pública (artículo 28 de la Constitución). (Casación Penal. Marzo 3 de 1953. T. LXXIV. Número 2126).... 439, 1ª

- 19 -

Abril 7 de 1953. T. LXXIV. Número 2127).
584, 2ª**CAPTURA (Para que se rinda indagatoria)**

Los capturados de que habla el artículo 386 del C. de P. P., no son todos los procesados, sino aquellos que hayan sido aprehendidos en los casos que la ley señala. De tal suerte que no todos los sindicados que han de rendir su primera indagatoria tienen que ser capturados. De ahí que el artículo 364 del Estatuto Procedimental establezca que "si el sindicado estuviera fuera del Municipio en que se practican las diligencias y no existiere la prueba necesaria para detenerlo, el funcionario de instrucción formará un interrogatorio acerca de los puntos en que deba aquél ser examinado y librárá exhorto o despacho a fin de que el Juez de la residencia del sindicado reciba la indagatoria de éste, y proceda a su captura si de la indagatoria resultare mérito legal para detenerlo". (Casación Penal. Marzo 3 de 1953. Tomo LXXIV. Número 2126)440, 1ª

- 20 -

CASACION

La violación de textos legales debe aparecer como consecuencia de lo resolutivo de la sentencia. (Casación Civil. Abril 7 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)584, 1ª

- 21 -

CASACION (Por falta de aplicación de una ley)

Para que una norma sustantiva haya sido violada por falta de aplicación, se requiere que en razón de los hechos demostrados en el juicio, aparezca que efectivamente debía haberla aplicado el Tribunal; pues de lo contrario, es decir, sin que aparezca la prueba del evento contemplado en la norma, la aplicación de ésta es imposible. (Casación Civil.

- 22 -

CASACION (Cuantía para el recurso)

Como lo ha dicho la Corte, es posible que exista el verdadero motivo de duda a que alude el artículo 524 del C. J., sobre el valor real del litigio para efectos de la concesión del recurso de casación, aún en los casos en que la cuantía haya sido fijada por el demandante en el libelo inicial, sin objeción del demandado, en cifra que no alcance al mínimo que señala la ley para dar acceso a este recurso extraordinario. (Casación Civil. Enero 22 de 1953. Tomo LXXIV. Números 2124 y 2125)9, 2ª

- 23 -

CASACION (Cuantía para el recurso)

Al tenor del artículo 519 del C. J., y del Decreto número 3547 de 1950, lo que determina la procedencia del recurso de casación desde el punto de vista de la cuantía, es el valor mismo del interés económico sobre el cual se pronuncia la sentencia, o sea el interés mismo del juicio, aun cuando el particular de quien lo propone pueda no llegar a aquel valor. De ahí precisamente que demandada una prestación por cantidad mayor a la de diez mil pesos, el parecer uniforme de la jurisprudencia haya siempre aceptado los recursos del demandante contra el fallo que sólo le negó quinientos. (Casación Civil. Enero 22 de mil novecientos cincuenta y tres. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)11, 2ª

- 24 -

CASACION (Improcedencia de la causal 2ª cuando en el juicio intervino el jurado)

En los juicios tramitados con intervención

de Jurado, la causal segunda es inoperante, porque el recurso de casación no se contrae propiamente al examen de los hechos, sino a la confrontación de la sentencia con la ley. La apreciación de los hechos y de las pruebas concernientes a la responsabilidad, su valoración y crítica corresponden al Juez y al Tribunal, pero la Corte, en estos casos, no puede entrar en el estudio de las pruebas, puesto que la casación no es una tercera instancia; si lo hiciera, ese proceder conduciría a una declaración de contraevidencia del veredicto proferido por los jueces de conciencia.

La declaración de contraevidencia del veredicto es propia de las instancias del proceso, y esta declaración no puede hacerse en casación, puesto que la Sala carece de facultades legales para hacer ese pronunciamiento, toda vez que el Código de Procedimiento Penal no consagró como causal de casación en los juicios en que interviene el jurado, la del numeral 2° del artículo 567 de la misma obra. (Casación Penal. Enero 16 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)114, 2ª

- 25 -

CASACION (Requisitos de la demanda de casación)

Al tenor de los artículos 520 y 531 del C. J., en la demanda de casación se debe determinar la causal que se aduce para pedir la infirmación del fallo y expresar el concepto de la violación de las disposiciones legales que se citen como infringidas.

Además, si la violación de la ley proviene de apreciación errónea de un contrato, o de falta de apreciación de la prueba del mismo, ha de acusarse por el recurrente sobre ese punto, demostrando haberse incurrido por parte del Tribunal en error de derecho, o en error de hecho, y que éste aparece de modo manifiesto en los autos. (Casación Civil.

Marzo 7 de 1953. T. LXXIV. Número 2126).
335, 2ª

- 26 -

CASACION (Error de derecho)

Existe error de derecho en la apreciación de una prueba, cuando el Tribunal le dá una fuerza que no le asigna la ley, le niega la que sí le atribuye, o la estima sin estar legalmente producida. (Casación Civil. Febrero 26 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)69, 1ª

27 -

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

La intervención de la Corte en casos de estimación de prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales. (Casación Penal. Febrero 10 de 1953. Tomo LXXIV. Números 2124 y 2125)211, 2ª

- 28 -

CASACION (Lo relativo al cuerpo del delito tiene cabida en la causal 2ª de casación)

Lo relativo del cuerpo del delito tiene cabida en la causal segunda de casación, en la cual se puede invocar la indebida o equivocada apreciación de las circunstancias o elementos constitutivos del delito, determinantes o eximentes de la responsabilidad de los autores o partícipes. Pero dicha causal es inadmisibile en los juicios en que ha intervenido el Jurado, pues —como lo ha dicho la Corte— no se puede abrir un nuevo debate

sobre el examen de los diversos elementos probatorios que sirvieron de fundamento a los jueces de conciencia para dictar su veredicto; ya que ello, prácticamente, equivaldría a una tercera instancia, que no es propiamente el objeto del recurso extraordinario de casación. (Casación Penal. Febrero 17 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125). 222, 1ª

- 29 -

CASACION (Técnica de)

Los cargos operantes en un recurso de casación, no son otros sino aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlas o quebrantarlas. Por eso, cuando los cargos hechos por un recurrente no se relacionan con esos fundamentos, son inoperantes. (Casación Civil. Abril 24 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)697, 2ª

- 30 -

CASACION (Técnica de)

La Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar quebrantamiento de las normas legales, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en Casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado (Casación Penal. Marzo 17 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 458, 1ª

- 31 -

CASACION (Técnica de)

Cuando el recurrente no combate todos los fundamentos probatorios que ha tenido el Tribunal para sostener que el procesado co-

metió el delito porque se le juzga, la falta de ataque completo a todos y cada uno de los presupuestos que le sirvieron para llegar a esa conclusión, da lugar, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de Casación, a que la Corte no pueda suplir oficiosamente las fallas de la demanda, debiendo tener como fundados y suficientes los elementos de juicio que por ese aspecto respaldan el fallo acusado (Casación Penal. Marzo 17 de 1953. T. LXXIV. Número 2126)458, 1ª y 2ª

- 32 -

CASACION (Técnica de)

No todo cargo en casación puede recibirse, ni tiene eficacia legal, sino aquellos que atacan directamente los fundamentos de la sentencia. Los demás son ineficaces y se salen del recurso, el cual va encaminado a la revisión de la sentencia, por los motivos en que éste se funda. (Casación Civil. Febrero 26 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)69, 2ª

- 33

CASACION (Técnica de)

Si los demandados no aceptan las conclusiones del Tribunal, es decir, si no están de acuerdo en que con aquellas pruebas se establece el dominio del actor sobre unas mejoras, necesitan acusar la sentencia en relación con esas pruebas y demostrar que por su apreciación errónea se llegó a una conclusión favorable al actor, violándose así determinados textos legales. La argumentación y razones del Tribunal hay que atacarlas directamente y en su fondo; pues si así no se hiciere, y si esas pruebas se dejaran sin examen y sin crítica, la decisión del Tribunal tendría que quedar en pie por falta de cargo adecuado. (Casación Civil. Febrero 23

de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125).

í

46, 2ª

- 34 -

CASACION (Violación directa de la ley)

No puede haber infracción directa de la ley cuando el Tribunal ni desconoció la existencia de la norma, ni desechó tampoco su eficacia para regir la situación de hecho que allí contempla. (Casación Civil. Febrero 9 de 1953. Tomo LXXIV. Números 2124 y 2125).

26, 1ª

- 35 -

CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

Tratándose de la estimación de las pruebas, en el recurso de Casación la intervención de la Corte está limitada a aquellos casos en que es manifiesto el error en que se ha incurrido en la sentencia, porque no se conforme esa estimación a lo establecido en el proceso. Adoptar un criterio distinto sin fundamentos ciertos, sería tanto como acabar con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales. (Casación Penal. Marzo 17 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 458, 2ª y 459, 1ª

- 36 -

CASACION (La errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí sola causal de casación)

Muchas veces ha repetido ya la Corte que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí sola causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el se-

ñalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva, que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia.

La simple contraposición de la manera como el recurrente en el sitio del juzgador habría apreciado el material de decisión, no basta para poner de relieve un error evidente de hecho. (Casación Civil. Marzo 26 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 709, 1ª y 2ª

- 37 -

CASACION (Apreciación del juzgador de 2ª instancia acerca de las pruebas)

Tanto en la primera como en la segunda instancia se hizo un estudio pormenorizado del haz probatorio, examinando uno a uno los elementos de convicción, para llegar a la conclusión de que los demandados han tenido también la posesión material del inmueble, con lo cual queda ya negada con pruebas la afirmación de la demandante acerca de que ha sido poseedora material y exclusiva del inmueble de la litis durante treinta años continuos. Y si de ese estudio hecho por el Tribunal no se muestra y patentiza un error de hecho evidente, es decir, de fácil percepción, que hiera la mente a primera consideración, no es posible en casación desconocer una persuasión y desautorizar un criterio del fallador, a que éste llegó en un estudio global y cuidadoso de las pruebas. (Casación Civil. Abril 27 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 726, 1ª

- 38 -

CASACION (Por errónea interpretación de la demanda)

Interpretada la demanda por el Tribunal, no puede haber otra interpretación, y ese acto no es vulnerable en casación, sino por

un claro y evidente error de hecho, con base en la causal primera. (Casación Civil. Marzo 16 de 1953. Tomo LXXIV. Número 2126) 381, 2ª

- 39 -

CASACION (Procedencia por la causal 3ª)

Para que el recurso de casación proceda por la causal 3ª del artículo 520 del C. J., como dicho recurso es extraordinario, es necesario que se hayan agotado antes todos los medios ordinarios conducentes, es decir, es indispensable que se haya pedido en tiempo la aclaración de la sentencia, recurso común, a que daban derecho los artículos 100 y 17 de las Leyes 105 de 1890 y 169 de 1896, respectivamente, y que lo otorga hoy el artículo 482 del C. J. En el caso de haberse vencido el término legal sin pedir la aclaración, o en que ésta no se solicitó oportunamente, no puede tener cabida la causal tercera y contra una decisión que contenga disposiciones contradictorias, porque esta causal exige la circunstancia SINE QUA NON de haberse pedido la aclaración de la sentencia. (Casación Civil. Marzo 12 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 373, 1ª

- 40 -

CASACION (Causales 2ª y 6ª de casación)

La omisión consistente en dejar de resolver un extremo de la demanda principal o de la de reconvencción, o la decisión incongruente por exceso o diferencia con lo pedido, da asidero para invocar una causal distinta a la sexta del artículo 520 del C. J., que se concreta a los casos en que se pretermita una formalidad indispensable para fallar. Desarrollándose el cargo en el hecho de que la sentencia recurrida es incongruente por contener la resolución un extremo no pedido en la demanda principal ni en la de reconven-

cción, debió invocarse la causal segunda y no la sexta, como se hizo. (Casación Civil. Marzo 12 de 1953. Tomo LXXIV. Número 2126) 370, 2ª

- 41 -

CASACION (Por error en interpretación de un contrato)

En repetidos fallos, la Corte ha sostenido la doctrina de que el Tribunal es soberano en la interpretación de los contratos; que esta interpretación puede variarse en casación sólo cuando es manifiestamente errónea, de acuerdo con los términos del contrato y las pruebas del proceso, es decir, cuando hay error evidente de hecho en su interpretación. (Casación Civil. Marzo 7 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 336, 2ª

- 42 -

CASACION (No son admisibles en casación pruebas sobre hechos ocurridos en las instancias)

Tratándose del recurso extraordinario de casación, no son admisibles pruebas sobre hechos ocurridos en las instancias, porque en dicho recurso, a la Corte corresponde únicamente hacer una confrontación entre la sentencia demandada y la ley, con base en las apreciaciones que tuvo el Tribunal para aplicar el derecho. Sería, pues, extralimitar funciones en la casación el abrir un término probatorio sobre puntos que el Tribunal no tuvo oportunidad de decidir, en virtud de que no le fueron planteados. (Casación Penal. Febrero 20 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 231, 1ª

- 43 -

CASACION (Improcedencia de la causal 2ª)

Cuando la sentencia del Tribunal niega las declaraciones solicitadas en la demanda, no

es procedente invocar contra ella la segunda de las causales de casación por no estar el fallo en consonancia con las pretensiones de las partes, ya que esa negativa, lo mismo que la absolución, resuelven concretamente sobre los extremos planteados en la demanda. El error o desacierto de las razones que hayan conducido a esa conclusión, sirve para atacar el fallo por causales distintas, como así lo tiene admitido la doctrina de la Corte. (Casación Civil. Abril 6 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 567, 2ª

- 44 -

CASACION (Medios nuevos)

El recurso extraordinario de casación, en cuanto juzga una actividad IN JUDICANDO, no puede rebasar los límites dentro de los cuales ésta se ejercitó. Como lo anota el profesor Crepón, "Para que un medio sea admisible ante la Corte de Casación para que ésta pueda examinar si tal medio está bien fundado, es preciso que él no sea nuevo, es decir, que no haya sido presentado por primera vez ante la Corte de Casación, mientras que los Jueces cuya decisión se ataca no han sido requeridos a examinar la litis desde el punto de vista en que se la coloca ante la Corte Suprema... Esta regla no es siempre absoluta, en el sentido de que un medio puede ser presentado por primera vez ante la Corte de Casación, cuando es un medio de orden público. Pero esta excepción al principio, debe ser, ella misma, inmediatamente delimitada; no puede recibir aplicación sino en tanto que la regla de orden público invocada se desprenda nitidamente de las constancias de la decisión atacada, que tal regla se imponga en vista de tales constataciones, de modo que no necesite, para saber si su aplicación está justificada, un examen de circunstancias o de actos que no

ha sido hecho por el Juez de fondo" ('Du Puorvoi en Cassation'. T. 2º págs. 2 y ss.) . (Casación Civil. Febrero 9 de 1953. Tomo LXXIV. Números 2124 y 2125) 27, 1ª

- 45 -

CAUSA DE LAS ACCIONES

Precisamente porque en los hechos es donde se debe exponer la causa petendi de la cual se pretende deducir el derecho, al juzgador no le está permitido pronunciar fallo favorable con fundamento en hechos sustanciales no alegados en la demanda.

La fundamentación de la causa de las acciones ejercitadas debe hacerse en los hechos. No importa que en las peticiones mismas se omita expresar los motivos en que ellas descansan. (Casación Civil. Febrero 25 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) . 54, 1ª

- 46 -

CAUSAL 2ª DE CASACION

La omisión consistente en dejar de fallar una excepción perentoria, no es motivo de la causal primera, sino de la segunda. (Casación Civil. Marzo 12 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 371, 2ª

- 47 -

CAUSAL 2ª DE CASACION

La incongruencia a que se refiere la causal segunda de casación, hay que buscarla en una confrontación entre la demanda y la sentencia. (Casación Civil. Marzo 16 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 381, 1ª

- 48 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (Alcance de ésta)

La causal de casación relativa a la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones del demandante y consagrada por el numeral 2º del artículo 520 del C. J., es pertinente invocarla siempre que la sentencia contenga decisiones extrañas a la litis —como cuando se declaran derechos no reclamados en el libelo de demanda—, y también en los casos en que se deje de resolver sobre puntos que sí fueron objeto de peticiones, o se haga una condena superior o distinta a la impetrada en el juicio.

Pero lo dicho no significa que siempre deba pronunciarse el Tribunal sobre el fondo de las peticiones invocadas. El pronunciamiento sobre el derecho reclamado es imperioso únicamente cuando no surja un impedimento procesal (como una causal de nulidad) para que se tome la correspondiente decisión de fondo; o cuando no aparezca un defecto fundamental en la demanda que lo impida (v. gr., ineptitud sustantiva de la demanda); o, finalmente, cuando tampoco resulte demostrada una excepción perentoria del juicio que temporalmente impida el éxito del libelo. (En ésta ocurrencia, la declaración de hallarse probada la excepción, no implica que se desestime la pretensión del actor en cuanto concierne a la existencia del derecho, como ocurre en la petición antes de tiempo). En ninguno de los casos citados puede pronunciarse el Tribunal sobre las peticiones que se formularon en la demanda, para declarar si existe o no la obligación que se quiere imponer al demandado. En tales eventos, el sentenciador ha de limitarse —respectivamente— a invalidar la actuación, o a manifestar que no procede el examen de fondo de la litis, o a absolver en el correspondiente juicio al demandado, sin que esto

constituya excepción de cosa juzgada para un nuevo debate judicial.

De manera que la causal segunda opera únicamente cuando, sin hacer el Tribunal la previa declaración de que existe alguno de los mencionados obstáculos procesales para proferir el fallo de fondo, se abstiene de resolver sobre algo pedido, o decide en la sentencia sobre algo no solicitado (extra petita o minus petita). (Casación Civil. Marzo 17 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) . . . 403, 1ª y 2ª

- 49 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (Sentencias totalmente absolutorias)

Ante una absolución total o ante un desconocimiento completo de las peticiones de la demanda, no se puede invocar la segunda causal de casación, porque la incongruencia no puede existir jurídicamente, pues ni puede haber exceso de lo pedido, ni disminución de lo demandado. (Casación Civil. Marzo 18 de 1953. Tomo LXXIV. Número 2126) 408, 2ª

- 50 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (Su improcedencia cuando la sentencia es absolutoria)

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 petitorios de una demanda. (Casación Civil. Abril 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 688, 2ª

- 51 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuándo no está la sentencia en consonancia con la acción y con la excepción)

La causal segunda sólo procede cuando se

demuestran errores IN JUDICANDO; o lo que es lo mismo, ocurre cuando no está la sentencia en consonancia con la acción y la excepción en donde constan las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

¿Cuándo no está la sentencia en consonancia con la acción y con la excepción?

Hay tres hipótesis al respecto: a) cuando se falla lo que no se está debatiendo: la sentencia no concuerda con la parte petitoria; b) o cuando se decide sobre la materia controvertida, pero incompletamente: no se falla la totalidad de los extremos procesales en lo petitorio; c) y por último, cuando se sentencia la materia controvertida, pero más allá de lo que las partes han propuesto.

Estas son, pues, las tres oportunidades como un Tribunal, en sentencia de segunda instancia, puede apartarse de las pretensiones deducidas por las partes: o fallando lo que no está en el proceso, o fallando en exceso, o en defecto. (Casación Civil. Abril 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 688, 1ª y 2ª

- 52 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (Su improcedencia en juicios en que intervino el jurado)

La causal segunda de casación no es procedente en los juicios en que interviene el Jurado, porque el estudio de ella y su aceptación como probada, lógicamente conduciría a la declaratoria de contraevidencia del veredicto, y este motivo no fue consagrado por el artículo 567 del C. de P. P., entre los que dan lugar a que el recurso prospere.

Numerosos son los fallos de la Corte en los que invariablemente se ha sostenido dicha doctrina. (Casación Penal. Enero 13 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) . 110, 2ª

- 53 -

CAUSAL 3ª (De casación)

El desconocimiento en la sentencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad, tales como el estado de ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación, implica disconformidad entre aquella y el auto de proceder para impugnar la sentencia con base en el primer miembro de la causal tercera. (Casación Penal. Febrero 20 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125). 227, 1ª

54 -

CAUSAL 2ª DE CASACION (Penal)

La invocación de la causal segunda y su adecuada sustentación implica el estudio completo de los elementos que obran en el proceso. (Casación Penal. Marzo 17 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 458, 1ª

- 55 -

CAUSAL 6ª DE CASACION (No procede por ilegitimidad de personería sustantiva)

Conforme al contenido clarísimo del artículo 520 del C. J., la causal 6ª en él establecida sólo incide en casación cuando en el juicio se ha "incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley"; y estas nulidades son, por su naturaleza, simplemente procedimentales y no sustantivas, como que su creación se dirige, no a definir los derechos de las partes, que corresponde a la sentencia, sino a garantizar la firmeza de las bases mismas de la organización judicial (incompetencia de jurisdicción) así como el legítimo derecho de las partes a defenderse

(ilegitimidad de personería y falta de citación o emplazamiento).

Dentro de este concepto, la causal de nulidad por ilegitimidad de la personería de una de las partes tiene lugar cuando comparece defectuosamente al juicio, ya porque lo haga directamente sin tener capacidad legal para ello, como en los casos del menor, el demente, etc., ó ya porque la gestión se desarrolle por conducto de un tercero, sin facultades para representarla. Y la nulidad por falta de citación o emplazamiento, cuando quien figura como parte en la controversia, no fue llamado a ésta en forma debida. Pero son infundadas y como tal improcedentes cuando el vicio en que se hace consistir la primera, descansa en la idea de la ilegitimidad del derecho mismo que se pretende, y el fundamento de la segunda, es el de no haberse dirigido la acción contra otras personas legalmente llamadas también a responder. Porque en el primer caso la personería es claramente sustantiva, y como tal insusceptible de originar un vicio procesal; y en el segundo, el fallo que se pronuncia es RES INTER ALIOS respecto de quienes no han sido parte en el juicio, por lo cual no cabe la posibilidad jurídica de que se viole su legítimo derecho a defenderse. (Casación Civil. Febrero 9 de 1953. Tomo LXXIV. Números 2124 y 2125)21, 1ª y 2ª

- 56 -

CAUSAL 6ª DE CASACION (Por ilegitimidad de la personería)

Al interpretar y aplicar la causal 6ª del artículo 520 del C. J., en lo que atañe a la nulidad por ilegitimidad de la personería, instituída en el numeral 2º del artículo 448 del mismo Código, ha dicho reiteradamente la Corte: "El derecho de accionar o de excepcionar con base en esta especie de nulidad por ilegitimidad de la personería, no co-

rresponde a cualquiera de los actores ni a cualquiera de los reos, sino privativamente a la parte mal representada, única en quien reside el interés legítimo para alegar la causal de invalidación, como tal o como motivo de casación". (Casación Civil. Marzo 12 de 1953. T. LXXIV. Número 2126)370, 2ª

- 57 -

CAUSAL 6ª DE CASACION (Por ilegitimidad de la personería)

La falta de personería reclamable en casación, bajo el patrocinio de la causal 6ª del artículo 520 del C. J., consiste en reconocer a alguna de las partes, o a sus representantes, una personería de que carecen, y no en que el Tribunal sentenciador estime que el actor no tiene la capacidad necesaria para comparecer en juicio, aunque con esa estimación infrinja la ley o incurra en error. Esta infracción no puede ser objeto del recurso por quebrantamiento de forma, en el que se aspira a la nulidad de lo actuado, y porque aquélla constituye un problema ajeno a la forma del procedimiento y entraña una cuestión que afecta directamente a la acción ejercitada, ya que la representación en estos eventos envuelve la calidad misma con que se reclama el derecho o pretende deducirse al demandado, cuestión de fondo que corresponde decidir en la sentencia definitiva. (Casación Civil. Abril 10 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)715, 1ª

-58 -

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Su comprobación en el proceso)

No es arbitraria la comprobación de una cualquiera de las circunstancias de mayor peligrosidad. El proceso debe contener los elementos de juicio que permitan al fallador

establecer que los hechos materiales o las condiciones del reo o la forma de su actividad, así como los motivos de su proceder, encajan en alguna de esas modalidades, que tienen el carácter de circunstancias de peligrosidad, y, por tanto, conllevan a la agravación de la responsabilidad, por la misma gravedad que encierran. (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)155, 2ª

- 59 -

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Los motivos innobles o fútiles)

La circunstancia de mayor peligrosidad que se sustenta en la motivación de un hecho por una causa fútil, indica que el sujeto criminal produce su acción llevado por un sentimiento sin importancia, nimio y sin valor, por lo mismo que su apreciación resulta excesiva para producir como consecuencia un delito de la categoría del homicidio o cualquiera otra infracción en donde prueba obrar el delincuente movido por cosa de tan poca entidad. Obrar así, no puede ser distinto de ejecutar el hecho de suerte que se manifieste de manera clara y patente la desproporción entre el acto cometido y la causa determinante que lo produce, haciendo resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el delito que se comete y la razón determinante de la conducta del agente, lo que implica que el móvil sea erigido de manera expresa por el Código como manifestación de la peligrosidad que exhibe quien actúa de tal modo. (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)157, 1ª

- 60 -

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS (El hecho negado como tal por el Jurado, no puede apreciarse como de peligrosidad)

La Corte ha mantenido la doctrina de que

si una circunstancia en la comisión del delito ha sido tenida como modificadora de la responsabilidad, el hecho de que el Jurado la niegue impide al Juez de derecho computarla a un título distinto, como agravante de la sanción. Es la identidad o coincidencia entre la circunstancia deducida por el aspecto de la mayor peligrosidad que implica, y la modalidad constitutiva de un elemento que da al hecho una más alta categoría en la escala penal, desligándolo del concepto de peligrosidad, para encajarlo en una calificación jurídica distinta, la que otorga especial relevancia a la doctrina, la cual no tendría idéntica aplicación, si aquella coincidencia o semejanza no se manifestara, porque entonces el principio de contradicción en que se funda la doctrina, para evitar que un mismo hecho se cargue doblemente a una misma persona, ya no tiene igual operancia, desde luego que si existen matices o modalidades que diferencian unas y otras circunstancias, nada impide que el Juez las considere y valore como elementos mensuradores de una mayor o menor responsabilidad, y, por ende, de una pena más grave o más atenuada. (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)159, 2ª y 160, 1ª

- 61 -

COLISION DE COMPETENCIA

La norma del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal hace referencia al conocimiento y fallo de varios delitos sometidos a diversas competencias, evento para el cual, la ley determina que debe conocer de la causa el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave. Esta norma, por regla general, es de aplicación preferente para aquellos delitos cuyo conocimiento está atribuido a distintas jerarquías, que deben ser fallados en un mismo proceso, como sería el caso de los delitos cuyo conocimiento sea de competencia del

Juez del Circuito y del Juez Superior (lesiones y homicidio), hipótesis en la cual el conocimiento y fallo del proceso estaría atribuido al Juez Superior, de acuerdo con la norma del artículo 50 citado.

Pero cuando no se trata de resolver una colisión de competencia de negocios sometidos a la jurisdicción de autoridades judiciales de distinta jerarquía, la norma de aplicación preferente es la del artículo 57 del estatuto procedimental, que fija la competencia por razón del territorio. (Casación Penal. Marzo 6 de 1953. T. LXXIV. Número 2126)442, 2ª

- 62 -

COLUSION (Cuándo ocurre este delito)

El estatuto represivo considera como hecho constitutivo del delito de colusión propiamente dicho, el caso de que el apoderado o consultor, mediante acuerdo con la parte contraria o en cualquier otra forma, sea infiel a sus deberes profesionales y comprometa la causa que se le hubiera confiado.

Sólo en este evento puede darse con toda propiedad el delito de colusión. En los demás hechos que el Código incluye dentro del capítulo respectivo bajo la denominación "De la colusión y otras infracciones cometidas por los apoderados y consejeros", no se configura puntualmente ese delito, y si se incluyeron en él, fue por la semejanza que guardan con esa infracción, por tratarse de actos contra la administración de justicia, relacionados con el ejercicio profesional de quienes actúan en los negocios judiciales como apoderados, defensores o consejeros. (Casación Penal. Febrero 17 de 1953. T. LXXIV. Nº 2127)777, 1ª

- 63 -

COMPETENCIA (de la justicia militar)

A partir del 1º de junio de 1951, por virtud del artículo 11 del Decreto 1231 del mismo año, a la justicia militar sólo se le dejó el conocimiento de los delitos que le atribuía el Código de Justicia Penal Militar y también el de aquellos procesos por infracciones distintas de las contempladas en ese Código, en que al entrar en vigencia tal Decreto ya se hubiera convocado Consejo Verbal de Guerra. (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) ...166, 1ª

- 64 -

COMPETENCIA (para conocer por razón del lugar en delito de abuso de confianza).

En varias oportunidades la Corte tiene sentado que cuando se ha recibido una cosa a título no traslativo de dominio, debe conocer del proceso penal que se adelante el Juez del lugar en donde la cosa o su valor debía entregarse, toda vez que las actividades anteriores son equívocas por lo menos en cuanto al ánimo de apropiación indebida de lo que se ha recibido. En cambio, en aquel lugar en que debe entregarse la cosa o su valor, según el caso, la intención adquiere realidad objetiva por la indebida apropiación de lo que no se ha recibido por título traslativo de dominio, que es lo que constituye el delito. (Casación Penal. Abril 10 de 1953. T. LXXIV. Nº 2127)763, 1ª

- 65 -

COMPETENCIA (para conocer de las excepciones propuestas en juicios por jurisdicción coactiva)

Para decidir si el conocimiento del inci-

dente de excepciones propuestas en un juicio por jurisdicción coactiva compete a la justicia ordinaria o a la de lo contencioso-administrativo, no basta tener en cuenta que el juicio se haya fundado en un fenecimiento sino que es necesario examinar también si se ha originado, no en el alcance o fenecimiento propiamente, sino en el contrato que le sirve de causa, porque como lo dijo la Corte en el fallo que decretó la inexecutable parcial de la Ley 67 de 1943, lo que "fija la competencia administrativa u ordinaria es el hecho de que la contención se origine o no en un acto de poder de la Administración", y también: "...el recaudo en los juicios por jurisdicción coactiva puede consistir en un acto de poder de la Administración, verbi gracia, un alcance o un reconocimiento; o en un acto de gestión de la misma Administración, verbi gracia, un contrato.

"En ambos casos las excepciones que se propogan en el juicio se dirigen a discutir la existencia y eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea, de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluirse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria". (G. J., Tomo LVII, pág. 342). (Negocios Generales. Enero 27 de 1953. T° LXXIV, Nos. 2124-2125) 249, 1ª

- 66 -

COMPETENCIA TERRITORIAL

De acuerdo con el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal si el lugar en que se cometió el delito fuere desconocido o se tratare de delito cometido en lugares distintos, prevendrá en el conocimiento el Juez

competente por razón de la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncia, o en el que primero se inicie la instrucción, y en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculcado. Conforme al artículo 55 de la misma obra, es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometió la infracción.

En el caso de autos no tiene aplicación el artículo 57 sino el 55, porque conforme a lo anteriormente expuesto, el lugar en que el hecho investigado tuvo su cumplimiento se halla determinado, porque el cheque de que se trata fue entregado en Garagoa y era allí donde el empleado de la Caja Agraria, Mesa Uribe, que lo recibió, debía verificar las operaciones necesarias para obtener el cobro, fin éste que era el que se proponía quien lo había consignado.

El hecho de que el inculcado intentara cobrar el cheque en Bogotá, si bien puede implicar una exteriorización del ilícito, no es menos cierto que esa exteriorización se hizo patente desde que dejó de consignarlo en las oficinas de la Caja en Garagoa, para ausentarse luego sin esperar siquiera a que le fuera resuelta la licencia que había solicitado. Además, el dinero o valor del cheque debía entregarse en Garagoa. (Casación Penal. Abril 28 de 1953. T. LXXIV, N° 2127) 787, 1ª

- 67 -

CONFESION

La confesión de un demandado no perjudica a los codemandados. (Casación Civil. Marzo 26 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) ... 710, 1ª

- 68 -

CONFESION (La confesión extrajudicial es prueba deficiente)

La confesión extrajudicial es prueba deficiente e incompleta, y su mayor poder demostrativo se radica exclusivamente en el que el Juez le otorgue; de esta suerte, no puede invocarse el error de derecho cuando se hace consistir en el uso por parte del sentenciador, de una amplia potestad legal cuyo resultado objetivo escapa, por otra parte a cualquier rectificación originada en persona diferente del propio juzgador. (Casación Civil. Abril 24 de 1953. T. LXXIV. N° 2127)

705, 1ª

- 69 -

CONSEJOS VERBALES DE GUERRA (Redacción de los cuestionarios en estos juicios)

De acuerdo con la ley militar de 1945 y con la posterior de 1950, los cuestionarios deben contener la especificación clara de los hechos imputados en la Resolución de convocatoria del Consejo Verbal de Guerra; y como tales hechos deben ser delitos y su existencia —conforme a la ley penal— les es dada por la de los elementos que los integran, síguese que no hay “especificación clara de los hechos” si en los cuestionarios no se enuncian tales elementos, o se enuncian parcial, confusa o ambiguamente, sin la observancia de la forma y expresión de la ley penal. Es ésta la deducción doctrinaria de las normas de los códigos militares citados (artículos 130, Ley 3ª de 1945, 398 y 426, Decreto 1125 de 1950). (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) 140, 2ª

- 70 -

CONSEJOS DE GUERRA VERBALES (Alcance de las atribuciones de los vocales)

Tanto la ley militar de 1945 (art. 131) como la de 1950 (artículo 426), fijan una pauta a la función de los vocales; de acuerdo con la primera, las respuestas deben concretarse a un “sí” o a un “no”, salvo el caso de que consideren distintas las circunstancias en que la infracción se ejecutó, y de acuerdo con la segunda, las respuestas no pueden comprender hechos distintos a los expresados en la convocatoria del Consejo, a menos que éste llegue a la conclusión de que fue otro el delito ejecutado, ocurrencia excepcional que obliga a absolver por el uno y a continuar el procedimiento por el otro (artículo 405). (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) 141, 1ª

- 71 -

CONSTRUCCION (Requisitos para que pueda modificarse el contrato de construcción)

Sea que las agregaciones o modificaciones en el plano primitivo tengan su origen en el propietario de la obra o en el empresario de construcción, éste, para reclamar aumento de precio, debe demostrar que se ajustó uno particular por dichas agregaciones o modificaciones. Cabe en la interpretación del precepto del artículo 2060 del C. C., el aforismo de que donde la ley no distingue, no le es dado al intérprete distinguir.

Puede suceder que en la ejecución del plano aparezca la necesidad urgente de modificarlo o revisarlo, a fin de hacerle una agregación importante para dar mayores seguridades a la construcción, ya porque así lo requieran los reglamentos municipales, ya

por simples motivos de orden estético o de comodidad. La ley, en tratándose de contratos de construcción en donde se ajustó un precio único por toda la obra, no prohíbe en forma absoluta una modificación del conve- nido inicialmente, sino que para su validez, exige una condición especial: una autoriza- ción expresa del comitente y acuerdo sobre el valor de la agregación o modificación. (Casación Civil. Febrero 26 de 1953. Tomo LXXIV. Nos. 2124-2125)78, 2^a

- 72 -

CONTRATOS (Excepción de incumpli- miento)

Las partes que celebran un contrato pue- den regular el orden en que deben cumplir sus correspondientes prestaciones. Así ocu- rre con frecuencia en la venta, en que el ven- dedor consiente en entregar la cosa el día mismo del contrato y da al comprador, én ocasiones, uno o varios plazos para el pago del precio. Del mismo modo, en el arrenda- miento de inmuebles, el arrendador entrega inmediatamente al arrendatario el disfrute de los bienes arrendados y las partes fijan las fechas periódicas en las que éste ha de cubrir su alquiler.

Pero si los contratantes no han determi- nado el orden de cumplimiento de sus obli- gaciones, este cumplimiento debe ser recí- proco y simultáneo. Según Pothier, "en los contratos sinalagmáticos se presume que cada uno sólo cumplirá su obligación en tan- to que la otra parte cumpla al mismo tiem- po la suya". Volviendo al ejemplo de la ven- ta, así si el vendedor no ha concedido un tér- mino para el pago del precio al adquirente, éste está obligado a pagar en el momento en que el vendedor le haga entrega de la cosa vendida.

Al tenor del artículo 1609 del C. C., "en los contratos bilaterales ninguno de los con- tratantes está en mora dejando de cumplir

lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o se allane a cumplirlo, en la for- ma y tiempo debidos".

Este artículo 1609 consagra en forma ex- presa y con el valor de regla general la co- nocida institución de la "exceptio non adim- pleti contractus". Tal excepción otorga, al decir de Enneccerus, "un verdadero derecho de retención a favor de uno de los contra- tantes hasta que el otro ejecute o se allane a ejecutar su prestación...". (Tomo II, Vol. 1º, pág. 134).

De todo lo dicho se concluye que el con- tratante que corre el riesgo de no obtener la prestación con que cuenta, no puede ser obli- gado a cumplir la suya. (Casación Civil. Febrero 26 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124- 2125)76, 1^a y 2^a

- 73 -

CONTRATOS (El Tribunal es soberano en la interpretación de los contratos)

La interpretación judicial de un contrato no viene a ser en definitiva sino una cues- tión de hecho, establecida a través de fac- tores, que a su vez, probatoriamente, deben estar demostrados en el juicio en que se de- bate, entre los contratantes, el sentido de aquél. De ahí que la interpretación hecha por un Tribunal, de un determinado contra- to, no pueda desestimarse en casación, sino cuando se alega un manifiesto error de he- cho, que ponga de presente la evidencia de una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los pactantes. De allí se origi- nan las reglas que gobiernan la soberanía de los Tribunales en la interpretación de los contratos, sujeta, para los efectos de la ca- sación, a que ella sea manifiestamente erró- nea en relación con los términos del conve- nio interpretado y con las pruebas allega- das al proceso; y la doctrina de que cuando una cláusula se presta o dá lugar a más de una interpretación, y el sentenciador acoge

una de ellas, no hay lugar a que se produzca el error evidente de que habla la ley, porque, por lo menos, existe la duda, circunstancia que aleja la condición de manifiesto del error en la interpretación. (Casación Civil. Marzo 6 de 1953. T. LXXIV. N° 2126).

320, 2ª

- 74 -

COSA JUZGADA

No toda decisión judicial es susceptible de conformar la cosa juzgada; ésta ha de referirse necesariamente a un fallo dictado en un litigio anterior y diferente, al cual pone término, y no a una resolución recaída en el propio pleito en que se alega, y en el que, por esto, no puede existir una sentencia definitiva que le haya puesto fin. Aún en el supuesto de existir una sentencia firme, o un auto interlocutorio con fuerza de tal, no se da la cosa juzgada si la ley ordena que se ventile por la vía ordinaria en el negocio decidido en una u otra resolución. En estos eventos no es posible hablar de cosa juzgada, porque el fallo o el auto pronunciado en tales circunstancias, no alcanza a tener esa fuerza, por disposición expresa de la ley. (Casación Civil. Marzo 12 de 1953. Tomo LXXIV. N° 2126).....371, 2ª

- 75 -

COSTAS (No pueden ser materia de debate en casación)

Ha sido doctrina invariable de la Corte no dar campo en casación a las cuestiones relacionadas con costas. Ha considerado la Corte que lo relacionado con costas es siempre cuestión adjetiva, y que son las cuestiones sustantivas las que obligan su atención y guían su competencia. (Casación Civil. Febrero 23 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) 48, 1ª

- 76 -

COSTAS

Lo relacionado con la condenación en costas no dá lugar a recurso de casación. (Casación Civil. Febrero 26 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125)79, 2ª

- 77 -

CULPA (de la víctima)

Cuando la culpa del demandado es consecuencia de un hecho culposo de la víctima, no hay lugar a responsabilidad alguna por parte de aquél, porque la imprudencia de la víctima, su culpa absorbe, por decirlo así, lo imputado al demandado. (Casación Civil. Marzo 25 de 1953. T. LXXIV. N° 2126).... 420, 2ª

- 78 -

CUESTIONARIO (La pauta para su formulación la determina el auto de proceder)

La pauta para la formulación del cuestionario la determina únicamente el auto de proceder. Es allí donde se señalan con la más rigurosa exactitud los hechos que constituyen el delito y se precisa la responsabilidad del procesado, cuidando de fijar aquellas modalidades específicas de su delincuencia que puedan influir en la misma para hacerla más o menos grave, según los factores y circunstancias que hayan podido obrar en la conducta del agente para precipitarlo al delito.

La ley reconoce una causal de casación —la tercera del Código Procesal Penal— cuando la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, porque éste y aquélla deben guardar total armonía, desde luego que en los negocios en que interviene el tribunal popular el fallo se dicta con sujeción a la respuesta de éste. Lo mismo que la doc-

trina admite la presencia de una informalidad sustancial, que eleva a la categoría de vicio constitucional, la circunstancia de que se omita o extralimite lo que en el cuestionario debe considerarse como hechos sustanciales reconocidos en el auto de proceder. (Casación Penal. Febrero 13 de 1953. Tomo LXXIV. Nos. 2124-2125).....218, 1ª

— D —

- 79 -

DELITOS OFICIALES O DE RESPONSABILIDAD (Requisitos para que se configure una infracción de esta clase)

El artículo 20 de la Constitución, precisa y distingue entre las causas que dan lugar a exigir responsabilidad a los particulares y las causas que permiten deducir responsabilidad a los funcionarios, por hechos constitutivos de delito. Para los primeros establece que sólo son responsables por infracción de la Constitución y de las leyes; para los segundos, exige responsabilidad por las mismas causas que a los particulares y, además, por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de ellas.

En otros términos: una es la responsabilidad del funcionario público cuando actúa en la realización del hecho punible como simple particular, y otra muy distinta cuando, obrando en su carácter oficial, la responsabilidad penal emana de extralimitación de funciones o de omisión en el ejercicio de las mismas. En el primer caso las causas de responsabilidad son idénticas a las que comprenden a los particulares; en el segundo, son otras distintas, pues se refieren exclusivamente a los funcionarios cuando actúan en ejercicio de sus funciones y se extralimitan en éstas u omiten las que legalmente les corresponden.

De lo anterior se deduce, con absoluta claridad, que la Carta estableció motivos de res-

pensabilidad penal por hechos que pueden cometer los particulares o los funcionarios públicos cuando obran en su carácter particular; y motivos de responsabilidad por hechos violatorios de la Constitución y de las leyes, que sólo pueden cometer los funcionarios públicos, cuando proceden extralimitando sus funciones u omitiendo las que les asigna la ley. Las primeras han recibido la denominación genérica de delitos comunes; las segundas, la de delitos oficiales o de responsabilidad. (Casación Penal. Abril 28 de 1953. T. LXXIV. N° 2127).....782, 1ª y 2ª

- 80 -

DEMANDA (Enunciación de los hechos de la)

La enunciación de los hechos en que se apoya la demanda, no solamente constituye una exigencia imperativa a cargo de quien ocurre ante los tribunales en demanda de justicia, conforme a los preceptos de los artículos 205 y 737 del C. J., sino que la afirmación de los mismos por el demandante, en lo que pueda perjudicarlo, o su aceptación por el demandado, en la contestación de la demanda, en los mismos términos, implican otras tantas confesiones, siempre que los hechos en cuestión sean legalmente demostrables por ese medio probatorio. (Casación Civil. Marzo 12 de 1953. T. LXXIV. Número 2126)376; 1ª

- 81 -

DEMANDA (Error en la invocación de disposiciones legales aplicables)

Una desacertada invocación de la ley por parte del actor, no puede llevar al desconocimiento del derecho de éste, máxime si se tiene en cuenta que es el fallador quien aplica esa ley, buscando la congruencia de ella frente a lo claramente pedido en la deman-

da y en los hechos de ésta. (Casación Civil. Marzo 16 de 1953. T. LXXIV. N° 2126) 385, 2ª

- 82 -

DENUNCIA CRIMINAL (Caso en que no se puede calificar de temeraria)

Al examinar el contenido del proceso, a primera vista y sin la producción de las pruebas que explican la conducta del Juez sindicado, se palpa la falsa impresión de que los cargos imputados carecen de explicación. Y si ello es así, la denuncia no puede calificarse como temeraria ni presentada con el ánimo esencialmente doloso de sindicarse a una persona como autor de un hecho punible que no había tenido existencia y en estas condiciones, no hay base legal para ordenar la investigación de ese hecho. (Casación Penal. Abril 7 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) 760, 2ª y 761, 1ª

- 83 -

DENUNCIA DEL PLEITO (Sus efectos)

La denuncia del pleito, aún siendo admitida, no cambia o modifica el **ámbito objetivo** de la controversia, que sigue desarrollándose de acuerdo con las peticiones iniciales del libelo.

Dentro de estos alcances de la litis, la denuncia apenas tiende a que se llame al juicio a quien debe responder de la evicción, en los casos especialmente previstos por el Código Civil; pero siendo de anotar que con ese llamamiento no se hace forzoso para el denunciado comparecer al juicio, puesto que si no comparece —dice el artículo 1899 de dicho Código— “será responsable de la evicción...”. Y el artículo 1901 agrega: “Si el vendedor comparece, se seguirá contra él solo la demanda, pero el comprador podrá

siempre intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos”. (Negocios Generales. Marzo 7 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 475, 1ª y 2ª

- 84 -

DERECHO ADQUIRIDO

Para que exista un derecho adquirido, se necesita que haya ingresado al patrimonio de una persona, estableciendo una situación jurídica concreta cuyos efectos tengan un significado económico o simplemente moral. Así el dominio sobre una cosa o la filiación que se adquieren en virtud de norma legal vigente. La ley posterior no puede entonces desconocer ni vulnerar ese derecho, sin producir efectos retroactivos que el precepto constitucional rechaza.

Mas nadie tiene derecho adquirido a no suministrar alimentos a quienes en virtud de la ley actual no disfruten de la calidad legal de herederos forzosos pero la adquirieron por mandato de ley vigente al momento de fallecer éste. En ninguno de estos casos existe situación jurídica concreta que pueda ser oponible a la nueva ley que le otorgue la calidad de alimentario a persona que antes carecía de ella, o que permita obtener judicialmente la declaración de una filiación que en el pasado no podía investigarse, o que le dé el carácter de heredero forzoso a quien hasta entonces no gozaba de ese privilegio. Los efectos de tales leyes son generales e inmediatos.

En estos ejemplos la nueva ley se halla al nacer, frente a situaciones de hecho puras y simples, o, cuando mucho, frente a la mera expectativa de que no se modifique la situación existente antes de ella; pero no se encuentra en presencia de derechos adquiridos. (Casación Civil. Abril 15 de 1953. Tomo LXXIV. N° 2127) 646, 1ª

- 85 -

DERECHO DE HERENCIA (Duración de la existencia de este derecho)

Es necesario recordar que el artículo 1401 del C. C., establece el importante principio de la retroactividad de la partición, o sea que el adjudicatario se presume haber sucedido "inmediata y exclusivamente al difunto", y no haber tenido nunca parte alguna en los bienes que no se le adjudicaron; de forma que el derecho de herencia sólo existe en el interregno que media entre la muerte del *de cuius* y el acto de la partición; consumada ésta, desaparece para dar lugar a un dominio continuo de causante a causahabiente.

De derecho hereditario puede hablarse mientras no se haya adjudicado el bien de que se trata; ya adjudicado, el fenómeno de la retroactividad borra el derecho hereditario, para que nadie vea cosa distinta de un derecho de dominio sin interrupción entre el difunto y sus sucesores adjudicatarios. (Casación Civil. Abril 21 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) 690, 1ª

- 86 -

DESISTIMIENTO (de un recurso)

El desistimiento como acto procesal obedece o se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para proseguir o terminar el juicio, y si por otra parte, el procesado es la única persona a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad para desistir de la apelación y aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual interpuso el recurso. (Casación Penal. Marzo 18 de 1953 T. LXXIV. N° 2126) 461, 2ª

- 87 -

DETENCION ARBITRARIA (elementos)

Los elementos del delito de detención arbitraria son tres: a) que se prive a una persona de su libertad; b) que el autor del hecho sea empleado o funcionario público; c) que la detención sea abusiva, esto es, fuéa de las prescripciones de la ley en el particular. (Casación Penal. Marzo 3 de 1953. T° LXXIV. N° 2126) 440, 1ª

- 88 -

DOCUMENTOS

De conformidad con el artículo 1775 del C. C., lo simplemente enunciativo de un documento no tiene fuerza legal como prueba, sino entre partes, y en consonancia con hechos que tengan relación directa con lo dispositivo del acto o contrato, no con hechos extraños. (Casación Civil. Marzo 16 de 1953) T. LXXIV. N° 2126) 384, 1ª

- 89 -

DOCUMENTO PRIVADO (su valor probatorio)

El instrumento privado no tiene mérito de prueba por sí solo, con excepción de los instrumentos negociables, según el artículo 4° de la Ley 46 de 1923, y solamente lo adquiere con la fuerza de la confesión judicial cuando ha sido legalmente registrado o reconocido, expresa o tácitamente, por la persona obligada y en las condiciones señaladas por la ley. Importan estas nociones por el fenómeno que se opera en los casos de impugnación judicial de un instrumento privado, que al ser impugnado por la parte contra quien se exhibe, queda desnudo de toda fuerza demostrativa, y obligado quien lo aduce o presenta, que es quien afirma su au-

tenticidad, a demostrarla. No acontece esto mismo cuando la impugnación se refiere a un instrumento público, porque hay entonces en favor de él una presunción legal de autenticidad, que debe destruir quien la ataca, y que no ampara a los instrumentos privados, de modo que quien los impugna no echa sobre sí obligación ninguna. (Casación Civil. Marzo 6 de 1953. T. LXXIV. N° 2126).

322, 2ª y 323, 1ª

- 90 -

DOCUMENTOS PUBLICOS (Cómo deben ser presentados en juicio)

Se ha hecho una interpretación cerrada y excluyente del artículo 636 del C. J., diciendo que los documentos públicos no pueden ser admitidos como pruebas si dentro de los términos probatorios no han sido allegados al proceso en la forma prevenida en este precepto. Pero no se para mientes en el contrasentido que encierra la afirmación excluyente, pues el mismo artículo enseña que si los documentos se presentan con la demanda, o con la contestación de la misma, o con los escritos de excepciones, o sea, en ocurrencias en que las partes los allegan directamente, sí pueden ser aceptados, pero que si se trata de agregarlos al expediente dentro de los términos probatorios no pueden serlo si las partes los presentan en forma directa. Es más, si un documento público se presenta en inspecciones u otras diligencias por el interesado, tiene mérito probatorio (artículo 597, ordinal 2º, del C. J.), pero si ese mismo documento lo agrega el interesado dentro del tiempo de pruebas, no tiene eficacia ninguna, puesto que no puede ser admitido. (Negocios Generales. Abril 17 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) 795, 1ª y 2ª

- 91 -

DONACIONES (Para que la donación en favor de un menor sea válida y se considere legalmente aceptada, es suficiente el consentimiento de un ascendiente legítimo)

Los menores de edad no pueden aceptar por sí mismos, ni por personas distintas de sus representantes legales o con el consentimiento de éstos; pero, al mismo tiempo, sus representantes legales no pueden repudiar la asignación a título universal o de bienes raíces o de muebles que valgan más de mil pesos, que se hiciera a los menores, sino con autorización judicial y conocimiento de causa.

Al aplicar estas normas a la donación, resulta que la que se haga a favor de menores, debe ser aceptada o consentida por sus repudiarla sino mediante autorización judicial y con conocimiento de causa. Es muy importante observar que no es necesario que el representante legal acepte la donación, herencia o legado, pues basta con que **CONSENTA EN ELLO**.

Para el caso especial de las donaciones, el inciso segundo del artículo 1468 del C. C., consagra una clase sui generis de representantes del donatario, con facultad para aceptar para éstos: los ascendientes o descendientes legítimos. Armonizando esta disposición con el artículo 1282 del C. C., se advierte que es suficiente el consentimiento de un ascendiente legítimo para que la donación en favor del menor sea válida y se considere legalmente aceptada. (Casación Civil. Marzo 2 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) . . . 293, 1ª

— E —

-92 -

EMBARGO (Naturaleza jurídica del que se decreta dentro de un proceso penal)

El embargo que conforme al artículo 128 del Código de Procedimiento Penal debe de-

cretar el Juez en este proceso y que se puede llamar de orden público, no es el común a que apelan los ciudadanos para salvaguardar los intereses privados; es el establecido por el Estado como garantía social y defensa de los altos intereses de la comunidad; es medio de asegurar el resarcimiento de perjuicios a que el propio Estado aspira, en beneficio de la víctima. Sabía el legislador que, por lo general, el delincuente no ahorra medios de sustraer sus bienes al cumplimiento de la obligación de indemnizar, y quiso evitar con el embargo ese peligro. Por éso, para que esa medida precautelativa cumpla el fin a que fue destinada — el de hacer efectiva la sanción pecunaria— debe estar rodeada de toda clase de garantías. Así, toda vez que se burla ese embargo de orden público, la ley ha de salir en su defensa para garantizarlo y hacerlo respetar. Burlarlo es un fraude a la ley, que la justicia debe sancionar. (Casación Civil. Febrero 27 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 98, 1ª y 2ª

- 93 -

ERROR DE DERECHO (En apreciación de testimonios)

El cargo por error de derecho tendría alguna base si el Tribunal hubiera dado a las declaraciones un valor distinto del que la ley atribuye; pero el sentenciador guardó silencio sobre las mismas, apenas las mencionó en forma general, sin puntualizar los hechos a que cada testigo se refiere, y sin establecer, según las reglas dadas por el artículo 702 del C. J., cuáles tienen mayor mérito probatorio, ya que los testigos de cada parte deponen en favor de las pretensiones de quien los llamó a declarar. El silencio de la sentencia sobre las pruebas podría servir de base para demostrar un error de hecho por falta de apreciación de las mismas, que conduciría necesariamente a la violación de ley sustantiva, acusación que no se le hizo a

la sentencia. (Casación Civil. Marzo 26 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 709, 1ª

- 94 -

ERROR DE HECHO (No es por sí causal de casación)

El error de hecho o de derecho, aún en el caso de que se demuestre, no es por sí causal de casación. El motivo a que se refiere el numeral 1º del artículo 520 del C. J., es el de violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse como consecuencia de alguno de esos errores. (Casación Civil. Febrero 25 de 1953. T. LXXIV. 2124 y 2125) 63, 2ª

- 95 -

ERROR DE HECHO (No es por sí causal de te es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa)

Cuando existe duda acerca de una cuestión de hecho, originada en las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurre en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, al aceptar una de ellas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente, es indispensable que esa cuestión de hecho no sea dudosa. (Casación Civil. Marzo 6 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 320, 2ª y 321, 1ª

- 96 -

ERROR DE HECHO

La simple disparidad de criterios entre el recurrente y el sentenciador, no es motivo suficiente para casar la sentencia por error de hecho manifiesto. (Casación Civil. Marzo 6 de 1953. Tomo LXXIV. Número 2126) 321, 1ª

- 97 -

ERROR DE HECHO

El error de hecho en la apreciación de la prueba, no sólo requiere una afirmación o negación del Tribunal, sino que ésta se halle contradicha por otras pruebas de mayor fuerza, o que de la misma prueba determinada surja de modo incontestable el error de aquél. (Casación Civil. Marzo 6 de 1953. T. LXXIV. Número 2126)321, 1ª

- 98 -

ERROR DE HECHO (Cuándo da lugar a la casación de la sentencia)

Para que exista un error manifiesto de hecho, eficaz en casación, no es suficiente que el sentenciador se haya abstenido de considerar alguna prueba. Lo fundamental, y que el recurrente debe demostrar en su demanda, es que de esas pruebas aparezca en forma evidente y clara la existencia del hecho que se necesitaba establecer y que, así demostrado, conduzca necesariamente a obtener conclusiones distintas de las contenidas en la parte resolutive de la sentencia. (Casación Civil. Marzo 9 de 1953. T. LXXIV. Número 2126)345, 1ª

- 99 -

ERROR DE HECHO (En la apreciación de indicios)

Para que exista error evidente de hecho en la apreciación de indicios, se necesita que todos ellos, aisladamente considerados, se encuentren plenamente establecidos; y que del conjunto de ellos, por reunir las condiciones de ser claros, precisos y concordantes, se deduzca en forma manifiesta y evidente, el hecho indicado. El juzgador tiene libertad suficiente para apreciar esta prueba, y, co-

mo ha dicho la Corte: "Siendo la apreciación una operación mental encomendada al criterio personal del fallador, en la cual juega papel preponderante el criterio subjetivo de éste, la Corte no puede desestimar la valoración de esa prueba, ni sustituir el criterio subjetivo del fallador de instancia, sino cuando el demandante demuestra que se ha incurrido en error evidente en la apreciación de los hechos". (Casación de 10 de marzo de 1948 y de 16 de junio de 1950; G. J., número 2083-2084, pág. 521). (Casación Civil. Marzo 9 de 1953. T. LXXIV. Número 2126).

347, 2ª

- 100 -

ESTADO CIVIL (Los derechos y obligaciones anexos al estado civil frente al futuro tienen el carácter de simples expectativas)

Los derechos y obligaciones anexos al estado civil pueden ser mejorados o disminuídos por la ley nueva, sin que sea dable alegar su inalterabilidad. Si bien es cierto que el estado civil constituye una situación jurídica adquirida, en cambio tales derechos y obligaciones representan derechos adquiridos, únicamente cuando se han traducido en actos válidamente consumados bajo el imperio de la ley vigente. Frente al futuro, tienen el carácter de simples expectativas. (Casación Civil. Abril 15 de 1953. T. LXXIV. Número 2127).647, 1ª

- 101 -

ESTADO CIVIL (Constituído bajo el imperio de una ley, no desaparece porque una posterior la derogue)

En materia probatoria de estado civil rige la ley vigente al tiempo del juicio en cuanto consagra nuevos medios, y la anterior sólo en lo atañadero a la validez de los medios de prueba que al tenor de ella eran admisibles y que la nueva ley suprimió, pues el estado

civil constituído bajo el imperio de una ley no desaparece aun cuando otra posterior la derogue. (Casación Civil. Abril 15 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)659, 2ª

-102 -

ESTAFA (Cuál es el error que se requiere para que se configure este delito)

Como lo ha dicho la Corte, "para que haya estafa no basta cualquier clase de error, sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víctima, de tal suerte que sin él, ella no hubiera entregado la cosa. El error se confunde en este caso con el móvil determinante de la voluntad, con el factor animador y propulsor del acto jurídico. De no haber mediado el error, el despojo de la víctima no se hubiera producido. Si la entrega la hizo por simple torpeza, la estafa desaparece". (G. J., T. LXV, pág. 82). (Casación Penal. Enero 16 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)126, 2ª

- 103 -

ESTAFA (De qué clase debe ser el engaño para que se consume este delito)

Jurídicamente no existe diferencia entre el dolo civil y el dolo penal; todo engaño es de la misma esencia y se confunde con el dolo penal, pues no se concibe un engaño que tenga capacidad para producir la nulidad de un contrato y la obligación de reparar los daños y perjuicios civiles consiguientes, que no dé lugar al mismo tiempo a la acción penal por el delito de estafa.

Si el engaño ha sido la causa que ha hecho caer en error a una persona, causándole un perjuicio grande o pequeño, en beneficio del agente o de un tercero, existe el dolo criminal y consecuentemente el delito de estafa.

Es evidente que la tesis de que basta la simple mentira del estafador para que se cumpla uno de los presupuestos del delito, es también peligrosa y exagerada, pues si así fuera, la casi totalidad de las relaciones contractuales degeneraría en delitos de estafa, ya que en casi todas ellas media una especie de embuste y ponderación de parte de alguno de los contratantes. La tesis que se acomoda a nuestro derecho penal sustantivo, para determinar cuándo el artificio o engaño tiene capacidad para producir el dolo de la estafa, es la que precisa el Procurador Delegado en lo Penal, en el siguiente aparte:

"En tal virtud, en esta materia, es preciso acogerse a los principios de la doctrina moderna, más acorde con la defensa social y con la peligrosidad del delincuente, conforme a la cual el ARDID debe consistir en el despliegue intencional de alguna actividad, de alguna manifestación externa, cuyo efecto sea el de hacer aparecer a los ojos de la víctima una situación falsa que le vicia el consentimiento y la determina a entregar voluntariamente la cosa. Ni simple mentira, ni artificio de complicada magnitud son entonces indispensables para configurar la estafa.

"Esto se deduce también de los precisos términos del artículo 408 de nuestro Código, al exigir como medios empleados por el estafador los 'artificios' o los 'engaños' como resortes creadores del error del lesionado. No otra cosa quiere decir la expresión legal 'inducir en error'. Por consiguiente, si el perjudicado simplemente creyó en las meras palabras mentirosas del timador, sólo debe quejarse de su ingenuidad, y no de estafa; pero si fue ENGAÑADO a pesar de su prudencia, por virtud de las actividades del agente, el hecho entra ya en los dominios del derecho penal". (Casación Penal. Enero 16 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125).

128, 1ª y 2ª

— F —

- 104 -

FACTOR (No pierde su calidad porque no se le confiera el poder especial regulado por el art. 453 del C. de Co.)

El mandato comercial, al igual que el civil, no es de suyo un contrato solemne sino eminentemente consensual, que inclusive se perfecciona aún por la aquiescencia tácita de una persona, a la gestión de sus negocios por otra, según lo enseña el artículo 2149 del Código Civil, aplicable a toda clase de mandato. En consecuencia, el factor, que es un verdadero mandatario del dueño del establecimiento mercantil o fabril cuya administración se le encomienda, no pierde su calidad de tal por el hecho de que no se le confiera el poder especial de que habla el artículo 453 del Código de Comercio, pues entonces goza de la integridad de las facultades que le otorga el artículo 454. *ibidem*. (Casación Civil. Febrero 25 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 62, 2º

- 105 -

FALSEDAD

La falsedad punible implica una alteración consciente de la verdad, en orden a crear un juicio equivocado sobre un hecho concreto. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad.

El artículo 231, numeral 4º, del estatuto represivo consagra como delito de falsedad la actuación del funcionario o empleado público, que, con abuso de sus funciones y en relación con escrituras y documentos públicos, falta "a la verdad de los hechos".

En esta hipótesis, el funcionario o empleado consigna hechos a sabiendas que no corresponden a la realidad, de tal suerte que hay una clara discrepancia entre lo que él

conoce y lo que afirma en el documento. Es una especie de desfiguración de los hechos para presentar las cosas con aspecto de verdad, y eso hace más pérfido al responsable, pues trata de guardar las apariencias, pero para traicionar, en el fondo, el alcance de la prueba y la apreciación de la misma. (Casación Penal. Febrero 6 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 200, 1º

- 106 -

FALSEDAD (Prescripción de la acción correspondiente)

Si como dicen Planiol y Ripert, "el plazo para la prescripción debe ser un término útil en cuanto al ejercicio de la acción", en tratándose de la prescripción de la acción de falsedad, no puede comenzarse a contar, estrictamente, sino desde que se notifica al interesado la demanda a través de la cual se hace valer el documento tachado de falso. Pero tomando, como debe tomarse, la palabra demanda o acción en un sentido amplio, el término debe computarse desde cuando el titular del instrumento pretende hacerlo valer en acción ante las autoridades. No puede contarse el tiempo corrido con anterioridad, porque mal puede exigirse a quien puede considerarse como contraparte que contradiga un título o instrumento que no se le ha presentado para deducir de él las consecuencias legales; pero ya desde entonces debe correr en su contra, pues si no lo contradice, es porque tácitamente acepta su autenticidad.

Por consiguiente, no basta la publicidad del registro civil, ni menos la del registro administrativo de que habla la Ley 56 de 1905, para que comience a contarse el plazo de la prescripción, como que no basta el conocimiento presunto que los dichos registros determinan para reputar que el interesado abandonó su derecho, sino que se requiere

un conocimiento real y objetivo, que debe aparecer debidamente acreditado. La publicidad por medio de los memorados registros no tiene ni puede tener ese alcance, sino el que limitadamente se deduce de los fines a que tales instituciones se hallan destinadas. Diciendo de otro modo lo ya anteriormente expuesto, el tiempo de la prescripción, en tratándose de la acción de falsedad de un instrumento, no puede comenzar a contarse sino desde el momento en que el derecho es atacado y no antes, vale decir, desde que surge un peligro o amenaza para él; no antes, porque hasta ese momento no tiene el presunto opositor de qué defenderse; pero no después, porque ya dependería de su voluntad o de su inercia o negligencia tener que llevar a término estipulaciones que no ha hecho.

Quando un documento obra en juicio y la contraparte se calla, se presume auténtico o legítimo, porque precisamente se ha presentado para deducir de él consecuencias legales en concreto, frente al obligado, y es natural suponer que si no lo objeta o lo redarguye de falso, es porque tácitamente acepta su legitimidad; pero presumir lo mismo de una inscripción en un registro, es salirse de los linderos que la lógica y la naturaleza de las obligaciones decide a tener por aceptables. (Negocios Generales. Septiembre 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 501, 2ª

- 107 -

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS

En el caso contemplado por el artículo 231 del Código Penal, el sujeto activo de la infracción es un funcionario o empleado público y comete el hecho constitutivo de la falsedad en documentos en ejercicio de sus funciones y con abuso de éstas, respecto de aquellas escrituras que de acuerdo con la ley está encargado de autorizar con su firma. Por

esto, no es posible separar el hecho que constituye la falsedad, de la función que ejerce el agente, viniendo a ser esta función uno de los presupuestos de esa modalidad especial de la falsificación documentaria, lo cual excluye, al mismo tiempo, el concurso formal o ideal de delitos: falsedad en documentos y, al mismo tiempo, un delito de responsabilidad. (Casación Penal. Abril 28 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 782, 1ª

- 108 -

FERROCARRILES (El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales goza, para los efectos judiciales y administrativos de todos los privilegios que la ley consagra a favor de la Nación)

De acuerdo con los artículos 3º de la Ley 83 de 1935 y 1º del Decreto N° 2645 de 1943, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales goza, para los efectos judiciales y administrativos, de todos los privilegios consagrados por la ley a favor de la Nación, de lo cual se deduce lógicamente que de los negocios en que es parte dicho Consejo deben conocer en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, al tenor de lo dispuesto por el inciso 1º del artículo 76 del Código Judicial, y, además, que tales negocios deben ser fallados por todos los Magistrados de la Sala Civil, cuando el respectivo Tribunal se halle dividido en dos Salas, o por la totalidad de los Magistrados que integran el Tribunal, en caso de no existir aquella división. (Negocios Generales. Abril 16 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 792, 1ª y 2ª

- 109 -

FILIACION NATURAL (Posesión notoria del estado de hijo)

Los artículos 4º, numeral 5º, de la Ley 45

de 1936; 6° y 7° de la misma ley y 398 y 399 del Código Civil son las disposiciones legales que delinear la posesión notoria del estado civil de un hijo natural, y de acuerdo con ellas, esa posesión quedará estructurada, tornándose en realidad jurídica, mediante el cumplimiento estricto de las condiciones que se van a enunciar. Y se dice cumplimiento estricto, porque, como lo ha expresado la Corte, la ley sobre filiación natural contiene una reglamentación especial, propia, rígida y exclusiva, de sistematización restrictiva (G. J., Tomo LXI, pág. 86; y Tomo LXIV, pág. 370), sin duda porque se trata de una cuestión, más que de interés privado, de orden público, como es todo aquello que versa sobre el estado civil de las personas y sobre organización de la familia.

Esas condiciones, de acuerdo con los textos legales citados, se refieren: al tiempo, al espacio, al tratamiento, a la reputación, a la fama pública y a la prueba.

a) TIEMPO: el tiempo, que es de diez años continuos por lo menos, mira hacia atrás desde que se le afirme, y cubre todos los componentes de la posesión notoria: tratamiento, fama, reputación, pruebas, etc. El tiempo es requisito esencial para el caso, pues sin él la posesión notoria no tendría existencia. Si el presunto hijo, pongamos por caso, no vivió sino dos o tres años, ya no sería posible que la declaración judicial sobre paternidad natural se pudiera localizar dentro del numeral 5° del artículo 4° de la Ley 45 de 1936, según enunciación de atrás. Y de la misma manera, si el presunto padre muere después de nacer el hijo presunto, o se ausenta en forma definitiva, tampoco se podría colocar el caso dentro de ese numeral 5°.

b) ESPACIO: cabe bien considerar que la posesión notoria se debe desarrollar como en un escenario en que figuren los presuntos

padre e hijo, en calidad de personajes actuantes, y figuren como espectadores los parientes, los amigos y el vecindario en general. Si uno de los personajes faltare, la posesión notoria no operaría, y los espectadores no tendrían misión. La posesión notoria dice relación entonces a un sitio, a un poblado, a un ámbito limitado donde han de actuar los personajes y los espectadores, ámbito a que precisamente se refiere la ley al hablar del vecindario, que según definición, es "número de vecinos que habitan un pueblo". Como en el caso del tiempo, este elemento espacio es esencial, pues si los presuntos padre e hijo no actúan en un lugar determinado, los espectadores, que han de ser los testigos de la vida familiar de aquéllos, ya no podrían dar razón de ella. Si el presunto hijo natural viviera en una parte, y, en forma permanente, el presunto padre tuviera su domicilio en otra, sin que ni el primero ni el segundo concurrieran a sus respectivos vecindarios, de manera que existiera imposibilidad física para cumplirse los requisitos de la posesión notoria, ni habría personajes en el escenario, ni habría espectadores. No se puede olvidar que la ley habla de "vecindario del domicilio en general".

c) TRATAMIENTO: tratamiento, en el presente caso es contacto o entendimiento entre los presuntos padre e hijo, y ese tratamiento debe ser observado por los parientes, por los amigos y por el vecindario en general, hasta formar convicción de él sobre el parentesco, a virtud de hechos, no esporádicos y aislados, sino de carácter permanente, en serie-continua, tales como suministros por alimentación, por educación, por vestido, por diarias necesidades a que un padre acude en favor de su hijo. De esta suerte, para que el tratamiento pueda realizarse y para que la convicción de parientes, amigos y vecinos verse sobre una realidad observada y vivida, es preciso que los personajes en juego estén

presentes y que la observación cubra un periodo de diez años. Por eso se ha dicho que los elementos tiempo y espacio son esenciales en el caso que se estudia. “Los actos del padre —sentó la Corte— consistentes en proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del que se pretende hijo natural, deben ser permanentes y regulares, y además, ostensibles y públicos siempre, porque ése es el medio indicativo que hace que los deudos, amigos y el vecindario en general reputen, por esa serie de hechos, que el padre trata al hijo como tal”. (G. J., números 2001-2005, pág. 205).

d) **REPUTACION**: es el concepto que los amigos, los parientes y el vecindario se han formado por los canales del tratamiento, es decir, por la observación de actos repetidos que afirman los vínculos familiares sin lugar a dudas. Dijo la Corte: “Pero la ley no sólo fija el modo preciso por el cual ha debido formarse la fama o reputación de que se trata, sino que además regula ese vínculo del conocimiento determinando las circunstancias constitutivas del tratamiento paternal, cuya naturaleza y juicio no deja a la libre elección de quienes forman el ambiente social; éste, según la norma dicha, no debe tener como tratamiento apto para los fines en referencia sino los actos del padre tendientes a proveer a la educación, subsistencia y establecimiento del hijo”. (G. J., números 2057-2058, pág. 690).

e) **FAMA**: ésta es opinión pública que se tiene de alguna cosa. Cuando ya los vecinos, parientes y amigos llegan al convencimiento del parentesco, por observación de actos repetidos y de hechos indudables, el ambiente local se va saturando, por decirlo así, de un concepto o convicción, y se dice entonces que la fama vuela. Pero sobre la fama hay dos clases de testigos: unos que la pueden afirmar porque a la vez observaron los hechos

sobre el tratamiento y formaron convicción sobre el caso, y otros testigos que sólo pueden afirmar la fama en sí, es decir, lo que han oído decir como concepto público. A éstos se refiere el artículo 698 del C. J., pero es claro que la sola afirmación de fama no valdría por sí sola para establecer la posesión notoria.

f) **PRUEBAS**: el tratamiento, que forma la reputación y que lleva a la fama, tiene que ser establecido por modo irrefragable, dice la ley, y por un conjunto de testimonios fidedignos, dice la misma ley. Irrefragable, es decir, que no deja la menor duda, que no admite ni objeciones, ni vacilaciones. Y como esto toca al Juez apreciarlo y decidirlo, ante él deben presentarse los hechos de manera luminosa, por decirlo así. Y habla la ley de un conjunto de declaraciones fidedignas. Conjunto es exigencia especial para el caso, porque a la comprobación de los hechos deben acudir parientes, amigos, todos los vecinos que hayan conocido esos hechos por propia percepción y no por informaciones extrañas. Además, se trata de evitar sorpresas en caso tan grave, dice el comentarista señor Fernando Vélez. Las otras personas podrán declarar sobre la fama pública, haciéndose eco de una verdad ambiente, pero que por sí sola no valdría para establecer la posesión notoria, como ya se dijo. Mas, en todo caso, sobre hechos deben versar las declaraciones, y sobre hechos constantes, no aislados, observados durante diez años continuos.

A estas condiciones debe, pues, amoldarse un caso sobre posesión notoria del estado civil de un hijo natural; y si del expediente ellas no resultaren establecidas, no podrá el Juez declarar el parentesco de que la demanda trata. (Casación Civil. Febrero 26 de 1953. Tomo LXXIV. Números 2124 y 2125)

- 110 -

FILIACION NATURAL (Cuando la acción se ejercita después de muerto el presunto padre, no es necesario dirigirla contra todos los herederos)

La sentencia declarativa de una filiación natural, dictada en juicio seguido contra los herederos, como continuadores de la personalidad jurídica del causante, no produce efectos erga omnes sino que apenas hace tránsito a cosa juzgada en relación con las personas que fueron partes en el litigio. De consiguiente, a los herederos no traídos al pleito no les perjudica la sentencia y la actuación no puede devenir nula como consecuencia de su ausencia, pues con los herederos citados personalmente como tales se trabó la controversia legítimamente. Estos no representan a nadie distinto de sí mismos, por lo cual no puede darse —con fundamento en el hecho apuntado— la ilegitimidad de personería consistente en indebida representación que consagra el numeral 2º del artículo 448 del C. J., como causal de nulidad para todos los juicios.

Quando una acción perjudica o puede perjudicar el patrimonio herencial, es claro que entonces precisa demandar a todos los herederos, como representantes que conjuntamente son de la sucesión, a fin de que la personería de la parte demandada quede debidamente integrada; pero tal cosa no ocurre con la acción de filiación, pues con ésta, cuando prospera, quien resulta lesionado personalmente es el demandado que viene a ser desplazado de la herencia por el actor o a concurrir en ella con éste, sufriendo sólo aquél particularmente las consecuencias patrimoniales de la acción. El patrimonio hereditario en nada se afecta, por lo cual se comprende que es extraña y ningún papel juega aquí la jurisprudencia de la Corte, que enseña que cuando se demanda a la sucesión,

la parte demandada tiene que estar constituida por todos los herederos. (Casación Civil. Febrero 27 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 107, 2ª

- 111 -

FILIACION NATURAL (Demanda dirigida contra los herederos del presunto padre)

Quien, en juicio seguido contra los herederos del presunto padre, obtiene en su favor la declaración judicial de ser hijo natural, no desaloja de la sucesión del causante, total o parcialmente, según las circunstancias, sino a quienes en el juicio ordinario actuaron como demandados. (Casación Civil. Febrero 27 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 108, 2ª

- 112 -

FILIACION NATURAL (Prueba de la posesión notoria del estado civil de hijo natural)

Por mandato expreso del artículo 7º de la Ley 45 de 1936, a la notoria posesión del estado civil de hijo natural, de que trata el ordinal 5º del artículo 4º de la misma ley, le son aplicables, entre otras disposiciones del Código Civil, los artículos 398 y 399, cuyo texto dice así: "Art 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"; "Artículo 399. La posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable;...."

Y tales previsiones no son accidentales o puramente accesorias en la naturaleza de la prueba, sino sustanciales o de fondo. (Casación Civil. Abril 6 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 575, 2ª

- 113 -

FILIACION NATURAL (Relaciones sexuales estables)

De acuerdo con el ordinal 4° del artículo 4° de la Ley 45 de 1936, tiene lugar la declaración judicial de la paternidad natural, "en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre 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".

En consecuencia, y para que esta causal pueda mirarse como propuesta para un determinado caso de reconocimiento judicial de la paternidad, estrictamente será necesario afirmar en la demanda, no sólo el hecho de las relaciones sexuales habidas entre los presuntos padres, sino que éllas fueron NOTORIAS Y ESTABLES, y que el HIJO NACIO DESPUES DE LOS CIENTO OCHENTA DIAS siguientes al en que comenzaron, o dentro de los trescientos al en que terminaron; o al menos, e interpretada la ley con amplitud de criterio, que genéricamente se determinen los hechos que el ordinal 4° citado previene como elementos constitutivos esenciales de dicha causal. (Casación Civil. Abril 6 de 1953. T. LXXIV. Número 2127).

574, 1ª y 2ª

- 114 -

FILIACION NATURAL (Requisitos para configurar la posesión notoria del estado civil de hijo natural)

Tres son los requisitos indispensables para configurar la posesión notoria del estado civil de hijo natural: 1° Que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como

tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; 2° Que los deudos y amigos del padre o madre o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento; 3° Que las relaciones de tal género entre el padre o madre y el hijo y la reputación aludida hayan durado diez años, al menos, en forma continua.

Se observa que la fama no puede consistir simplemente en que exista la creencia, el rumor o la convicción en abstracto de que el interesado sea hijo de ese padre presunto; es indispensable que el convencimiento tenga por causa el trato que le haya dispensado el padre en la forma indicada. Porque muy a menudo, en razón de haber existido relaciones sexuales esporádicas o permanentes durante algún tiempo entre la madre y un determinado sujeto, puede haber en el vecindario la creencia más o menos fundada de que el hijo de aquella lo es también de éste, y gozar por tanto tal hijo de la reputación de serlo en efecto, sin que el presunto padre lo reconozca así, ni le dé el trato correspondiente, ni le proporcione la respectiva asistencia. La fama en tales condiciones formada no sirve para configurar la posesión de estado civil de hijo natural. Es absolutamente necesario que la reputación sea consecuencia del trato y asistencia que el presunto padre le haya dado al hijo. Los dos primeros requisitos son pues, indispensables.

Igualmente, para establecer la prueba de posesión de estado de hijo natural, es condición esencial que la doble situación comentada haya tenido una duración mínima de diez años continuos. Así, pues, si el padre ha tratado y presentado al hijo como tal y le ha prodigado asistencia y ayuda en la vida ordinaria, en su educación y establecimiento, y los hechos correspondientes se encuentran plenamente probados, pero no durante los diez años que exige como mínimo el artícu-

lo 398 del C. C., no es posible alegar la posesión notoria como prueba del estado civil.

Y por último, para que la prueba se configure, es necesario que el término mínimo de diez años aparezca en forma continua, sin que valga sumar distintos períodos que en total excedan de aquel tiempo.

En cuanto a la prueba para establecer estos elementos y llegar a la conclusión de que la posesión del estado civil se encuentra demostrada, el artículo 399 del C. C., aplicable a la filiación natural por mandato del artículo 7º de la Ley 45 de 1936, es muy claro: se requiere un conjunto de testimonios que además de ser fidedignos, de dar plena fe de su dicho, la establezcan de un modo irrefragable, o, lo que es igual, sin que quede la menor duda al respecto. (Casación Civil. Abril 7 de 1953. T. LXXIV. Número 2127). 592, 2ª y 593, 1ª

- 115 -

FILIACION NATURAL (Aplicación de la ley 45 de 1936 a los hijos nacidos antes de su vigencia)

Las doctrinas sobre retroactividad de la ley y derechos adquiridos o situaciones jurídicas concretas y abstractas, no sirven para establecer que la Ley 45 de 1936 no se aplique a los hijos nacidos antes de ella. (Casación Civil. Abril 15 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 647, 1ª

- 116 -

FILIACION NATURAL (Prueba de la paternidad natural)

Si bien las manifestaciones ante juez de ser el padre, anteriores a la vigencia de la Ley 45 de 1936, no constituyen reconocimiento porque tienen actualmente el valor de actos solemnes que la legislación anterior no permitía ejecutar en esa forma, no hay

ningún inconveniente para admitir tales hechos como pruebas dentro de un juicio de investigación, al efecto de demostrar una de las causales consagradas en el artículo 4º de la ley. (Casación Civil. Abril 15 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 654, 2ª

- 117 -

FILIACION NATURAL (La constituye la generación misma)

Decir que la filiación la constituyen el reconocimiento o la confesión o los escritos y demás medios llevados al juicio, y no la generación misma, es como decir que la causa jurídica de la obligación de indemnizar y del derecho correlativo, es la confesión o escrito donde aparezca que se es autor del hecho culposo o doloso, y no este mismo hecho. (Casación Civil. Abril 10 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 655, 2ª

- 118 -

FIRMA (La firma del Secretario en las providencias del Juez no es formalidad esencial)

No es óbice para que el superior conozca del recurso interpuesto contra una providencia el hecho de que en ella no aparezca la firma del secretario o que la persona que la haya firmado como tal no era la llamada a hacerlo. Sobre este asunto expuso la Corte: "La facultad de decisión en que se traduce la competencia, es función privativa del Juez a quien la ley se la atribuye, y no son las del secretario. Por lo tanto, la firma con que este funcionario está llamado a autorizar las providencias de aquél, según lo prevenido por el artículo 121 del C. J., no puede constituir, como equivocadamente ha solido entenderse, una formalidad esencial a la existencia jurídica del acto, susceptible como tal de afectar los límites de la competencia ab-

soluta; representa apenas un requisito de autenticación o de forma respecto del acto jurisdiccional ejercido por el Juez y cuya falta puede ser suplida mediante la aceptación expresa o tácita de las partes en cuyo interés se estableció, cuando a través de la notificación válidamente hecha lo consienten, o dejan vencer el término de la ejecutoria sin presentar reclamo alguno contra él; a la manera que pueden hacerlo en los contratos, para modificar consecuencias que sin ser de su esencia, sí están en la naturaleza de la estipulación". (G. J., números 2110-2111, páginas 54 y siguientes). (Casación Civil. Marzo 3 de 1953. T. LXXIV. Número 2126):...306, 1ª

— H —

- 119 -

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Es un hecho evidente que al Jurado no se le interrogó si la Jiménez era responsable de haber causado la muerte de Salazar Gaviria con este propósito, sino si la Jiménez era responsable de lesiones que ella había causado con arma corto-punzante —con la intención de matar—, cosa absolutamente distinta de aquélla. Si el cuestionario hubiera preguntado si la acusada era responsable de haber dado muerte a Salazar, hubiera configurado un homicidio intencional, cosa que no hizo. En cambio, interrogó sobre la responsabilidad de la Jiménez de haber lesionado a Salazar, y habiendo sido contestada esta pregunta afirmativamente, pero sin intención de matar, se configuró un homicidio ultraintencional. Al dar, pues, el Jurado la contestación aludida, situó a la Jiménez en el caso del que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de otro. (Casación Penal. Enero 23 de 1953, Tomo LXXIV. Números 2124 y 2125) ...144, 1ª y 2ª

- 120 -

HURTO (Cuando el perjudicado por gestiones del delincuente logra recuperar todos los objetos sustraídos)

En el relativo a delitos contra la propiedad, no es igual, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, que el responsable aproveche en su totalidad el fruto del ilícito, perjudicando notablemente a la víctima, que cuando, por gestiones y voluntad del mismo delincuente, el perdido logra recuperar todos los objetos que fueron sustraídos. En la primera hipótesis, la lesión particular y colectiva del delito es de mayores proporciones que en la segunda. Esta la razón para que el artículo 401 del Código Penal, en guarda de la equidad, disponga que para la fijación de las sanciones en dicha clase de delitos, debe "tenerse en cuenta la magnitud del perjuicio sufrido por la víctima, de acuerdo con sus condiciones personales". (Casación Penal. Febrero 3 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)194, 1ª

— I —

- 121 -

IDENTIDAD DE PREDIOS

A la identidad de un predio no se oponen las variaciones de nombres de los dueños de los inmuebles colindantes, ni los cambios de nomenclatura de las vías, ni los que éstas sufran por efecto de los trabajos de ampliación, etc., sobre todo cuando se trata de zonas apartadas, no urbanizadas en su totalidad, pero que con el desarrollo de las ciudades se incorporan definitivamente a éstas. (Casación Civil. Marzo 12 de 1953. Tomo LXXIV. Número 2126)376, 1ª

- 122 -

IMPEDIMENTOS (Las partes no pueden pedir la declaración de impedimento)

La ley procesal concede al funcionario el derecho de declararse impedido, así como a las partes la facultad de recusar. No es propio de éstas solicitar al funcionario que tome tal actitud, pues su deber es presentarle los motivos que tienen para considerar que existe alguna de las causales que el Código de Procedimiento enumera como tendientes a procurar el retiro del funcionario judicial sobre el cual incide cualquiera de aquellas causales. Si se duda de su imparcialidad o existe otro motivo, la recusación es lo pertinente. El funcionario cuando no ocurre así, no está obligado a hacerlo, pues aunque las causales sean idénticas, la marcha del procedimiento es distinta para uno y otro caso. (Casación Penal. Febrero 10 de 1953. Tomo LXXIV. Números 2124 y 2125) 203, 2ª y 204 1ª

- 123 -

IMPEDIMENTOS (Establecer sus causales corresponde al legislador, y no a los jueces)

La Sala estima que el impedimento no existe, pues aunque no resulte plausible que del asunto conozca un magistrado cuyo pensamiento, al menos para el recurso de súplica interpuesto, ya conoce un presunto interesado, no se va a revisar la providencia dictada por él mismo, ya que su tesis se ha hecho pública en un negocio distinto. El código dice que el juez o magistrado está impedido es para conocer de un negocio en que se ha dictado "la providencia de cuya revisión se trate" (ord. 6º del artículo 435 del C. J.). De aceptar la tesis del señor Magistrado, habría que concluir que, conocida una opinión de derecho que un funcionario ha sostenido

en un negocio, no podría intervenir en otro en que se discutiera materia igual o semejante.

La misma naturaleza de las cosas indica que algunas veces habrá que interpretar extensivamente algunas causales de impedimento, pero no hasta llegar a la analogía, esto es, no simplemente ampliando el significado de los textos legales, sino aplicando esos textos a casos no previstos siquiera implícitamente en ellos, porque el establecer esas causales le corresponde al legislador y no a los jueces. (Negocios Generales. Abril 10 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) . . . 816, 2ª

- 124 -

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES (Sentido de la palabra "Providencia" empleada en el ordinal 6º del art. 435 del C. J.)

Cuando el ordinal 6º del artículo 435 del Código Judicial dice que es causal de impedimento o recusación el "haber dictado la providencia de cuya revisión se trate", la palabra "providencia" hay que tomarla en su sentido natural y obvio, que es el que el mismo Código Judicial indica en el título en que define cuáles son las providencias o resoluciones judiciales, para decir que se dividen en autos y sentencias y que los primeros pueden ser interlocutorios o de sustanciación. (Negocios Generales. Abril 30 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) . . . 818, 2ª

- 125 -

INCONGRUENCIA (Causal 2ª de casación)

El artículo 520 del Código Judicial, numeral 2º, autoriza el recurso de casación cuando la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Esta, puede decirse que es la incongruencia propiamente dicha; porque en nuestro sistema procesal también se pro-

duce la falta de consonancia, por exceso y por omisión en el fallo.

La distinción entre las tres clases de incongruencia que contempla el numeral 2º citado, puede resumirse en estos términos: fallo incongruente es el que no concuerda o coincide con las demandas de las partes; fallo omiso, el que deja de resolver alguna de ellas; y fallo excesivo, el que otorga o dá más de lo pedido. Así, el primero sería el que resuelve una cuestión distinta de las planteadas en el litigio, otorgando lo pedido sobre fundamentos de hecho y conceptos diferentes a los que han servido de base al actor, desoyéndose por el juzgador la verdadera razón o causa de pedir; o cuando no se ajusta ó coincide con las pretensiones que oportunamente han sido deducidas por las partes en el juicio. Omiso o diminuto, cuando no contiene resolución sobre alguna de las peticiones oportunamente deducidas en éste; y excesivo, el que concede más de lo pedido.

Cabe observar que el fallo omiso no implica precisamente lo opuesto a fallo excesivo. Dar más de lo que se solicita es un vicio o irregularidad que quiebra la sentencia; pero otorgar menos, no, porque, por ministerio de la ley, el juzgador tiene facultad, y puede y debe hacerlo, en los casos previstos por ésta. La deficiencia que deja incompleto el fallo, es la constitutiva de la omisión exigida por la ley como determinante de la causal de casación.

La incongruencia requerida por la ley es, pues, la que afecta la estructura general de la sentencia y las disposiciones que debe contener, y que socava las reglas o formas a las cuales debe ajustarse toda decisión judicial, como lo dispone el artículo 471 del C. J. (Casación Civil. Marzo 23 de 1953. Tº LXXIV. Nº 2126).....413, 1ª y 2ª

- 126 -

INCONGRUENCIA (Causal 2ª de casación)

La causal de incongruencia o disconformidad entre lo pedido y lo fallado, de que se ocupa el ordinal 2º del artículo 520 del C. J., es la que rompe las normas consagradas en el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, porque no armonice o se ajuste la parte resolutive de la sentencia, que es en la que se concreta su imperio, con las partes que han sido objeto de los pedimentos de la demanda y su contestación o de las cuestiones que la ley autoriza plantear en los litigios fuéramos de estas oportunidades, es decir, porque la resolución del fallo sea omisa, 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.

De esta suerte, los errores en la motivación, aún respecto del sentido mismo de las pretensiones aducidas por las partes, si conducentes para otras causales, no lo son para fundar la incongruencia entre lo pedido y lo resuelto por el sentenciador. (Casación Civil. Abril 6 de 1953. T. LXXIV. Nº 2127)...

574, 1ª

- 127 -

INCONSONANCIA (Cuándo es causal de casación)

Dentro de la naturaleza y fines que legalmente corresponden a la causal 2ª del artículo 520 del C. J., sólo lo que esté dentro del concepto formal de desarmonía entre lo demandado y lo fallado, es lo que puede dar asidero y prosperidad a dicha causal, y para saber si en ella se ha incurrido, sólo deben tenerse en cuenta la parte resolutive de la sentencia y los pedimentos y demás pretensiones oportunamente deducidas por las par-

tes. Las razones de orden legal o de interpretación de la demanda que se invoquen para descalificar lo decidido, carecen de procedencia dentro del referido motivo, y sólo pueden tener cabida dentro del primero, que engloba todas las formas de violación de la ley. (Casación Civil. Febrero 27 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125).....108, 1ª

- 128 -

INDEFENSIÓN DE LA VÍCTIMA (Cuándo configura circunstancia de mayor peligrosidad)

La indefensión de la víctima, no es circunstancia que pertenezca al mismo sujeto que delinque, sino a las condiciones objetivas o materiales en que se realiza el delito. Dentro de las clasificadas en el estatuto represivo, corresponde a aquellas formas de ejecución que deben estar demostradas en el proceso para que estén en capacidad de operar en la individualización de la pena, sistema que rige en el Código, como el medio de mayor eficacia para asegurar una efectiva defensa social contra la delincuencia.

Indefensión implica completa incapacidad del sujeto para repeler la agresión de que es víctima, en la generalidad de los casos. Es circunstancia que mira no tanto a quien infringe la ley, como a aquel que resulta sujeto pasivo de la infracción. Por ello, si la apreciación de esa modalidad subjetiva no corresponde a la realidad, no puede imputarse legalmente, porque entonces se desvirtúan los presupuestos jurídicos sobre que está sustentada esa forma de agravación de la responsabilidad. De consiguiente, cuando las constancias procesales no la autorizan, no es lícito al Juez presuponerla para aumentar la sanción.

Es menester escudriñar el proceso en su contenido probatorio, para cerciorarse de que efectivamente el sujeto delincuente a-

provechó esa ventaja, para cometer el delito. Cuando subjetivamente exista alguna verosimilitud de que la víctima no estaba indefensa, es posible que se incurra en injusticia al atribuir al victimario una situación que no estaba en condiciones de medir en el grado en que lo haga mayormente responsable, entendido, es obvio, lo anterior en el sentido de que no corresponda a forma alguna que implique modificación en la estructura del delito o elemento constitutivo del mismo. (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125).....158, 1ª

- 129 -

INDICIOS (su apreciación)

Cuando se trata de la prueba indiciaria, aunque cada indicio debe analizarse aisladamente para ver si está probada su existencia y si guarda relación con el hecho que se investiga; el convencimiento no puede surgir de cada indicio por separado, en tratándose de indicios no necesarios, sino de su conjunto, como lo indican su propia naturaleza y los términos de la ley. Lo cual se anota porque es muy común que al analizarlos se pierdan de vista los otros, esto es, que se aislen de los demás hechos probatorios indiciales.

El estudio crítico de los indicios que consiste en atacar cada indicio para demostrar que por sí solo no es prueba cabal del hecho que se pretende averiguar, quebranta la naturaleza de esta clase de pruebas, pues que de suyo no puede cada uno serlo. Romper la relación con otro u otros, es ir contra la rectitud del raciocinio, que requiere el enlace para deducir las conclusiones del conjunto.

Y es también quebrantar la ley de procedimiento, que requiere que la convicción se forme, no de un indicio aislado, del que no puede deducirse, sino de un "número plural" de indicios, "conexos entre sí, de modo que concurren todos a demostrar, sin lugar a du-

das, la verdad del hecho controvertido”, como lo estatuye el artículo 665 del Código Judicial. (Negocios Generales. Septiembre 21 de 1953. T. LXXIV. N° 2126) 505, 2ª

- 130 -

INMUEBLES (su identificación)

Conocido un fundo por su situación y linderos, puede establecerse la división del mismo, sin fijar linderos sino a uno de los lotes; mejor dicho, por exclusión puede conocerse el predio que queda después de separada una porción del mismo. Es lo que ocurre con los terrenos que se parcelan o urbanizan. Singularizada una finca raíz, por su situación y linderos, pueden segregarse de ésta muchas parcelas, y no es necesario que en cada segregación se vaya alinderando la parte que queda. Separadas las parcelas, que sí deben ser singularizadas en forma exacta, es muy fácil saber la parte de la finca que no se parceló. (Casación Civil. Marzo 12 de 1953. T. LXXIV. N° 2126) 358, 2ª

- 131 -

INTERES JURIDICO

El interés jurídico es una relación entre el derecho y el que lo ejercita; un interés actual y directo y no eventual; tal, por ejemplo, el que tiene el heredero sobre la herencia a que es llamado por la ley; el que tiene el acreedor sobre el crédito extendido a su favor.

El derecho de donde se derive el interés jurídico, debe existir —lo mismo que el perjuicio que se trata de evitar por ese medio— al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro. (Casación Civil.º Febrero 27 de 1953 T. LXXIV. Nos. 2124-2125) 98, 2ª

- 132 -

INTERESES (La prohibición contenida en el artículo 2233 del C. C. sólo es aplicable al mutuo)

la prohibición del artículo 2233 del Código Civil, conforme al cual, “si se han pagado intereses, aunque no estipulados, no podrán repetirse ni imputarse al capital”, sólo es aplicable al mutuo, en razón de la naturaleza especial de este contrato que, aun cuando esencialmente gratuito, permite al deudor el pago voluntario de intereses, aún de los no estipulados. Esto porque la ley supone que cuando el mutuuario satisface intereses al mutuante, aún sin estipulación, cree tener la obligación natural de pagarlos, y de acuerdo con la misma, no se debe liberar a una persona de sus obligaciones morales. Una cosa es repetir o imputar intereses pagados legalmente, y otra distinta es repetir o imputar intereses pagados indebidamente. (Casación Civil. Marzo 23 de 1953. Tomo LXXIV. N° 2126) 414, 1ª y 2ª

- 133 -

IRA (Cuándo da lugar a la atenuación de la pena)

La norma del artículo 28 del Código Penal señala los elementos o requisitos que para su aplicabilidad debe tener el ilícito que se cometa dentro de las circunstancias que esa disposición precisa: a) Debe haber una provocación; b) Que la provocación tenga las características de grave e injusta; y c) Que exista una relación de causalidad entre aquellos elementos, de tal forma que el delito sea producto de la causa determinante surgida de la provocación y de su gravedad e injusticia. De tal suerte que si una cualquiera de estas condiciones falta, la modalidad del artículo 28 citado, no tiene ope-

rancia. (Casación Penal. Marzo 13 de 1953).
T. LXXIV. N° 2126) 453, 2ª

- 134 -

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. (Un acto procesal consumado no puede ventilarse y decidirse sino con aplicación de disposiciones vigentes al momento de realizarse)

La nulidad de un proceso judicial fenecido al igual que la de todo acto procesal consumado, no puede ventilarse y decidirse sino con aplicación de las disposiciones vigentes al momento en que ellos se realizaron. La ley nueva es inaplicable en tal situación, pues al hacerlo se le otorgaría un manifiesto e inaceptable efecto retroactivo. De allí que, como la ejecución a que este pleito se contrae, se surtió y concluyó bajo la vigencia del abolido Código Judicial, sea éste y no el actualmente en vigencia (Ley 105 de 1931), el que deba regir el caso controvertido. (Casación Civil. Abril 16 de 1953. T° LXXIV. N° 2127) 668, 2ª

— J —

- 135 -

JURADO (Cuestionarios. Su redacción)

Si en un pliego de cargos no se usan los vocablos técnicos, pero se consignan con toda nitidez los hechos fundamentales que configuran determinadas especies delictivas, y por esos hechos modificadores de la responsabilidad se llama a responder en juicio al procesado, ello basta para que, en su caso, se interrogue al Jurado acerca de tales modalidades y para que la sentencia decida sobre ellas. De no ser así, prevalecería en la administración de justicia lo formal sobre la verdad de las cosas y la aplicación del derecho que esa verdad mande. (Casación Penal. Enero 23 de 1953. Tomo LXXIV. Nos. 2124-2125) 159, 1ª

- 136 -

JURADO (Le corresponde calificar circunstancias modificadoras)

Tratándose de circunstancias modificadoras de la responsabilidad o de elementos estructurales del delito, corresponde al tribunal de conciencia su calificación, y producido el veredicto, su aceptación es obligatoria si no se declara contraevidente. Los artículos 480 y 499 del C. de P. P., bien claro determinan las distintas funciones de los Jueces cuando obran en puro derecho o tienen como auxiliares en la administración de justicia a los miembros que componen el Jurado popular. (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) ... 159, 2ª

- 137 -

JURADO (Inmodificabilidad del cuestionario)

De conformidad con el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, el cuestionario se propone al Jurado en los momentos de la audiencia, y no hay autorización expresa ni tácita en el Código, que permita introducir modificación alguna a su contenido, que debe ser una síntesis del auto de proceder, so pena de ser casable la sentencia, por incidir en la causal tercera del artículo 567 del estatuto procesal. (Casación Penal. - Enero 28 de 1953 T. LXXIV. Nos. 2124-2125) .. 181, 2ª

- 138 -

JURADO (Para aceptar una circunstancia modificadora, debe señalarla con todas sus modalidades características)

Cuando el Jurado fue corto en la aceptación de estados psicológicos como el de la ira o el intenso dolor causados por una provocación grave e injusta, porque no expresó nitidamente aquel motivo determinante, ese

vacío es insubsanable en casación, desde luego que si el tribunal popular quiere aceptar una circunstancia modificadora, debe señalarla con todas sus modalidades características. (Casación Penal. Febrero 20 de 1953). T. LXXIV. Nos. 2124-2125).....227, 1ª

- 139 -

JURISDICCION COACTIVA

De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 67 de 1943, el conocimiento del recurso de apelación contra un mandamiento ejecutivo dictado en un juicio por jurisdicción coactiva en asunto nacional y en cuantía superior a quinientos pesos, corresponde al Consejo de Estado. (Negocios Generales. Febrero 5 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) ..254, 2ª

— L —

- 140 -

LEY PROCESAL

La ley procesal penal rige desde su vigencia, aún para los procesos en desarrollo. (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125)140, 1ª

- 141 -

LIBERTAD CONDICIONAL (Su otorgamiento está atribuido exclusivamente al Juez que dictó la sentencia de primer grado)

La Corte cuando conoce de un recurso de casación carece de competencia para decidir lo relacionado con la concesión de la libertad condicional al condenado, toda vez que el otorgamiento de tal beneficio está atribuido en forma exclusiva al Juez que dictó la sentencia de primer grado, de acuerdo con los artículos 6º y §71 del Código de Procedimiento Penal.

Además, dicho subrogado requiere, entre sus múltiples condiciones, que el fallo definitivo esté ejecutoriado, cosa que no ocurre cuando la sentencia del Tribunal está sub **judice** por virtud del recurso de casación que ha sido interpuesto contra ella y que aún no ha sido resuelto. (Casación Penal. Febrero 4 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125)....

201, 2ª

- 142 -

LIBROS (Exhibición de los libros de comercio)

La verdadera interpretación del artículo 56 del Código de Comercio, está en considerar que una de las partes en litigio no podrá **obligar** a su adversario a exhibir totalmente sus libros y documentos, sino en los casos taxativamente enumerados allí, pero de ninguna manera da margen para impedir tal exhibición si ésta es **voluntaria**. (Negocios Generales. Marzo 10 de 1953. (T. LXXIV. N° 2126).....476, 1ª

— M —

- 143 -

MATRIMONIO (su disolución)

La falta de consumación de un matrimonio civil, no es causa que legalmente determine su disolución, pues ésta sólo se produce por el hecho de la muerte de uno de los contrayentes (artículo 152 del C. C.). (Casación Civil. Marzo 26 de 1953. T. LXXIV. N° 2126)..... 427, 1º

- 144 -

MATRIMONIO DE EXTRANJEROS CELEBRADO EN EL EXTERIOR (Sus efectos patrimoniales)

En lo que toca con los efectos patrimonia-

les, el matrimonio de extranjeros celebrado en el exterior se regula por lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 180 del Código Civil, aunque uno de los contrayentes tenga su domicilio en Colombia desde antes de contraer matrimonio. (Casación Civil. Marzo 26 de 1953. T. LXXIV. N° 2126).....425, 1ª

- 145 -

MEJORAS (Derecho de retención para lograr su pago)

Quien se acoja a la disposición del inciso 2º, del artículo 739 del C. C., debe demostrar, previamente, que es propietario de las mejoras, y una vez dada esta prueba, la ley le dá un derecho de retención sobre el predio, hasta tanto el propietario no le pague el valor de lo gastado; mejor dicho, se concede al propietario de las mejoras un derecho de retención y una acción personal contra el dueño del terreno para que le pague lo invertido en la finca. (Casación Civil. Marzo 26 de 1953. T. LXXIV. N° 2127)....
710, 2ª

- 146 -

MEJORAS (Adquiridas por accesión)

Cuando el dueño o poseedor regular del terreno adquiere las mejoras por accesión, no se requiere escritura pública. (Casación Civil. Abril 28 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) .
751, 2ª

- 147 -

MEJORAS (Enajenación de mejoras realizadas en terrenos baldíos)

Sentado que las mejoras que un colono hace en tierras baldías donde se establece con casa de habitación, con cultivos permanentes y con pastos artificiales para la cría y ceba de ganado, son bienes raíces, es for-

zoso declarar que, como bien raíz que ellas son, se necesita escritura pública para que el contrato de venta se repunte perfecto ante la ley, y para su tradición, es necesario el registro. (Casación Civil. Abril 28 de 1953. T. LXXIV. N° 2127).....751, 2ª

- 148 -

MEMORIALES (Su apreciación por el juez)

El Juez tiene facultad —según la ley (artículo 121 del C. J.)— de apreciar el contenido y propósito de los memoriales que las partes le presenten dentro de las controversias judiciales en que uno y otro actúen como sujetos procesales; y tal apreciación está subordinada a las normas de mutuas cortesía y consideración y respeto que regulan, en la vida de la justicia, las relaciones entre el Juez y las partes y de éstas entre sí. (Casación Penal. Marzo 3 de 1953. T. LXXIV. N° 2126).....437, 1ª

- 149 -

MINISTERIO PUBLICO (No es obligatorio para los agentes del Ministerio Público acreditar su personería en juicio)

No es obligatorio para los Agentes del Ministerio Público acreditar su personería en cada juicio, ya sea que actúen como demandantes, o ya sea como demandados, y en representación de la respectiva entidad de derecho público; como tampoco la personería jurídica de ésta. Lo primero, porque la ley no presume la usurpación de funciones y de acuerdo con nuestro sistema probatorio, corresponde a quien alega la usurpación del título, suministrar la prueba de ese hecho; y lo segundo, porque las entidades de derecho público son personas jurídicas por ministerio de la ley (artículo 80 de la Ley 153 de 1887). (Casación Civil. Marzo 12 de 1953. T. LXXIV. N° 2126)....369, 2ª

— N —

- 150 -

NULIDAD (de una donación)

Los motivos de nulidad están señalados en forma taxativa por la ley, y en parte alguna se encuentra la disposición que le dé tal consecuencia a la simple falta de aceptación por el donatario. - (Casación Civil. Marzo 2 de 1953. T. LXXIV. N° 2126)

293, 2ª

- 151 -

NULIDAD (No la constituye la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte civil)

Aún en el supuesto de que la persona constituida en parte civil no fuera legítima, y así se declarare judicialmente, ello no incidiría en la validez del proceso, ni tampoco en el derecho a la reparación de los perjuicios: lo primero, porque por expresa disposición legal (artículo 122 del C. de P. P.), la decisión del superior relativa a la apelación contra el auto que admite o niega la demanda de constitución de parte civil, no implica la nulidad ni retrotrae el procedimiento y lo segundo, porque siendo pública (o mixta, transaccionalmente), la acción para la reparación de los perjuicios, están obligados el Ministerio Público y el Juez, en su caso, a proveer a la fijación y a la condena (en abstracto), cuando los interesados no participaron en el proceso. (Casación Penal. Marzo 17 de 1953. T. LXXIV. N° 2126).

459, 2ª y 460, 1ª

- 152 -

NULIDAD (en juicios por jurado)

No constituye causal de nulidad del proceso el reemplazo de uno o más miembros

del jurado, aún después de haberse notificado a ellos la designación, cuando esto se debe a que los mismos se ausentaron del lugar donde tiene su sede el Juzgado, porque tal hecho constituye un obstáculo procesal que compete al Juez, subsanar, porque la notificación no crea para los designados la prohibición de cambiar de domicilio mientras no se realice la audiencia, como para el Juez tampoco la de subordinar la suerte del proceso al contingente retorno de los designados a la sede del Juzgado. Esto no obsta para que si la ausencia tuviere como fin deliberado rehuir el traslado y, por consiguiente, el cargo, se les apliquen las sanciones legales. (Casación Penal. Enero 28 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) 172, 1ª y 2ª

- 153 -

NULIDAD (Cuándo su declaración aprovecha a los no recurrentes en casación)

Para que sea viable la doctrina de la Corte conforme a la cual cuando se trata de una sentencia condenatoria contra varios reos, si el hecho que origina la nulidad es común a todos ellos, la reposición de lo actuado, consecuencia de la anulación del proceso, comprende también a los no recurrentes, es indispensable que la nulidad comprenda al reo recurrente; a fin de que se extienda a los otros que no usaron de tal recurso, pero que están cobijados por un vicio o informalidad semejante al que se declaró para el procesado que interpuso el recurso. Si esto no ocurre, la doctrina carece de operancia. (Casación Penal. Enero 28 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) 181, 1ª

- 154 -

NULIDAD CONSTITUCIONAL

No toda omisión, deficiencia o irregularidad en la tramitación de un proceso, tiene

capacidad para determinar la invalidez de la actuación. Es necesario probar en esos casos, que el vicio procedimental fue de tanta importancia que influyó decisivamente en el resultado de la acción, y cuando se alega como causal de nulidad la omisión de una fórmula propia del juicio, para que prospere, hay que demostrar que por ese motivo se mermaron las garantías constitucionales del procesado y esa anomalía fue la causa del resultado adverso que se trata de corregir. (Casación Penal. Enero 23 de 1953. Tomo LXXIV. Nos. 2124-2125) 150, 1ª y 2ª

- 156 -

NULIDAD DE UN TESTAMENTO

Si el notario y los testigos no advirtieron, cuando se otorgaba el testamento, que la cubierta de éste pudiera abrirse sin romperla y así autorizaron el acto, no sería razonable alegar posteriormente, luego de abierto y como motivo de nulidad del testamento, la aparente y dudosa falta de algunos ingredientes materiales para su mayor seguridad, como la de un pegante que no se echó menos. (Casación Civil. Abril 8 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) 634, 2ª

- 155 -

NULIDAD CONSTITUCIONAL (Por errores en cuestionario al Jurado)

La Corte ha sostenido que hay nulidad de orden supralegal cuando el cuestionario contiene errores esenciales que modifican el pliego de cargos formulados en el auto de proceder y, por lo tanto, ese vicio impide que el Jurado se pronuncie sobre la verdad de los hechos materia del debate, causando, así, un perjuicio evidente a la sociedad en su función represiva, o al procesado en su derecho de defensa.

Y en el presente asunto, fue manifiesta la equivocación del Juez al elaborar el primer interrogatorio por homicidio común, en vez de otro especialmente agravado (asesinato), que fue la figura planteada en el llamamiento a juicio. Luego era necesario, en defensa de la justicia, enmendar ese yerro y restablecer las cosas a su cauce legal. De lo contrario, sí se hubiera presentado la nulidad constitucional que alega el señor defensor. (Casación Penal. Abril 21 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) 767, 1ª

- 157 -

NULIDADES (Por ilegitimidad de la personería)

La ilegitimidad de la personería que la ley ha erigido en causal de nulidad, y que de acuerdo con el ordinal 6º del artículo 520 del C. J. constituye también motivo de casación, no es la sustantiva o de fondo, que dice relación al derecho mismo que las partes controvierten dentro del juicio o a la calidad o condición jurídica en que se presentan o son llamadas a él; sino la puramente procedimental o adjetiva, que se refiere a la habilidad de la persona, considerada desde el punto de vista de su capacidad, para evitar el pronunciamiento de sentencia respecto de quienes no han comparecido en debida forma a la controversia. (Casación Civil. Marzo 3 de 1953. T. LXXIV. N° 2126) . . 305, 2ª

- 158 -

NULIDADES (Cuándo la ilegitimidad de la personería no genera nulidad)

En la legislación antigua, como en el Código Judicial vigente, la ilegitimidad de la personería en alguna de las partes no genera nulidad: cuando se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante legal; cuando se encuentre en los autos un poder en legal forma, conferido a la persona de que se trata, aunque ésta no lo haya admitido expresamente; cuando, aunque el poder no sea bastante, la parte interesada o algún apoderado o representante legal suyo, ratifica lo actuado; y cuando resulta claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como su apoderado, represente sus derechos, aunque carezca de poder, o éste no se halle arreglado a la ley. (Casación Civil. Marzo 12 de 1953. T. LXXIV. Número 2126). 369, 2ª

- 159 -

NULIDADES

Una cosa son las nulidades de carácter sustantivo a que se refieren las disposiciones contenidas en el Título 20, Libro 4º del C. C., y otra las de carácter adjetivo consagradas en el Capítulo 7º del Título 12 del C. J. Las primeras miran a los actos y declaraciones de voluntad, en cuanto éstos carecen de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato en sí mismo considerado, y en las segundas ese concepto no entra en juego, sino únicamente si el procedimiento encaminado a hacer efectivo un derecho está o no viciado. Por eso la nulidad o vicio de carácter adjetivo no toca, en cuanto a su validez, el acto o contrato cuya efectividad se quiere hacer valer en un

proceso judicial que es o se declara nulo por irregularidades en su tramitación. (Casación Civil. Abril 16 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 669, 1ª y 2ª

- 160 -

NULIDADES

Un contrato cuya existencia no se demuestra, no puede declararse nulo; sólo lo que existe es factible de ser destruido. (Casación Civil. Abril 16 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 672, 2ª

NULIDADES

- 161 -

La ley procesal penal establece como causal de nulidad el "no haberse notificado en debida forma el auto en que se señala día y hora para la celebración del juicio". Esta norma tiene su fundamento en el hecho de que siendo la audiencia pública un acto de importancia extraordinaria en el juzgamiento, preferencialmente en los juicios con intervención del Jurado, hay necesidad de que las partes se enteren oportunamente de esa fecha, para que provean a la defensa de sus derechos, estudiando el expediente para la preparación de sus alegatos.

En orden a conseguir los fines antes indicados, el artículo 171, ordinal d), del Código de Procedimiento Penal, dispone que el auto en mención se notifique personalmente al defensor. Y tiene que ser así, porque es éste el que interviene en el debate público en defensa de los derechos del procesado, unas veces refutando los cargos consignados en el auto de proceder y las alegaciones del Ministerio Público y de la parte civil, y otras amonorando esos cargos y procurando para aquél una situación jurídica más favorable. Por esto, puede decirse con fundamento, que la importancia de dicha notificación dice rela-

ción especialmente al defensor y que en lo tocante al procesado, es hasta cierto punto secundaria.

Por ello, ha dicho la Corte, en otra ocasión:

“La única medida autorizada por la ley es notificar el auto de señalamiento de día y hora para la celebración del juicio al defensor, a fin de que éste transmita esa notificación al procesado y éste cumpla con la obligación de estar presente en la audiencia pública, pues es ésta prerrogativa creada por el legislador a favor del propio reo, a la cual puede renunciar sin que la renuncia implícita constituida por su ausencia pueda invocarse después como causal de nulidad”. (Sentencia de 24 de noviembre de 1950. G. J., números 2089 a 2091, página 636). (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)149, 2º

- 162 -

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PUBLICAS

Lo que la ley penal reprime bajo la denominación de “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas”, es la conducta abusiva del funcionario que pone en peligro los intereses generales que representa con la mira de hacer prevalecer un interés particular de enriquecimiento ilegítimo, hechos que, por otra parte, son inconvenientes para la vida del Estado y para el prestigio de las instituciones, que exigen la máxima circunspección por parte de los funcionarios públicos.

El artículo 167 del Código Penal, que es el que sanciona el delito, excluye de parte del funcionario todo interés en provecho propio en los contratos en que debe intervenir por razón de las funciones de su cargo. (Casación Penal. Febrero 17 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)777, 2º

- 163 -

NOTIFICACIONES (Cuándo deben ser personales en juicios con entidades públicas)

La regla segunda del artículo 512 del C. Judicial sólo es aplicable en armonía con lo dispuesto por el artículo 250 ibidem. En otros términos, las notificaciones personales a que dicha regla segunda se refiere, sólo son de rigor respecto de aquellos empleados que en su calidad de tales tienen que comparecer en juicio por las personas jurídicas de cuya representación se hallan investidos de acuerdo con la Constitución o la Ley. Pero no cuando esa representación en juicio se lleva por medio de apoderado, así sea éste empleado público. (Negocios Generales. Febrero 13 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125).

262, 1ª y 2ª

— 0 —

- 164 -

OBLIGACIONES DE HACER (Cumplimiento judicial de la de otorgar instrumento)

La legislación anterior a la Ley 66 de 1945 no había previsto que pudiera suplirse, dentro de una sana economía procesal, la voluntad de un obligado renuente, cuya obligación tuviera por objeto nada más que otorgar un instrumento: prestación que, como es obvio, resulta susceptible de cumplimiento directo, o como si se dijera, EN ESPECIE. Entonces, con el mismo criterio con que el Código Civil suple la falta de voluntad del deudor cuyos bienes se rematan, o venden por ministerio de la justicia, en el acto jurídico de la correspondiente tradición (C. C., artículo 741, inciso 3º) con la ficción jurídica de que el Juez lleva la representación legal (y se dice ficción, porque se trata de una representación fuera de toda idea de incapacidad legal o de mandato, únicas fuentes reales de la misma), así también el legislador ha podido ordenar que el Juez reemplace al deudor cuya obligación consiste solamente en

emitir un documento público o privado, cuando aquél pretende negarse a eso específicamente.

Y por cuanto el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 vino a colmar ese vacío de la legislación anterior, de manera implícita complementó, tanto la tramitación del procedimiento especial regulado por el título 31 del libro 2º del C. J., cuanto, en forma muy sabia por lo práctica, las disposiciones relativas a la ejecución de las resoluciones.

Porque en el caso que se haya seguido un juicio ordinario o declarativo que versó sobre la obligación de otorgar un instrumento público, no se ve la razón para reservar su ejecución sometiéndola a nuevo trámite separado, en juicio especial; cuando las partes son las mismas y entre ellas se declaró la obligación por los más amplios del juicio ordinario. (Casación Civil. Marzo 16 de 1953. T. LXXIV. Número 2126)396, 1ª

- 165 -

OPINION (Cuándo es causal de impedimento)

Como lo ha expresado en repetidas ocasiones la Corte, no toda opinión que jurisdiccionalmente dé un Juez dentro de un proceso puede considerarse como de suficiente entidad constitutiva de causal de impedimento, si ese parecer no se traduce en una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que obran en él, para que pueda comprometer al funcionario en las posteriores etapas del juicio que implican cambios de jerarquía, elementos de juicio que no pueden ser otros que aquellos que constituyen la materialidad del delito y los que se relacionan con la responsabilidad de sus autores.

Así, se ha puesto por ejemplo de estos actos jurisdiccionales, la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, o se dá concepto de fondo sobre

el mérito de las diligencias sumarias, por cuanto estos actos implican necesariamente un proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades del delito. (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)163, 1ª y 2ª

— P —

- 166 -

PARTE CIVIL (No puede interponer casación contra sentencia absolutoria)

La parte civil tiene dentro del proceso penal sus limitaciones precisas y determinadas, sin que puedan atribuirse otras, como sería si a pesar del texto expreso del artículo 559 del C. de P. P., se extendieran las facultades que la ley le otorga hasta recurrir en casación contra sentencias absolutorias. Es manifiesto que el Código ha querido excluir a dicha parte de aquella prerrogativa, porque considera que no puede equipararse a las otras dos partes —Ministerio Público y procesado— en lo tocante con un recurso extraordinario, que en materia penal tiene como finalidad preponderante enmendar los posibles errores judiciales, como una mejor garantía para la justicia. De allí que sólo otorgue el recurso a quienes por ser interesados en aquella enmienda, como partes que representan a la sociedad o al delincuente mismo, deben gozar de esa especial prerrogativa legal.

La parte civil no está en la misma categoría dentro del proceso penal. El interés que la ley reconoce no va más allá de buscar la justa indemnización de los perjuicios sufridos por el delito. Su misión fundamental es cooperar al logro de una condena, para que ella se traduzca en fuente civil de reparar los daños y perjuicios de la infracción.

Si a la parte civil se le concediera el recurso de casación contra las sentencias absolutorias, se le otorgaría por ello mismo la fa-

cultad de ejercer una acusación particular fundada en la venganza y en la vindicta por medio de la ley, de agravios que sólo corresponde a la justicia sancionar y cuyo ejercicio no puede extenderse hasta límites que sobrepasan la naturaleza misma de la institución, cuyo objeto principal y único surge del principio civil de que todo daño presupone una indemnización, pero es menester que algún perjuicio se cause para que pueda ser cobrado a quien lo produjo.

Por lo demás, no es el recurso de casación una tercera instancia, y en ello se convertiría si se otorgara también a las sentencias absolutarias.

Examinadas una a una las siete causales de casación que consagra la ley, se advierte que en ninguna de ellas podría fundamentarse un recurso de casación interpuesto por la parte civil, puesto que todas ellas presuponen una situación procesal en que ha sido condenado el reo o al menos se ha dado mala aplicación o indebida interpretación a la ley, lo cual supone también que ha recaído una sentencia condenatoria, porque únicamente por ello ha podido errarse en la interpretación o aplicarse la ley indebidamente. (Casación Penal. Enero 30 de 1953. T. LXXIV. Números 2124-2125) 188, 2ª y 189 1ª

- 167 -

PENAS (Determinación de su cuantía)

Es evidente que con el artículo 39 del Código Penal quiso el legislador marcar una pauta al Juez para limitar su arbitrio en la medida de la pena, balanceando las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, hasta el límite de imponer sólo el máximo cuando existan únicamente aquéllas y el mínimo cuando no obran sino las segundas, pero al mismo tiempo señalando que en el caso de concurrir de ambas categorías, no puede aplicarse ni el máximo ni el mínimo, correspondiendo al fallador la facultad de fijar la

cuantía de la sanción con sujeción a este principio.

Superado en la nueva legislación penal el anticientífico y empírico sistema de los grados de delincuencia del antiguo código, por otro más acorde con la realidad humana de las acciones delictuosas, que no pueden estar sujetas para su medida a una dosimetría penal que las calcule sobre bases puramente aritméticas, es apenas racional y lógico que se determinen en la ley cuáles son las circunstancias de agravación modificadoras de la pena como de mayor o menor peligrosidad, pero permitiéndole movilidad entre los máximos y mínimos que ella misma señala, a fin de conseguir una medida de la penalidad que corresponda al justo anhelo de individualizarla en cada caso al delincuente. (Casación Penal. Febrero 13 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 217, 1ª y 2ª

- 168 -

PERTAZGO

A través de los artículos 705, 716 y 721 del Código Judicial, se ve muy claramente establecido cuál es el camino que corresponde seguir al juzgador frente a un avalúo pericial: aceptar como plena prueba el dictamen "uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos", que pueden ser los principales, o uno de éstos y el tercero; regular él mismo el avalúo por el medio aritmético de los tres conceptos, cuando entre los dos extremos, el justiprecio mayor y el menor, media una diferencia que no excede de un cincuenta por ciento esta última; o en este último evento, puede, legalmente, optar por uno de estos dos procedimientos: hacer por sí la regulación que estime equitativa, conforme a los mismos dictámenes y demás pruebas del expediente, o decretar de oficio un nuevo avalúo por medio de peritos

designados por él. (Casación Civil. Febrero 9 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 40, 2ª

- 169 -

PERITAZGO (Su apreciación)

Aunque los peritos conceptúen en forma uniforme, no imponen al juzgador sus conclusiones en forma imperativa, pues éste puede apreciar libremente lo fundado del dictamen. (Casación Civil. Marzo 2 de 1953. T. LXXIV. Número 2126)294, 2ª

- 170 -

PERITAZGO (Su valor probatorio)

Es bien sabido que, al tenor del artículo 723 del C. J., el dictamen pericial, aún en el caso de que exprese uniformidad de criterio entre quienes lo rinden, no obliga al fallador. Este puede apreciar su mérito con arreglo a la fuerza de convicción de las razones en que se apoye y de las deducciones e inferencias que en él se hagan y también según la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen.

Si el concepto uniforme de dos peritos obligara necesariamente al fallador, se tendría que aquéllos y no éste vendrían a ser los jueces del caso, usurpando las funciones que privativamente pertenecen al funcionario que administra justicia.

Cuando se trata de cotejos de firmas, es más evidente aún que el dictamen uniforme de los peritos apenas constituye un indicio más o menos grave o vehemente, de acuerdo con la fundamentación y demás circunstancias del dictamen a que alude el artículo 723 citado. Es éste el sentido claro y expreso del artículo 656 del C. J.

Significa lo anterior que el juzgador de instancia tiene soberanía para apreciar el mérito y valor del dictamen pericial sobre cotejo de firmas y que, en consecuencia, su conclusión no puede ser atacada en casación sino por manifiesto error de hecho: es decir, cuando aparezca claramente contraria a la evidencia. (Casación Civil. Abril 7 de 1953. T. LXXIV. N° 2127)588, 1ª

- 171 -

PERITAZGO (Apreciación del juzgador)

El dictamen pericial cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho, que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos. (Casación Civil. Abril 14 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)639, 2ª

- 172 -

PERITAZGO (Libre apreciación del Juez)

Corresponde al Juez determinar si el dictamen está debidamente fundamentado, y tal apreciación sólo puede atacarse en casación cuando en ello hay un error evidente.

Comentando esta disposición y el artículo 722 del C. J., ha dicho esta Sala:

No se establece en estos artículos del código la imperativa ACEPTACION MECANICA por parte del Juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, QUE ES LA ESENCIAL de la prueba pericial, es don-

de tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien los reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos. Es por medio del poder judicial como la República ejerce permanentemente la facultad de administrar justicia de acuerdo con la constitución y las leyes (artículo 142 del C. J.). (Casación Civil. Abril 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 693, 2ª

- 173 -

PERITAZGO (El juzgador tiene suficientes poderes para analizar y calificar el mérito del dictamen)

El juzgador tiene poderes suficientes para analizar y calificar el mérito de convicción de un informe pericial, aún en el caso de que se rinda uniformemente por los dos peritos principales o por uno de éstos y el tercero designado para dirimir el desacuerdo entre ellos. De lo contrario serían los peritos y no el juez quienes resolvieran el litigio. Por tal motivo, un ataque en casación contra la apreciación de un dictamen, sólo puede prosperar si el error en que incurra el Tribunal al estimar sus fundamentos, aparece de manifiesto en los autos. Ello es así, pues al Tribunal le corresponde estimar si las razones en que se apoya el concepto pericial permiten darle valor de plena prueba. La Corte en diversas ocasiones ha expresado esta opinión. (C. C. 27 de febrero de 1952, G. J., 2110 y 2111, págs. 131 y 132). Error de derecho, pues, en la apreciación de esta prueba, sólo puede existir cuando el Tribunal le dá pleno

valor no obstante hallarse el dictamen totalmente desprovisto de fundamentación). (Casación Civil. Abril 28 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 732, 1ª y 2ª

- 174 -

PERJUICIOS

La ley presume que toda infracción del contrato origina perjuicios. (Casación Civil. Febrero 26 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 77, 2ª

- 175 -

PERJUICIOS (Por denuncia criminal)

El denuncia como actividad privada del individuo, antes que una simple facultad, constituye una verdadera obligación, que en el campo de las relaciones jurídico-sociales donde se desarrolla, ha de cumplirse con subordinación exacta, no sólo a la verdad de los hechos que se denuncian, sino también y primordialmente a la rectitud intencional que conlleva el ejercicio del derecho en que correlativamente se traduce el cumplimiento de las obligaciones. Porque si bien es cierto que la verdad de los hechos, como reveladores del estado psicológico del agente, es bastante —en principio— para establecer la falta de malicia y consiguiente irresponsabilidad en las consecuencias perjudiciales de su acto, excepcionalmente puede no serlo cuando, a sabiendas de que los hechos no son constitutivos de infracción penal, el denunciante se vale sin embargo de consideraciones circunstanciales, como podría serlo la parcialidad o ignorancia del funcionario, para ocasionar por este medio el perjuicio. (Casación Civil. Marzo 6 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 330, 2ª

- 176 -

PERSONEROS MUNICIPALES (Cuándo compete a un Tribunal Superior conocer de procesos penales contra ellos)

Los Tribunales Superiores de Distrito y la Corte sí tienen competencia para conocer de los negocios penales seguidos contra los Personeros Municipales, cuando éstos ejercen sus funciones ante los Jueces de Circuito. En estos casos, como lo ha sostenido la Corte en otras ocasiones, no rige para la competencia el Código de Procedimiento Penal, sino la Constitución misma que en su artículo 142 dispone que el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores "y POR LOS DEMAS FISCALES QUE DESIGNA LA LEY" y les dá a tales funcionarios la misma categoría, privilegios, remuneración y prestaciones que a los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen sus funciones. De suerte que, los Personeros Municipales, cuando ejercen sus funciones ante los Jueces de Circuito, tienen la misma categoría que éstos y los acompaña el fuero especial de ser juzgados en primera instancia en las causas de responsabilidad, por los funcionarios judiciales que tienen, la competencia para juzgar por esa clase de delitos a dichos Jueces, es decir, por los Tribunales Superiores de Distrito. (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)145, 2ª y 146, 1ª

- 177 -

PERTENENCIA (Qué se necesita para que la Nación, los Departamentos o los Municipios se consideren como parte en este juicio)

Para que la Nación, los Departamentos o los Municipios se consideren como parte en el juicio sobre declaración de prescripción, con las consecuencias que de tal calidad se

derivan en relación con la cosa juzgada, de acuerdo con el parágrafo del artículo 12 de la Ley 120 de 1928 se necesita la correspondiente oposición, o que la demanda haya sido dirigida formalmente contra cualquiera de las mismas. Luego, si dentro del procedimiento especial de que se viene hablando el Ministerio Público no se opone a la declaración de pertenencia, el fallo que en aquél se pronuncie, de ninguna manera perjudica o favorece a dichas entidades, por no haber sido parte en el juicio. Tal fallo, por consiguiente, no puede oponerse contra ninguna de ellas como fundamento de la excepción de cosa juzgada, según lo que el mismo artículo 12 disponía en su primer inciso. Pero tampoco, por igual razón, pueden alegarlo en su favor como fundamento de esa misma excepción. (Negocios Generales. Abril 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)807, 1ª

- 178 -

PETICION DE HERENCIA (La adjudicación no es prueba de mejor derecho a la herencia)

La acción de petición de herencia es la que confiere la ley al heredero de mejor derecho, para reclamar los bienes de la herencia ocupados por otra persona, que también alega título de heredero. Es, pues, una controversia en que se ventila entre el demandante y el demandado a cuál de ellos le corresponde en todo o en más parte el título de legítimo sucesor del causante en calidad de heredero y de consiguiente la universalidad de los bienes herenciales o una parte alícuota sobre éstos. De consiguiente, la cuestión de dominio de los bienes en esta acción es consecencial de la cuestión principal que allí se discute sobre la calidad de heredero. Por eso, cuando un bien se reclama como cosa determinada y singular, alegando no propiamente la calidad de heredero de mejor derecho, sino un título traslativo de dominio, como

venta, permuta, donación entre vivos, etc., la acción nunca será de petición de herencia, aun cuando el título provenga del heredero que haya enajenado cosas de la herencia antes o después de la partición, sino una característica acción de dominio.

En consecuencia, para establecer el mejor derecho a la herencia o a la cuota de ella que las partes litigan, lo procedente no es la confrontación de la hijuela de adjudicación que ampara al demandado, con las pruebas aducidas por el actor para demostrar su calidad de heredero, sino la de los medios probatorios en que cada una de las partes funda esa misma condición, para concluir el derecho preferente de quién deba ser llamado a recibir la herencia.

La adjudicación, como título traslativo de dominio de la comunidad herencial al heredero, es prueba de dominio, y como tal puede fundar acción reivindicatoria frente a títulos posteriores; pero no es prueba del mejor derecho a la herencia que otro pretende, ni puede por consiguiente invocarse válidamente contra éste dentro de la correspondiente acción, cuyo objetivo exacto es el de fijar la prevalencia de esa calidad en virtud de la cual tiene el demandado en su poder los bienes que se le adjudicaron. (Casación Civil. Febrero 9 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 19, 2ª y 20, 1ª

- 179 -

PETROLEOS (Propiedad de)

Reconoce la Corte que la actual propiedad del petróleo tiene su primitiva fuente u origen en la legislación de los antiguos Estados Soberanos, en cuanto éstos cedieron a los dueños del terreno ciertas minas, inclusive las de petróleo, antes de la reserva del Código Fiscal de 1873.

Pero no podían ser dueños de un terreno, para los efectos de la cesión hecha por los Estados Soberanos, quienes ostentaban en su

favor simples títulos traslativos entre particulares, si ese terreno no había salido del dominio de la Nación por cualquier medio legal.

Esta misma tesis fue sostenida por la Corte en fallo de 5 de mayo de 1949. (Negocios Generales. Enero 14 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 239, 1ª

- 180 -

PETROLEOS (Interpretación del artículo 7º de la Ley 160 de 1936)

El punto desde el cual ha de contarse el término de dos años de que trata el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, lo decide el último inciso del mentado artículo 7º, al expresar que las acciones consagradas por el derecho común, en relación con los terrenos a que se refieran las resoluciones del Ministerio, así como las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en los juicios breves y sumarios, "sólo podrán intentarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de su ejecutoria o de su registro en el Ministerio".

Y aunque antes había dicho el artículo que se comenta que los dos años debían contarse "desde la fecha en que fuere proferido el fallo en el juicio sumario", debe preferirse la de la ejecutoria, porque siendo distintas las fechas de expedición de una sentencia judicial y la de su ejecutoria, es la última la que debe prevalecer, para los efectos indicados en la norma que se comenta, pues es la que da mayores seguridades de certeza y la que se conforma con los usos procesales.

Además, en este caso no se trata propiamente de una prescripción extintiva, sino de una caducidad o término perentorio, respecto del cual no cabe la interrupción y basta que la acción se ejercite dentro del plazo, y es por eso indiferente para la prosperidad de la misma, que la formalidad de la notificación a la parte demandada o a alguna de las personas que la forman se cumpla antes de ex-

pirar los dos años. (Negocios Generales. Septiembre 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2126)498, 1ª

- 181 -

POLICIA (Competencia para conocer de procesos seguidos contra sus miembros por delitos contra las personas)

Las disposiciones del Decreto 1231 de 1951 reformaron esencialmente las que existían en lo tocante a la jurisdicción y competencia de la justicia militar para conocer de los delitos contra la vida y la integridad personal cometidos por los miembros de los Cuerpos Armados de la Policía en actos del servicio, pues por ellas se quitó a esa justicia la competencia para conocer de esos delitos y se atribuyó a la justicia ordinaria. (Casación Penal. Enero 20 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)133, 2ª

- 182 -

POSESION (Aplicación del Art. 787 del Código Civil)

Terminada, por cualquier causa, aún voluntaria, la posesión de una persona sobre la cosa, si otra la toma, sin la transmisión de dominio o propiedad, no hay lugar a la unión de posesiones. Será el caso del artículo 787 del Código Civil, según el cual, se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya. (Casación Civil. Abril 6 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)567, 2ª y 568, 1ª

- 183 -

PRESCRIPCION (Posesión exclusiva cuando son varios los prescribientes)

Aún tratándose, no ya de controversias entre el dueño de un predio y un prescribiente que le disputa el dominio, sino de distin-

tas personas que aspiran a prescribir, alegando para ello posesión suficiente, la Corte ha exigido que dicha posesión sea exclusiva para que pueda prosperar la prescripción. (Casación, 23 de mayo de 1932. G. J., número 1886, página 65). Doctrina ésta que —dicho sea de paso— no ha venido a agregar nuevas condiciones a las ya exigidas por los preceptos legales en punto de prescripción, sino a interpretar rectamente el concepto jurídico de la posesión. (Negocios Generales. Abril 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)

802, 2ª

- 184 -

PRESCRIPCION (Pruebas para poder declarar el dominio por prescripción adquisitiva)

La persona que aspire a una declaración de pertenencia, por prescripción adquisitiva del dominio debe, según el C. Civil y la Ley 120 de 1928, presentar las pruebas que acrediten su posesión real sobre el inmueble que va a ser objeto de la declaración y por el tiempo exigido por la ley para que la prescripción se consume. Esta misma exigencia corre pareja con la del opositor y en lo que a él se refiere, porque en esta clase de controversias, hay una a manera de juicio doble, de tal modo que el deber que tiene cada parte de probar su derecho o los derechos que le incumben, no exime a la otra de la carga de la prueba, en lo que le corresponde. (Casación Civil. Marzo 12 de 1953. T. LXXIV. N° 2126)376, 2ª

- 185 -

PRESCRIPCION (Art. 6° Ley 120 de 1928)

El artículo 6° de la Ley 120 de 1928 fija las normas establecidas en los artículos siguientes para los casos en que no haya personas conocidas contra quienes se pueda alegar la prescripción. (Casación Civil. Marzo 12 de 1953. T. LXXIV. N° 2126) .357, 1ª

- 186 -

PRESCRIPCIÓN (Para adquirir el dominio de tierras baldías, durante la Colonia)

En fallo de 5 de agosto de 1942 la Corte estableció, siguiendo para esto el espíritu de la legislación indiana sobre la materia, especialmente la Real Cédula de San Lorenzo, qué debía entenderse por explotación económica, como medio de adquirir por prescripción el dominio privado de las tierras.

Allí se dijo que había que demostrar esa explotación económica con actos inequívocos, tales como plantaciones, cultivos, estancias de ganado, etc.

Y en fallo de 16 de julio de 1951, amplió el anterior concepto, en los siguientes términos:

“De conformidad con la aplicación que la doctrina ha dado a los principios legislativos que rigieron la adquisición del dominio territorial por el modo de la justa prescripción durante la Colonia, la posesión de las tierras debía precisamente consistir en actos de explotación económica, o sea, en plantaciones o cultivos, pastos, ganadería, etc., sobre las tierras en que aquella se ejercitaba”, agregando, además, que la ley de 11 de octubre de 1821 no modificó ese principio, ya que al reconocerle determinados derechos a “los que poseyeran tierras baldías de tiempo inmemorial o a pretexto de una justa prescripción” (artículo 5º), sin especificar el modo como dicha posesión debía ejecutarse, de hecho, la subordinó a las condiciones establecidas en las leyes españolas, cuyos mandatos continuaban en todo su vigor, mientras no resultaran opuestos a las disposiciones de la Carta, o a otras leyes posteriores. (Negocios Generales. Enero 31 de 1953. T. LXXIV., Nos. 2124-2125) 252, 1ª y 2ª

- 187 -

PRESCRIPCIÓN ENTRE COMUNEROS

La prescripción entre comuneros ha sido posible aún antes de la Ley 51 de 1943. La Corte, en pleno, tuvo ocasión de pronunciarse sobre este punto al fallar la demanda de inexequibilidad de dicha Ley. (G. J. número 2016, página 8; véase también G. J. 2116-117, pág. 508).

Pero, para que esta prescripción pueda operar, se necesita que el comunero que la alega haya poseído materialmente y sin reconocer dominio ajeno, una parte determinada y precisa del terreno común, o su totalidad, con exclusión de los demás comuneros y de terceros.

No hay usucapión de derechos indivisos sobre un inmueble, sino de parte determinada de éste o de su totalidad. Por eso, para obtener sentencia favorable en el juicio que siga el pretendido prescribiente, es requisito indispensable que se haya individualizado el terreno objeto de la posesión durante el lapso legal necesario.

Claro está que dos o más personas pueden poseer en común un inmueble y usucapir de la misma manera su dominio. Pero entonces todas están poseyendo para todas, en forma concurrente y no excluyente. Y nada se opone a que en tal caso cualquiera de ellas solicite la declaración de prescripción adquisitiva del dominio o de otro derecho real a favor de la comunidad. No ocurre lo mismo cuando dos o más personas ejecuten, cada una para sí y sobre el mismo terreno, en forma excluyente, actos que puedan calificarse como manifestaciones de posesión por implicar el ánimo de aprovecharse para sí, respectivamente, de este terreno.

Entonces, si cada una desconoce el dominio ajeno y de consiguiente se porta como dueño, realiza actos de posesión individual. Pero como al mismo tiempo los otros interesados ejecutan esos actos, ninguno de ellos puede de tal manera llegar a adquirir por prescripción el inmueble, en proporción alguna. Lo impide la circunstancia de que las respectivas posesiones se excluyen recíprocamente.

Para que varias personas puedan simultáneamente y en forma individual adquirir por prescripción partes de un inmueble, se necesita, como ya se dijo, que cada una de ellas ejerza posesión sobre una parte determinada y precisa del bien, con exclusión de las demás.

Por último, para que exista justo título constitutivo de posesión regular, no es suficiente que él reúna las características formales de tal, ni basta que sea traslativo del dominio o del derecho real cuya posesión se alega; es indispensable, además, que haya identidad entre el bien objeto de la posesión material y el que aparezca comprendido dentro de los linderos del título respectivo. Por eso, para que se reconozca en juicio el carácter de poseedor regular, es necesaria dicha identificación. La buena fe puede coexistir con el justo título, pero no lo constituye.

Puede ocurrir que una persona adquiera un inmueble en pleno dominio, y crea, con fundadas razones, que una zona de terreno del predio colindante, forma parte del suyo. Entra, pues, a poseerlo materialmente, con buena fe indiscutible. No obstante, carecería de justo título para la posesión de esa zona si en el juicio se llegare a establecer su error. En consecuencia, un título es justo en cuanto a la posesión del terreno efectivamente comprendido dentro de la alindación que aparezca en él. Pero no respecto

a lo demás. (Casación Civil. Abril 28 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) .741, 2ª y 742, 1º

- 188 -

PRESCRIPCION (entre comuneros)

Los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1943 reconocen la prescripción entre comuneros. Y al efecto permiten al condómino adquirir por ese medio, ordinaria o extraordinariamente, el todo o la parte del inmueble indiviso que haya sido explotado económicamente durante el término y en las condiciones legales, pudiendo con tal fin añadir él a su propia posesión la de sus causantes a título universal o singular.

Y no es óbice para que el fenómeno prescriptivo se consume, el hecho de que el comunero de que se trata reconozca que en el indiviso hay otras personas que inicialmente fueron condueñas, ni el hecho que se haya promovido el correspondiente juicio divisorio, a sabiendas. Lo importante es que la parcela a que el sedicente comunero contrae sus aspiraciones de dominio, haya sido o esté poseída con ánimo exclusivo de señor o dueño, de la manera ya expresada, por persona o personas que tengan identidad jurídica. Es decir, puede prescribir el comunero en la misma forma que lo haría un extraño a la comunidad. Pero, para que la usucapción o la mera prescripción ordinaria se consumen por el medio de las posesiones agregadas, es indispensable que el antecesor o los antecesores, lo mismo que el sucesor, hayan señoreado el inmueble desconociendo en él derechos ajenos por no haberlos ejercitado sus titulares. Y esto no ocurre en la simple transmisión del derecho de comunidad, que jamás puede significar traspaso de cuerpo cierto con ánimo de poseedor excluyente, según se ha visto. (Casación Civil. Abril 6 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) .568, 1º

- 189 -

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA (La excepción es siempre autónoma de la acción)

Porque el artículo 2538 del Código Civil expresa que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho, no debe exagerarse el alcance de los efectos correlativos entre la acción y la excepción, porque, la excepción es siempre autónoma de la acción. En particular, la prescripción extintiva "está purificada de toda idea de posesión", dice Josserand, tiene "resultado negativo y no positivo", "en lugar de crear, destruye". En el caso actual, resulta improcedente afirmar que porque la Nación pide una declaración de dominio, la Compañía demandada tiene que demostrar que ha adquirido ese dominio por usucapión. No puede negarse, desde luego, que a la Nación lo que le interesa, en el fondo, es la propiedad de las tierras que se dicen adjudicadas a Juan Florentino Sánchez. Pero ello no significa que la parte demandada no pueda oponer la excepción perentoria de prescripción extintiva de la mera acción de falsedad, con independencia de la acción de dominio, porque así lo enseña la finalidad que persigue la prescripción de que se viene hablando.

En efecto, la prescripción, en este caso concreto, persigue una finalidad: la de dar seguridad jurídica sobre el título o instrumento exhibido por los interesados, para emplear términos de Josserand. (Negocios Generales. Septiembre 21 de 1953. T. LXXIV. N° 2126).....500, 2ª y 501ª 1ª

- 190 -

PROCESADO (Valor probatorio de sus explicaciones)

En materia criminal, es regla sabia dar a

la explicación del delincuente un cierto margen de credibilidad, cuando las circunstancias del delito revelen que subjetivamente el agente creyó posible un acontecer distinto al que describe la prueba testimonial. Los testigos describen hechos materiales que entran por sus sentidos externos, pero están en incapacidad de dar testimonio de los sentimientos que dominan al actor en el momento de delinquir. El Juez sí puede valorar esta posibilidad y darle la apreciación que merece dentro de las condiciones en que se cumplió el hecho delictuoso.

No de otra suerte se explica que unas circunstancias de peligrosidad estén en el mismo sujeto que delinque, y otras en las formas o maneras en que se infringió la ley penal. (Casación Penal. Enero 23 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125).....158, 2ª

- 191 -

PROCESADO (No toda duda puede resolverse en su favor)

No toda duda puede resolverse en favor del procesado. En la discusión del proyecto del Código de Procedimiento Penal se suscitó algún debate sobre la palabra "eludirla" que contenía el texto primitivo de lo que es el artículo 204 de dicha obra.

El comisionado doctor Moncada preguntó si estaría bien empleado el término "eludirla". Le replicó el doctor Escallón, que "la idea que quiere significarse con esa palabra es que será la duda favorable al procesado cuando no haya sido posible prescindir de ella". A esto explica el doctor Rueda Concha: "Yo he agregado la frase 'cuando no haya modo de eludirla' intencionalmente, es decir, para que siempre se haga todo lo posible por salir de la duda. Que no es suficiente que la duda se presente, como generalmente se cree. Sino que es deber del que falla poner de su parte todo el esfuerzo para salir de esa duda y llegar a una certeza. Si

después de hecho todo lo posible; aún se permanece en el estado de duda, entonces es favorable al procesado”.

La Comisión, después de leer en el diccionario de la lengua —añaden las Actas— el significado de los vocablos “eludir”, “excluir”, “eliminar” y en vista de que las acepciones atribuidas a este último encajan mejor dentro del significado que se pretende en el presente caso, resolvió cambiar, por unanimidad, el vocablo “eludirla” por el de “eliminarla”.

Según esto, no toda duda puede resolverse en favor del procesado. Lo transcrito es bastante para dar a los términos de la ley el verdadero significado que tienen. (Casación Penal. Febrero 10 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) 209, 2ª y 210, 1ª

- 192 -

PROCURADORES DELEGADOS

Con los ordenamientos de la Ley 83 de 1936, previstos en los artículos 1º, 2º, 10 y 11, es incuestionable para la Corte que los Procuradores Delegados son funcionarios que dependen inmediatamente del Procurador General, y, por tanto, que el artículo 29 de la expresada ley, en cuanto dispone que tales Delegados los nombra el Presidente de la República, contraría abiertamente el numeral 4º del artículo 145 del Estatuto Fundamental, puesto que aquí se establece que el Procurador General designa los empleados de su inmediata dependencia. (Sala Plena. Enero 15 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) 2, 2ª

- 192-bis -

PROMESA DE CONTRATO (Debe constar por escrito)

Entre los requisitos exigidos para la promesa de contrato por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que derogó el 1611 del Código

Civil, figura en primer término el de “que la promesa conste por escrito”, por lo cual puede afirmarse que la promesa es un contrato solemne, pues la forma escrita se requiere *ad substantiam actus*. En los contratos de esa índole la prueba se confunde con la existencia misma del pacto, a tal punto que donde ella falta éste no tiene existencia jurídica. Esa prueba no puede suplirse con ninguna otra. De tal suerte que tanto la confesión como las declaraciones de testigos, son elementos probatorios inadmisibles para la demostración del contrato. (Casación Civil. Abril 16 de 1953. T. LXXIV. N° 2127).

671, 2ª

- 193 -

PRUEBAS

Las ritualidades que el Código de la materia señala para cada una de las pruebas, son de forzoso cumplimiento, como que son reglas imperativas y no supletorias de voluntad, mudables al arbitrio de las partes. (Negocios Generales. Enero 22 de 1953. T° LXXIV. Nos. 2124-2125) 246, 1ª y 2ª

- 194 -

PRUEBAS (Alcance del artículo 597 del Código Judicial)

Una cosa es la oportunidad para presentar las pruebas y otra el valor o eficacia probatoria que ellas tienen. El artículo 597 del Código Judicial establece las oportunidades para presentar las pruebas con el fin de que formen parte del proceso: haberse presentado con la demanda o la contestación, o en diligencias en que intervienen el juez y las partes, o dentro de los términos probatorios que la ley señala, o por haberse ordenado de oficio cuando el juez tenga esa facultad. La eficacia o mérito de las mismas la señala el propio Código, y ella depende de las condiciones de publicidad y contradicción que de-

ben tener. Por eso ha dicho la Corte que el citado artículo 597 "no tiene la virtud de convertir en eficaces las pruebas a que se refiere, si conforme a otros preceptos legales no deben apreciarse. Ese artículo permite, sencillamente, estimar el mérito de las pruebas que enumera, según la fuerza que tengan en las disposiciones legales correspondientes". (G. J. Tomo 50, número 1961, pág. 56). (Negocios Generales. Enero 22 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) . . . 246, 1ª

- 195 -

PRUEBAS (La propiedad de una empresa de ferrocarril por parte de un Departamento debe acreditarla el demandante)

No es necesaria la demostración de la existencia de las personas de derecho público de creación constitucional o legal, como lo es un Departamento de la República. Pero no sucede lo mismo en lo referente a la propiedad de una empresa de ferrocarril por parte de un Departamento, que no puede darse como probada por la simple circunstancia de no haberse contradicho o discutido por la parte demandada. En primer lugar, porque ése no es un hecho de los llamados públicos o notorios, esto es, de aquellos cuya existencia es tan conocida de las gentes que, repugna al sentido común exigir la prueba de su existencia o acreditamiento. Y, en segundo lugar, porque esa vinculación entre el demandado y la cosa causante de los daños es una de las condiciones o hechos que debe acreditar el demandante para la prosperidad de su acción, sin necesidad de que el demandado excepcione contradiciendo expresamente la propiedad. (Negocios Generales. Marzo 26 de 1953. T. LXXIV. N° 2126) . . .

481, 2ª

- 196 -

PRUEBAS (El tribunal es soberano en su apreciación)

La Corte con razón ha sostenido que el Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba y por lo tanto no puede cambiar su criterio pero sí puede entrar a estudiar si se dio o no la prueba del indicio, o mejor, si esa prueba existe en los autos. Si no existe, la acusación por error de hecho en la apreciación de la misma debe prosperar, lo que es natural especialmente tratándose de la confesión extrajudicial que por su naturaleza es deficiente. (Casación Civil. Abril 24 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) 705, 1ª

- 197 -

PRUEBAS (Cuándo puede variarse en casación la apreciación del tribunal)

Al Tribunal le otorga nuestro derecho procesal libertad para analizar y apreciar los elementos probatorios traídos en las instancias, de acuerdo con su criterio y con las reglas generales de la sana crítica, y la Corte carece de facultad para modificar en casación ese concepto del Tribunal, a menos de existir un error evidente de hecho. (Casación Civil. Febrero 26 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) 70, 1ª

- 198 -

PRUEBAS (Validez de las pruebas consagradas en el artículo 4° de la ley 45 de 1936 por hechos ocurridos antes de su vigencia)

Las pruebas que consagra el artículo 4° de la ley 45 de 1936 tienen plena validez, sea que los hechos pertinentes hayan tenido ocasión antes o después de la vigencia de dicha ley. (Casación Civil. Abril 7 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) 598, 2ª

Salvaron su voto tres Magistrados, quienes sostuvieron la doctrina según la cual la ley nueva no puede regular los hechos realizados bajo el imperio de la ley precedente.

619 ss, y 627

- 199 -

PRUEBAS (para acreditar el cuerpo del delito en el homicidio)

Las diligencias de levantamiento del cadáver y de autopsia del mismo, pruebas éstas esenciales para la comprobación del homicidio, no son las únicas, ni suponen la exclusión de otros elementos probatorios para la demostración del factor material de tal delito, pues dentro del estatuto procedimental existen disposiciones especiales que permiten acreditar el cuerpo del delito en el homicidio, por pruebas que no son precisamente éstas. (Casación Penal. Febrero 17 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) 222, 2ª

- 200 -

PRUEBA INDICIARIA (En qué consiste)

La prueba indiciaria consiste en una argumentación por hipótesis: se trata de llegar de una causa o hecho conocido, que es el indicio propiamente dicho, al conocimiento del hecho antes ignorado, que tiene que proponerse en el curso del raciocinio indiciario como una hipótesis y que una vez decidida de las circunstancias que le sirven de explicación, constituye la presunción. Pero como cada hecho-indicio puede ser explicado por hipótesis distintas, se hace preciso decir que debe ser aceptada la que esté más de acuerdo con la experiencia, la que guarde mejor relación con el modo ordinario de ser los sucesos de la vida humana. Si entre las varias hipótesis sobre los indicios, hay una que los explica lógicamente y las otras

no, aquélla se convierte en tesis o presunción. (Negocios Generales. Septiembre 21 de 1953. T. LXXIV. N° 2126) 537, 1ª

- R -

- 201 -

RECONSTRUCCION DE PROCESOS CIVILES DESTRUIDOS CON OCASION DE LOS SUCESOS DEL 9 DE ABRIL DE 1948

En el Decreto extraordinario número 1683, de mayo de 1948, se estableció el procedimiento para la reconstrucción de los procesos civiles destruidos con ocasión de los sucesos del 9 de abril de ese año, e instituyóse en el mismo el principio o sistema excepcional del fallo en conciencia, verdad sabida y buena fe guardada, para la decisión definitiva de tales juicios, y con la facultad de dictar auto para mejor proveer con el objeto de que por el Juez o Magistrado que conocía de ellos, se aclaran los hechos oscuros o dudosos o que no admitían la prueba de confesión, y con la consiguiente autonomía en la apreciación de la prueba y aún en la aplicación misma del derecho.

Pero, en los Decretos de la misma naturaleza del anterior, número 2327 de julio de 1948 y en el expedido en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República, por la Ley 90 del mismo año, sobre esta materia, se sustituyó aquel criterio excepcional de la decisión en conciencia, por el ordinario o corriente del fallo en derecho, según lo alegado y probado. Así lo dispone el artículo 14 (inciso 2º) del Decreto 4135 de 17 de diciembre de 1948, que reproduce la correspondiente disposición del primeramente citado. (Casación Civil. Abril 13 de 1953. T. LXXIV. N° 2127)

722, 2ª y 723, 1ª

- 202 -

RECUSACION (Alcance del Decreto-ley 3346 de 1950)

Aunque en el artículo 1º del Decreto-ley 3346 de 1950 se ha previsto como medio exonerativo la demora por fuerza mayor o caso fortuito, estima la Corte que tales términos no se han empleado en su sentido propio y tradicional, que la Ley 95 de 1890 define como "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." Y ello porque el artículo 2º del Decreto en referencia, así como otros Decretos posteriores relacionados con la materia, indican cuál es el alcance que a aquella causal de recusación ha de darse.

Dice el artículo 2º del Decreto 3346, en efecto, que en la provisión de los cargos de Magistrados, Consejeros de Estado, Jueces, Agentes del Ministerio Público y subalternos respectivos deberá prescindirse... de las personas "que hayan incurrido en demoras injustificadas en el trámite o decisión de los procesos a que se refiere el artículo 1º de este Decreto si en ellos se hallan actualmente vencidos los términos para actuar". Y a su turno, el numeral 2º del Decreto-ley 3665 de 1950, sobre sanciones disciplinarias a los Magistrados, Jueces o Agentes del Ministerio Público, establece como causal para imponerlas "la omisión o retardo injustificados en el despacho de los asuntos a su cargo".

Así las cosas, es indudable para la Corte que, de acuerdo con el sentido del artículo 1º del Decreto 3346, los Magistrados o Jueces recusados por motivos de demora, bien pueden exonerarse de la imputación si esa demora se encuentra razonablemente justificada. (Negocios Generales. Enero 21 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) ... 242, 1º

- 203 -

REGISTRO (de adjudicaciones de baldíos)

El artículo 2641 del C. C. dice que en el Libro número 1º se deben registrar los títulos que trasladan el dominio de los inmuebles. Esta es la regla general, y por eso una adjudicación de baldíos, que traslada dominio a favor de un particular, se debe registrar en este libro. Pero aquel artículo fue modificado por el 38 de la Ley 57 de 1887, el cual dispuso que además de los libros que ya existían se debían abrir otros, entre ellos el Duplicado del 1º, para la inscripción de títulos, actos y documentos que tengan que ver con la Hacienda Pública. Por interés de ésta, más que todo, una adjudicación de baldíos debe registrarse en el Duplicado; mas, por interés del adjudicatario se debe registrar en el Libro número 1º. (Casación Civil. Marzo 16 de 1953. T. LXXIV. Nº 2126) ...

383, 1ª

- 204 -

REHABILITACION

Para conceder la rehabilitación, no puede exigirse el pago de los perjuicios civiles, si en el proceso penal no fueron determinados. (Artículo 26 C. de P. P.). (Casación Penal. Febrero 13 de 1953. T. LXXIV. Nos. 2124-2125) 213, 1ª

- 205 -

REIVINDICACION

La calificación del derecho de propiedad como primer elemento de la acción reivindicatoria, comporta un previo examen comparativo de los títulos en que las partes fundan sus respectivas pretensiones, para deducir de aquel estudio cuál de éstas ha de

prevalecer sobre los otros. (Casación Civil. Marzo 4 de 1953. T. LXXIV. N° 2126)

311, 2ª

- 206 -

REIVINDICACION (Prueba del dominio)

Aun cuando en su concepción abstracta, el dominio es un derecho de naturaleza absoluta, que habilita a su titular para gozar y disponer del objeto que le pertenece, sin otras limitaciones que las originadas en la misma ley o en el derecho ajeno, dentro del concepto de la acción reivindicatoria, tiene, sin embargo, un sentido puramente relativo, frente al poseedor con quien se controvierte el mejor derecho, para que, en su caso, sea condenado a restituirlo, como lo establece el artículo 946 del C. C. Por esto, es sabido, la acción reivindicatoria no es definitiva, sino una acción de prevalencia de títulos contra actor y demandado, en la que forzosamente deben triunfar los de quien demuestre dominio o posesión más antigua.

Al dueño que quiere demostrar propiedad, le toca probar su derecho, pero exhibido el título, no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título, es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la *probatio diabólica*, que el buen sentido rechaza, como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares. (Casación Civil. Abril 17 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) 677, 2ª

- 207 -

RESCISION POR LESION ENORME (El avalúo de los bienes vendidos como prueba)

Siempre que se ejercite la acción de res-

cisión por lesión enorme hay que acudir a las pruebas conducentes, de las cuales, la señalada es el avalúo de los bienes vendidos, realizado por peritos con las formalidades legales, para que dictaminen con el debido fundamento y claridad, cuál era el justo precio del inmueble al tiempo del contrato. (Casación Civil. Abril 21 de 1953. T. LXXIV. N° 2127) 692, 2ª

- 208 -

RESPONSABILIDAD CIVIL (De los amos y empleadores por los hechos de sus dependientes y empleados)

La responsabilidad para el efecto de indemnizar el daño causado por las personas que estuvieren al cuidado de otra, se regula por el artículo 2347 del Código Civil, disposición ésta que no mira, para los efectos de la responsabilidad, si el daño causado, por el hijo, por el pupilo, etc., se debe a la culpa, descuido o negligencia de la persona que

ejecuta el hecho material productor del daño; tiénese en cuenta únicamente, para deducir esa clase de responsabilidad, el cuidado, la vigilancia, la prudencia en la escogencia de los operarios o servidores por parte de la persona natural o jurídica que encarga el cumplimiento de esos menesteres, y por eso dice la ley que cesará la responsabilidad de tales personas si con su autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho o que con ocasión del servicio prestado, los ejecutores, operarios, criados, sirvientes se han comportado de modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente. Estos hechos de falta de previsión, de vigilancia o de mala elección en los agentes u operarios, son lo que desplaza y radica la responsabilidad contractual, sobre la persona que está obligada

a la vigilancia, a la buena elección y a la previsión en el manejo y conducta de sus empleados o servidores; y para descargarse de esa responsabilidad, tiene que demostrar, la persona sobre la cual recae la presunción de responsabilidad, que en la escogencia de esos empleados, obró con prudencia, buen juicio y discernimiento y que vigiló, en cuanto estuvo a su alcance, la actuación de los empleados o servidores que ejecutaron el hecho que causó el daño, o que no tenía medios para prever o impedir la ejecución de ese hecho, y mientras esa prueba no sea dada, la presunción queda en pie. (Casación Civil. Marzo 3 de 1953. T. LXXIV. N° 2126) 301, 2ª y 302, 1ª

- 209 -

RESPONSABILIDAD CIVIL (En caso de accidentes de trabajo)

Por regla general, debe plantearse con precisión cuál es la fuente de la responsabilidad civil que se invoca, y de cuál la deduce el juzgador, si de culpa contractual o de la extracontractual. Empero, son frecuentes los casos en que es indiferente para deducir aquella responsabilidad por daños, la consideración especial de su fuente. Ocurre ello en los casos en que, con contrato o sin él, surge la misma obligación de indemnizar, como resultado de la consumación de hecho que contraría el derecho de otro, por causa de haberse ejecutado, o dejado de ejecutar, con malicia, negligencia o descuido.

En tales eventos no se instituye una acumulación de responsabilidades; sólo se persigue la existencia de una culpa en el campo en que se destaque con mayor relieve. Y si no aparece con claridad que con ella se ha violado determinada cláusula de un contrato, pero el hecho, o su omisión ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias se imponen, sin que importe cuál sea el origen

de la culpa. Lo importante es que ésta exista y aparezca suficientemente comprobada.

Tal acontece con las reclamaciones indemnizatorias con origen en los accidentes de trabajo, cuando la víctima, o quien sus derechos representa, hace uso de la acción de indemnización de perjuicios ordinaria, con fundamento en las disposiciones de derecho común, y no en las especiales del derecho laboral. Entonces, lo que se persigue es la indemnización del daño causado con la ocurrencia del accidente, pero subordinada a la existencia de la culpa suficientemente probada del patrono. De aquí, la no aplicabilidad, aún en los casos de actividades peligrosas, de la doctrina de la presunción de culpabilidad, acogida por nuestra jurisprudencia, en los juicios de indemnización por accidentes en que los empleados o trabajadores de las empresas se causan daño en los momentos en que actúan, en cuyo evento se exige que la víctima debe probar suficientemente la culpa del patrono, para fundar el derecho a la reparación del daño causado. (Casación Civil. Marzo 28 de 1953. Tomo LXXIV. Número 2126) 433, 1ª y 2ª

- 210 -

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA-CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS MORALES

La Corte, en sentencia de 15 de mayo de 1944 (G. J., Tomo 57, pág. 789), había aceptado la distinción entre actos de los órganos del Estado, esto es, los ejecutados por sujetos que obran en su nombre y representación, y con ellos lo hacen adquirir derechos y contraer obligaciones, y actos de otros servidores públicos con funciones de ejecución, para concluir que de los hechos dañosos de los órganos responde el Estado directamente, mientras que de los realizados por los otros, responde apenas indirectamente.

Pero, en sentencia de 18 de de octubre de 1950 (G. J., Tomo 68, pág. 467), dijo la Sala de Negocios Generales: "Mucho más clara por su lógica, resulta la idea de la responsabilidad, tal como se deduce de los términos en que han sido concebidos la existencia y funcionamiento de la persona moral. Como simple abstracción jurídica que es, el ser moral debe precisamente actuar con el obligado concurso de personas físicas a quienes una norma superior (la ley, los decretos, los estatutos y reglamentos para las de derecho privado) les señala las particulares funciones que deben cumplir, y sin cuyo ejercicio no podría llenar aquél los fines para que se le creó. Esos agentes, cualquiera que sea su denominación y jerarquía, al accionar sus funciones, carecen de toda personalidad; sus actos no son, por tanto, personales suyos, sino de la persona moral, y directa y exclusiva de ésta la responsabilidad que en dichos actos se origina, lo mismo cuando el daño se produce en el ejercicio regular de la función, que cuando solamente lo ha sido con ocasión de ella. Pues que, como lo dice Appleton refiriéndose a la persona moral pública: 'el funcionario público (lo mismo que el agente de la persona moral privada) es responsable, no cuando sirve sus funciones, sino cuando se sirve de ellas; o en otros términos, la función compromete al agente, no cuando la cumpla, siquiera sea defectuosamente, sino cuando la traiciona'. De suerte que, o el hecho se realiza en ejercicio de la función o con ocasión de ella, y se tiene la responsabilidad directa y exclusiva de la persona moral; o se produce por fuera de la función o traicionándola, y entonces la responsabilidad, como originada en un hecho personal de quien lo ejecuta, es ya directa y exclusiva de éste.

"Esta norma de responsabilidad exclusiva, sólo tiene un límite dentro de nuestra legislación, en los casos de daños por actividades peligrosas a que alude el artículo 2356

del código civil, y en los que, como es sabido, la responsabilidad se funda en una culpa presunta que sólo puede destruirse con la prueba de la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño, como la propia culpa de la víctima. Si en ejercicio de una de tales actividades, el agente traiciona la función, su propia culpa no sería suficiente a destruir lo que se presume respecto de la persona moral en cuyo servicio ocasionó el daño; y no siendo esto posible, uno y otra deben responderle directa y solidariamente al perjudicado, conservando esta última el derecho clarísimo de repetir contra el primero.

"Pero fuera del servicio orgánico de las personas morales, se dan también múltiples actividades que, aun cuando vinculadas a su propio interés, no corresponden exactamente al funcionamiento estatutario de las mismas; en el ejercicio de tales actividades sus agentes no obran ya como órganos de la persona moral, sino como simples dependientes, y en ese concepto sus actos sólo son susceptibles de comprometer indirectamente la responsabilidad de aquélla, a la manera como lo hacen los terceros que están bajo la dependencia o cuidado de otro, en los términos consagrados por el artículo 2347 del código civil". (Negocios Generales. Febrero 24 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) . . .

274, 2ª y 275, 1ª

- 211 -

RIÑA. (Al jurado corresponde la calificación de la imprevisibilidad para el homicida)

Cundo el Jurado acepta que el homicidio se realizó en riña, pero guarda silencio en cuanto al hecho sustancial de la imprevisibilidad para el homicida, no puede reconocerse la atenuante, porque el que fuera imprevisible es precisamente lo que la ley penal toma en cuenta para atenuar la responsabilidad, y esta modalidad atenuante es preciso que sur-

ja en forma precisa y clara de los mismos términos del veredicto, porque, de acuerdo con el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, es al Jurado a quien corresponde la apreciación y calificación de las circunstancias que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito. (Casación Penal. Febrero 6 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)198, 1ª

- 212 -

RIÑA E IRA E INTENSO DOLOR (Cuándo pueden reconocerse todas estas atenuantes en una misma sentencia)

La Corte, en un comienzo, rechazó la concurrencia en una sola acción de las dos circunstancias modificadoras de la ira o el intenso dolor por grave e injusta provación y de la riña imprevista, y en otros casos admitió conjuntamente ambas circunstancias, afirmando que cuando esas modalidades respecto a un mismo hecho fueran reconocidas por el Jurado, había que aceptar su concurrencia, no desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino porque así se había aceptado en un veredicto. Sentó, pues, la doctrina consistente en aceptar la concurrencia de ambas circunstancias atenuantes respecto de un mismo hecho, cuando así lo declara el tribunal de conciencia, porque los Jueces de derecho no están autorizados por la ley para aceptar como justas unas respuestas del Jurado y rechazar como injustas y contrarias a derecho otras, cuando ambas hacen parte de la contestación a un mismo cuestionario.

Esta doctrina de la Corte debe mantenerse en firme para resolver el problema debatido en este negocio, porque a pesar de las críticas que puedan hacerse desde el campo puramente doctrinario, tiene su fundamento en la norma contenida en el artículo 480 de la ley procedimental penal, que ordena al Juez de derecho dictar la sentencia de

acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre que versa el debate. Si los juzgadores en derecho encuentran que las respuestas a los cuestionarios contrarían la evidencia procesal, la ley autoriza para hacer esa declaración de contraevidencia, pero si no lo hacen, tienen que fallar forzosamente de acuerdo con las contestaciones que el tribunal de conciencia dé a los cuestionarios. Lo contrario sería reconocer a los juzgadores de instancia, en esa clase de procesos, una dualidad de funciones que la ley no autoriza: "la del juez de conciencia y la del juez de derecho, o al menos la de dictar la providencia en armonía con un criterio netamente jurídico" y ésto es contrario a la disposición procedimental en cita.

Si en los procesos en que interviene el Jurado los Jueces de derecho estuvieran autorizados para calificar el veredicto del tribunal popular en conformidad con principios de derecho estricto, serían completamente inoperantes las causales que se estudian. Pero, como ese criterio está en abierta pugna con expresas reglamentaciones de la ley procesal penal, no tiene cabida en casos como el presente.

Si se tratara de una sentencia proferida por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en negocios de que conocen en derecho los jueces de primera instancia, el problema sería distinto, porque entonces esos juzgadores sí podrían precisar la situación jurídica del procesado en lo relativo a modalidades atenuantes del hecho, de acuerdo con un exacto cuadro de derecho. En esos casos, no habría veredicto que respetar, ni jugaría papel alguno la norma contenida en el mencionado artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.

Por consiguiente, con el criterio adoptado por la Corte, sí pueden concurrir y tener efectividad varias atenuaciones especiales de la sanción, en aquellos casos en que sean separables y se puedan diferenciar teniendo en

cuenta las peculiaridades propias de cada una y, además, hayan sido afirmadas por el Jurado en el veredicto con los elementos que señala el estatuto represivo. (Casación Penal. Enero 16 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)116, 1ª y 2ª

- 213 -

ROBO (Interpretación del numeral 3º del artículo 404 del Código Penal)

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal, esta ley no sólo protege el lugar habitado, sino que extiende esa tutela a "sus dependencias inmediatas", para efectos de sancionar con mayor severidad al responsable del robo. En esta forma, identifica el domicilio con sus adyacencias.

Pero para esto es necesario que concurren dos requisitos, a saber:

1º Que las dependencias inmediatas tengan posibilidad de comunicación interna con el recinto habitado de que hacen parte; y

2º Que aquéllas estén definidas por un cerco. "Si el lugar es abierto —dice Carrara—; si aunque el local fuese cerrado, no se pudiese, en ningún momento, pasar por él a la casa habitada lindera; si el inquilino que habitaba la casa contigua no tenía ningún derecho o goce sobre ese recinto, el contacto del lugar con la casa habitada es un accidente sin significación jurídica y sin importancia política a los fines que aquí se investigan".

En una palabra, se requiere la unidad o constitución de un solo todo entre el lugar habitado y sus dependencias, y la posibilidad de acceso interior entre el uno y las otras.

Y ello es así, porque la fuerza calificante de esta circunstancia modificadora, obedece a tres criterios, cualquiera de los cuales explica la severidad de la represión:

a) La violación del domicilio, por cuanto el

delincuente lesiona con su acto distintos bienes jurídicos, como son el de la tranquilidad del hogar o paz familiar, y el del patrimonio. En estos eventos, no hay concurso de infracciones, sino una sola (el robo) agravada por razón del lugar en que se comete (recinto habitado o sus dependencias inmediatas);

b) El peligro personal de los moradores, porque al sorprender éstos al ladrón, pueden empeñarse con él en lucha que los exponga a perder la vida o a sufrir un daño en la salud; y

c) La destrucción de la defensa privada, ya que el agresor vence los especiales obstáculos que el propietario o poseedor ha puesto en juego, al tener las cosas en su poder o bajo su inmediata custodia, para evitar que le sean sustraídas. (Casación Penal. Febrero 3 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)193, 2ª

— S —

- 214 -

SEGUNDA INSTANCIA (El hecho de que los demandados perdieran la posibilidad de heredar preferentemente, no modifica la situación jurídica en que se encontraban los litigantes para la fecha de la notificación de la demanda)

Apelada la sentencia de primer grado por quien ha tenido y tiene la calidad de demandada, gozaba el Tribunal de plena competencia para decidir, como lo hizo, sobre dicho recurso. El hecho de que por razones extrañas y sobrevinientes al momento de trabarse la controversia, las demandadas perdieran la posibilidad de heredar preferentemente al pretense padre natural, si susceptible de incidir en lo patrimonial sobre las consecuencias de la decisión, no es para modificar la situación jurídica en que los litigantes se encontraban para la fecha de la notificación de la demanda, que es, exactamente, la que

corresponde apreciar al sentenciador. (Casación Civil. Marzo 3 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 306, 1ª

- 215 -

SEGUNDA INSTANCIA (Alcance de la 'reformatio in pejus')

Cuando el Tribunal se separa del concepto del juez respecto a las causas que lo indujeron a fallar en determinado sentido para tomar la decisión pertinente está en el deber de examinar el litigio por sus demás aspectos, de acuerdo con los hechos de la demanda y las excepciones alegadas o probadas. Así es frecuente que aquél, a pesar de separarse de la motivación expuesta por el inferior, mantenga la sentencia apelada con fundamento en razones o causas totalmente distintas.

Vale decir lo anterior que si el Juez, por ejemplo, encuentra probada una excepción perentoria total, puede desestimar por tal motivo la demanda y absolver al demandado, sin necesidad de estudiar las demás excepciones invocadas e incluso probadas. Y si el Tribunal al revisar dicho fallo por apelación del demandante, encuentra errada la apreciación de que tal excepción esté probada, rectifica esta conclusión del Juez; pero entonces queda obligado a pasar al estudio de la litis por todos sus aspectos para comprobar si existe o no otra excepción perentoria que deba prosperar, pues caso afirmativo tiene que abstenerse de revocar la sentencia, sujeto como queda a adoptar la misma conclusión desestimatoria de la demanda.

Y lo mismo sucede cuando el fallo apelado fue favorable al actor. Este indudablemente no necesita apelar para que el Tribunal, en el supuesto de no compartir las tesis o apreciaciones del Juez sobre los motivos o causales que lo llevaron a acceder a sus pretensiones, pase entonces al examen de las demás razones y causales en que pueda fundamen-

tarse la demanda. En tal caso, si el superior rechaza la fundamentación de la sentencia y considera que la causal que en ella prosperó no es pertinente o no está probada, debe proceder al estudio total de la litis, especialmente en cuanto a los hechos de la demanda y fundamentos alegados, para ver si por motivos distintos se debe siempre acceder a lo pedido, o si, por el contrario, no existen otras razones sobre las cuales deba mantenerse la resolución acogida por el inferior.

Cosa totalmente distinta ocurre cuando la parte parcialmente favorecida en la sentencia se conforma con ella, y, en consecuencia, sólo apela la parcialmente favorecida. Entonces, si el superior concluye que debe revocarse el punto desfavorable al apelante y favorable a quien no apeló, no le está permitido entrar al examen del resto de la litis. En tal evento los aspectos del pleito no sometidos a su consideración en el recurso de alzada, no son objeto de su decisión. Respecto de ellos el debate ha precluido. En consecuencia, el fallo de segunda instancia no puede favorecer a quien se conformó con la decisión del inferior respecto de tales puntos, ni hacer más gravosa la situación del apelante que ya había triunfado en esa parte, a menos que por razón de la imprescindible conexión entre aquéllos y ésta, se imponga la aplicación de la reformatio in pejus para mantener la unidad del fallo y evitar que haya en él contradicciones. (Casación Civil. Abril 7 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)

582, 2ª y 583, 1ª

- 216 -

SEGURO (No es prueba de este contrato la carta de porte)

La CARTA DE PORTE es el documento privado que las partes otorgan para acreditar la entrega de las mercaderías al porteador, es decir, lo que en ella se expresa sobre los términos y condiciones del contrato de

transporte es lo que constituye tal documento, pero la sola referencia o anotación que en ella se incluya sobre otro contrato de diversa naturaleza, como es el de seguro, no es la plena prueba de éste, ya que al tenor de art. 638 del C. de Co., "el seguro se perfecciona y prueba por escritura pública, privada u oficial, autorizada esta última por un Cónsul colombiano". El documento justificativo del seguro se llama póliza. (Casación Civil. Febrero 26 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 83, 2ª

- 217 -

SENTENCIA (Registro de la sentencia en el lugar de ubicación de los bienes)

No puede apreciarse en juicio, como título de propiedad, una sentencia proferida en otro sobre declaración de bienes vacantes, si tal sentencia no fue registrada en el lugar de ubicación de los bienes. Así se desprende de lo dispuesto por los artículos 2652 y 2673 del Código Civil y por el artículo 843 del Código Judicial. (Negocios Generales. Febrero 27 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 280, 2ª y 281, 1ª

- 218 -

SENTENCIA

Es cierto que la parte motiva de la sentencia debe ser estudiada para relacionarla con la resolutive y así conocer más exactamente el alcance de la decisión adoptada. Pero no es forzoso que el juez fundamente su decisión en cada uno de los hechos cuando cualquiera de ellos basta para que prosperen las peticiones de la demanda. (Casación Civil. Abril 7 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 583, 2ª

- 219 -

SERVICIOS PROFESIONALES (Su pago)

Tratándose de servicios prestados conjunta y concurrentemente por tres profesionales, bien puede reclamarse el valor o remuneración de esa labor conjunta, y el demandado satisface aquella prestación pagando conjuntamente a sus acreedores, sin que le interese conocer la forma como dichos acreedores resuelvan distribuir entre sí aquel valor común. (Casación Civil. Abril 14 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 639, 1ª y 2ª

- 220 -

SEVICIA (Características de la sevicia)

En las múltiples oportunidades que se le ha presentado, la Corte ha rechazado la tesis de que la sevicia se deduce del número de lesiones.

Lo que caracteriza la sevicia es el acto, reprobado o no, que persigue el sufrimiento ajeno o la prolongación de ese sufrimiento como objeto de goce morboso de quien ejecuta el acto o los actos. Estos, como se ve, son distintos de los causados por el impulso delictivo que —momentáneamente anulada toda capacidad inhibitoria— persigue la eliminación total del bien (la vida o la integridad física). Desde el punto de vista de la antropología criminal, si los últimos pueden ser sintomáticos del epileptoide o del irregular del carácter, los primeros —opuestamente— pueden serlo y lo son, generalmente, de perturbaciones de la afectividad, propias de graves constituciones delincuenciales. (Casación Penal. Enero 28 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 169, 1ª y 2ª

- 221 -

SIMULACION (Personería para demandar su declaración)

La legitimación o personería sustantiva puede ser perfecta y ello no obsta para que en determinados casos exista en realidad una petición antes de tiempo. La legitimación mira a la titularidad de la acción y del derecho que se ejercitan y reclaman; la oportunidad se refiere a que el derecho y la acción respectivos no estén condicionados a un evento no cumplido o a un plazo pendiente. Por eso el acreedor que demanda el pago antes del cumplimiento del plazo o la condición, tiene personería sustantiva y legitimación perfectas en el juicio; però formula sin duda una petición antes de tiempo que hará imposible el pronunciamiento sobre el fondo de la litis.

Mientras no sobrevenga la sentencia condenatoria en lo penal, no se sabe si efectivamente el matador de la esposa del demandante debe indemnizar a ésta los perjuicios causados por él, como consecuencia directa de la infracción penal.

El embargo preventivo que el juez de instrucción criminal decreta, cumple sus funciones exclusivamente en el proceso penal y para el evento de la imposición de una condena de indemnización simultáneamente con la de responsabilidad penal.

Por consiguiente, mientras el derecho a la indemnización no se haya adquirido con la sentencia penal, no puede saberse si el contrato que se ataca en este juicio ha perjudicado realmente a la actora y, por ende, si ésta tiene derecho a que se resuelva sobre su nulidad, simulación o rescisión, tal como se impetra en la demanda. Es innegable que la demandante carecería de interés jurídico para atacar el mencionado contrato en el supuesto de proferirse la sentencia absolutoria en el proceso penal.

Por lo dicho, el interés jurídico de la actora no es actual, en cuanto a las peticiones

incoadas en su demanda. Y anduvo bien encaminado el Tribunal al declarar la excepción de petición antes de tiempo. (Casación Civil. Febrero 27 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)99, 1ª

- 222 -

SOCIEDAD (Elementos indispensables que deben ser probados)

Lo prescrito por el artículo 2081 del C. C., es fundamental en la sociedad y si no se prueba la existencia de los dos elementos consagrados por la citada disposición, no puede sostenerse que exista tal contrato. (Casación Civil. Abril 24 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)703, 2ª

- 223 -

SOCIEDAD DE HECHO (Pruebas de su existencia)

Para reconocer la existencia de una sociedad de hecho y decretar su liquidación, es preciso que quien ejercite esta acción, pruebe plenamente que entre los socios hubo un pacto social; que consecuentemente tuvieron el deseo o ánimo de asociarse o de trabajar en compañía en determinado negocio; que uno o más de estos contratantes puso al servicio del mismo un capital, ya sea en dinero o en especies, ó la simple industria. (Casación Civil. Abril 24 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)702, 1ª

- 224 -

SOCIEDADES (La nulidad por vicio en su constitución es distinta de la procesal por ilegitimidad de personería)

En el presente caso se trata —según afirmación del peticionario— de una sociedad que, por haber sido constituida “contra la expresa prohibición de la ley”, resulta indebi-

damente organizada y por eso la Superintendencia la ha declarado nula y ha ordenado su liquidación.

Pero esta alegación nada tiene que ver con las nulidades adjetivas o procesales de que tratan los ordinales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial, pues éstas sólo hacen relación a la capacidad de las partes para litigar según su condición de sui juris o alieni juris, o a la comprobación del mandato en caso de que intervenga apoderado, a la extensión de sus poderes, a la prueba de la representación que exige la ley en tratándose de sociedades, corporaciones, etc. (Negocios Generales. Agosto 18 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 484, 1ª y 2ª

- 225 -

SOCIEDAD IRREGULAR (Valor de sus actos ante terceros)

Cuando una sociedad se ha constituido irregularmente, todos los hechos cumplidos en nombre de la sociedad con terceros, antes de su aniquilamiento, son valederos como si la constitución de la sociedad hubiera sido regular. Esta solución consulta los preceptos legales y está de acuerdo con la lógica y con la equidad. El problema de la irregular constitución de una compañía es problema de los socios y no de los terceros, que nada tienen que ver en él, pues las convenciones de la sociedad con éstos, tienen que tener plena eficacia. (Negocios Generales. Septiembre 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) . . . 488, 1ª

- 226 -

SOCIEDADES COMERCIALES (Cómo se prueba en juicio su personería)

Para acreditar en juicio la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, basta un certificado firmado por el Presidente o el Secretario de la Cámara de

Comercio, sellado con el sello de ésta, en que conste 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 2º de la Ley 42 de 1898, según el caso; y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara.

La certificación escrita autorizada con la firma del Presidente o del Secretario de la Cámara de Comercio, respecto a la persona que en un momento dado ejerza la gerencia o sea representante legal de una compañía o sociedad comercial, de acuerdo con los registros que existan en la misma Cámara, constituye prueba suficiente de la personería ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas (arts. 40 y 41 de la Ley 28 de 1931). (Casación Civil. Febrero 26 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) . . .

84, 1ª

- 227 -

SOCIEDAD CÓNYUGAL

Cada uno de los cónyuges, por virtud de la separación real que establece el nuevo régimen de la Ley 28 de 1932, se considera y debe considerársele como dueño exclusivo de los bienes que poseía al casarse y de los que adquiera luego a cualquier título; por obra consecucional, debe también considerársele como dueño exclusivo de las acciones y defensas judiciales vinculantes y vinculadas a esos mismos bienes, y como terceros entre sí en los actos administrativos y dispositivos del otro. (Casación Civil. Marzo 6 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 324, 1ª

- 228 -

SUCESION (Efectos de la adquisición de derechos y acciones en ella)

La adquisición de derechos y acciones en

una sucesión, sea en abstracto, sea vinculados a uno o más bienes, no da al comprador, en realidad, sino la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo y pedir se le reconozca su derecho, según los términos del contrato, pero no le da, ni puede darle, desde el momento de la compra, la propiedad de determinados bienes. La concreción de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado, es fenómeno legal, que no se verifica sino con la aprobación y registro de la partición. (Casación Civil. Abril 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 689, 2ª

- 229 -

SUPLICA (En liquidación de costas)

Como el artículo 582 del C. J., establece que en caso de objeciones a la liquidación de costas, el auto que resuelve sobre tales objeciones es inapelable, y como el recurso de súplica sólo se ha instituido para los autos interlocutorios que dicta un Magistrado (artículo 511 del C. J.), resulta improcedente este recurso contra el auto que resuelve las objeciones contra una liquidación de costas. (Negocios Generales. Marzo 12 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 478, 1ª

- 230 -

SUPLICA (Contra el auto que decreta el recibimiento a pruebas cabe el recurso de súplica y no el de reposición)

El auto que decreta el recibimiento a pruebas o tiene como tal una de ellas es interlocutorio y, en consecuencia, contra él cabe el recurso de súplica, y no el de reposición. Lo cual se deduce, no mirando a aquel en cuyo favor se ha decretado, puesto que entonces fallaría el criterio del perjuicio, sino a la contraparte, cuya posición probatoria desfavorable puede quedar fijada por la

dicha prueba aceptada a su contrario. (Negocios Generales. Abril 17 de 1953. Tomo LXXIV. Número 2127) 794, 1ª

— T —

- 231 -

TESTAMENTO (Para pronunciar sentencia sobre nulidad de un testamento es necesario que hayan sido llamadas a controvertir la demanda las personas que jurídicamente resultarían perjudicadas con el fallo favorable al actor)

No es posible pronunciar sentencia sobre la nulidad de un testamento, sin que hayan sido llamadas a controvertir la demanda todas las personas que jurídicamente resultarían perjudicadas con el fallo favorable al actor. Porque la nulidad de un instrumento o de un acto o contrato, afecta indispensablemente a todas las partes que concurrieron a él o de él derivan derechos, ya originalmente, o bien a título de cesionarios singulares o por causa de muerte. Claro está que si un mismo instrumento contiene diversos contratos, varios actos jurídicos, nada impide que se ataque la validez del instrumento mismo, o se alega una causa de invalidez que inevitablemente afectaría todas las estipulaciones en él contenidas, entonces la discusión es total, y son partes necesarias en la contienda todas aquellas personas que tienen un interés jurídico en el resultado del juicio y sufrirían un perjuicio jurídico (no simplemente económico, como el del acreedor personal si su deudor pierde el pleito y el correspondiente patrimonio disminuye) en el caso de que prosperara la demanda.

En esta hipótesis, es más técnico hablar de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, que de ineptitud sustantiva. Porque la personería de la parte demandada no es completa ni perfecta mientras la acción no se dirija contra

todos los que por ley deben contradecirla. Si nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en el juicio, es claro que el fallo condenatorio no puede imponerles consecuencias desfavorables a quienes no han sido partes en el juicio. (Casación Civil. Marzo 17 de 1953. Tomo LXXIV. Número 2126)
403, 2ª y 404, 1ª

- 232 -

TESTIGOS (La mera contradicción de un testigo no es de suyo causal de invalidez para desechar integralmente su dicho)

En el campo penal, la contradicción del testigo consigo mismo o con otros declarantes no lleva, de modo necesario, a desechar la prueba, como ocurre en lo civil, sino que para rechazar un testimonio por esa causa es indispensable recurrir a un análisis lógico, objetivo y subjetivo, a un trabajo de comparación, y nunca de eliminación, entre las distintas versiones del deponente, a fin de establecer en cuál de ellas se halla la verdad y cuál es el motivo para que el testigo cambiase de posición en sus ulteriores manifestaciones. Esto, porque, como lo enseñan los autores de pruebas judiciales, la verdad es una, y posesionada de nuestra conciencia, sería absurdo sustituirla por la duda o por el error, obedeciendo únicamente a formulismos opuestos a la realidad de las cosas.

Por lo tanto, la mera contradicción de un testigo —se repite— no es de suyo causal de invalidez para desechar integralmente su dicho, sino que es preciso rastrear minuciosamente las razones que llevaron al sujeto a desdecirse o a modificar su primitivo aserto. En este orden de ideas, dice atinadamente Mittermaier, “si el testigo, después de haber depuesto la primera vez en contra del acusado, lo hace nuevamente en sentido de descargo, hay lugar a temer que haya sido sobornado por el acusado o sus amigos, y entonces se hace indispensable un serio examen antes de alejar las dudas”. (Casación

Penal. Febrero 10 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 209, 1ª y 2ª

- 233 -

TESTIMONIO

Es a la parte interesada a quien corresponde formular los interrogatorios de manera que se satisfagan los requisitos requeridos para la validez de las declaraciones como prueba, y si bien es cierto que el juez está obligado a indagar la manera precisa como el testigo ha sabido los hechos, el descuido o simple pasividad del juez al recibir aquéllas, no sana los vicios y defectos de que lleguen a adolecer. (Casación Civil. Febrero 25 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)
55, 1ª y 2ª

- 234 -

TESTIMONIO

Para que dos declaraciones contestes hagan plena prueba, es necesario que en ellas se cumplan los requisitos sustanciales del testimonio, vale decir, que la fe de su dicho sea perfecta. Pero cuando el juzgador de instancia ha considerado que los testimonios no ofrecen credibilidad suficiente, por la forma en que fueron rendidos o por la deficiencia de las razones en que se fundan, no puede presentarse la violación del artículo 697 del C. J., así sean numerosos los declarantes y coincidan en sus afirmaciones. De lo contrario se eliminaría la potestad de apreciación del juzgador. (Casación Civil. Marzo 9 de 1953. T. LXXIV. Número 2126) 344, 1ª

- 235 -

TESTIMONIO (Alcance del artículo 668 del Código Judicial)

El artículo 668 del C. J., fija como mínima la edad de 14 años del testigo, tan sólo para

que sea admisible su declaración. Lo dicho en este texto nada tiene que ver con la apreciación que haga el Juez del valor del testimonio, en atención a la edad del deponente cuando tuvieron ocurrencia los hechos sobre los cuales declara. (Casación Civil. Marzo 9 de 1953 T. LXXIV. Número 2126) ... 343, 2ª

- 236 -

TESTIMONIO

Con el fin de que el testimonio sea, en lo posible, responsivo, exacto y completo, el Juez debe preguntar al declarante, sin detalles minuciosos, sobre lo que conduzca a esclarecer y completar su exposición y a investigar el fundamento en que basa el conocimiento de los hechos que afirma. (Artículos 687, 688 del C. J.), para lo cual, como es obvio, habrá que ubicarlos en el tiempo, expresando la época de su ocurrencia; en el espacio, determinando el sitio del acaecimiento, y describiendo, además, el modo como ocurrieron o tuvieron cumplimiento esos hechos. Esto, porque, naturalmente no debe perderse de vista que las circunstancias de tiempo, modo y lugar que singularizan los hechos, inciden de distinta manera y tienen una mayor o menor importancia en la investigación de la fuente y pureza del conocimiento, según la naturaleza de los hechos afirmados. (Casación Civil. Abril 10 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 717, 1ª

- 237 -

TESTIMONIOS (Rendidos extrajuicio)

El artículo, 693 del C. J., es la única disposición que existe como reguladora de las normas que deben emplearse para aducir y recibir como pruebas las declaraciones que han sido rendidas extrajudicialmente. Tales exigencias son las de que la ratificación se haya solicitado y decretado durante el res-

pectivo término probatorio, con el fin de darle oportunidad a la contraparte de contradecir la prueba o de contrainterrogar a los testigos.

De acuerdo con el estatuto procesal vigente, como en el antiguo, no es más la exigencia para admitirse como prueba, los testimonios rendidos extrajuicio, de donde se deduce que la facultad para los jueces de escoger la forma como deba recibirse y extenderse la diligencia de ratificación, es perfectamente discrecional. No es, pues, admisible la afirmación del Tribunal de Santa Marta, consignada en la sentencia recurrida, en el sentido de que para la validez de la ratificación del testimonio producido extrajuicio, sea esencial el lleno de las mismas exigencias que impone la ley para la declaración original, y que además deba reproducirse la exposición primitiva punto por punto. En este evento, basta que después que se haya leído la declaración se manifieste que se ratifica, que se está de acuerdo con ella, y que la diligencia aparezca firmada por el Juez, el testigo y por el Secretario; y que si el testigo no está, en todo o en parte, de acuerdo con la declaración extrajuicio, así se exprese y se haga constar en la diligencia. (Casación Civil. Abril 10 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)

716, 2ª

- 238 -

TESTIMONIO (Su apreciación no puede modificarse en casación)

La ley deja a la autoridad judicial la facultad de estimar en conciencia la información testimonial, es decir, que puede apreciar esa prueba de conformidad con su íntima convicción, o sea la certidumbre moral, lo cual escapa al recurso de casación, como que se inspira únicamente en la propia conciencia del Juez. (Casación Civil. Febrero 26 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)

68, 2ª

- 239 -

TESTIMONIO (Error en su apreciación)

El error en la apreciación de la prueba testimonial no puede consistir simplemente en que la agrupación de los testimonios no haya sido hecha por el sentenciador en forma correcta. Es indispensable que del análisis del contenido de las declaraciones, se deduzca, sin la menor duda, el error que se alega como causal de casación. (Casación Civil. Abril 28 de 1953. T. LXXIV. Número 2127) 740, 1ª

- 240 -

TRADICION

El artículo 745 del Código Civil establece que para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como la venta, la permuta, la donación, etc. Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Resulta, pues esencial e indispensable, para la validez de la tradición, la preexistencia de un título de dominio, siquiera sea putativo, que contenga una obligación de DARE, y no solamente de PRAESTARE, pues con esta última no se hace tradición de dominio. Este precepto se basa en el principio elemental de que nadie puede transmitir lo que no tiene. (Negocios Generales. Septiembre 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2126)543, 1ª y 2ª

- 241 -

TRADICION (Caso de registro falsificado)

La tradición da al adquirente el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía. Pero esto no se realiza, como expresa el artículo 753 del Código Civil, sino en los casos y del modo que las leyes señalan. De suerte que al decir la ley que la tradición de los inmuebles se verifica

por el registro, es forzoso suponer que debe tratarse de un registro válido o auténtico, como se deduce de lo establecido en los artículos 756, 785, 789, 791, 2526 y otros del Código Civil, y de la propia naturaleza de las cosas. Si el registro es el signo único de la posesión regular de los inmuebles y la manera exclusiva de transferirlos, un registro falsificado no puede conferir la posesión ni dar derecho para fundar la prescripción adquisitiva de un inmueble. (Negocios Generales. Septiembre 21 de 1953. T. LXXIV. Número 2126)547, 2ª

- 242 -

TRANSPORTE BENEVOLO

Están de acuerdo los comentadores y la jurisprudencia en sostener que en los casos de transporte benévolo o gratuito "no procede la presunción de culpa por actividades peligrosas, pues no parece equitativo que quien recibe o solicita un favor, se aproveche de él para invocar una responsabilidad presunta de la persona que se lo otorga". (Negocios Generales. Febrero 24 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125)276, 2ª

— V —

- 243 -

VENTA DE COSA AJENA (Quién es el verdadero dueño a que se refiere el artículo 1871 del C. C.)

Por verdadero dueño, deberá entenderse no sólo quien lo es con título perfecto que arranca del emanado del Estado y sigue por cadena no interrumpida hasta la persona que lo exhibe en forma perfecta, sino también a cualquiera que pruebe mejor derecho para poseer el bien disputado. Es decir, que el concepto relativo de dueño, definido por la jurisprudencia, en los procesos reivindicatorios, es el mismo que debe aplicarse en ca-

sos como los contemplados por el artículo 1871 del Código Civil. En otras palabras: el verdadero dueño, de que habla este artículo, puede ser quien prueba serlo de manera absoluta conforme a derecho, y también cualquier tercero al contrato de compraventa que pruebe mejor derecho a poseer el objeto vendido. (Casación Civil. Abril 28 de 1953. T. LXXIV. Número 2127)749, 2ª

- 244 -

VEREDICTO

El veredicto está constituido por los hechos a que se refiere el cuestionario y por

las afirmaciones que dé el Jurado sobre ellos. Lo uno y las otras forman un todo indivisible y no es necesario que los Jurados de conciencia, al dar contestación, repitan cada uno de esos hechos contenidos en la pregunta, para aceptarlos o rechazarlos. Por consiguiente, la seca afirmación o negación que haga el Jurado, comprende todas las cuestiones sobre las cuales se le interroga; y cuando al SI o al NO de la respuesta, agrega algunas circunstancias, ha de entenderse que éstas sólo modifican los hechos pertinentes al cuestionario. (Casación Penal. Febrero 20 de 1953. T. LXXIV. Números 2124 y 2125) 226, 2ª

Artículos	Números	Artículos	Números
CODIGO FISCAL		Libro 2º, T. 31	164
61	12	CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
—	12	6	141
CODIGO JUDICIAL		26	204
76	108	50	61
121	118; 148	55	66
142	172	57	61; 66
205	80	58	16; 17
250	163	122	151
364	15	128	92
365	15	171, ord. d)	161
435, ord. 6º	123; 124	204	191
448	55	346	18
448, num. 2º	56; 110	364	19
448, num. 3º	224	379	18
471	125; 126	383	18
482	39	384	18
494	6	386	19
511	229	431	10
512	163	480	136; 212
519	23	499	136; 211
520	25	559	166
520, num. 1º	94	567	52
520, num. 2º	48; 125; 126; 127	567, num. 2º	24
520, num. 3º	39	567, num. 3º	78; 137
520, num. 6º	40; 55; 56; 57; 157	637	18
524	22	671	141
531	25	CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR	
582	229	(Ley 3ª de 1945)	
597	194	130	69
597, ord. 2º	90	131	70
636	90	CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR	
656	170	(Decreto 1125 de 1950)	
668	235	398	69
687	236	405	70
688	236	426	69; 70
693	237	LEYES ESPECIALES	
697	234	Real Cédula de San Lorenzo	
702	93	—	186
705	168		
721	168		
722	172		
723	170		
737	80		
843	217		
T. 12, cap. 7º	159		

Artículos	Números	Artículos	Números
Ley de 11 de octubre de 1821		12	177
—	186	—	184
Código Fiscal de 1873		Ley 28 de 1931	
—	179	40	226
Ley 48 de 1882		41	226
—	12	Ley 28 de 1932	
Ley 57 de 1887		—	227
38	203	Ley 83 de 1935	
Ley 153 de 1887		3	108
80	149	Ley 45 de 1936	
89	192-bis	4, num. 4	109
Ley 105 de 1890		4, num. 5	109; 112; 113; 114
100	39	6	109
Ley 169 de 1896		7	109; 112
17	39	Ley 83 de 1936	
Ley 42 de 1898		1	192
2	226	2	192
Ley 56 de 1905		10	192
—	106	11	192
Ley 46 de 1923		29	192
4	89	Ley 160 de 1936	
Ley 62 de 1928		7	180
9	2	Ley 4 de 1943	
10	2	28	137
Ley 120 de 1928		Ley 51 de 1943	
6	185	1	188
		2	188
		—	187
		Ley 67 de 1943	
		3	139

- D -

Dangond Ovalle Jaime. — Cambio de radicación de un proceso contra aquél	444
De la Rosa Valencia Juan contra el Departamento de Caldas.— Juicio ordinario	479
De la Vega José Gabriel.—Sobreseimiento en su favor por cargos de colusión y abuso de autoridad	769
De la Vega José Gabriel. —Reposición del auto anterior	780
Departamento de Cundinamarca contra "Almacén Bogotá, S. A." — Recurso de súplica contra un auto	476
Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company. — Juicio sobre rendición de cuentas.— Denuncia del pleito a la Nación	472
Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company. — Reposición del auto anterior	474
Díaz, Amalia Mejía de, contra Juan Pablo Díaz y otra. — Juicio ordinario	725
Díaz Domingo Antonio. — Solicitud de rehabilitación	212
Diócesis de Cartagena contra Amanda Rosales de Martínez. — Juicio ordinario	409
Dulcey Antonia contra Sofía Ponce Angulo y otras. — Juicio ordinario	303

- E -

Echavarría Claudina y otro contra Frank A. Anderson. — Recurso desierto	42
Echeverri o Chaverra Moisés. — Casación por homicidio	223
Escobar Vélez Roberto contra Alfredo Restrepo. — Juicio ordinario	728

- F -

Figueroa Bertoldo y otros contra Laura Lozano de Oviedo y otros.— Juicio ordinario	694
Franco Ródriguez Manuel. — Proceso contra él por delitos contra la administración pública. — Impedimento de un Fiscal	162

- G -

Gómez Calderón Rafael contra Asdraldo Porras. — Juicio ordinario	65
Gómez Ramírez Sigifredo. —Casación por homicidio	110
González Bernal Abelardo contra Luis Vicente Castillo y otros. —Juicio ordinario	719
González González Manuel contra Leocadio González. —Juicio ordinario	405
Gutiérrez Mejía Apolinar y otros. — Juicio sobre adquisición de un predio por medio de la usucapión	563
Gutiérrez Juana María contra Ariel Sánchez Orrego. — Juicio sobre adquisición de un predio por medio de la usucapión	680

- H -

Hernández José A.— Juicio seguido contra él por jurisdicción coactiva. — Solicitud de colisión de competencias	247
Hestres Jean Baptiste (viuda de) contra "Cía. Minera Chocó Pacifico, S. A."— Juicio ordinario	415

- J -

Jaramillo L. Rafael.—Juicio contra este abogado	788
Jiménez Ferrara Heroína.— Casación por homicidio	142
Jiménez Corredor José Antonio.—Juicio contra aquél, por detención arbitraria	438

Jiménez Manuel Loreto.—Juicio de sucesión. Recurso de hecho	11	Martínez Landínez Jorge contra la Nación.— Juicio ordinario sobre petróleos	264
Johnson Benjamín y otros contra Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacio- nales. — Incidente de nulidad	261	Martínez Pablo y otros contra la Nación. — Juicio ordinario	811
Johnson Benjamín E., y otros contra Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacio- nales	791	Martínez Pablo y otros contra la Nación. — Juicio ordinario. — Solicitud de reposición	812
Jordán Mazuera Humberto. —Proceso contra aquél, por colusión	145	Meléndez Piñeres Ignacio. — Sobreseimien- to en su favor por cargos de abuso de auto- ridad	758
- L -		Méndez Carlos Enrique. — Proceso contra aquél por cargos de responsabilidad	203
Ley 83 de 1936 (art. 29), sobre nombramien- to de Procuradores Delegados, acusada por inexequibilidad	1	Mera Lehmann Roberto contra Federico Car- los Lehmann Mosquera. — Juicio ordinario	578
Loaiza Juan contra Julio Loaiza y otro. — Juicios ordinarios acumulados	44	Mercado o Lourido Ovidio contra Bernardo Botero Restrepo y otros.—Juicio ordinario	571
López Reyes Abelardo. — Casación por ho- micidio	452	Mesa Uribe Gonzalo. — Colisión de compe- tencias para conocer de un proceso contra aquél, por abuso de confianza	786
López Garavito Hernando. — Casación por homicidio	182	Mcroy Roa Antonio. — Colisión de compe- tencias para conocer de un proceso contra aquél, por homicidio	165
Lozano Torres Luis. — Proceso contra aquél, por falsedad	199	-	
- M -		Montaña José María contra Magdalena Mon- taña de Izquierdo y otra. — Juicio ordina- rio	398
Magistrados del Tribunal Superior de Mani- zales.— Queja contra ellos	4	Montaña Valderrama Marco Tulio, contra Blanca Montaña de Moreno.—Juicio ordi- nario	686
Magistrados del Tribunal Superior de Monte- ría.— Queja contra ellos	6	Montenegro Charris Juan. —Casación por ho- micidio	151
Mariño Joaquín contra Luis A. Mariño.—Jui- cio ordinario	698	Montero, María Reyes Castillo de, contra Jo- sé Manuel Enciso. —Juicio ordinario	332
Mariño Jorge. — Inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por la parte civil en proceso contra aquél, por extorsión	186	Morales Urbanó. —Casación por homicidio	171
Martínez Landínez Jorge contra la Nación.— Juicio ordinario. —Recusación de un Magis- trado	241	Municipio de Cali contra María Lozano P. de Saavedra Galindo y otros.— Juicio ordina- rio	361
		Municipio de Sonsón y otro contra la Nación. Juicio ordinario sobre petróleos	279

Múnive Ana María contra Ana María Castri-
llón. —Juicio ordinario 712

- N -

Nación (La) contra Compañía Explotadora
del Carare. —Incidente de nulidad 483

Nación (La) contra Compañía Explotadora
del Carare. —Solicitud de reposición 485

Nación (La) contra "Compañía Explotadora
del Carare, S. A." —Juicio ordinario 489

Navarro Edgar. — Colisión de competencias
para conocer de un proceso contra aquél,
por abuso de confianza 762

Nieto Toro Jaime y otros contra Dolores To-
ro y otras. — Juicio ordinario 707

- O -

Olivo Cornelia y otros contra Tulia Maya de
Castrillón y otros.— Juicio ordinario 337

Ordóñez Llana Francisco contra "Fábricas de
Galletas y Confites Noel".— Juicio ordina-
rio 59

Ordóñez Rafael y otro contra Julio Restrepo
Toro. —Juicio ordinario 743

Ospina O. Rafael contra Compañía Colombiana
de Electricidad. — Juicio ordinario 296

- P -

Pachón Rodríguez Luis Felipe. — Casación
por homicidio 214

Paredes, Natalia Henríquez de, contra Carlos
Franco Paredes. —Juicio ordinario 691

"Pato Consolidated Gold Dredging, Ltd." y
otros contra la Nación 813

Prado Villanueva Francisco. —Sobreseimien-
to definitivo en su favor, por cargos de pre-
varicato 449

- Q -

Quintero, Ana Dolores Hernández v. de, con-
tra la Nación. — Juicio ordinario. Recurso
de súplica contra un auto 793

- R -

Recaudación de Hacienda Nacional de Istmi-
na. —Juicio ejecutivo para el cobro de im-
puesto en el juicio de sucesión de Francis-
co Tascón 254

Rengifo Illera Manuel y otros contra Alfre-
do J. Ríos.— Juicio ordinario 637

Riveira Daza, Eva Rosa Goenaga de, contra la
Nación. —Juicio ordinario sobre petróleos 250

Rodallega Florencio.— Casación por estafa.. 455

Rojas Dolores contra Ernestina Vásquez de
Castelbondo. —Juicio ordinario 85

Ruiz Domingo y otra contra Jesús Henao De-
francisco. —Juicio ordinario 428

- S -

Salamanca Porras Hernán. — Sobreseimiento
definitivo en su favor, por cargos de preva-
ricato y de abuso de autoridad..... 436

Salazar Luis Angel contra Angelino Valdés y
otros. —Juicio ordinario 326

Salvamento de voto de los Magistrados doctores
Luis E. Cuervo y Pablo E. Manotas a la
sentencia de la Sala de Casación Civil pro-
ferida en el juicio de José M. Upegui contra
Elena Upegui y otra 28

Del Magistrado doctor Gerardo Arias Mejía
a la sentencia de la Sala de Casación Civil
proferida en el juicio de Ana Victoria Co-
ronado de Waked contra Eduardo y Héctor
Mendoza 100

Del Magistrado doctor Luis Gutiérrez Jimé-
nez a la sentencia de la Sala de Casación
Penal proferida en el proceso contra Juan
Montenegro Charris, por homicidio 161

Del Magistrado Dr. Luis Rafael Robles a la sentencia de la Sala de Negocios Generales proferida en el juicio de la Nación contra la "Compañía Explotadora del Carare, S. A."	552	- V -	Valencia Miguel y otra contra Gilberto López O.—Juicio ordinario	308	
Del Magistrado doctor Gualberto Rodríguez Peña a la sentencia de la Sala de Casación Civil proferida en el juicio de Roberto Mera Lehmann contra Carlos Lehmann Mosquera	619	Valencia Pedro Pablo.— Casación por homicidio	196	Vanegas Castilla Ricardo y otros.—Casación por homicidio y otros delitos	135
De los Magistrados doctores Pablo E. Manotas y Rafael Ruiz Manrique a la misma sentencia	627	Varani Atilio contra Cesarina Ghimenti de Varani.— Juicio ordinario	421	Vargas López Evelio.— Colisión de competencias para conocer de un proceso contra aquél, por homicidio	132
Del Magistrado doctor Luis Rafael Robles a la sentencia de la Sala de Negocios Generales proferida en el juicio ordinario del Convento Dominicano de Nuestra Señora contra la Nación y el Municipio de Bogotá	810	Vargas Plata Jesús y otro.— Casación por homicidio	220	Vargas, Tránsito Roncancio de.—Casación por homicidio	229
Sánchez Pinzón Germán Elías.—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra aquél, por rapto y estupro	441	Vega Martínez Carlos Julio y otro.—Casación por homicidio	174		
Sánchez, Laura Mejía, de, contra Mercedes Sánchez Arango. —Juicio ordinario	754			- W -	
				Waked, Ana Victoria Coronado v. de, contra Eduardo y Héctor Mendoza.— Juicio ordinario	93
- T -					
Talero, Marina Gutiérrez de, y otros contra la Nación.— Juicio ordinario	255			- Z -	
Tarazona Teodolinda Motta de, y otra contra Buenaventura Tarazona de Granados.—Juicio ordinario	628	Zambrano Josefina contra Enrique Zambrano. Juicio ordinario	387		
Toro José Omar contra Clementina Buitrago. Juicio ordinario	289				
- U -					
Upegui Mora José Manuel contra Elena Upegui y otra. —Juicio ordinario	22				
Uribe White Tito contra Tomás Uribe Bernal. Juicio ordinario	353				

Nota: la sentencia proferida en el juicio ordinario de Zabulón Zapata y otros contra Pedro José Correa y otros, está publicada en el Tomo LXXV, número 2130, pgs. 413 y siguientes, por no haber sido pasada en su oportunidad a la Relatoría.